

BAŞLANGIÇ	13
1. PLÂN.....	13
GİRİŞ	14
1. <i>§ CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNUN HUKUK DÜZENİNDEKİ YERİ</i>	14
2. CEZA MUHALEMESİ HUKUKU ve HUKUK.....	14
3. CEZA MUHALEMESİ HUKUKU ve MUHAEME.....	15
4. CEZA MUHALEMESİ HUKUKU ve CEZA.....	19
5. CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNUN TARİFİ.....	20
6. CEZA MUHALEMESİ HUKUKU ile SUÇ HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	20
7. CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNUN ÂLETLİĞİ MESELESİ.....	21
8. CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNUN ÖZERKLİĞİ.....	22
9. CEZA MUHALEMESİ HUKUKU İLE CEZA HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	22
10. CEZA MUHALEMESİ HUKUKU İLE DİĞER DALLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	23
2. <i>§ CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNUN GAYESİ ve İLKELERİ</i>	25
11. CEZA MUHALEMESİNİN GÜNÜMÜZDEKİ GAYELERİ.....	25
12. a) SUÇLUNUN CEZALANDIRILMASI SAFHASI.....	27
13. b) SANIĞIN KORUNMASI SAFHASI.....	28
14. c) HAKİKATİN ARAŞTIRILMASI SAFHASI.....	29
15. ç) HAKİKATİN ARAŞTIRILMASI SAFHASI, TOPLUM ve SANIĞIN KORUNMASI.....	30
16. CEZA MUHALEMESİNİN TEMEL İLKELERİ ve CEZA ADALET POLİTİKASI.....	33
BİRİNCİ KISIM: CEZA MUHALEMESİNİN GÖREVİ	46
BİRİNCİ BÖLÜM: MUHAEME GÖREVİ OLARAK KOLEKTİF HÜKÜM VERME.....	46
3. <i>§ HÜKMÜN KOLEKTİF VERİLİŞİ</i>	46
17. PSİKOLOJİK BAKIMDAN HÜKÜM.....	46
18. HÜKMÜN HER EVREDE OLUŞU.....	47
19. HÜKÜM VERMENİN KOLEKTİF OLUŞU.....	47
20. TARAFLARIN DA HÜKÜM VERİLMESİNE KATILMASI.....	48
21. ÇELİŞME.....	49
22. BİRDEN FAZLA HÂKİMİN KATILMASI.....	49
23. MÜTALÂA NİTELİĞİNDE HÜKÜM; MÜTALÂA.....	50
24. KARAR NİTELİĞİNDE HÜKÜM; KARAR.....	51
25. YARGI.....	51
26. HÜKMÜN UNSURLARI.....	52
27. a) MESELE.....	52
28. b) GEREKÇE.....	53
29. c) KARARIN SONUÇ KISMI.....	60
30. HÜKMÜN MECBURİLİĞİ MESELESİ.....	61
31. MÜTALÂA BEYANI İMKÂNININ VERİLMESİ MECBURİYETİ.....	62
4. <i>§ MUHAEME MAKAMLARI</i>	62
32. MAKAM İTİBARIYLA SÜJELİK.....	62
33. MUHAEME MAKAMININ ÇEŞİTLERİ.....	63
34. MUHAEME MAKAMLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ BAKIMINDAN SİSTEMLER.....	64
35. a) İTHAM SİSTEMİ.....	64
36. b) TAHKİK SİSTEMİ.....	65
37. c) İŞ BİRLİĞİ SİSTEMİ.....	66
38. CEZA MUHALEMESİNİN ALANI ve MAKAMLARI.....	66
5. <i>§ CEZA MUHALEMESİ ŞARTI</i>	67
39. CEZA MUHALEMESİ ŞARTININ NİTELİĞİ.....	67
40. SUÇA TESİR EDEN SEBEP ve CEZA MUHALEMESİ ŞARTI.....	69
41. SUÇLUNUN CEZALANDIRILMASINA TESİR EDEN SEBEP ve CEZA MUHALEMESİ ŞARTI.....	70
42. MÜSPET ve MENFİ ŞARTLAR.....	71
43. CEZA MUHALEMESİ ŞARTLARININ SINIFLANDIRILMASI.....	71
44. CEZA MUHALEMESİ ŞARTLARININ SONUÇLARI.....	72
45. CEZA MUHALEMESİ ŞARTLARININ SONUÇLARI BAKIMINDAN KANUNUMUZ.....	74
46. ASIL CEZA DAVASININ SÜRESİNDE AÇILMASI.....	76
47. ŞİKÂYET.....	76
48. YAZILI BAŞVURU, İSTEM ve MÜRACAAT.....	84
49. MÜTALÂA.....	85
50. İZİN.....	86

51. KAMU YARARI.....	87
52. BEKLETİCİ MESELENİN ÇÖZÜLMESİ.	88
53. YASAMA VE BAKANLIK DOKUNULMAZLIKLARININ KALKMASI.	88
54. KAMU GÖREVLİSİ DOKUNULMAZLIĞININ KALKMASI.	90
55. SEÇİM DOKUNULMAZLIĞININ KALKMASI.....	92
56. HÂKİMLİK, SAVCILIK, AVUKATLIK VE NOTERLİK DOKUNULMAZLIKLARININ KALKMASI.	92
57. ASKERLİK DOKUNULMAZLIĞININ KALKMASI.	94
58. DİPLOMATLIK ve DEVLET BAŞKANLIĞI DOKUNULMAZLIĞININ KALKMASI.	95
59. ERTELEMENİN KALKMASI.	96
60. SANIĞIN TÜRKİYE'DE BULUNMASI.	97
61. KARŞILIKLILIK.	97
62. KABAHAHATÜSTÜ YAKALANMA.....	97
63. SANIĞIN AKIL HASTASI VEYA ÇOCUK OLMAMASI.	97
64. GAİPLİK.	98
65. KESİN HÜKÜM.	100
66. AYNI DAVAYA BAKILMAKTA OLMASI.....	104
67. YENİ DELİL veya YENİ OLAY MEYDANA ÇIKMASI.	105
67-1. DİĞER CEZA MUHALEMESİ ŞARTLARI.	106
İKİNCİ BÖLÜM: CEZA YARGILAMASI.....	107
6. § CEZA YARGILAMASI GÖREVİ.....	107
68. GÖREVİN TARİFİ VE TERMİNOLOJİ.	107
69. YARGILAMA GÖREVİ.....	108
70. YARGILAMA MAKAMI.	111
71. YARGILAMANIN ÖZELLİKLERİ.....	113
72. CEZA YARGILAMASININ KONUSU.	116
73. CEZA YARGILAMASININ SINIRI.....	117
74. CEZA YARGILAMASI ve GÜVENLİK TEDBİRLERİ.	118
7. § YARGILAMA BİRLİĞİ.....	118
75. YARGILAMA BİRLİĞİ PRENSİBİ.	118
76. YARGILAMA BİRLİĞİ PRENSİBİ ve ADLİYE-DIŞI YARGILAMA.	119
77. YARGILAMA BİRLİĞİ PRENSİBİ ve OLAĞANÜSTÜ YARGILAMA.	120
78. YARGILAMA BİRLİĞİ PRENSİBİ ve ÖZEL YARGILAMA.	121
79. YARGILAMA BİRLİĞİ PRENSİBİNİN SONUÇLARI.	121
80. YARGILAMA BİRLİĞİ PRENSİBİNİN CEZADA İÇ İSTİSNALARI.	122
81. İDARECE YAPILAN CEZA SORUŞTURMASI: ÖN İNCELEME.	122
82. İDARİ CEZA SORUŞTURMASININ TAMAMEN KALDIRILMASI LÜZUMU.....	125
83. ASKERİ CEZA MUHALEMESİ.....	129
84. YABANCI DEVLET YARGILAMASI.	137
85. YARGILAMA BİRLİĞİNİN DIŞ İSTİSNALARI: DEVLETLER ÜSTÜ MAHKEMELER.	137
8. § CEZA YARGILAMASI MAKAMLARI.....	139
86. a) CEZA YARGILAMASI MAKAMLARI.	139
87. GENEL CEZA YARGILAMASI MAKAMLARININ VE KANUNLARININ TARİHÇESİ.	139
88. b) HÂKİMLİKLER.	142
89. c) MAHKEMELER.....	142
90. ÖZEL CEZA YARGILAMASI MAKAMLARI.....	152
91. YARGILAMA MAKAMLARINDAKİ HÂKİM SAYISI.	154
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: CEZA İDDİASI.....	155
9. § CEZA İDDİASI ve KOVUŞTURMA.....	155
92. İDDİA GÖREVİ ve DAVA.	155
93. İDDİA HAKKI ile UYUŞMAZLIK KONUSU HAK ARASINDAKİ.	156
94. İDDİA HAKKININ UYUŞMAZLIK KONUSU HAKTAN FARKLI OLMADIĞI GÖRÜŞÜ.	157
95. İDDİA HAKKININ UYUŞMAZLIK KONUSU HAKTAN FARKLI OLDUĞU GÖRÜŞÜ.....	157
96. CEZA DAVASI.	159
97. CEZA İDDİASI.....	160
98. CEZA KOVUŞTURMASI.	161
99. KOVUŞTURMASIZ ASIL CEZA YARGILAMASI YAPILAMAMASI.	163
100. KOVUŞTURMANIN BÜTÜNLÜĞÜ.	163
101. KOVUŞTURMANIN KAMU YARARINA OLMASI.	164
10. § DEVLETİN KOVUŞTURMASI.....	165
102. KAMU DAVASI.	165
103. KAMU DAVASININ MECBURİLİĞİ.....	165
104. KAMU DAVASININ KENDİLİĞİNDENLİĞİ.....	169

105. KAMU DAVASININ DEVAMLILIĞI	169
106. DEVLETİN CEZA İDDİASI MAKAMLARI	169
107. SAVCILIK MAKAMI TEŞKİLÂTİNİN TARİHÇESİ.....	170
108. BUGÜNKÜ SAVCILIK KURULUŞUMUZ	171
11. § FERDİN TEK BAŞINA KOVUŞTURMASI: ŞAHSİ DAVA.....	173
109. ŞAHSİ DAVA	173
110. ŞAHSİ DAVA ve ŞAHSİ HAK DAVASI	174
111. ŞAHSİ DAVANIN GEREĞİ MESELESİ.....	175
112. ŞAHSİ DAVA ve SAVCILIK MAKAMI	176
113. ŞAHSİ DAVADA İDDİA ve MÜDAFAA MAKAMLARI	177
114. Şahsi davanın özellikleri	179
115. ŞAHSİ DAVANIN ve DURUŞMASININ AÇILMASI.....	179
116. ŞAHSİ DAVADA KOVUŞTURMA EVRESİ	180
117. VAZGEÇME ve GERİ ALMA	181
118. KARŞILIKLI DAVA.....	183
12. § FERDİN SAVCI İLE BİRLİKTE KOVUŞTURMASI	184
119. FERDİN SAVCI İLE BİRLİKTE İDDİA MAKAMINI İŞGAL ETMESİ	184
120. KATILANIN HAKLARI ve ŞAHSİ HAK DAVASI	184
121. KATILMANIN GEREĞİ MESELESİ.....	185
122. KATILANI BULUNAN KAMU DAVASINDA İDDİA ve MÜDAFAA MAKAMLARI	187
123. KAMU DAVASINA KATILMA DAVASININ AÇILMASI ve YÜRÜTÜLMESİ	188
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: SAVUNMA	193
13. § SAVUNMA GÖREVİ VE MAKAMI	193
124. SAVUNMA GÖREVİ ve ÖNEMİ	193
125. SAVUNMA BAĞIŞIKLIĞI.....	194
126. SAVUNMA MAKAMI	195
127. FERDİ SAVUNMA MAKAMI	196
128. ŞÜPHELİ veya SANIĞIN TEMSİLCİLERİ.....	197
129. KAMUSAL SAVUNMA MAKAMI	198
130. SANIK İLE MÜDAFİSİ ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	199
131. MÜDAFİNİN TAYİN veya SEÇİMLE GÖREVLENDİRİLMESİ	200
132. MÜDAFİ SAYISI	203
İKİNCİ KISIM: CEZA MUHALEMESİNİN YAPISI	204
BİRİNCİ BÖLÜM: HUKUK İLİŞKİSİ	204
14. § CEZA MUHALEMESİ İLİŞKİSİ	204
133. CEZA MUHALEMESİ İLİŞKİLERİNİN HUKUKLAŞMASI.....	205
134. HUKUK İLİŞKİSİ KAVRAMI	205
135. HUKUK İLİŞKİSİNİN OBJESİ OLARAK GÖREV.....	206
136. SÜJELERİN ERK VE ÖDEVİ	207
137. ERKLERİN VE ÖDEVLERİN ÇEŞİTLERİ	209
138. CEZA MUHALEMESİ İLİŞKİSİ	214
İKİNCİ BÖLÜM: YARGILANACAK CEZAI UYUŞMAZLIK	215
15. § GENEL OLARAK 'YARGILANACAK UYUŞMAZLIK'	215
139. YARGILANACAK UYUŞMAZLIK	215
140. YARGILANACAK UYUŞMAZLIĞIN BELİRTİLMESİ	216
141. YARGILANACAK UYUŞMAZLIĞIN ŞÜPHELİLİĞİ	217
142. YARGILANACAK UYUŞMAZLIĞIN SOMUT OLMASI.....	219
143. YARGILANACAK UYUŞMAZLIĞIN SORUMLULUĞU GEREKTİRİŞİ	219
144. YARGILANACAK UYUŞMAZLIĞIN BELİRTİLMESİNİN SONUÇLARI	220
16. § YARGILANACAK UYUŞMAZLIK ve YARGILANMIŞ UYUŞMAZLIK	221
145. UYUŞMAZLIĞIN DOĞRUDAN DOĞRU YA YARGILANMIŞ OLMASI.....	221
146. UYUŞMAZLIĞIN DOLAYISI İLE YARGILANMIŞ OLMASI	223
147. SUÇLULUĞUN TESPİTİ ve YAPTIRIMIN TAYİNİ İŞLEMLERİNİN AYRILMASI	224
148. YARGININ OTORİTESİ.....	226
149. a) YARGININ KESİNLİĞİ	227
150. b) YARGININ DEĞERLİLİĞİ.....	229
151. HÜKMÜN KESİNLEŞME ANI	232
17. § YARGILANACAK UYUŞMAZLIKLAR ARASINDA BAĞLANTI	232
152. BAĞLANTI KAVRAMI.....	232
153. BAĞLANTININ ÇEŞİTLERİ.....	233
154. BAĞLANTININ SONUÇLARI	234

155. MUHAKEMLERİN BİRLEŞTİRİLMESİ.....	234
156. NİSPİ MUHAKEME.....	236
157. BEKLETTİRİCİ MESELE SAYMA.....	239
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: CEZA MUHAKEMESİ SÜJELERİ.....	241
18. § MUHAKEME İLİŞKİSİ SÜJELİĞİ.....	241
158. CEZA MUHAKEMESİ SÜJELERİNİN SINIFLANDIRILMASI.....	241
159. MUHAKEME İLİŞKİSİ SÜJESİ VE TARAF ANLAMINDA GÖRÜŞ AYRILIKLARI.....	241
160. BİRİNCİ DERECEDE SÜJELERİN ÇEŞİTLİ DURUMLARI.....	242
161. TARAF ARKADAŞLIĞI, TARAF ORTAKLIĞI ve TARAF YARDIMCILIĞI.....	243
19. § ŞAHİS İTİBARIYLA TARAF SÜJELİĞİ.....	244
162. ŞAHİS İTİBARIYLA TARAF DURUMU.....	244
163. ŞAHİS İTİBARIYLA TARAFLARIN İKİLİĞİ.....	245
164. İSNAT.....	246
165. HUSUMET.....	246
166. ZARAR GÖREN TARAF.....	246
167. ZARAR GÖREN TOPLUM TARAFI.....	246
168. ZARAR GÖREN FERT TARAFI.....	247
169. MAĞDUR ve SUÇTAN ZARAR GÖREN FERDİN TAYİNİ.....	247
170. ZARAR GÖREN FERT TARAFIN DOĞUMUNDA FERDİN ROLÜ.....	248
171. ZARAR GÖREN FERT TARAFI BAKIMINDAN EHLİYET.....	248
172. CEZA SORUMLUSU TARAF.....	250
173. CEZA SORUMLUSU DEVLET TARAFI.....	250
174. CEZA SORUMLUSU FERT TARAFI: SANIK.....	250
175. ŞAHİS İTİBARIYLA TARAFLARIN MAKAM İTİBARIYLA TARAF OLUŞU.....	252
176. SUÇLARDA MEDENİ SORUMLULUK.....	253
177. ŞAHSİ HAK UYUŞMAZLIĞINDA TARAFLAR.....	254
20. § HÂKİM: GENEL BİLGİLER.....	255
178. HÂKİMLER VE SINIFLANDIRMALARI.....	255
179. HÂKİMLİK ŞARTLARI ve VASIFLARI.....	258
180. HÂKİMİN BAĞIMSIZLIĞI.....	260
181. HÂKİMİN OBJEKTİFLİĞİ ve KİŞİLİĞİNDEN SIYRILMASI.....	267
182. HÂKİMİN DÂVAYA BAKAMAYACAĞI HALLER.....	269
183. HÂKİMİN REDDİ ve ÇEKİNMESİ.....	272
184. HÂKİMİN ÖDEVLERİ.....	276
185. HÂKİMİN YETKİLERİ.....	277
185-1. ZABIT KÂTİBİ ve YARDIMCI TEŞKİLAT: KORUMA KURULLARI.....	277
21. § HÂKİM: MİLLET YÖNÜNDEN YETKİ.....	278
186. MİLLET YÖNÜNDEN YETKİ.....	278
187. MİLLET YÖNÜNDEN YETKİ UYUŞMAZLIKLARI.....	279
22. § HÂKİM: MADDE YÖNÜNDEN YETKİ.....	280
188. MADDE YÖNÜNDEN YETKİ ve OLAY MAHKEMELERİ.....	280
189. (MÜLGA) SULH CEZA MAHKEMESİ.....	281
190. ASLİYE CEZA MAHKEMESİNİN GÖREVİ.....	281
191. AĞIR CEZA MAHKEMESİNİN GÖREVİ.....	281
192. ADLİ ÖZEL CEZA MAHKEMELERİNİN MADDE YÖNÜNDEN YETKİSİ.....	281
193. GÖREVSİZLİK KARARI ve GÖREVSİZ HÂKİMİN YAPTIĞI İŞLEMLER.....	281
194. YÜKSEK YETKİLİ MAHKEMENİN GÖREVSİZLİK KARARI VEREMEMESİ.....	284
195. BAĞLANTILI MUHAKEMLERİN BİRLEŞTİRİLMESİ.....	285
196. GÖREV UYUŞMAZLIKLARI.....	286
23. § HÂKİM: YER YÖNÜNDEN YETKİ.....	286
197. YER YÖNÜNDEN YETKİDE GAYE VE SİSTEMLER.....	286
198. TÜRKİYE'DE İŞLENEN SUÇLARDA ANA KISTAS.....	287
199. TÜRKİYE'DE İŞLENEN SUÇLARDA YEDEK KISTASLAR.....	288
200. TÜRKİYE'DE İŞLENEN SUÇLARDAKİ İSTİSNALAR.....	289
201. YABANCI ÜLKEDE İŞLENEN SUÇLARDA YETKİ.....	290
202. TÜRK DENİZ veya HAVA ARAÇLARINDA İŞLENEN SUÇLARDA YETKİ.....	291
203. MUHAKEMENİN NAKLİ.....	291
204. ZORUNLU HALLERDE YETKİSİZ MAHKEMELERE YETKİ VERİLMESİ.....	294
205. BAĞLANTI DOLAYISI İLE YETKİSİZ MAHKEMEYE YETKİ VERİLMESİ.....	294
206. İSTİNABE.....	295
207. YER YÖNÜNDEN YETKİSİZLİK DÂVASI.....	297
208. YER YÖNÜNDEN YETKİSİZLİK KARARI VE ZAMANI.....	297

209. YER YÖNÜNDEN YETKİSİZ HÂKİMİN YAPTIĞI İŞLEMLER	298
210. YER YÖNÜNDEN YETKİ UYUŞMAZLIKLARI.....	298
24. § HÂKİM: GÖREV YÖNÜNDEN YETKİ.....	299
211. GÖREV YÖNÜNDEN YETKİNİN NİTELİĞİ VE AMACI VE ÇEŞİTLERİ	299
212. MAHKEMENİN CEZA MAHKEMESİ OLUP OLMAMASI BAKIMINDAN YETKİ	300
213. GENEL OLUP OLMAMAK BAKIMINDAN YETKİ	301
214. DERECE, KANUN YOLU VE TALÎ DAVA BAKIMINDAN YETKİ	301
215. EVRE VE AŞAMA BAKIMINDAN YETKİ	302
216. DAİRE BAKIMINDAN YETKİ	303
217. a) OLAY MAHKEMELERİ VE BAM ARASINDA YETKİ BÖLÜŞÜLMESİ.....	304
218. b) YARGITAY DAİRELERİ ARASINDA YETKİ BÖLÜŞÜLMESİ	304
219. NİYABET (NAİPLİK).....	304
220. GÖREV YÖNÜNDEN YETKİ UYUŞMAZLIKLARI	305
221. GÖREV YÖNÜNDEN YETKİ ve UYUŞMAZLIKLAR ARASINDA BAĞLANTI.....	306
25. § HÂKİM: KİŞİ YÖNÜNDEN YETKİ	306
222. KİŞİ YÖNÜNDEN YETKİYİ GÖSTEREN NORMLAR.....	306
223. KİŞİ YÖNÜNDEN YETKİ ve UYUŞMAZLIKLAR ARASINDA BAĞLANTI	312
224. KİŞİ YÖNÜNDEN YETKİSİZLİK KARARLARI.....	313
225. KİŞİ YÖNÜNDEN YETKİ UYUŞMAZLIKLARI.....	314
26. § SAVCI.....	314
226. SAVCININ SÜJELİĞİ ve GÖREVİ	314
227. CUMHURİYET BAŞSAVCISININ SAVCILARLA İLİŞKİSİ	317
228. SAVCI ile ADALET BAKANI ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	319
229. SAVCININ BAĞIMSIZLIĞI SORUNU	320
230. SAVCININ TARAF OLUP OLMADIĞI MESELESİ.....	322
231. SAVCILIĞIN BİR TARAF MAKAM OLUŞU	323
232. SAVCININ REDDİ DÂVASI VE ÇEKİNMESİ	324
233. SAVCININ ÖDEVLERİ	325
234. SAVCININ YETKİLERİ	326
27. § ŞAHSİ DAVACI.....	328
235. ŞAHSİ DAVACININ SÜJELİĞİ	328
236. ŞAHSİ DAVACININ ÖDEVLERİ.....	328
237. ŞAHSİ DAVACININ YETKİLERİ	328
28. § KAMU DAVASINA KATILAN	328
238. KATILANIN SÜJELİĞİ.....	329
239. KATILANIN ÖDEVLERİ	329
240. KATILANIN YETKİLERİ	329
29. § SANIK	330
241. ŞÜPHELİ veya SANIĞIN SÜJELİĞİ.....	331
242. ŞÜPHELİ ve SANIK SIFATLARININ BAŞLAMASI ve SONA ERMESİ	331
243. SANIĞIN GERÇEK KİŞİ OLMASI ŞARTI.....	337
244. SANIĞIN BELLİ OLMASI ŞARTI.....	338
245. SANIĞIN GAİP, KAÇAK veya AKIL HASTASI OLMASI	340
246. SANIĞIN BOYUN EĞME MECBURİYETLERİ.....	340
247. ŞÜPHELİ VEYA SANIĞIN HAZIR BULUNMA MECBURİYETİ.....	340
248. ŞÜPHELİ veya SANIĞIN SAVUNMA HAKKI	346
249. SANIĞIN FERDİ SAVUNMASI.....	346
250. ŞÜPHELİ VE SANIĞIN SUSMA HAKKI.....	348
251. SANIĞIN DOĞRU CEVAP VERME MECBURİYETİ MESELESİ	351
30. § MÜDAFİ.....	352
252. MÜDAFİNİN SÜJELİĞİ VE ŞARTLARI	352
253. MÜDAFİNİN ÖDEVLERİ	355
254. MÜDAFİNİN HÜRRİYETİ	356
255. MÜDAFİNİN SANIĞI TEMSİL YETKİSİ.....	357
256. Müdafiyeye ayrıca bildirme	357
257. MÜDAFİNİN DAVA DOSYASINI İNCELEME YETKİSİ	358
258. MÜDAFİNİN TANIĞA SORU SORMA YETKİSİ.....	359
259. MÜDAFİNİN HAZIR BULUNMA YETKİSİ.....	359
260. MÜDAFİNİN ŞÜPHELİ ile GÖRÜŞME ve YAZIŞMA YETKİSİ	361
261. MÜDAFİNİN KANUN YOLU DÂVASI AÇMA YETKİSİ	362
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: CEZA MUHALEMESİ İŞLEMLERİ	362
31. § HUKUKİ İŞLEM ve CEZA MUHALEMESİ İŞLEMİ.....	362

262. HUKUKÎ İŞLEM ve CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMİ	363
263. HUKUKÎ DEĞER	364
264. HUKUKÎ İŞLEMİN RUHÎ ve MADDÎ UNSURLARI	364
265. İŞLEMİN DİL ŞARTI	364
266. SÜRE ŞARTI	365
267. SÜRELERİN HESABI	366
268. SÖZLÜ İŞLEMLER	369
269. YAZILI İŞLEMLER	369
270. YAZILI İŞLEMLERİN ÇEŞİTLERİ ve DOSYA	370
271. HAREKETLİ İŞLEMLER	371
272. AÇIK İŞLEMLER	371
273. GİZLİ İŞLEMLER	372
32. § CEZA HÂKİMİ İŞLEMLERİ	374
274. HÂKİMLERİN FİKRÎ ve FİİLÎ İŞLEMLERİ	374
275. HÂKİM KARARLARININ NİTELİĞİ	374
276. HÂKİMLİK KARARLARI	375
277. MAHKEME KARARLARI	376
278. MÜZAKERE VE OY VERME	377
33. § SAVCI İŞLEMLERİ	379
279. SAVCILARIN FİKRÎ ve FİİLÎ İŞLEMLERİ	379
280. SAVCILARIN BİZZAT YAPTIĞI veya KOLLUĞA YAPTIRDIĞI İŞLEMLER	380
34. § CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMLERİNİN BELGELENMESİ: TUTANAKLAR	385
281. TUTANAK; ARAŞTIRMA, SORUŞTURMA TUTANAKLARI	385
282. SAİR MUHAKEME İŞLEMLERİNE AİT TUTANAKLAR	388
35. § CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMLERİNİN BİLDİRİLMESİ	388
283. BİLDİRME VE ÇEŞİTLERİ	388
284. DOĞRUDAN DOĞRUYA BİLDİRME	389
285. VASITALI BİLDİRME: TEBLİĞ	390
36. § CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMLERİNİN MUHAKEME HUKUKU MÜEYYİDELERİ	392
286. MUHAKEME HUKUKU MÜEYYİDELERİNİN ÇEŞİTLERİ	392
287. I. HUKUK BAKIMINDAN YOKLUK	393
288. II. HAK DÜŞÜMÜ	395
289. III. BUTLAN	395
290. IV. KABUL EDİLMEZLİK	396
37. § CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMLERİNDEKİ AYKIRILIKLARIN GİDERİLMESİ	396
291. AYKIRILIKLARIN GİDERİLMESİNİN ÇEŞİTLERİ	396
292. AYKIRILIK KALDIRILMADAN İŞLEMİN OLDUĞU GİBİ MUHAFAZASI	397
293. AYKIRILIK KALDIRMAK SURETİYLE İŞLEMİN MUHAFAZASI	397
294. AYKIRILIĞI KALDIRMAK İÇİN İŞLEMİN ORTADAN KALDIRILMASI	398
295. ESKİ HALE GETİRME	399
BEŞİNCİ BÖLÜM: CEZA MUHAKEMESİ VASITALARI: I. NORMLAR	401
38. § NORMLAR	401
296. HUKUKÎ DEĞERLENDİRME	401
297. HUKUKÎ DEĞER HÜKMÜNÜN VERİLİŞİ	402
298. HUKUK DÜZENİ	402
299. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU ve SUÇ HUKUKU NORMLARININ FARKI	403
300. MUHAKEME DIŞI HUKUK NORMLARI	404
301. HUKUKÎ DEĞERLENDİRMEDE YAZILI OLAN VE OLMAYAN ÖLÇÜLER	405
302. MUHAKEME-DIŞI HUKUK NORMLARININ MUHAKEME HUKUKU BAKIMINDAN ÖNEMİ	405
303. MUHAKEME FAALİYETİNDE VASITA OLUŞ BAKIMINDAN MUHAKEME HUKUKU NORMLARI	406
39. § NORMLARIN KAYNAKLARI	407
304. KAYNAK MESELESİ	407
305. YAZILI HUKUK	407
306. CEZA MUHAKEMESİ NORMLARININ KANUNİLİĞİ	409
307. CEZA MUHAKEMESİ KANUNLARIMIZIN TARİHÇESİ	409
308. NORM KAYNAĞI İDARÎ İŞLEMLER	418
309. YAZILI OLMAYAN HUKUK	420
310. İÇTİHADÎ HUKUK	422
311. BİLİMSEL HUKUK	423
40. § NORMLARIN UYGULANMASI	423
312. UYGULANABİLİRLİK DEĞERLENDİRMESİNİN ÇEŞİTLERİ	424
313. YÜRÜRLÜK	424

314. GEÇERLİK	425
315. ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMA	430
316. DERHAL UYGULANMA KAİDESİNİN İSTİSNASI	435
317. YER BAKIMINDAN UYGULANMA	436
318. MÜLKİLİK KAİDESİNİN İSTİSNALARI	436
319. YORUM	439
320. SANIK LEHİNE YORUM MESELESİ	440
ALTINCI BÖLÜM. DELİLLER	441
41. § DELİLLER: 1. MUHAKEME HUKUKU BAKIMINDAN GÖREVİ	441
321. HÜKÜM VASITASI OLARAK DELİLLER	441
322. DELİLLERİN NİTELİĞİ	442
323. VİCDANÎ DELİL SİSTEMİ	442
324. DELİLLERİN ÖZELLİKLERİ	443
325. BİLİMSEL DELİLLER	446
326. İSPATIN NİSPİLİĞİ	446
327. ŞÜPHEDEN SANIĞIN FAYDALANMASI	448
328. DELİL VE ŞÜPHE SEBEBİ	450
329. İSPAT KONUSU	450
330. HÂKİMİN ve SAVCININ DELİL ARAŞTIRMASI; İSPAT KÜLFETİ	452
330-1. SINIR AŞAN CEZA KOVUŞTURMASINDA KULLANILAN DELİLLER	453
42. § SÜBUT KONUSUNDA HÜKÜM	453
331. MANTIK BAKIMINDAN SÜBUT HÜKMÜ	453
332. DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ (TAKDİRİ)	454
333. SÜBUT KONUSUNDA HÜKÜM FAALİYETİ	455
334. KARİNE	457
335. BİLİRKİŞİ MÜTALÂASI	458
336. b) BİLİRKİŞİNİN ÖDEVLERİ	463
337. c) BİLİRKİŞİNİN YETKİLERİ	464
338. ç) BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNİN YAPILMASI	464
339. UZMAN GÖRÜŞÜ	466
340. KEŞİF. a) GENEL OLARAK	468
341. b) ÖLÜNÜN ADLİ MUAYENESİ VE OTOPSİ	470
43. § DELİLLER: 3. ÇEŞİTLERİ	471
342. Delillerin sınıflandırılması	471
343. Tanık beyanı: a) Niteliği	473
344. b) Tanık beyanının temsil değeri	476
345. c) Tanığın ödevleri	477
346. ç) Tanığın yetkileri	481
347. d) Tanığın çağırılması	482
348. e) Tanığın dinlenmesi	482
349. Sanık beyanı: İfade alma ve sorgu	489
350. Sanık dışındaki tarafların beyanı	502
351. Belge; a) Belge delilleri	503
352. b) Belgelerin sınıflandırılması	503
353. c) Yazılı belge	503
354. ç) Yazılı belgelerin sağlamlık bakımından sınıflandırılması	504
355. d) Şekil tespit eden belge	504
356. e) Ses ve görüntü tespit eden belgeler ve bilişim verileri	504
357. BELİRTİ DELİLLERİ	505
358. HUKUKA AYKIRI DELİLLER	506
YEDİNCİ BÖLÜM. KORUMA TEDBİRLERİ	558
44. § KORUMA TEDBİRLERİNİN MUHAKEME HUKUKU BAKIMINDAN GÖREVİ	558
359. HÜKÜM VASITASI OLARAK KORUMA TEDBİRİ	558
360. KORUMA TEDBİRLERİNİN ÖZELLİKLERİ	560
361. KORUMA TEDBİRLERİNİN ÖNŞARTLARI	561
362. KORUMA TEDBİRLERİNİN SINIFLANDIRILMASI	564
45. § 1. TUTUKLAMA ve ADLİ KONTROL	570
363. a) TUTUKLAMANIN GAYESİ VE NİTELİĞİ	571
364. b) TUTUKLAMANIN İHTİYARLILIĞI	575
365. c) TUTUKLAMA KOŞULLARI	576
366. ç) TUTUKLAMA KARARI	581
367. d) TUTUKLAMA KARARININ İNFAZI	590

368. e) TUTUKLAMA TEDBİRİNE DEVAM ZORUNLUĞUNUN ARAŞTIRILMASI.	592
369. f) TUTUKLAMAYA İLİŞKİN KARARLARA İTİRAZ.	597
370. g) TUTUKLAMA KARARININ GERİ ALINMASI ve HÜKÜMSÜZ KALMASI.	598
371. h) ADLİ KONTROL.....	600
372. GÜVENCE ve ÖNCEDEDEN ÖDETEME.	604
373. KEFALETLE SALIVERME.	605
374. i) ÖZEL TUTUKLAMA HALLERİ.	608
375. k) HAKSIZ TUTUKLANANLARA TAZMİNAT VERİLMESİ.	610
46. § 2. YAKALAMA ve GÖZALTINA ALMA	610
376. YAKALAMA: a) GAYESİ VE NİTELİĞİ.	611
377. b) YAKALAMA ŞARTLARI.	614
378. c) GÖZALTI SÜRELERİ.	629
379. ç) GÖZALTINA ALMA KARARI ve GÖZALTI BİRİMİNDE YAPILAN İŞLEMLER.....	632
380. d) KORUMA TEDBİRİ NEDENİYLE TAZMİNAT.	644
381. ELEGEÇİRME.	655
382. ZORLA GETİRME.	656
383. YURT DIŞINA ÇIKARMAMA.	661
384. GÖZLEM ALTINA ALMA.	662
385. GEÇİCİ OLARAK GÜVENLİK TEDBİRLERİNE BAŞVURMA.	664
47. § 3. ARAMA ve ELKOYMA	665
386. ÖNLEME ARAMASI.	665
387. ADLİ ARAMA: a) GAYESİ ve NİTELİĞİ.	679
388. b) ADLİ ARAMA KARARI.	690
389. ç) ARAMA İŞLEMLERİNİN YAPILMASI.....	695
390. MUHAFAZA ve EMNİYET ALTINA ALMA.	708
391. a) ELKOYMA.....	709
392. b) DELİL OLABİLECEK veya MÜSADERE EDİLECEK EŞYAYA ELKOYMA: aa) KONUSU VE ŞARTLARI.....	710
393. bb) BASILMIŞ ESERLERE ELKOYMA.	712
394. cc) ELKOYMA KARARI ve EMRİ.	715
395. çç) ELKOYMA İŞLEMİNİN YAPILMASI.	721
396. dd) POSTADA ELKOYMA.	722
397. ELKONULAN EŞYANIN SAKLANMASI, GERİVERİLMESİ veya ELDEN ÇIKARILMASI.....	724
398. c) SUÇLA İLGİLİ OLMAYAN EŞYA ve ALACAKLARA ELKOYMA.	728
399. ç) GAİPLERİN ve KAÇAKLARIN MALLARINA ELKOYMA.....	729
48. § 4. BİLGİSAYARDA ARAMA	730
399-1. BİLGİSAYARDA YAPILAN ARAMA.	730
49. § 5. DİĞER KORUMA TEDBİRLERİ	744
400. ERKEN DİNLENME ve ERKEN SORGU.....	745
401. ŞAHSİ DAVACININ TEMİNAT VERMESİ SORUNU.	746
402. KYOK KARARINA İTİRAZ EDENİN TEMİNAT VERMESİ SORUNU.	746
403. İŞTEN ELÇEKİTİRME, ÇEK DÜZENLEME YASAĞI ve RUHSAT İPTALİ.	746
403-1. İNTERNETE ERİŞİMİN ENGELLENMESİ.	751
50. § 6. ÖNLEME ve ARAŞTIRMA TEDBİRLERİ	754
403-2. ARAŞTIRMA TEDBİRİ KAVRAMI.	754
403-3. ARAŞTIRMA TEDBİRLERİ.....	754
403-4. BİLGİ TOPLAMA.	757
403-5. İSTİHBARAT.	757
403-6. DURDURMA.	759
403-7. KİMLİK SORMA ve KİMLİK TESPİT ETME.....	765
403-8. PARMAK İZİ ve FOTOĞRAFLARIN KAYDA ALINMASI.....	768
403-9. FİZİK KİMLİĞİN TESPİTİ.	771
403-10. ŞÜPHELİ OLMAYANLARI AYIKLAMA (SCREENİNG).....	772
403-11. OLAY YERİ İNCELEME: TEFTİŞ.	772
403-12. OTOPSİ ve ADLİ MUAYENE.	772
403-13. TEŞHİS.	775
403-14. YÜZLEŞTİRME.	779
403-15. YER GÖSTERME.	779
403-16. KONTROLLÜ TESLİMAT.....	781
403-17. PROJELİ ÇALIŞMALAR.	781
51. § 7. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ	781
403-18. İSTİHBARAT ve SUÇ ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİM DENETLEMESİ.....	781
403-19. DELİL ELDE ETME AMAÇLI İLETİŞİM DENETLEME.....	789

52. § 8. TEKNİK ARAÇLARLARLA İZLEME	816
403-20. TEKNİK ARAÇLARLA İZLEME	816
53. § 9. GİZLİ SORUŞTURMACI KULLANILMASI	833
403-21. GİZLİ SORUŞTURMACI	833
403-22. GİZLİ SORUŞTURMACI İLE İLGİLİ AİHM KARARLARI ve ALMAN HUKUKU	849
54. § 10. BEDEN MUAYENESİ ve MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELER.....	857
403-23. BEDEN MUAYENESİ	857
403-24. DİĞER KİŞİLERİN BEDEN MUAYENESİ	868
403-25. ALKOL MUAYENESİ.....	870
403-26. GÖZALTINA ALINAN ŞÜPHELİNİN MUAYENE EDİLMESİ	876
403-27. YAZININ ADLİ YÖNDEN İNCELENMESİ	877
403-28. MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELER ve DNA VERİ TABANLARI	877
ÜÇÜNCÜ KISIM: CEZA MUHALEMESİNİN MORFOLOJİSİ.....	881
BİRİNCİ BÖLÜM: MUHALEMENİN MORFOLOJİK PRENSİPLERİ.....	881
55. § MUHALEMENİN MORFOLOJİSİ ve PRENSİPLERİ.....	881
404. MUHAEME MORFOLOJİSİ.....	882
405. ORGANİKLİK PRENSİBİ.....	882
406. GELİŞME PRENSİBİ.....	884
407. UYGUNLUK PRENSİBİ.....	889
408. CEZA MUHALEMESİNDE ŞÜPHENİN KUVVET DERECELERİ.....	889
İKİNCİ BÖLÜM: DAR MÂNÂDA CEZA MUHALEMESİ.....	890
56. § SORUŞTURMA EVRESİ: I. GENEL BİLGİLER.....	890
409. SORUŞTURMA EVRESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI	890
410. SORUŞTURMA EVRESİNİN GAYESİ ve GÖREVLERİ	892
411. SORUŞTURMA EVRESİNİN ÖZELLİKLERİ.....	893
412. SORUŞTURMA EVRESİNİN NİTELİĞİ.....	895
413. SORUŞTURMA EVRESİNDE HÂKİM GÜVENCESİ VE SORUŞTURMANIN DEVRELERİ	896
57. § SORUŞTURMA EVRESİ: II. ÖN ALAN, ÖN İNCELEME ve BAŞLANGIÇ SORUŞTURMASI DEVRESİ.....	898
413-1. ÖN ALAN ARAŞTIRMALARI ve ÖN İNCELEME KAVRAMLARI.....	898
414. BAŞLANGIÇ SORUŞTURMASININ FİİLİ ve KANUNÎ DURUMU.....	902
415. BAŞLANGIÇ SORUŞTURMASININ GAYESİ ve GÖREVLERİ.....	903
416. BAŞLANGIÇ SORUŞTURMASININ ÖZELLİKLERİ.....	907
417. BAŞLANGIÇ SORUŞTURMASININ ORGANLARI.....	908
418. ADLİ KOLLUK.....	909
419. BİLGİ EDİNME	912
420. CEZA SORUŞTURMASININ BAŞLATILMASI ve ADLİ ARAŞTIRMALAR	915
421. DOĞRUDAN DOĞRUVA ARAŞTIRMA	916
422. İFADE ALMA VE TEŞHİS.....	924
423. KORUMA.....	925
424. SONUÇ ÇIKARMA.....	926
425. SORUŞTURMAMA, KOVUŞTURMAMA ve KOVUŞTURMAYA SON VERME KARARNAMELERİ.....	928
426. KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞINA DAİR KARARIN ORTADAN KALDIRILMASI	931
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZME USULLERİ	935
58. § CEZA KARARNAMESİ	935
426-1. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZME USULLERİ.....	936
427. CEZA KARARNAMELERİ.....	937
428. SULH HÂKİMİNİN CEZA KARARNAMESİ.....	939
429. İDARENİN VE KOLLUK MEMURLARININ CEZA KARARNAMELERİ.....	942
430. Savcının ceza kararnamesi.....	947
59. § UZLAŞTIRMA	947
431. UZLAŞTIRMA.....	947
60. § ÖNÖDEME.....	961
432. ÖNÖDEME.....	961
432-1. SUÇÜSTÜ MUHALEMESİ	967
61. § KAMU DAVASI AÇMADA TAKDİR YETKİSİ VE KAMU DAVASININ AÇILMASININ ERTELENMESİ.....	970
433. CUMHURİYET SAVCISININ KAMU DAVASI AÇMADA TAKDİR YETKİSİ	970
434. KAMU DAVASININ AÇILMASININ ERTELENMESİ	971
62. § SERİ MUHAEME USULÜ	978
435. SERİ MUHAEME USULÜ.....	978
63. § BASİT YARGILAMA USULÜ.....	992

436. BAŞIT YARGILAMA USULÜ KAVRAMI.....	992
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: KISA, İLK VE ARA SORUŞTURMALAR	996
64. § SORUŞTURMA EVRESİ: III. KISA SORUŞTURMA	996
437. KIASORUŞTURMANIN FİİLİ VE KANUNİ DURUMU.	996
438. KIASORUŞTURMANIN GAYESİ, GÖREVLERİ ve BÖLÜMLERİ.	999
439. KIASORUŞTURMANIN ÖZELLİKLERİ.....	1000
440. KIASORUŞTURMANIN MAKAMLARI.....	1001
441. KIASORUŞTURMAYA BAŞLAMA BÖLÜMÜ.	1002
442. KIASORUŞTURMADA ARAŞTIRMA BÖLÜMÜ.	1003
443. KIASORUŞTURMADAN SONUÇ ÇIKARMA BÖLÜMÜ.	1004
444. KOVUŞTURMAYA SONVERME KARARNAMESİ.	1004
65. § SORUŞTURMA EVRESİ: IV. İLKSORUŞTURMA DEVRESİ.....	1007
445. GELİŞMİŞ MUHAKEMEDE İLKSORUŞTURMANIN YERİ VE KANUNUMUZDAKİ DURUM.	1007
446. İLKSORUŞTURMANIN GAYESİ, GÖREVLERİ ve BÖLÜMLERİ.	1011
447. İLKSORUŞTURMANIN ÖZELLİKLERİ ve YARGILAMA.	1012
448. İLKSORUŞTURMANIN MAKAMLARI.	1013
449. İLKSORUŞTURMANIN İSTENMESİ VE AÇILMASI.....	1015
450. TALEPNAMENİN REDDİ KARARI.	1016
451. İLKSORUŞTURMANIN AÇILMASI KARARI.	1016
452. DELİL TOPLAMA BÖLÜMÜ.	1017
453. SONUÇ ÇIKARMA BÖLÜMÜ: TARAF MÜTALÂALARININ ALINMASI.	1019
454. KARARLAR.....	1021
455. SONSORUŞTURMANIN AÇILMAMASI KARARI.	1022
456. SONSORUŞTURMANIN AÇILMASI KARARI.	1023
457. SONSORUŞTURMANIN DURMASI KARARI.	1025
458. SONUÇ ÇIKARMADAN SONRA YAPILACAK İŞLEMLER.	1025
66. § ARA SORUŞTURMA: İDDİANAMENİN DÜZENLENMESİ, KABUL VEYA İADE EDİLMESİ.....	1027
458-1. SUÇ İSNADI SURETİYLE ARA SORUŞTURMAYA GEÇİŞ.....	1028
458-2. İDDİANAMENİN DÜZENLENMESİ.	1028
458-3. İDDİANAMENİN İADESİ.....	1031
458-4. İDDİANAMENİN KABUL EDİLMESİ.	1039
BEŞİNCİ BÖLÜM: KOVUŞTURMA EVRESİ.....	1042
67. § I. KOVUŞTURMA EVRESİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER	1042
459. KOVUŞTURMA EVRESİNİN GAYESİ VE GÖREVLERİ.	1042
460. KOVUŞTURMA EVRESİNİN DEVRELERİ.....	1043
461. KOVUŞTURMA EVRESİNİN ÖZELLİKLERİ.	1044
68. § II. DURUŞMA HAZIRLIĞI AŞAMASI.....	1045
462. DURUŞMA HAZIRLIĞI AŞAMASI: GAYESİ, MAKAMLARI VE BÖLÜMLERİ.	1045
463. KOVUŞTURMA EVRESİNİN BAŞLAMA BÖLÜMÜ.	1046
464. DURUŞMA HAZIRLIĞININ DELİL TOPLAMA BÖLÜMÜ.	1050
465. SONUÇ ÇIKARMA BÖLÜMÜ.....	1050
466. DURUŞMAYI HAZIRLAMA BÖLÜMÜ.	1051
69. § III. DURUŞMA DEVRESİ.....	1052
467. DURUŞMANIN GAYESİ, GÖREVİ ve BÖLÜMLERİ.	1052
468. DURUŞMANIN ÖZELLİKLERİ.	1054
469. DURUŞMA AŞAMASINDA YARGILAMANIN ÖZELLİKLERİ.	1055
470. DURUŞMADA HAZIR BULUNMASI GEREKEN KİMSELER.	1057
471. DURUŞMADA HAZIR BULUNABİLECEK KİMSELER.....	1060
472. DURUŞMA VE OTURUMLARI.	1060
473. DURUŞMAYA ARA VERİLMESİ ve DURUŞMANIN BAŞKA BİR GÜN YAPILMASI.	1061
474. DURUŞMANIN İDARESİ.....	1064
475. DURUŞMANIN GİRİŞ BÖLÜMÜ.	1065
476. DURUŞMANIN DELİL TOPLAMA BÖLÜMÜ.	1068
477. DELİLLERİ ORTAYA KOYMA BÖLÜMÜ: a) ŞEKİLLERİ.....	1069
478. b) DELİLLERİN ORTAYA KONULMASININ KABUL EDİLMESİ.....	1069
479. c) DELİLLERİN ORTAYA KONULMASINDA KAİDELER.	1070
480. c) DELİLLERİN TEK TEK TARTIŞILMASI.	1072
70. § IV. DURUŞMADAN SONUÇ ÇIKARMA DEVRESİ.....	1073
481. DURUŞMADAN SONUÇ ÇIKARMA DEVRESİNİN GAYE, GÖREV ve BÖLÜMLERİ.	1073
482. TARTIŞMA BÖLÜMÜ.	1073
483. HÜKÜM BÖLÜMÜ: a) HÜKÜM VE ÇEŞİTLERİ.	1077
484. b) HÜKMÜN UNSURLARI.	1082

485. c) CEZANIN BELİRLENMESİ.	1087
486. ç) HÜKMÜN VERİLMESİ, AÇIKLANMASI.	1090
486-1. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI.	1092
ALTINCI BÖLÜM: GÜVENLİK TEDBİRİ MUHALEMESİ	1102
71. § GÜVENLİK TEDBİRİ MUHALEMELERİ.....	1102
487. GÜVENLİK TEDBİRİ ve MUHALEMESİ.	1102
488. KÜÇÜK SANIKLARIN MUHALEMESİ.	1103
489. AKIL HASTASI SANIKLARIN MUHALEMESİ.	1116
490. UYUŞTURUCU MADDE KULLANAN SANIKLARIN MUHALEMESİ.	1117
YEDİNCİ BÖLÜM: DAR MÂNÂDA TALİ CEZA MUHALEMESİ	1118
72. § HÂDİSE MUHALEMELERİ.....	1118
491. DAR MÂNÂDA TALİ CEZA MUHALEMESİ ve HÂDİSE MUHALEMESİ.	1118
492. YARGILAMA GİDERLERİ MUHALEMESİ.....	1119
493. MÜSADERE MUHALEMESİ.	1122
494. CEZANIN ERTELENMESİ MUHALEMESİ.	1124
495. İADE MUHALEMESİ.	1125
73. § İNFAZ MUHALEMELERİ.....	1127
496. İNFAZ VE MUHALEMESİ.	1127
497. İNFAZIN BAŞLAMASI ve YABANCI DEVLETE BIRAKILMASI.	1129
498. İNFAZIN GERİ BIRAKILMASI, DURDURULMASI ve MUHALEMELERİ.	1130
499. AÇIKLAMA MUHALEMESİ.....	1133
500. CEZALARIN TOPLANMASI MUHALEMESİ.	1134
501. MAHKÛMİYET KARARINDA DEĞİŞİKLİK MUHALEMESİ	1135
502. KÜÇÜK SUÇLULAR HAKKINDAKİ GÜVENLİK TEDBİRİ KARARINDA DEĞİŞİKLİK MUHALEMESİ.	1137
503. AKIL HASTASI SUÇLULAR HAKKINDAKİ GÜVENLİK TEDBİRİ KARARINDA DEĞİŞİKLİK MUHALEMESİ.	1137
504. UYUŞTURUCU MADDE VE ALKOL MÜPTELÂSİ SUÇLULAR HAKKINDAKİ GÜVENLİK TEDBİRİ KARARINDA DEĞİŞİKLİK MUHALEMESİ.	1138
505. KOŞULLU SALIVERİLME MUHALEMELERİ.....	1138
506. CEZADAN MAHSUP MUHALEMESİ.....	1140
507. MAHKÛMİYETİN ADLİ SİCİLDEN SİLİNMESİ MUHALEMESİ.....	1141
508. YASAK HAKLARIN GERİ VERİLMESİ MUHALEMESİ.....	1141
509. YABANCI MAHKEME MAHKÛMİYET KARARLARININ TÜRKİYE'DE İNFAZI MUHALEMESİ.	1142
SEKİZİNCİ BÖLÜM: OLAĞAN KANUN YOLLARI	1144
74. § KANUN YOLLARI HAKKINDA GENEL BİLGİLER	1144
510. KANUN YOLU MUHALEMESİNİN GAYESİ VE GÖREVİ.	1144
511. KANUN YOLLARININ ÇEŞİTLERİ.....	1148
512. KANUN YOLU MUHALEMESİNDE İDDİA HAKKI.	1150
513. Kanun yolu dâvasının açılması.....	1154
514. Kanun yolu dâvasının açılmasının sonuçları.	1157
75. § İTİRAZ.....	1161
515. İTİRAZ YOLUNUN NİTELİĞİ.....	1161
516. İTİRAZ OLUNABİLEN KARARLAR.....	1162
517. İTİRAZ OLUNAMAYAN KARARLAR.	1164
518. İTİRAZIN ÇEŞİTLERİ.	1165
518-1. TUTUKLAMA KARARINA İTİRAZ.	1166
519. İTİRAZ YOLUNDA YARGILAMA MAKAMI.....	1168
520. İTİRAZ DÂVASININ AÇILMASI.....	1168
521. İTİRAZ DÂVASININ AÇILMASININ SONUÇLARI.	1169
76. § İSTİNAF.....	1170
522. İSTİNAF YOLUNUN MAHİYETİ.....	1170
523. İSTİNAF YOLU ve KANUNLARIMIZ.....	1171
524. İSTİNAF DAVASININ AÇILMASI ve SONUÇLARI.	1171
525. İSTİNAFIN KALDIRILMASI ve TEKRAR KABULÜ.....	1172
525-1. İSTİNAF EDİLEBİLEN VE İSTİNAF EDİLEMİYEN HÜKÜMLER.	1174
525-2. İSTİNAF DAVASININ AÇILMASI.	1179
525-3. İSTİNAF MAHKEMESİNİN DOSYA ÜZERİNDEN ESASİ İNCELEMESİ	1183
525-4. İSTİNAFTA DURUŞMA HAZIRLIĞI VE DURUŞMA.....	1184
525-5. İSTİNAF MAHKEMESİNİN KARARLARINA KARŞI KANUN YOLU.	1186
77. § TEMYİZ	1189
526. TEMYİZ YOLUNUN GAYESİ ve GÖREVİ.....	1189
527. YARGITAY.....	1190
528. TEMYİZ NEDENİ ve BOZMA SEBEBİ: HUKUKA AYKIRILIK.....	1191

529. b) BOZMA SEBEBİ SAYILMAYAN TEMYİZ SEBEPLERİ.....	1198
530. c) HUKUKA KESİN AYKIRILIK HALLERİ.	1200
531. TEMYİZ OLUNABİLEN KARARLAR.....	1201
532. TEMYİZ OLUNAMAYAN KARARLAR.....	1204
533. TEMYİZ DAVASININ AÇILMASI.	1207
534. TEMYİZ BAŞVURUSUNUN İÇERİĞİ VE TEMYİZ GEREKÇESİ.	1209
535. HÜKMÜN KESİNLEŞMESİNE ENGEL OLMA ve AKTARMA ETKİSİ.	1211
536. KARARI TEMYİZ OLUNAN MAHKEMECE YAPILACAK İŞLEMLER.	1211
537. YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞINCA DÜZENLENEN TEBLİĞNAME.....	1213
538. YARGITAY'IN ÖN KARARLARI.	1214
539. TEMYİZ MUHAKEMESİNDE YARGILAMANIN YAPILMASI.	1217
540. TEMYİZ MUHAKEMESİNDE YARGILAMA KONUSU.	1219
541. YARGITAY'IN VERDİĞİ HÜKÜMLER.	1221
542. TEMYİZ İSTEMİNİN ESASTAN REDDİ KARARI (ONAMA).....	1222
543. BOZMA KARARI.	1223
544. HUKUKA AYKIRILIĞIN DÜZELTİLMESİ.....	1225
545. DÜŞME KARARI.....	1228
546. BOZMA KARARININ TEMYİZ ETMEYENLERE ETKİSİ.....	1228
547. YARGITAY'IN HÜKÜM VERDİKTEN SONRA YAPACAĞI İŞLEMLER.	1229
548. BOZMAYA DİRENME.	1231
549. BOZMAYA UYMADAN SONRAKİ DURUŞMA ve SERBESTLİK KAİDESİ.	1237
550. UYMADAN SONRAKİ SERBESTLİK KAİDESİNİN İSTİSNALARI.	1240
551. UYMADAN SONRA VERİLEN HÜKME KARŞI KANUN YOLU.	1242
DOKUZUNCU BÖLÜM: OLAĞANÜSTÜ KANUN YOLLARI	1243
78. § YARGILAMANIN YENİLENMESİ	1243
552. YARGILAMANIN YENİLENMESİ YOLUNUN NİTELİĞİ.....	1243
553. YARGILAMANIN YENİLENMESİ DAVASININ AÇILMASI.	1245
554. YARGILAMANIN HÜKÜMLÜ LEHİNE YENİLENMESİ SEBEPLERİ.	1246
554-1. AİHM'NİN SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK TESPİT EDEN KARARI.	1252
554-2. HÜKÜMLÜNÜN VEYA SANIĞIN ALEYHİNE YENİLEME SEBEPLERİ.	1254
555. YARGILAMANIN YENİLENMESİ MUHAKEMESİNİN EVRELERİ ve BAŞVURULACAK MAKAM.....	1256
556. DAVANIN KABULE ŞAYAN OLUP OLMADIĞININ ARAŞTIRILMASI.	1256
557. İLKSORUŞTURMA EVRESİ.....	1257
558. KOVUŞTURMA EVRESİ.	1259
79. § MUHAKEMENİN DİRİLMESİ	1261
559. MUHAKEMENİN DİRİLMESİ YOLUNUN NİTELİĞİ.	1261
560. MUHAKEMENİN DİRİLMESİ DAVASININ AÇILMASI.....	1261
561. MUHAKEMENİN DİRİLMESİ SEBEPLERİ.....	1262
562. MUHAKEMENİN DİRİLMESİ MUHAKEMESİ.	1263
80. § MUHAKEMENİN TEKRARLANMASI	1264
563. MUHAKEMENİN TEKRARLANMASI YOLU, DÂVASI ve MUHAKEMESİ.	1264
81. § KARAR DÜZELTME	1265
564. KARAR DÜZELTME YOLUNUN NİTELİĞİ.	1265
565. KARARDÜZELTME ŞARTLARI ve SEBEPLERİ.....	1266
566. KARAR DÜZELTME DAVA ve MUHAKEMESİ.....	1268
82. § YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCISININ İTİRAZI	1270
567. YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCISININ İTİRAZI.	1270
568. BAŞSAVCININ İTİRAZININ ŞARTLARI ve SEBEPLERİ.	1271
569. BAŞSAVCININ İTİRAZI DAVASI ve MUHAKEMESİ.	1272
83. § KANUN YARARINA BOZMA	1273
570. KANUN YARARINA BOZMA YOLUNUN NİTELİĞİ.	1273
571. KANUN YARARINA BOZMANIN ŞARTLARI ve SEBEPLERİ.	1275
572. KANUN YARARINA BOZMA DAVASI ve MUHAKEMESİ.	1278
573. KANUN YARARINA BOZMA MUHAKEMESİNDE BOZMANIN TESİRİ.	1282
ONUNCU BÖLÜM: ANAYASA VE İNSAN HAKLARI MUHAKEMESİ	1285
84. § ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU	1285
574. İNSAN HAKLARININ KORUNMASI ve ANAYASAYA AYKIRILIK KAVRAMI.	1285
575. İNSAN HAKLARININ CEZA MUHAKEMESİ AÇISINDAN ÖNEMİ.	1285
576. SOSYAL DEVLET.	1286
577. Kişilik haklarının korunması.	1286
578. ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİASI.	1287
579. Fiili veya fikri işlemlerde Anayasaya aykırılıkta ferdi başvuru sorunu.	1288

580. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru.....	1290
85. § AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU.....	1291
581. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ.....	1291
582. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNDEKİ DAVANIN YÜRÜYÜŞÜ.....	1293
583. TAZMİNAT KOMİSYONUNA MÜRACAAT.....	1294
AİHMnin Ceza Muhakemesine ilişkin olarak verdiği bazı kararlar.....	1294
KAYNAKLAR.....	1298
KISALTMALAR.....	1320
KAVRAM ENDEKSİ.....	1326

BAŞLANGIÇ

İsim meselesi. Bir zamanlar ben de bana öğretildiği gibi “önemsiz” derdim. Kelimelerin değerini şimdi ve her gün biraz daha fazla anlıyorum.

Francesco Carnelutti¹

1. PLÂN.

Üniversitemizde bu kitabın konusunu teşkil eden dersin adı “Ceza Usul Hukuku” olduğu halde, biz, artık Kanun tarafından da benimsenmiş olan “Ceza Muhakemesi Hukuku” terimini daha uygun gördüğümüz için, *giriş bahsinde* ilk önce terminoloji meselesi üzerinde duracak ve Ceza Muhakemesi Hukukunun Hukuk düzenindeki yerini araştıracağız. Bundan sonra, Ceza Muhakemesi Hukukunun gayesini ve önemini belirtmeğe çalışacağız. Ceza Muhakemesi Hukukuna ait esas incelemelerimizi üç bakımdan yani *görev (görülen iş = fonksiyon), yapı ve morfoloji* bakımlarından yapacağız.

Hukuk ilmi, toplum halinde yaşayan insanların birbirleri ile ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen normatif ilimlerden biridir. Hukukun Devlet kuruluşuna, Devlet görevlerinin yapılmasına ve Devletin korunmasına ilişkin ilişkileri düzenleyen dalı, *Kamu Hukukudur*. Devletin görevlerinden biri de *yargılamadır*. Bu görev Devletin veya fertlerin yaptıkları *iddia ve müdafaa* görevleri ile birlikte *muhakeme* adlı kolektif görevi oluşturur. Böylece Muhakeme Hukuku, muhakeme görevinin yapılması dolayısı ile meydana gelen ilişkileri düzenleyen bir hukuk dalı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeptendir ki; Ceza Muhakemesi Hukuku incelemelerimize, *ceza muhakemesi görevini* ele almakla başlayacağız ve sonra, onu oluşturan *yargılama, iddia ve müdafaa* görevlerini inceleyeceğiz.

Muhakeme Hukuku, bütün diğer Hukuk dalları gibi, insanlar arasındaki ilişkileri düzenlediği için, hukukî ilişki de tetkiklerimizin konusunu teşkil edecektir. Hukuk tarafından düzenlendiği için, “*hukuk ilişkisi*” diye adlandırılan bu ilişkinin yapısı tetkik edilirse, biri aktif, diğeri pasif olmak üzere iki süje ile bir objeden meydana geldiği görülür. Muhakeme Hukukunun düzenlediği ilişkilerde de aynı şekilde aktif ve pasif süjelerle obje vardır. Muhakeme Hukukunun yapı olarak tetkiki, ilişkilerin süjeleri ile objesinin tetkiki demektir. Ancak, çeşitli ilişkilerin tetkikinin sistemli olabilmesi için, bu ilişkilerin ortak noktaları bir araya konmalı ve bir tek mücerret “ceza muhakemesi ilişkisi” kavramı meydana getirilmelidir. Bu *Ceza Muhakemesi ilişkisinin* süjelerinin ve objesinin incelenmesi, Ceza Muhakemesi Hukukunun yapısı hakkında bize bir fikir verecektir. Bu mücerret ceza muhakemesi ilişkisini süjeler bakımından ele aldığımızda, süjelerin kimler olduklarını, erklerinin ve ödevlerinin nelerden ibaret bulduklarını ve görevlerini yaparlarken kullandıkları vasıtaları ve yaptıkları işlemleri tetkik edeceğiz.

¹ Büyük hukukçu, muhakeme hukuku ustası Prof. Carnelutti, emekliye ayrıldıktan sonra yazdığı *Torniamo al giudizio* (Muhakemeye Dönelim) başlıklı makalesine bu sözlerle başlamaktadır (*Questioni*, s. 31).

Böylece *ceza muhakemesi sùjeleri, ceza muhakemesi işlemleri ve ceza muhakemesi vasıtaları* bölümleri ile *yapı* bahsini tamamlayacağız.

Ceza Muhakemesinin morfolojisi başlıklı üçüncü ve sonuncu kısımda, ceza muhakemesini, yaşayan bir kurum olarak ele alacağız ve bu canlı varlığı bünyesi içinde tetkik edeceğiz. Birinci bölümde, *muhakemenin morfolojik prensiplerini* inceledikten sonra, çeşitli görevlere uygun olarak muhakeme bünyesinin aldığı şekilleri göreceğiz. Ceza muhakemesini “asil ceza muhakemesi” ve “talî ceza muhakemesi” kısımlarına ayırdığımız için, bu kısmın ikinci ve üçüncü bölümlerinde, asil ceza muhakemesinin iki çeşidi olan *dar manada ceza muhakemesi ile emniyet tedbiri muhakemesini* inceleyeceğiz. Talî ceza muhakemesinin, *dar manada talî ceza muhakemesi ve kanun yolu muhakemesi* çeşitleri de bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinin konusunu teşkil edecektir.²

GİRİŞ

1. § CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNUN HUKUK DÜZENİNDEKİ YERİ

2. Ceza Muhakemesi Hukuku ve Hukuk. 3. Ceza Muhakemesi Hukuku ve Muhakeme. 4. Ceza Muhakemesi Hukuku ve Ceza. 5. Ceza Muhakemesi Hukukunun Tarifi. 6. Ceza Muhakemesi Hukuku ile Suç Hukuku arasında konu bakımından ilişki. 7. Ceza Muhakemesi Hukukunun âletliğı meselesi. 8. Ceza Muhakemesi Hukukunun özerkliğı. 9. Ceza Muhakemesi Hukuku ile Ceza Hukuku arasında konu bakımından ilişki. 10. Ceza Muhakemesi Hukuku ile muhakeme hukukunun diğer dalları arasındaki ilişki.

2. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU ve HUKUK.

I. Hukuk normları.

“Ceza Muhakemesi Hukuku”, adındaki üçüncü kelimenin de belirttiğı gibi, her şeyden önce bir “*Hukuk*” dur, yani Hukuk biliminin bir dalıdır. Hukuk bilimi, toplum halinde yaşayan insanların birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen, huzur içinde birlikte yaşamalarını sağlayan hukukî normların bilimidir.

Hukukî normlar³ sadece kanun normları, hatta sadece yazılı hukuk normları değildir. Yazılı hukukun yanında, yazılı olmayan hukuk da vardır. Keza hukuk sadece, yazılı olan veya olmayan hukuktan ibaret de değildir. Hukuk normlarının kaynakları arasında, içtihadî hukuk ve bilimsel hukuk da mevcuttur. Diğer taraftan, hukuk normları sadece belli bir zamanda, belli bir Devlette hukukî ilişkileri düzenleyen normlar da değildir. Belli bir memlekette, belli bir zamanda hukukî ilişkilerin en iyi bir şekilde düzenlenmesi için kabul edilmesi temenni edilen normlar da vardır. Birincileri inceleyen hukuka “*olan hukuk*”, “*müspet hukuk*”, “*mevzu hukuk*” veya “*objektif hukuk*” denilir. İkincileri tetkik eden hukuka da “*olması gereken hukuk*”, “*ideal hukuk*” veya “*rasyonel hukuk*” adı verilir. Olan hukukun madde madde şerh ve izahı, hukukçulara faydalı olursa da başlı başına hukuk bilimini meydana getirmez. Hatta buna hukuk demek bile pek yerinde olmaz. Nitekim Ceza Kanunu başka şeydir, ceza hukuku yine başka şeydir.

Bunun gibi Ceza Kanununun şerhi de ceza hukuku demek değildir. Bir bilim dalı olarak hukuktan bahsedebilmek için, belli bir memlekette belli bir anda mevcut kanunlardaki kurumların ve normların

² *Kunter*, emekliye ayrılmadan önceki son dersinde, 35 yıllık hocalık hayatı boyunca ve dolayısı ile bu kitapta öğretmeğe çalıştıklarını bir saate sığdırmak istemiştir. Bkz.: *Hukuk, Muhakeme Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku*, İHFM 45-47, 79-81, 789.

³ Toplum içinde yaşayan insanların davranışlarında uyacakları *kuralların* bir bölümü *hukuk kurallarıdır*. Bu kuralların, hukuk normu olmalarının gereğı olarak, “hukukî nitelikte müeyyideleri” vardır. “Norm” (düstur) terimi, kuralı ve müeyyidesini birlikte ifade eder. Biz bu nedenle, normu Türkçeleştireceğiz diye kural demiyoruz. Diğer taraftan, istisna karşılığı olan *kaide* terimini de kullanmakta devam ediyoruz. Zira istisna da kaide de normdur ve dolayısı ile kuraldır. Bir diğer söyleyişle, istisna-normun da kaide-norm gibi biri kural, diğeri müeyyide olmak üzere iki parçası vardır (No. 305).

bir sisteme bağlanarak, mantıkî bir bütün halinde izah olunması kadar mevcut kanunların da üstüne çıkılarak olması gerekenin gösterilmesi icap eder.⁴

II. Gelişme çizgisi.

“Ceza Muhakemesi Hukukunun Hukuk oluşu oldukça yenidir. Eskiden sadece ceza muhakemesinde uygulanacak kaideleri ve formaliteleri, bir kelime ile, *procédure* anlamına *usulü* gösteren kanunun şerh ve izahı şeklinde öğretildiği için, adı *Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye* veya *Ceza Muhakemeleri Usulü* idi.

Görülüyor ki, bugünkü Ceza Muhakemesi *Hukukundaki hukuk* kelimesi yerine *usul* kelimesi kullanılmıştı. Ceza muhakemesi sahasında, normların ve kurumların ahenkli bir şekilde bir sisteme bağlanması cihetine, suç hukuku demeye tercih ettiğimiz dar manadaki Ceza Hukukunda olduğu nispette gidilmemiş, kanunların üstüne aynı derecede çıkarılmamış olmasına rağmen, Ceza Muhakemeleri *Usulünde* de bir *hukuklaşma* olmuştur.

Ancak *usul*'den *hukuk*'a geçildiği halde, hukuk kelimesi *usul* yerine kullanılacak yerde, ya eski ada eklenmiş⁵, ya da muhakeme kaldırılarak onun yerine kullanılmıştır.⁶

Ceza Muhakemesi sahasında *usul*'den *hukuk*'a geçiş, bilim tarihi bakımından da pek eski değildir. Bizim *Ceza Muhakemesi Hukuku* diye karşıladığımız *Strafprozessrecht* tâbiri, Almanya'da 1879 tarihinde kullanılmıştır.⁷ İtalya'da Hukuk kelimesi ilk önce 1885'te *Diritto giudiziario penale* şeklinde kullanılmıştır.⁸ Bugün kullanılmakta olan *diritto processuale penale* terimine ise ilk defa 1912 yılında rastlamaktayız.⁹ Fransa'da bu ilme ve bu derse bugün dahi, içinde *droit* (hukuk) kelimesi geçmeyen *procédure pénale* adı verilmektedir. Son zamanlarda, daha ziyade medenî sahada olmak üzere *droit judiciaire* tâbiri dolayısı ile hukuk kelimesinin kullanıldığı vardır.¹⁰ (Bizce “*droit judiciaire*”, “*diritto giudiziale*” denilmelidir (No. 3).

Usullükten çıkıp hukuklaşma, medenî sahada daha önce başlamış, *Zivilprozessrecht* ve *diritto processuale civile* terimleri daha erken kullanılmıştır.

3. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU ve MUHAKEME.

I. Muhakeme Hukuku.

Ceza Muhakemesi Hukuku, adındaki ikinci kelimedenden de anlaşılacağı üzere, bir *muhakeme hukukudur*. Daha doğrusu muhakeme hukukunun bir dalıdır. *Muhakeme hukuku*, muhakemeyi düzenleyen hukuk normlarının bütünüdür. Muhakeme ise, hukukî bir uyumsuzluğu çözmek üzere yargılama (kaza) organlarının yaptıkları faaliyet dolayısıyla meydana gelen hukukî ilişkilerin süjeleri tarafından yapılan işlemlerin bütünüdür (No. 5). Bu süjelerin erklerini, ödevlerini muhakeme hukuku gösterir. Muhakeme, hukukî oluşların (*processus*) en önemlisidir (No. 404). Onun için “muhakeme hukuku”na yabancı dillerde, muhakemesi açıkça söylenmeden, *oluş hukuku* (*Prozessrecht, diritto*

⁴ Hukukta iki türlü *olması lâzım gelen* düşüncesi olduğunu söyleyen ve müspet hukuku da *müspet olması lâzım gelen hukuk* diye tarif eden *Çağıl*, “müspet hukukun hukuk olabilmek için, *mânevi olması lâzım geleni*, adalet unsurunu da ihtiva etmesi lâzımdır” demektedir (Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş, 4. bası, 1971, s. 9); *Aral* da hukukun iki türünden birincisinin pozitif (müspet) hukuk, diğerinin ise onun dışında ve üstünde, adaleti tam olarak yansıtan doğal hukuk olduğunu, doğal hukukun pozitif hukuka örnek olmakla kalmayıp, onun adalete uygunluğunun değerlendirilmesini sağladığını söylemektedir (Hukuk ve Hukuk bilimi üzerine, 3. bası, 1979, s. 44-46).

⁵ 1948 yılında Harp Okulunda ilk defa okutulmağa başlanan bu derse, “Ceza Yargılama Usul Hukuku” adı verilmiş ve “Askerî Ceza Yargılama Usul Hukuku” adlı kitap, *Hilmi Özarpat* tarafından 1950’de Ankara’da yayınlanmıştır.

⁶ *Graf zu Dohna*’nın *Strafprozessrecht* adlı kitabı, *Usul-ü Cezaiye Hukuku* adı altında Adliye Ceridesinin Nisan 1931 sayısında forma forma tercümeyle başlanmış, sekiz sahifelik kısmının maalesef arkası gelmemiştir. İstanbul Üniversitesi’ndeki dersin adı 1953’te *Ceza Muhakemeleri Usulünden, Ceza Usul Hukukuna* çevrilmiştir.

⁷ *Holtendorf*: *Handlung des Deutschen Strafprozessrechts in Einzelbeitragen*, Berlin, 1879.

⁸ *Tuozi*: *Elementi di diritto giudiziario penale*, Napoli, 1885.

⁹ *Manzini*: *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 1912.

¹⁰ *Solus/Perrot*: *Droit judiciaire privé*, Paris, 1961; *Schaffer*: *Des problèmes de droit judiciaire*, Paris, 1958; *Habscheid*: *Droit judiciaire privé Suisse*, Genève, 1975.

processuale) da denmektedir. Ancak burada herhangi bir oluş değil, muhakeme adlı oluş söz konusu olduğundan, oluş yerine muhakeme kullanılması ve bugün Kanunun da kabul ettiği gibi *muhakeme hukuku* denilmesi yerinde olmuştur. Muhakeme hukukunu *yargılama hukuku* diye Türkçeleştirmek doğru değildir, çünkü yargılama *kazanın* Türkçesidir ve kaza, muhakemeyi oluşturan üç görevden, en önemlisi de olsa, yalnız biridir.¹¹

Muhakeme hukukuna *droit judiciaire* karşılığı olarak Adliye Hukuku da denmiştir.¹² Gerçi *judiciaire* çok defa adlî diye tercüme edilir. Ancak burada muhakeme hukuku denilmeliydi. Adliye hukuku denilmesi üç bakımdan doğru değildir. Bir kere muhakeme hukuku, sanık gibi Adliye teşkilâtına dahil olmayan sülhelerin de faaliyetini düzenler. Diğer taraftan, Adliye teşkilâtı içinde icra ve infaz teşkilâtları da vardır. Bunların faaliyeti ise muhakeme görevinin dışında kalır.¹³ Nihayet, Adliye teşkilâtı dışında kalan yargılama makamları da vardır. Bunların yaptıkları faaliyeti de muhakemenin bir unsuru olarak, Muhakeme Hukuku düzenler. Kaldı ki biz, Fransızcada muhakeme hukuku karşılığı olarak, daha çok hâkim faaliyetini ifade eden *droit judiciaire* terimi ile mevcut diğer adları isabetli bulmadığımızdan, *question préjudicielle* tâbirinde bulunan ve daha çok muhakemeyi ifade eden *préjudiciel*'den çıkardığımız bir sıfatı kullanarak *droit judiciaire* denilmesini önermekteyiz.¹⁴

Ceza Muhakemesi Hukukuna çok kişi *Ceza Usul Hukuku* demektedir. Bu dersin resmî adı da Yönetmeliğe göre, Ceza Usul Hukuku idi. Bu terimdeki *Usul* kelimesi yerine, kanaatimizce, *Muhakeme* denilmelidir. Gerçekten, *usul* tâbiri, *Verfahren*, *procédure*, *procedura* mukabili olarak, şekil ve formaliteler manasına gelmektedir.

Bizde muhakeme kaide ve şekilleri manasına ve Fransızca *procédure* karşılığı olarak *usul* kelimesi, ilk defa 1861 (1278) yılında¹⁵ *Usul-ü Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesinde* kullanılmıştır. 1871 (1288)

¹¹ Kaza yerine yargı, muhakeme yerine de yargılama diyenler oldukça çoktur. Bunlar kaza ile muhakeme kavramları arasında bir fark olduğunu görmekte ve bu farkı sırası ile yargı ve yargılama terimleri ile belirttiklerini düşünmektedirler. Her ikisinde de Devletin bir faaliyeti söz konusu olduğundan, faaliyeti gösteren iki terime ihtiyaç olduğu açıktır. Halbuki yargı-yargılama ilişkisi, tutuk-tutuklama, belge-belgeleme örneklerinde de görüldüğü üzere, bir şey ile onu yapan veya alet olarak kullanan kişinin faaliyeti ilişkisidir. Yani yargı, kaza faaliyetini değil, bu faaliyetin sonunda yapılan şeyi veya o faaliyette kullanılan aleti ifade etmektedir. Bu faaliyeti yapan kişi (hâkim, yargııcı veya yargıç), Anayasa'da kullanılan isabetli terimle "yargılar". Bir diğer söyleyişle, yargı yapar, yaptığı bu yargı ile (yani verdiği kesin hüküm ile) uyumsuzluğu kesip atar. Kazayı Türkçeleştirmek için aranırken, faaliyet ifade eden bir terime ihtiyaç vardı. Yasamaktan yasama, yürütmekten yürütme denildiği gibi, yargılamaktan da yargılama denilmeliydi. Anayasa'nın 1945'te acele ile, üzerinde fazla durulmadan ve kimlerin kaleminden çıktığı bilinmeyen Türkçeleştirilmesinde yapılan bu hata, bugün de devam etmekte, yeni Anayasa'lar yapılırken düzeltilmediği gibi hatayı görüp gösterebilecek olanlar arasında da hatayı tekrarlayanlar çıkmaktadır. Kaza ve muhakeme faaliyetleri gerçekten farklıdır. Kaza, sadece hâkimlerin yaptıkları faaliyetin adıdır. Muhakeme ise, davacının, davalının ve hâkimin yaptıklarından oluşan üçlü bir faaliyeti ifade eder. Oldukça yeni olan bu görüşü kabul etmeyenler, bunların en önemlisi hâkimin yaptığıdır diyerek muhakeme yerine kaza demekte devam edebilirler. Nitekim idare hukukçuları, idarî muhakeme yerine bizde hep idarî kaza demişlerdi. Bugün de idarî yargılama derlerle fazla yadırganmaz; yine özbeöz Türkçedir. Ama idari yargı denince, özendiğimiz güzel dilimizi bir kenara attığımızı da bilelim. Türkçesi *ayçiçeği* olan *sunflower*'i kelime kelime tercüme edip *güneş çiçeği* diye Türkçeleştirilenlerin hatasını tekrarlamayalım.

¹² *Belgesay (Mustafa Reşit)*: Amelî ve Nazarî Adliye Hukuku, İstanbul, 1935; *Belgesay /Onar*: Adliye Hukukumuzun Umumî Esasları, İstanbul, 1944.

¹³ Bizce adli teşkilât konusu, Muhakeme Hukukunun bir bölümünü teşkil ederse de yargıların zorla yerine getirilmesi, yani medenî sahada icra, ceza sahasında infaz ayrı bir faaliyet sayılmalıdır. İnfaz gibi, "icra" da Muhakeme Hukuku dışında kalmalıdır *Postacioğlu* (s. 7). Muhakeme Hukuku tâbirini değil de Usul Hukuku tâbirini kullandığından bu sonuncu tâbirin geniş anlamda cebrî icrayı da ihtiva ettiğini kaydetmektedir.

¹⁴ "*Judiciaire*" ve "*giudiziario*" sıfatları hâkimle ilişkiyi gösterdiğinden, muhakemenin kolektifliğini tam ifade edememektedir (*Kunter*: Le droit "judiciel" et une nouvelle approche de la classification des branches pénales du droit. Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat, Paris, 1980, p. 167, keza AFDI "43", 80 p. 87).

¹⁵ Eskiden gerek ceza, gerek "hukuk" mahkemelerindeki muhakemelerde şer'î hükümler uygulanıyordu. Fakat muhakemeye ait bu hükümlere "Usul" adı verilmemekte idi. Muhakemeye ait hükümler de "Fıkıh" denilen "hukuk"un bir dalını teşkil ediyordu. Nitekim bu hükümler Mecelle ile bir araya getirildiği zaman, "Kitab-ül dâva", "Kitab-ül kaza", "Kitab-ül beyyinat" gibi çeşitli kitaplarda toplanmıştır. Gerçi "Fıkıh" ilmi yanında bir de "Usul-ü Fıkıh" ilmi vardı. Fakat buradaki "Usul" bambaşka bir mânâda idi ve lügat mânâsı ile, asıllar, temeller demektir. Fıkıh Usulü de Fıkıhın temelleri oluyordu. Bu ilim, İslâm Hukukunu meydana getiren şer'î hükümlerin kaynaklarından çıkarılış şekillerini gösteriyor, çıkan hükümlerin şer'î olduklarını isbat ediyordu. İslâm Hukukunda kısaca Usul İlmi de denilen Fıkıh Usulü İlmi, bugünkü anlamı ile bir çeşit Hukuk Mantığı ve bir çeşit Hukuk Metodolojisi idi (*Ebu Zehra*, 17).

tarihli *Memurin Muhakematı Nizamnamesi*, 1914 tarihli Memurin Muhakematı Hakkındaki *Kanun-u Muvakkat* tabirlerinde olduğu gibi, usul kelimesinin kullanılmayıp sadece muhakemeden bahsedilen istisnalar hariç olmak üzere, 1861 yılından bu yana, *Muhakeme Usulü* tabirinin devamlı olarak kullanıldığını görmekteyiz. Muhakeme Hukukunun o zamanki gelişme derecesine göre *usul* tabiri uygundu. Fakat bilim gelişmiş ve bu uygunluk artık kalmamıştır. Gerçekten, bugün artık ceza muhakemesi kanunları, sadece şekiller ve formaliteler kanunu olarak kabul edilmemektedir. Ceza muhakemesi kanunlarının, hatta her çeşit muhakeme kanunlarının şekillerinden ve formalitelerden ayrı olarak, maddî muhtevası da olan kanunlar oldukları bugün anlaşılmıştır.

Muhakeme hukukunun sadece formalitelerden ibaret bir şekil hukuku olmadığını, maddî muhtevası da bulunduğunu belirtmek üzere, “muhakeme hukuku” tabiri kullanılmalıdır. Kaldı ki sadece usul hukuku denildiğinde de muhakeme usulü hukuku kast olunduğundan, muhakeme kelimesine hakikatte yine yer verilmektedir. Usul ise kaideler, hükümler, normlar manasına geldiğinden ve bu da hukuktan başka bir şey olmadığından hem *usul* hem *hukuk*'tan söz açılması mantıksız olmaktadır. Muhakeme hukuku, muhakeme normlarının bütünü demek olduğundan, muhakeme hukuku tabiri için normları ayrıca belirtmeğe ve dolayısı ile usul kelimesini kullanmağa mahal yoktur. Aynı sebeple muhakeme faaliyetini düzenleyen kanunu da, “Muhakeme Kanunu” yerine Muhakeme Usulü Kanunu olarak adlandırmak doğru değildir ve vaktiyle Memurların Muhakemeleri Kanunu (Memurin Muhakematı Kanunu) diyenler çok daha isabetli hareket etmişlerdir.¹⁶ *Prozess, processo, procès* tâbirlerinin dilimizde *dâva* diye karşılandığı da vardır.¹⁷ Ancak biz, *dâva* tabirini “uyuşmazlığın çözülmek üzere mahkeme huzuruna getirilmesi”, “ihtilâfın halli isteği” manasına *action* karşılığında kullanmağı tercih ettiğimizden, iltibasa yer vermemek için, *ceza dâvası hukuku* gibi bir terim yaratmayı doğru bulmadık.

II. Muhakeme.

Ceza Usul Hukuku tabirindeki *usul* yerine *muhakeme*” tabirini kullanan *Kunter*'in önerileri gerçekleşmiş ve günümüzde *muhakeme* kelimesi, kovuşturma evresinin, yani mahkemedeki safhayı ifade etmek üzere kullanılır hale gelmiştir:

a) Ceza muhakemesi sahasında bizde ilk kanun olan *Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu'nun* hazırlanma sırasında, adı *Muhakemat-ı Cezaiye Kanunnamesi* yani *Ceza Muhakemeleri Kanunu* idi.¹⁸

b) 1879 (1296) tarihli *Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu*, her ne kadar kovuşturma evresine de *muhakeme* adını vermiş ise de kanundaki hükümler sadece bu safhadaki usul ve kuralları içermediğine, ilksoruşturmayı, hattâ hazırlık soruşturmasını da düzenlediğine, istinaf, temyiz gibi kanun yollarını, özetle bütün safha ve dereceleri ile geniş manada muhakemeyi konu edindiğine göre, kanunun adındaki *muhakeme* tabirinin bu geniş anlamda kullanıldığında şüphe yoktur. İkinci umumî kanun olan 1929 tarihli *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundaki* durum da bundan farklı değildi. Hatta bu kanunda, muhakemenin mahkeme önündeki safhasına, fasıl başlığında, muhakeme yerine *son tahkikat* yani kovuşturma denilmiş, kovuşturma evresinde taraflar huzuru ile yapılan muamelelerin bütününe duruşma adı verilmiş ve muhakeme tabiri, ikinci kitabın başlığında, hazırlık soruşturması ile ilksoruşturma ve

¹⁶ Türkçede Muhakeme Hukuku tabirinin mahkeme içtihatlarında da kullanıldığı görmekteyiz. Anayasa Mahkemesi bu tâbiri sık sık kullanmaktadır (meselâ 19.12.1963, 277-84 RG. 25.6.1963, 196-166 RG. 7.11.1963). Doktrinde de “Ceza Muhakemesi Hukuku” teriminin benimsendiğini görüyoruz. (Meselâ *Gürelli*: Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Birlikçilik, 1967; *Yüce*: Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, 1968). *Tosun* (I, 1) ceza yerine suç dese de Muhakeme Hukuku terimini kullanmaktadır. İtalya’da muhakeme (*giudizio*) yi yeniden belirtme yolunda bir cereyan vardır. Önceleri “*dritto processuale*” ile “*diritto giudiziario*” arasında mühim bir fark görmeyen *Carnelutti*, sonunda “*processo*” tâbirini şekil ve usul mânâsını ifade ettiği için beğenmemiş, eskiden olduğu gibi “*giudizio*”, “muhakeme” terimini tercih etmiş, beğenmemiş, eskiden olduğu gibi “*giudizio*”, “muhakeme” terimini tercih etmiş, hattâ “*giudizio*” nun sadece kovuşturma evresinin karşılığında kullanılmasını yermiştir (*Questioni*, s. 31).

¹⁷ *Belgesay*: Dâva Teorisi, İstanbul, 1943; Erem de muhakeme münasebeti yerine dâva münasebeti demektedir (No. 8, s. 19). Ancak, *ceza usulü* ve *usul muamelesi* tabirlerinde olduğu gibi *usul* dediği de vardır.

¹⁸ *Kavanin*, mülkiye ve muhakemat adlı üç dairesi olan *Meclis-i vâlây-ı ahkâm-ı adliye* hakkındaki 9 Sefer 1278 tarihli nizamnamenin muvakkat maddesinde, “*muhakemat dairesinin cinayet hakkındaki vezaifi derdest olan Muhakemat-ı Cezaiye Kanunnamesinde münderiç olacağı cihetle Kanunname-i mezkûr mevki-i icraya getirilinceye kadar daire-i mezkûre muvakkaten usulü sabıkasında devam edecektir*” denilmişti (*Antopulos Kostaki*: Usulü Muhakemat-ı Cezaiye, Madrese-i Hukuk, sayı 49, 1881 (1297)).

kovuşturma evresinin bütününe ifade etmek üzere kullanılmıştı. Hatta geri kalan sekiz kitaptaki çeşitli faaliyetler de kanunla düzenlendiğine göre, kanunun adındaki *muhakeme* kelimesinin geniş manada kabul edildiği muhakkaktı.¹⁹

c) 1871 tarihli *Memurin Muhakematı Nizamnamesi* ve mülga 1914 tarihli *Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanun-u Muvakkat* de, *muhakeme* kelimesinin sadece kovuşturma evresi veya duruşma manasına gelmediğini, usul kelimesine ihtiyaç olmadığını, sadece *Muhakeme Kanunu* demek gerektiğini açıkça göstermekteydi. Kunter'in daha önceki yıllarda *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu* yerine *Ceza Muhakemesi Kanunu* demesi, 5271 sayılı Kanuna yansımıştır.²⁰

ç) İkel toplumlar suçluyu muhakeme yapmadan cezalandırırdı. Zamanla, cezalandırmak için ortada bir hâkim kararı olması teminat olarak görüldü ve ceza muhakemesi faaliyeti ortaya çıktı. Toplumlarla birlikte bu faaliyeti düzenleyen ceza muhakemesi de gelişti (No. 406). Bugün, bir kişinin suç işledi diye cezalandırılabilmesi için, suç işlediğini sabit gören ve verilen cezayı belirleyen, yargı otoritesini de kazanmış bir mahkeme kararına ihtiyaç vardır. Bu karar; iddiası, müdafaası ve yargılaması ile birlikte yani kolektif bir ceza muhakemesi faaliyeti sonunda verilir.

Ceza muhakemesi, bütün diğer muhakemeler gibi, bir hayat fenomenidir. Bu fenomen bir “oluş”u gösterir. Bir diğer söyleyişle muhakemenin olması ve bitmesi söz konusudur (No. 404). Muhakemenin hayatı denilince, olmağa başlaması ile bitmesi arasındaki canlı varlığı ve onun bünyesi akla gelir. Muhakemenin döllenme ile başlayan ve doğum ile açıkça ortaya çıkan ve toplumlar geliştikçe uzayan hayatını uzun bir yola benzetebiliriz. Buna muhakemenin hayat yolu veya kısaca muhakeme yolu da diyebiliriz. Bu yol, gelişmiş toplumlarda da her zaman uzun değildir. Bünyenin göreve uygunluğunu belirleyen “uygunluk ilkesi” gereğince kestirmeden gidilerek muhakeme yolunun kısaldığı da vardır. Biz ceza muhakemesi terimini geniş anlamda kullanıyoruz. Yüzyıllar boyunca ceza denince, bugün sadece ceza veya dar anlamda ceza yahut geleneksel ceza diye de adlandırılan müeyyideler anlaşılıyordu. Sonraları güvenlik tedbiri adı verilen müeyyideler de ortaya çıktı. Suç işleyene suç işledi diye mahkeme kararı ile uygulanan bu müeyyideler de bizce, suç karşılığı olarak geniş anlamda cezadır. Onun içindir ki güvenlik tedbiri muhakemesini de biz, ceza muhakemesinin bir çeşidi olarak kabul ediyoruz.

III. Rızaya dayanan sistemler.

Son zamanlarda, uygun oldukça ve ceza adaleti mekanizmasını halkın gözünden düşürmemesi ve kamu yararının ceza muhakemesini gerektirmemesi şartları ile, kanunların suç saydığı bazı eylemleri işleyenlere, ceza yerine, ceza niteliğinde olmayan müeyyideler uygulanması için, İngilizcede *diversion*, Fransızcada *déjudiciarisation* denilen ve bizim *ceza yargılaması yolundan çıkarma* veya *uzlaştırma* adını vereceğimiz bir kavram gündeme getirilmiştir.²¹ Bu kavramı yaratan akım, sanığın veya sanık olmadan önceki adı ile şüphelinin, sosyal, politik, kültürel, ekonomik ve kanunî kavram ve geleneklere uygun düşmek şartı ile, ceza adaleti mekanizmasından yararlanmamasını ve ceza-dışı

¹⁹ Bu sebeplerdir ki, *Taner*, Kanunun ikinci kitabını “muhakeme usulü” yerine “tahkikat” diye adlandırmayı tercih etmiş, esasen kanunun baştan aşağı muhakeme usulüne ait esas ve kaideleri ihtiva ettiğini belirtmek suretiyle “muhakeme” kelimesini geniş manada kullanmıştır (s. 241).

²⁰ *Kunter* bilimsel bir tutumla, çeşitli müşahhas faaliyetleri değil, onların hepsini ifade eden tek, somut bir kavram kullanmak gerektiğini ifade etmişti. *Kunter*, nasıl cezalar hukuku denmiyorsa, ceza muhakemeleri hukuku yerine ceza muhakemesi hukuku denmesini önermiştir.

²¹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 17.9.1987 tarihli R (87) 20 numaralı kararı ile çocuk suçlular bakımından kabulü ve geliştirilmesi tavsiye edilen bu kavram ve onu destekleyen akım ile ilk defa 1960'lı yıllarda ABD'de “diversion” adı altında ortaya çıkmış, Kanada Hukuk Reformu Komisyonu da 1975'te hazırladığı bir raporun Fransızca metninde “déjudiciarisation” terimini kullanmıştır. Bu terimlerle, ceza yargılaması yolundan mahkûmiyetle sonuçlanıncaya kadar sapılarak başka bir yol tutulması ifade edilmek istenmektedir (Ceza Hukuku Milletlerarası 13. Kongresi, Kahire 1984, 3. bölüm kararı, I. 3. RIDP 1985, 514). “Ceza muhakemesinin alternatifi mekanizmalar” denildiği de vardır (*Bassiouni M. Cherif: Criminal justice process and perspectives in a changing world. RIDP 1983/1, 1218*). Biz yargılamasız çözüm bulma anlamındaki Fransızca terimi eksik bulmaktayız. Bunun ceza yargılaması olduğu belirtilmelidir. Başka yola sapma anlamına gelen İngilizcesini de çok geniş ve müphem buluyoruz. Başka yola sapılmadan ceza yargılaması yolundan çıkarılmakla yetinilen haller de olduğuna göre, “ceza yargılaması yolundan çıkarma” denilmesini, sapmaları da içine alacağından, uygun buluyoruz. Uzunca bir terim oluyor ama kavramın yeniliği karşısında şimdilik başka çare göremiyoruz.

çarelere başvurulmasını istemektedir.²² Bizden örnek olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 253 vd. maddelerinde düzenlenen *uzlaştırma* kurumudur.²³ Hafif hasarla sonuçlanan trafik kazalarında tarafların anlaşması halinde ceza kovuşturması yapılmaması da (KTK 83/3) örnek olarak gösterebilir.²⁴ *Diversión* diye bilinen ceza hukuku dışına çıkarma akımı da uygulanmaktadır. Ayrıca, mağdurun durumunu kuvvetlendirmek ve tüzel kişilerin ceza hukukundaki sorumlulukları yeni ceza hukukunu şekillendirmektedir.

4. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU ve CEZA.

Ceza Muhakemesi Hukuku, adındaki ilk kelimenin de belirttiği üzere, ceza ile ilgili bir muhakeme hukukudur, bir başka söyleyişle, muhakeme hukukunun ceza ile ilgili dalıdır.

Gerçekten, Hukuk Umumî Nazariyesinde, Hukuk, Kamu Hukuku ve Özel Hukuk olarak ikiye ayrılır. Kamu Hukukunun çeşitli bölümleri vardır. Bunlardan biri Muhakeme Hukukudur. Muhakeme Hukuku da çeşitli dallara ayrılır. Bunlardan biri de *Ceza Muhakemesi Hukukudur*.

Geniş manada Ceza Hukuku ise, Kamu Hukukunun bölümlerinden bir diğeridir. Bu tasnif, Ceza Muhakemesi Hukukunun geniş manadaki Ceza Hukukuna dahil olmadığını göstermektedir. Biz de geniş manada Ceza Hukukunun bir dalı olmadığını belirtmek için bu bilime, *Ceza Muhakeme Hukuku* demeyip, muhakeme hukukunun bir dalı olduğunu anlatmak için *Ceza Muhakemesi Hukuku* demeyi uygun bulduk.²⁵

Ceza Muhakemesi Hukukunun ceza ile ilgili olması, bu muhakeme sonunda suçlu olduğu sabit olan kişiye ceza denilen müeyyide uygulanması bakımındandır. Biz ceza tabirini, emniyet tedbirini de içine

²² Meselâ uzaklık, ulaşım güçlüğü gibi sebeplerle ceza muhakemesi yolunun çabuk sonuç vermeyeceği hallerde, topluluk için bir zarar söz konusu olmamak kaydı ile, topluluğa, yerel veya etnik şeflere başvurulabileceği ileri sürülmektedir. ABD'nin veya Kanada'nın uçsuz bucaksız yerlerinde ceza yargılamasından başka yolların yararlı sonuçlar sağladığı belirtilmektedir. Bizde de aşiret ve tarikat gibi özel topluluk hayatı yaşayanlar arasında böyle uygulamalar olduğu muhakkak gibidir

²³ Japonların önerisi ile Kahire Kongresinin gündemine alınan bu konuda verilen karar, ceza yargısı yolundan çıkarmayı bir bakıma resmî olan ve olmayan diye ikiye ayırmaktadır. Çeşitler bir diğer bakımdan da ceza yargılaması yolundan “basit çıkarma”, “katılnalı çıkarma” ve “arabuluculuk” diye sayılmaktadır. Basit çıkarmada resmî makamların tek taraflı olarak araştırmaya, kovuşturmaya veya yargılamaya son vermesinde olduğu gibi, sanığın rolü yoktur. Katılnalı çıkarmada, meselâ tedavi edici veya terbiye edici tedbirlerde veya zararın ödetirilmesinde olduğu gibi, ceza-dışı vasıtalarla ilgili unsurlar da katılmakta ve ceza-dışı çarelere başvurulmaktadır. Uzlaşma (*médiation, mediation*) da ise bütün ilgililer arasında uzlaşma sağlanması amacıyla yönelik bir faaliyet vardır. Uzlaşma, bizce, ceza yargılaması yolundan çıkarma terimine girmektedir. Kongre kararının başlığında ve sözü geçen AKBK tavsiyesinde olduğu gibi, ondan farklı imiş gibi gösterilmesi konunun henüz berraklaşmadığını belirtmektedir. Avusturya’da da yeni bir ceza hukuku anlayışı doğmuştur ve ceza dışı müeyyideler ağırlık kazanmaya başlamıştır: Sadece ceza değil, ceza dışında kalan malvarlığı cezası ve haksız zenginleşmenin failin elinden alınması (*Konfiskationsmassnahmen der Abschöpfung der Bereicherung und des Verfalls*) gündeme gelmiştir (*Burgstaller Manfred: Entwicklung des Strafrechts in Österreich seit 1975, Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg, S. 31*).

²⁴ Suç işleyenlerin ceza yargılaması yolundan çıkarılmasını haklı gösteren gerekçeler arasında, bazı durumlarda ceza dâvası açılıp yürütülmesinde kamu yararı olmadığı ve yargılamamanın önleme ve suçluyu topluma kazandırma bakımlarından daha yararlı olduğu, sanıkların damgalanmasını önlediği, mahkemelerin işini azaltarak daha başarılı olmalarını sağladığı, suçluluk ve sorumluluk esaslarından hareket eden ceza muhakemesinin hemen sadece sanığı göz önünde tuttuğu için uyumsuzluğun gerçek sebeplerini ortaya çıkarmadığı ve dolayısı ile komşular, kiracı-kiralayan, aile fertleri ve aynı işyerinde çalışanlar gibi birlikte yaşayanlar arasında sosyal barışı sağlayamadığı, buna karşılık ceza-dışı yolun sosyal barış sayesinde, aynı suçların ilerde işlenmesini önleyebildiği ileri sürülmüştür (Tafsilât için bkz.: *Commission de réforme du droit du Canada: La déjudiciarisation. Ottawa, 1975; Kos-Rabcewicz-Zubowski: General report. RIDP 1983, s. 893; Discussion at preparatory colloquium, aynı yer, s. 1179; Hermann, Diversion and mediation, aynı yer, s. 1043; Mc Clintock: Some aspects of discretion in criminal justice processes. RIDP 1982, s. 872*). Ceza Hukuku 13. Milletlerarası Kongresi (Kahire 1984), uygulamacıların ileri sürdüğü hâkim ve savcılar işini azaltmanın ancak ikinci derecede bir sonuç sayılabileceğini kabul etmiştir. Bizde bu ceza dışı yolun, meselâ şikâyete bağlı suçların artırılması, ilgililerin şartlı veya şartsız barıştırılması çarelerinin ciddi olarak araştırılması gibi daha çok ceza muhakemesi şartları ile kanunilik sistemine getirilecek istisnalar bakımından söz konusu olabileceğini düşünüyoruz. Buna karşılık, bu uygulamalarda, hele katılnalı yargılamama halinde insan haklarının korunması ile ilgili önemli sorunlarla karşılaşılacağından korkuyoruz.

²⁵ Geniş manada Ceza Hukuku, çok defa, Ceza Muhakemesi Hukukunu da içine alacak şekilde tarif edilmektedir (*Taner: Ceza, 2; Dönmezer/Erman, I, n. 13*). Ceza Muhakemesi Hukuku, aynı zamanda hem Muhakeme Hukukunun hem ceza hukukunun dalı olamayacağı, zira bir dal iki kökten çıkamayacağına göre, Ceza Muhakemesi Hukukunun asıl kökünün hangisi olduğu haklı olarak sorulabilir. Geniş manada Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukuku arasındaki ilişki *cins-tür ilişkisi* olmayıp her ikisinin de cezaya taallük etmesinden ileri gitmemektedir. Buna karşılık, Muhakeme Hukuku *cins*, Ceza Muhakemesi Hukuku *türdür*. Bunun içindir ki, Ceza Muhakemesi Hukuku, Muhakeme Hukukunun bir *dalıdır*.

alacak şekilde, geniş manada kullandığımızdan, Ceza Muhakemesi Hukuku tabirindeki ceza kelimesinin bu ilgiyi ifade ettiği kanaatindeyiz.²⁶

5. CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNUN TARİFİ.

Ceza Muhakemesi Hukukunu, kısaca *ceza muhakemesini düzenleyen hukuk dalı* diye tarif edebiliriz. Ceza muhakemesinin de ne olduğunu göstermek suretiyle daha geniş bir tarif yapmak mümkündür. Ceza muhakemesi ise görev, yapı ve morfoloji bakımlarından tarif edilebilir, zira ceza muhakemesi, her çeşit muhakeme gibi, bir bakıma görevdir, bir bakıma hukukî ilişkiler bütünüdür, bir bakıma da yaşayan bir gerçek (realite) tir.

a) Ceza muhakemesini görev olarak ele alırsak, Ceza Muhakemesi Hukukunu şöyle tarif edebiliriz: “Ceza Muhakemesi Hukuku, ceza iddiası, müdafaa ve yargılama (kaza) görevlerinden meydana gelen *muhakeme* adlı faaliyetin kolektif bir şekilde yapılmasını düzenleyen hukuk dalıdır”.

b) Ceza muhakemesini yapı olarak ele aldığımızda, şu geniş tarifi yapabiliriz: “Ceza Muhakemesi Hukuku, Devletin suçlulara ceza vermek görevini yerine getirebilmesi için, ilgililerin yargılama makamlarına başvurması demek olan asıl ceza davası ile talî mahiyetteki uyuşmazlıkların çözülmesi için başvurma demek olan talî ceza dâvaları dolayısıyla sùjeler arasında doğan ilişkileri düzenleyen hukuk dalıdır”.

c) Ceza muhakemesini canlı bir varlık, yaşayan bir gerçek olarak ele alırsak, Ceza Muhakemesi Hukukunu şöyle tarif edebiliriz: “Ceza Muhakemesi Hukuku, ceza muhakemesi adlı hayat fenomeninin organik bünyesini ve bu bünyenin görev şartlarına ve icaplarına uyuşunu düzenleyen hukuk dalıdır”.

Tariflerimizde sadece cezadan bahsettiğimize dikkat edilmelidir. Biz ceza tabirini geniş manada, yani güvenlik tedbirlerini de içine alacak şekilde kullandığımızdan, tariflerimizde güvenlik tedbirlerinden ayrıca bahsetmiyoruz. Ceza tabirini sadece dar manada kullananlar, çelişkiye düşmemek için, Ceza Muhakemesinin tarifinde emniyet tedbirlerini ayrıca belirtmek²⁷ zorundadır.

6. CEZA MUHALEMESİ HUKUKU ile SUÇ HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ.

Suç ve Ceza Hukuku diye adlandırmayı doğru bulduğumuz²⁸ geniş manada *ceza hukuku*, kanaatimizce, biri *suç hukuku*, diğeri, dar manada olmak üzere *ceza hukuku* diye ikiye ayrılır. Suç hukuku suçlardan ve suçlulardan bahseder. Ceza hukuku da cezaî müeyyideleri konu olarak alır.

Geniş manada ceza hukuku, çok defa, biri dar manada, *Ceza Hukuku*, diğeri *Ceza Muhakemesi Hukuku* olmak üzere ikiye ayrılır. Bunlara *İnfaz Hukukunu* ekleyenler de vardır. Bizce cezaların infazını düzenleyen kaideler, İnfaz Hukuku da denilen, bizim Ceza Hukuku demediği tercih ettiğimiz dalı meydana getirir. Diğer taraftan, cezanın ne olduğu ile nasıl infaz edildiğini de ayırmağa imkân yoktur. Bunun içindir ki, ceza bahsinin, bütünü ile, suç hukukunun değil, fakat ceza hukukunun konusunu teşkil ettiğini düşünüyoruz (No. 9).

Suç hukukuna genellikle *Ceza Asıl Hukuku* veya *Ceza Esas Hukuku* veya *Maddî Ceza Hukuku* denilmektedir. Biz bu tabirleri uygun bulmuyoruz. Gerçekten maddî (*matériel*) veya esasî (*substantiel*) gibi sıfatların kullanılmasına sebep, Ceza Muhakemesi Hukukunun *Şekli Ceza Hukuku* veya *Ceza Usul Hukuku* olarak kabul edilmesidir. Bu fikirde olanlara göre, suç hukuku dediğimiz dal, ceza sahasında

²⁶ *Tosun* (II, 3) ceza geniş manada kullanılmamış gibi, *Suç Muhakemesi Hukuku* demektedir. (Öztürk evvelce *Suç Muhakemesi Hukuku* diyordu. Şimdi, ceza ve emniyet tedbirleri konusunda yaptığı kapsamlı araştırmalardan sonra, *ceza muhakemesi hukuku* terimini tercih etmiştir: Öztürk (ed), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ana Hatlarıyla, 10. Baskı, Seçkin, Ankara 2023). Bugün suçların yanında da bizim idarî suç diye çevirdiğimiz, *Tosun*'un idarî haksız fiil dediği (II, 3) eylemler yer almıştır. O halde Suç Muhakemesi Hukuku terimi de yersiz. İşin doğrusu şu ki, aslında eylem ve müeyyidesi bir bütündür. Geniş manada bu bütüne, eyleme bakılarak suç, müeyyideye bakılarak ceza demek mümkündür. Fakat özellikle muhakeme hukukunda müeyyide birinci plâna geldiğinden, -nitekim *Tosun* da çeşitli müeyyidelere göre çeşitli muhakemeler vardır demekte ve emniyet tedbirini de içine alan *cezaî* müeyyideden söz etmektedir (II, 3). Biz müeyyideye göre adlandırmayı tercih ediyoruz.

²⁷ Meselâ *Raineri*, 3; *De Marsico*, 1.

²⁸ Bizim “Suç ve Ceza Hukuku” dediğimiz Hukuk dalına bazılarının *droit criminel* (*dritto criminale*), bazılarının *droit pénal* (*diritto penale*) demesi, bu dalın Ceza ve Suç taraflarının bulunduğunu açıkça göstermektedir.

asıl hukuk kaidelerini ihtiva eder. Usul dedikleri muhakeme kanunları ise, bu hukuk kaidelerinin uygulanmasında bir vasıta, alettir. Bilimin gelişmesi üzerine, bugün, muhakeme hukukunun düzenlendiği, esasî veya aslî diyebileceğimiz erk ve ödevlerin mevcut olduğu, yani muhakeme hukukunun da maddî muhtevası bulunduğu, bir kelime ile muhakeme hukukunun alet olmadığı kabul olduğundan (No. 7), suç hukukuna maddî veya aslî ceza hukuku demeyi doğru bulmuyoruz.²⁹ Ceza konusunu ikinci bölümü teşkil eden Ceza Hukukuna devrettiğimizden, bizce maddî denilen ceza hukukuna verilecek en uygun isim *Suç Hukukudur*.

7. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNUN ÂLETLİĞİ MESELESİ.

Genellikle Ceza Muhakemesi Hukukunun, suç hukukuna nazaran bir âlet olduğu sanılmaktadır. Ceza Muhakemesi Hukukunun âletlik (*StrumentalITÀ*) niteliği, suç hukukunun bir vasıtası olma diye ifade olunmakta ve şöyle izah edilmektedir: “Ceza Muhakemesi Hukukunun bizatihi bir gayesi yoktur. Ceza Muhakemesi Hukuku, maddî ceza hukukuna riayeti sağlayan bir vasıtaadır. Maddî hukuk, insanlar arasındaki münasebetlerin nasıl olması lâzım geldiğini gösterir. Muhakeme hukuku, maddî hukuk normlarını Devletçe teminat altına almak için yapılacak faaliyetin şekillerini düzenler. Maddî ceza hukuku olmasaydı, Ceza Muhakemesi Hukuku da olmazdı”.³⁰

Bizce âletlik, şekil hukuku olmak manasına kabul edilmez: a) Ceza Muhakemesi Hukuku sadece usul ve şekil hukuku olmadığı için, maddî denilen ceza hukukunun bir âleti değildir.³¹

Gerçekten, maddeden ayrı şekil mantıken tasavvur olunamaz. Çünkü *şekil*, *maddenin dış görünüşüdür*. Maddî denilen hukukta da şekil olduğu gibi, muhakeme hukukunda da şekil yanında madde vardır. Bazı haklar ve yetkiler vardır ki, ilk defa muhakeme hukukunda karşımıza çıkmaktadır. Bunların başında müdafaa hakkı gelir. Keza şikâyet hakkı, yargılama makamına başvurma (dâva) hakkı da şikâyet ve başvurma şekil ve usulünden ayrı olarak Muhakeme Hukuku tarafından düzenlenmektedir. Muhakeme hukukunda son yüzyıldan beri “hukukî ilişki” nazariyesinin kabul edilmesi, bu bilimde gelişmelere yol açmıştır. Bugün, muhakeme hukukunun maddî muhtevasının “muhakeme hukuku ilişkisi” olduğunu söylemekte hata yoktur.

b) Ceza muhakemesi, hukuki gerçeğin (realitenin) yaşayan bir varlığıdır. Bu varlık organik bir bütün teşkil eder. Kendine göre morfolojik prensipleri vardır. İnsanın canlı varlığı, nasıl vücudunun âleti değilse, muhakeme de maddî hukukun âleti olmaz.³²

c) Kaldı ki sadece muhakeme hukukunun âletliği tezi, hukukun maddî de denilen mücerret görüşünün bir sonucudur. Bu görüşe göre hukuk, mücerret ve emredici kanunî hukuk normlarının bütününden ibarettir ve muhakeme, maddî hukuk normlarının uygulanması için bir vasıttan başka bir şey değildir. Eskiden beri tartışmasız kabul edilegelmiş olan bu mücerret görüş karşısında, bugün, “oluş görüşü” (*visione processuale*) de denilen müşahhas bir görüş vardır. Müşahhas hukuk görüşüne göre, mücerret normların bütününe hukuk denilebilir. Fakat asıl hukuk, yaşayan hukukî gerçeğin bir ifadesidir, toplumun hayat fenomenidir. Hayat gibi, hukuk da oluş (*processus*)lardan meydana gelir, bir kelime ile oluşur. Hukuk normları, kanunî olsun veya olmasın, sadece mücerret değer hükümleridir. Bunlar müşahhas hükümlerde, yani hukukî oluşlarda vasıttan ibarettir. Hukukun her sahasında, milletvekili seçiminde, kanun yapılışında, evlenme merasiminde görüldüğü gibi, oluşlar vardır, zira hukukî oluş hukukun somutlaşarak, gerçekleşerek yaşamasıdır. Hukukî oluş, görevlere göre çeşitli olabilir. Muhakeme görevinin özelliği, muhakemenin oluşunun diğer oluşlara nazaran vasıta olmasını değil, sadece ayrı bir oluş çeşidi olmasını haklı gösterir.³³

²⁹ Falchi, 64.

³⁰ Manzini, I, 78.

³¹ Türk doktrininde Erem de bu görüştedir (n. 21). Yargıtay’ımızın, şekil ve formalitenin önemini belirtmek için de olsa, *usul hukuku, şekil hukukudur* demesi (CGK 28.12.81, YKD 82/5, 699; HG: 4.11.81, YKD 82/5, 617) muhakeme hukukunun gelişmesine uygun düşmemektedir.

³² Foschini, I, 399-461.

³³ Foschini, I, 3-7.

ç) Muhakeme yapılmadan ceza verilmemesinin kabul edilmesi de muhakeme hukukunun âletliğini göstermez. Gerçekten, eğer âletlikten maksat, önce suç hukukunun mevcut olduğu, ondan sonra suç işleyenlerin muhakemesinin söz konusu olacağı ise, yani bu iki hukuk dalı arasında öncelik- sonralık ilişkisi kast olunuyorsa, bunu biz de kabul ederiz. Ancak bu takdirde âletten bahsetmek uygun düşmeyeceği gibi bu konunun bir mesele olarak tartışılmasının da önemi kalmayacaktır.

8. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNUN ÖZERKLİĞİ.

Ceza Muhakemesi Hukukunun özerkliği, geniş manada ceza hukukunun tetkikinde bugüne kadar tutulan yol dolayısı ile, suç ve ceza hukuku bakımından tartışılmaktadır. Suç ve ceza hukuku suçları ve cezaları tetkik eden, Ceza Muhakemesi Hukuku da suçluların nasıl cezalandırılacağını gösteren hukuk dalı olarak tarif edildiğinden, her ikisinde de suç ve ceza vasıtası ile toplumda huzuru sağlamak müşterek gayesi olduğu söylenmiştir. Bu gaye birliği ile, Hukuk Umumî Nazariyesi hesaba katılmadan, suç ve ceza hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukuku birlikte tetkik edilmiştir.

Buna muhakeme hukuku normlarının uzun müddet ceza kanunlarında yer alması da sebep olmuştur. Birlikte tetkikte de bizim Suç ve Ceza Hukuku dediğimiz Maddî Ceza Hukuku aslan payını almış, birinci plâna geçmiş, Ceza Muhakemesi talî ve fer'î mahiyette addolunmuştur.³⁴ Üniversite öğretiminde dahi bu iki ders yakın zamanlara kadar bir tek ders sayılmıştır. Bunun içindir ki Maddî denen Ceza Hukuku, Ceza Muhakemesi hukukuna nazaran çok daha önce gelişmiş, Ceza Muhakemesi Hukuku ise ihmal edilmiştir. Muhakeme Hukukunun, muhakeme usulleri ve şekilleri olarak hukuk biliminden ziyade tatbikatı ilgilendirdiği düşüncesi de bu hukuk dalının özerkliğini geç kazanmasına sebep olmuştur. İtalya'da 1938'den bu yana Ceza Muhakemesi Hukukunun çok büyük bir gelişme kaydetmesi, Ceza Muhakemesi Hukuku anabilim dalının Suç Hukuku anabilim dalından ayrılmasına bağlanmaktadır.³⁵ Suçun tarifi, unsurları, işleniş şekli ve dereceleri, ceza sorumluluğu gibi suç hukukuna hâkim olan esaslar ile Ceza Muhakemesini düzenleyen esaslar birbirinden o kadar farklıdır ki,³⁶ Ceza Muhakemesi Hukukunun suç hukukuna nazaran özerk oluşunu izah için başka sebepler aramaya lüzum yoktur.

Disiplin olarak özerklik, aslında muhakeme hukukunun önce gelişmiş dalı olan Medenî Muhakeme Hukuku bakımından bahis konusu olmalı idi. Fakat bunda kimse tereddüt dahi etmemiştir. Muhakeme hukukunun bu iki dalı arasında çıkan mesele, her ikisinin müşterek prensiplere bağlanabilip bağlanamayacağı, birisinin diğerine nazaran genel olup olmadığı meselesidir.

9. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU İLE CEZA HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ.

Biz herkesin ceza hukuku dediğine suç hukuku dediğimiz, infaz hukuku dediğine de ceza hukuku dediğimiz için buradaki ceza hukuku terimini farklı anlamda kullanmaktayız. Cezaların infazını yani yerine getirilmesini düzenleyen hukukun, maddî ve şeklî denilen ceza hukuku dallarından ayrı bir dal olduğu fikri 20. yüzyılın ilk yarısında ortaya çıkmış ve "infaz hukuku", mahkûmiyet kararının kesinleştiği andan itibaren en geniş manası ile ceza infazının sona erdiği ana kadar Devlet ile hükümlü arasındaki münasebeti tanzim eden hukuk diye tarif edilmiştir.³⁷

İnfaz hukukunun özerkliği herkes tarafından henüz kabul edilmiş değildir. Bunun başlıca sebebi, bu hukukun dogmatik tetkikinin karşılaştığı güçlüklerdir. Fransa'da genellikle *science pénitentiaire* (infaz ilmi) adı altında infazın teknik cephesi tetkik edilmektedir. İnfazdan doğan hukukî ilişki tetkik edildiği anda buna infaz hukuku demek zarurîdir. İtalya'da *diritto penitenziario* veya *diritto esecutivo penale* adı altında özerk bir hukuk dalı tarafları bir haylidir.

Ceza infaz hukukunun birçok memlekette ve bu arada bizde ayrı bir ders halinde okutulmamasının sebebini, infaz hakkındaki hükümlerin madde madde şerh ve izahından henüz ileri gidilmemiş olması kadar, infaz normlarının ayrı bir kanunda yer almamış olmasında aramak mümkündür. Ancak 2005 yılından bu yana durum değişmiş ve yeni bir Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı hakkında Kanun

³⁴ Fransa'da Ceza Muhakemesi Hukuku, çok defa, Suç Hukuku kitaplarının ikinci kısmını teşkil etmekte idi.

³⁵ *Bellavista*: Sullo stato attuale della scienza del diritto processuale penale in Italia. Studi in memoria di Arturo Rocco, c. I, Milano, 1952, s. 166.

³⁶ *Leone*, I, 10.

³⁷ Ceza Hukuku Milletlerarası 3. Kongresi (Palermo, 1933).

yürürlüğe girmiş olmasına rağmen aslında daha elverişli görülen kanunla gösterme sistemi.³⁸ Kanunun yürürlükte bulunduğu dört yıl içinde arzu edilen sonucu verememiştir. Aslında bu ana hatların düzenleneceği en uygun yer ceza kanunudur. Bizde ise ceza infazına ait kanun normlarına artık sadece Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda rastlamaktayız.

İnfaz hukukunun özerkliğini tanımayanlar, geniş mânâda ceza hukukunu maddî ve şekli diye ikiye ayırınca, cezanın yerine getirilmesine, kısaca infaza ait normları bunlardan birine sokarlar. Özerkliği tanıyanlar ise onu, geniş mânâda ceza hukukunun üçüncü dalı sayarlar.

Biz İnfaz hukukunun özerkliğini 1938 de kabul ettik.³⁹ Bu özerk hukuk dalının geniş mânâdaki ceza hukuku içindeki yeri hakkındaki tezimizi ilk defa 1961’de ilk bası ile ortaya attık. Bugün de savunduğumuz bu tezi şöyle özetleyebiliriz:

a) Bir kişinin suç işleyip işlemediğinin nasıl tespit edileceği, suçlu ise ne ceza verileceği konusu ile verilen cezanın nasıl yerine getirileceği konusu nitelik bakımından apayrıdır. Bu nedenle ceza muhakemesi hukuku ile infaz hukuku iki ayrı disiplindir. Bu konuda zaten pek fazla tereddüt yoktur.⁴⁰ Kaldı ki infaz hukuku geniş mânâda ceza hukukunun dalıdır. İnfaz sırasında çıkan uyuşmazlıklar için muhakeme faaliyeti gerekebilir. Bunlar evvelce infaz hukukunca değil, ceza muhakemesi hukukunca düzenleniyordu. Yeni Kanun düzenlemeyi İnfaz Kanununa almıştır.

b) Geniş mânâda ceza hukukunun iki dalından biri olan suç hukuku da infaz hukukundan ayrıdır, çünkü hangi fiillerin hangi şartlarla suç sayılacağı ile verilmiş olan cezanın nasıl yerine getirileceği apayrı iki konudur.

c) Geniş mânâda ceza hukukunun konusu ceza olan ikinci dalına, dar mânâda olmak üzere, “ceza hukuku” adını veriyoruz. Cezanın ne olduğu yani niteliği konusu ile nasıl yerine getirileceği konusu ise birbirine sıkı sıkıya bağlıdır. Nitekim bu ikisi bugün “ceza hukuku” dersinin “ceza” bahsinde bir arada öğretilmektedir. Yine de öyle yapılmalıdır, fakat özerkliği tanınarak suç hukukundan ayrı ders haline getirilmelidir.

Görülüyor ki ceza muhakemesi hukuku ile ilişki bakımından, ceza hukuku ile suç hukukunun durumu aynıdır ve ceza hukuku da suç hukuku gibi, birçoklarının maddî diye nitelendirdikleri, bizim muhakeme dışı demeye uygun bulduğumuz hukuk dallarından biridir.

10. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU İLE DİĞER DALLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ.

I. Ortak özellikler.

Ceza Muhakemesi Hukuku, muhakeme hukukunun bir dalı olduğundan (No. 3) muhakeme hukukunun “Medenî Muhakeme Hukuku”, “İdare Muhakemesi Hukuku”, “Anayasa Muhakemesi

³⁸ İnfaz Hukukunu tarif eden Kongrede (Palermo, 1933), ayrı bir infaz kanununun henüz zamanı gelmediğine karar verilmiştir. Bugün dahi bu zamanın, hele bizim için geldiğini sanmıyoruz. 13/7/1965 de kabul edilen 647 numaralı mülga “Cezaların İnfazı Hakkında Kanun” (CİK), kanaatimizce bir özentedir ve Ceza Kanununun bazı maddelerini, hem de systemsiz ve kanun tekniğine aykırı olarak değiştiren bir kanundan başka bir şey değildi. Yürürlükten kaldırılana kadar 67-879, 73-1712, 78-2148, 79-2248, 82-2638, 83-2788, 84-3002, 85-3193, 86-3267, 87-3333, 87-3355 numaralı ve diğer kanunlarla mesela 2003-4785 ile değişen bu kanunun, Kunter tarafından önerildiği gibi, “Ceza Kanunu” içinde eritilmesi yerinde olmuştur. Türk Ceza Kanunu’nun 2002 Tasarısı da bu yolu tercih etmişti. Neticede 2005 yılında yapılan yeni düzenlemelerle, *Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun* kabul edilmiştir. AKBK, Birleşmiş Milletlerin 30/8/55 de kabul ettiği “*Hürriyeti bağlayıcı cezaların ve tutuklamaların yerine getirilmesinde Taban Kuralları*”ı Avrupa düzeyine çıkararak 1973 de kabul etmiş olduğu metni toplumdaki gelişme ve değişmeye yeniden uydurmuş ve hazırladığı “*Hürriyeti bağlayıcı cezaların ve tutuklamaların yerine getirilmesinde Avrupa Kuralları*”nı (*Règles pénitentiaires européennes*) 12/2/87 tarihli R(87)3 numaralı kararlar tasviye etmiştir. Ceza ve tutuklevleriyle ilgili her türlü düzenlemede bu kurallara uyulması yerinde olmuştur (*Dönmezer, Şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaların infazında milletlerarası standartlar, Türkiye’nin İnfaz Rejimi Sempozyumu, Adalet Bakanlığı Ankara 1997, sh. 11-29; Yenisey, Tehlikeli Tutuklular ve Tehlikeli Hükümlüler Sorunu; a.g.s., sh. 30-50*).

³⁹ *Kunter*: İnfaz Hukuku, Adliye Ceridesi, 1943, sayı 12, s. 1038.

⁴⁰ *Carnelutti* de ceza bahsinin Suç Hukukunda yeri olmadığı fikrindedir. Ancak bu müellif muhakeme edilmeden ceza verilmediği, cezalandırmadan muhakeme edilmediği mucip sebepleri ile ceza bahsinin muhakeme ve infaz ile birlikte adı “Ceza Muhakemesi Hukuku” olan dala ait olduğunu söylemektedir (Lezioni, I, 33).

Hukuku” ve “Milletlerarası Muhakeme Hukuku”⁴¹ dalları ile ortak esaslara maliktir. İdare Muhakemesi Hukukunun da “dar manada İdare Muhakemesi Hukuku”, “Vergi Muhakemesi Hukuku” ve “Seçim Muhakemesi Hukuku” gibi dalları vardır.

Bu ortak esaslar şöyle özetlenebilir. Gerçekten, hepsinde:

- 1) Çeşitli sülhler faaliyette bulunmakla beraber esas faaliyet yargılama makamlarınıdır.
- 2) İki taraf vardır.
- 3) Var olan veya var sayılan bir uyuşmazlık kolektif bir muhakeme ile çözülmektedir.
- 4) Yargılama organının faaliyete geçmesi için kaide olarak dâva açılmasına lüzum vardır.
- 5) Muhakeme hukuku ilişkileri mevcuttur.
- 6) Muhakeme hukuku işlemleri vardır.
- 7) Morfolojik prensiplere uyulur.

Esaslı noktalarda birleşmeler, muhakeme hukukunun bütün dallarını içine alan Muhakeme Genel Nazariyesi kurulabileceğini ve muhakeme kanunlarının birleştirilebileceğini göstermektedir.⁴²

Muhakeme hukukunun her dalında uygulanan ortak normların yanında her dalın özel normları da elbet vardır ve olacaktır. Ortak temeller dolayısıyla Muhakeme Genel Nazariyesinin kurulabileceğini biz de kabul ediyoruz. Fakat bundan, şu veya bu Muhakeme Hukukunun, faraza Medenî Muhakeme Hukukunun, diğerlerine nazaran genel nitelikte olduğu manası çıkarılmamalıdır.⁴³ Ortak temellerin tesadüfen şu veya bu kanunda yer alması, o kanunu genel saymamıza yetmez.

II. Kıyas.

Muhakeme Hukukunun tam gelişmemiş olması yüzünden, meselâ Borçlar Hukukunda yer alan fakat daha genel olan bir prensipten faydalanıldığı vardır. Burada Muhakeme Hukukunun boşluğu kıyas ile doldurulmaktadır.⁴⁴

III. Genel Muhakeme Kanunu.

Bizce, Muhakeme Hukukunun bütün dallarının ortak noktaları bir tek *genel muhakeme kanununda* toplanmalıdır. Meselâ dâva, süre, eski hale getirme, karar, iddia, müdafaa, bildirme hepsinde ortaktır.

Bizde, sanki muhakemenin sadece yargılama unsuru düzenleniyormuş gibi “yargılama kanunu” denilmeğe başlanan çeşitli muhakeme kanunları (bunların arasına son zamanlarda “idari yargılama (usulü) kanunu” da katılmıştır), meselâ sürenin nasıl tayin edileceğini, nasıl hesaplanacağını ayrı ayrı ele almışlar, çok defa birbirlerinden kopya etmişler, etmedikleri zaman da hiç de gereği yokken, birbirlerinden ayrı düzenlemelere gitmişlerdir. Bunların hepsinin bir biçimde düzenlenmesinin faydaları açıktır. Her dalın özelliklerine göre farklı olabilen noktalar elbet ayrı düzenlemeyi gerektirecektir. Mesela, olay mahkemelerindeki duruşmaların sözlülük ve vasıtasızlık ilkeleri (No. 468) en geniş

⁴¹ Milletlerarası uyuşmazlıkların, milletlerarası yargılama makamlarınca çözümlenmesinde söz konusu olan muhakeme ayrı bir özellik taşıdığından, özel bir düzenlemeyi gerektirir. Muhakeme Hukukunun bu dalının, sadece milletlerarası muhakeme organları tarafından uygulanacak muhakeme normlarını ele aldığı ve meselâ delillerin hangi Devlet kanununa tâbi olacağı veya boşanma dâvasına hangi Devlet mahkemesinin bakacağı gibi sorunların Milletlerarası Muhakeme Hukuku konuları arasında bulunmadığı gözden kaçırılmamalıdır.

⁴² *Sabatini* I, 196; *Grispigni*: *Diritto processuale penale*, 1946, I, 13. *Belgesay*, *Dava Teorisi*, 1. 1942 tarihli İsveç Kanunundan sonra Belçika’da 1967 de Code judiciaire ile bu yolu tutmuştur. İsviçre’de Zürich başta olmak üzere bazı kantonlar ortak hükümlere adli kuruluş kanunlarında yer vermişlerdir (*Clerc*, No. 16). Çeşitli yargılama mercilerinin özel muhakeme kanunlarına sahip olması Almanya’da bugün üzerinde en çok durulan bir sorundur (*Üstündağ*, I, 16). *Erman* da CMK varken AsMK gereksizdir demektedir (n. 222).

⁴³ *Erman*: *Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu*, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa nispetle umumi bir kanun değildir*. AdD 45, 162, k.m.: *Belgesay*: *Adliye Hukuku*, 25; *Erem*: n. 32; Bazı içtihat birleştirme kararlarında da Hukuk Usulü Kanununun Ceza Usulü Kanununa nazaran genel nitelikte olduğu tezi ileri sürülmüştür.

⁴⁴ k-m: *Üstündağ*’a göre (II, 134), muhakeme işlemi olan tahkim sözleşmesi yapılışı ve geçerliği bakımından Borçlar Hukukuna tâbidir.

biçimde ceza muhakemesi dalında uygulandığından⁴⁵ istinaf mahkemeleri de olay mahkemelerinin bir çeşidini oluşturduğundan, istinaf kanun yolunun kabulü ve düzenlemesi sorunları ceza muhakemesinde diğer dallardan farklı biçimde çözülebilir (No. 511, 525).

IV. Ayrımlar.

Ceza Muhakemesi Hukuku genellik ve özellik bakımından ikiye ayrılır: 1) Genel Ceza Muhakemesi Hukuku, 2) Özel Ceza Muhakemesi Hukuku. Özel Ceza Muhakemesi Hukuku da: 1) Malî Ceza Muhakemesi Hukuku⁴⁶, 2) Disiplin Muhakemesi Hukuku⁴⁷ olmak üzere üçe ayrılır. Biz, bunlardan Genel Ceza Muhakemesi Hukukunu inceleyeceğiz. Sadece “Ceza Muhakemesi Hukuku” denilince anlaşılana da budur. Ceza Muhakemesi Kanunu, ceza muhakemesini “soruşturma evresi” ve “kovuşturma evresi” olarak ikiye ayırmıştır.

2. Ş CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNUN GAYESİ ve İLKELERİ

11. Ceza Muhakemesinin Günümüzdeki Gayeleri. 12. a) Suçlunun cezalandırılması safhası. 13. b) Sanığın korunması safhası. 14. c) Hakikatin araştırılması safhası. 15. ç) Hakikatin araştırılması safhası, toplum ile sanığın korunması. 16. Ceza Muhakemesinin Temel İlkeleri, Etkinlik ve Ceza Adalet Politikası.

11. CEZA MUHALEMESİNİN GÜNÜMÜZDEKİ GAYELERİ.

Ceza Muhakemesinin bütün normları, Ceza Muhakemesinin gayesini elde etmeye çalışır. Bu sebeple gayenin tespiti, Ceza Muhakemesi Hukukunda yapılacak ilk işlerden biridir.⁴⁸ Günümüzde 1) *Maddi ceza hukukunun uygulanması*, 2) *Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması*, 3) *Adaletin sağlanması*, 4) *Temel hakların kullanılmasına öncelik sağlanması* ve 5) *Hukuk barışının sağlanması* gayeleri ön plana çıkmıştır.

I. Maddi ceza hukukunun uygulanması gayesi.

Sosyal kontrolü sağlamak ve en önemli hukuki değerleri korumak için en son çare olarak kullanılan ceza yaptırımları, Devletin en keskin kılıcıdır.⁴⁹ Yaptırımların özünü oluşturan yasak ve yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde, Devlet ile birey arasında bir *ceza hukuku ilişkisi* meydana gelir. Bu hukuk ilişkisinin maddi olgularının öğrenildiği ve belirlenen yaptırımın nasıl yerine getirileceğinin belirlendiği ceza muhakemesi ikiye ayrılır: Öğrenme muhakemesi ve yerine getirme muhakemesi.⁵⁰ Sanık ile Devlet arasındaki ceza hukuku ilişkisinde tartışma konusu olan *sanığın suçlu olup olmadığı*

⁴⁵ Riess: s. 661, not 21.

⁴⁶ Mali Muhakeme Hukukunu ikiye ayırmak mümkündür. Bunun malî ceza ile ilgili kısmı yani Malî Ceza Muhakemesi Hukuku, Ceza Muhakemesi Hukukunun bir çeşididir. Bunun dışında kalan da yani Malî İdare Hukuku da idarî faaliyette taallük ettiğinden İdarî Muhakeme Hukukunun bir çeşididir. Buna vergi muhakemesi hukuku da diyebiliriz. Bu vesile ile belirtelim ki “vergi mahkemesi - idare mahkemesi” biçiminde son zamanlarda yapılan ayırım pek isabetli değildir. Çünkü vergi mahkemesi de geniş anlamda idare yargılamasına girmektedir. Bu nedenle vergi mahkemesi karşıtı olana hiç olmazsa “dâr mânâda idare mahkemesi” demek ve sadece idare mahkemesi denildiğinde geniş anlamda anlamak lâzımdır. (*Adnan Tezel: Vergi Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 1988)

⁴⁷ Tosun (I, 24), disiplin muhakemesi hukukunu, idare muhakemesi hukukunun bir dalı saymaktadır.

⁴⁸ Ceza Muhakemesi Hukukunun gayelerini a) Vasıta gayeler, b) Hedef gayeler diye ayırmak (*Cihan: Ceza Muhakemeleri Hukukunun Gayesi*, İHFM 62, 711) mümkündür. Ancak gaye, varılmak istenen son hedef olarak ele alınınca ve sadece gaye denilince, ancak hedef gayeleri ve bunların da sonuncusunu, nazara almak gerekir. Ceza muhakemesinin gayesini gösterirken, onun bir dalını oluşturduğu *muhakeme hukukunun*, ceza onun da bir dalı olduğu *hukukun* gayelerini ayrıca saymağa ve meselâ adaletin gerçekleştirilmesini ve hukukî barışın sağlanmasını gayeler arasında göstermeğe ihtiyaç görmemekteyiz.

⁴⁹ Kudlich 2020, 5.

⁵⁰ *Yerine getirme muhakemesi* 2005 reformu sırasında Ceza Muhakemesi Kanunundan çıkarılmış ve İnfaz Kanununa yerleştirilmiştir.

sorununun mahkeme kararı ile bir sonuca bağlanması gerektiği için, ceza muhakemesinde hâkimin vicdani kanaatine dayanarak verdiği beraat kararları sanık bakımından bir hukuk güvencesi oluşturur.

II. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması gayesi.

Maddi Ceza Hukuku, hangi fiillerin suç olduğunu ve bunların yaptırımlarını belirler. Buna karşılık, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, suç fiilinin nasıl araştırılacağını, kamu davasının nasıl açılıp, yürütüleceğini kurala bağlar. Maddi ceza hukukunun uygulanması ile maddi gerçeğin ortaya çıkarılması arasında ilişki vardır: Fiili gerçekten işlemiş olan kişinin cezalandırılması sağlanmalıdır. Ceza Muhakemesi, suç fiilinin nasıl gerçekleşmiş olduğunu olgulara dayanarak belirler ve Maddi Ceza Hukuku açısından doğru bir karar verilmesini sağlar. Buradaki *gerçek*, tasavvur edilen olay ile yaşanan olayın çakışması hali olup, daima bir olasılıktan ibarettir. Başka bir ifade ile, başka olasılıklar da mevcut olabilir. Ancak, hâkim vicdani kanaati ile olasılıklardan bir tanesinin gerçekleştiğini kabul etmiştir.

Ceza muhakemesinin yegâne gayesi maddi gerçeğin ortaya çıkarılması değildir. Yarışan üstün menfaatlerin söz konusu olduğu hallerde maddi gerçeğin araştırılmasından vazgeçilebilir.⁵¹ Tanıklıktan çekinme hakkı tanınması (CMK 45, 48) ve yasak sorgu usulleri kabul edilmesi (CMK 148) örneklerinde görüldüğü gibi, Kanun bazı hallerde delil olarak kullanma yasağı koymuş ve maddi gerçeğin araştırılmasından sarfınazar etmiştir.

III. Adaletin sağlanması gayesi.

Muhakemenin sonunda verilen hükmün *adil* olması gerekir. *Aristoteles* zamanından beri kabul edilen *iustitia distributiva* (dağıtılan adalet) ve *iustitia commutativa* (dengeleyici adalet) ayrımına, ceza muhakemesi hukuku ile ilgili olarak, insanın insan üzerindeki gücünün sınırlandırılması gerektiğini, yani adil yargılanma hakkını ve Devletin temel haklara müdahalesinin sınırlı olduğunu ifade etmek üzere *iustitia protectiva*⁵² kavramı eklenmiştir. Muhakemenin adil yargılanma hakkı gözetilerek yapılmasının yanında, sonuçta ortaya çıkacak olan hükmün de adil olması ve failin kişiliğine uygun bir yaptırıma hükmedilmesi gerekir. Ancak, somut olaydaki hakkaniyeti sağlamak için *hâkime tanınmış olan takdir yetkisinin sınırları* dardır: Hâkim kanuna uygun olarak karar vermek zorunda olduğu için (AY 138/1), ceza normunda belirlenen yaptırım onu bağlar, kendi kanaatine göre daha adil olduğunu düşündüğü yaptırımı uygulayamaz. Yukarıda belirttiğimiz gibi, ceza muhakemesinin nihai amacı maddi gerçek değildir: daha önemli hukuki menfaatler ihlal edilerek maddi gerçek araştırılmaz. Önemli olan adaletin sağlanmasıdır.

IV. Yarışan temel hakların korunmasına öncelik verilmesi gayesi.

Klasik ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku Devletin tek taraflı olarak uyguladığı hukuk dalları idi. Günümüzde mağdur ve failin iradeleri ile şekillenen bir ceza hukuku türü oluşmuştur. Sanık ve mağdurun yarışan hukuki menfaatleri vardır. Ceza muhakemesinin bunları dengelemesi gerekir. Hiç kimseye *ölçsüz* bir Devlet işlemi yapılamaz ve Devletin sahip bulunduğu yetkiler kötüye kullanılamaz. Kişinin özel hayatının dokunulamaz nitelikteki bir özü, çekirdek alanı vardır. Ceza muhakemesindeki koruma tedbirleri yapılandırılırken, özel hayatın gizi alanının korunmasına özen gösterilir. Örneğin hâkim kararı veya yazılı emir almadan arama yapılamaması (CMK 116), gizli soruşturma tedbirlerinden teknik araçlarla izleme tedbirinin konutta uygulanamaması gibi (CMK 140/5) düzenlemeler vardır.

Diğer taraftan, suç mağdurunun adalet sistemi içinde yaşaması olası olan ikincil mağduriyetlere karşı da korunması için tedbirler alınmıştır (CMK 234 vd). Tanık da benzer bir durumdadır. Alman Hukukunda tanığa duruşmada bir psikolojik danışman ve bir de hukuki yardımda bulunan avukat görevlendirilmesi, yarışan bireysel hakların dengelenmesi amacını ortaya koyan örneklerdir.

Bu nedenle, modern ceza muhakemesinin yeni gayelerinden birinin, maddi gerçek araştırılırken ortaya çıkan olumsuzlukları mümkün olduğu kadar ortadan kaldırmak olduğu söylenebilir.

V. Hukuk barışının sağlanması gayesi.

⁵¹ "Her ne bahasına olursa olsun, maddi gerçek araştırılsın", denemez: BGH v. 14.6.1960 - 1 StR 683/59, BGHSt 14, 358, 365 (*Kudlich* 2020, 9).

⁵² *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1993, S. 220 ff.; *Kudlich* 2020, 9'dan naklen.

Ceza Muhakemesinin sonunda verilecek olan kesin hüküm ile, uyuşmazlık çözülür. Herkes için bağlayıcı olan bu karar ile, *hukuk barışı* sağlanır. Hukuk barışını sağlama gayesi en üst kavram olarak *Schmidhäuser*⁵³ tarafından ortaya atılmış olup, doktrinde geniş ölçüde kabul görmüş olan bir gayedir: Ceza mahkemesinin sonuçta verdiği hükmün, hukuk kurallarının ihlali nedeniyle huzuru kaçmış olan toplumda yaşayan kişileri memnun etmesi ve toplumsal barışı tekrar ihdas edici nitelikte olması gerekir.

Tüm alt gayelerin üstünde bir toplayıcı, birleştirici gaye yaratma fikri yerinde bir girişim ise de, diğer gayelerin başarılı olmasına bağlı bir kavram olduğu için, sadece göreceli bir değerlendirme yapılmasına olanak sağlayabilir. Sonuç olarak, zor kullanma tekeline sahip olan Devletin toplumdaki hukuk barışını sağlamak görevini yerine getirirken, yarışan menfaatler arasında bir denge⁵⁴ kurması, maddi gerçeği yansıtan bir hükmün verilmesini sağlaması ve muhakemeden etkilenen kişilerin temel haklarını korumasının ceza muhakemesinin günümüzdeki gayeleri olduğunu belirtebiliriz.

VI. Ceza muhakemesinin gayesindeki değişim.

Ceza Muhakemesi Hukukunda gaye ve dolayısı ile normlar zamanla fakat yavaş olarak değişmektedir.⁵⁵ Yavaşlığın sebebi bu hukukun da toplumun hukuk şuuruna dayanması ve bu temelin yavaş değişmesidir. Yabancı kanun alınarak sistemi toptan değiştiren kanunlar görülmüştür. Fakat bunlar ya değiştirmeler yolu ile ya da uygulamalarla toplumun hukuk şuuruna uydurulmuştur. Bütün dünyadaki gelişme, denilebilir ki üç safhadan geçmiştir. Önce toplum karışıklıklardan bıkip otorite ve düzen ihtiyacını duymuştur. Düzene kavuştuktan sonra da hürriyet ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır. En sonunda hem düzeni hem hürriyeti korumak gerekmiştir. Böylece ceza muhakemesi, gaye bakımından, üç safhadan geçmiştir: 1) *Suçlunun cezalandırılması safhası*, 2) *Sanığın korunması safhası*, 3) *Hakikatin araştırılması safhası*. Ceza Muhakemesinin gayesinin ne olduğunu anlayabilmek için, Ceza Muhakemesinin bir tarihçesini yapmakta ve geçirdiği safhaları incelemekte fayda vardır.

12. a) SUÇLUNUN CEZALANDIRILMASI SAFHASI.

Suçluyu cezalandırmanın gaye olduğu ilk safha⁵⁶, Batı Avrupa'da 18. yüzyılın yarısına kadar sürmüştür. Bu gayenin kabul edildiği zamanlarda ceza muhakemesi suçlunun cezalandırılması için bir vasıta idi. Sanığın suçlu olduğu önceden kabul olunuyor, sanık ile suçlu birbirine karıştırılıyordu. Sanığın suçlu olup olmadığının tespiti ve beraati ihtimali, gayeye aykırı sayılıyordu. Bugün de düzene kavuşmamış toplumlarda bu zihniyet sürüp gitmektedir. Sanığa suçlu denilmesi, muhakeme hukukunu ilgilendirmeyen sebeplerle sanığın tutuklanmasının istenmesi bunu göstermektedir.

Ceza muhakemesinin gayesinin suçluyu cezalandırma olduğu devirlerde, ceza muhakemesi denince, mahkûmiyeti haklı gösterecek deliller akla gelir. 18. yüzyıla kadar ceza muhakemesi konusundaki neşriyatın hemen hemen delillere inhisar etmesinin sebebi budur. Ceza muhakemesinin konusu delillerden ibaret olunca, Suç Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukuku da birbirinden ayrılmaz hale geliyordu. Delilin kuvvetine göre cezanın ayarlanması ve suçun niteliğine ve ağırlığına göre farklı deliller kabul edilmesi gibi bugün bize abes gelen hükümler, bu zihniyetin hâkim olduğu devirlerde gayet tabii ve mantıkî addolunuyordu. Kanunî delil sistemi, belli suçların belli delillerle ispat edilmesi demektir. Bu kaidenin sertliğini biraz yumuşatmak için ikrar deliline de büyük önem veriliyordu. Hattâ işkenceye rağmen ikrar etmeyen sanığa, ayrıca ceza uygulanıyordu. Kavga, isyan gibi toplu bir şekilde işlenen suçlarda, suç kimin işlediği anlaşılmadığı zaman, eğer sadece elebaşlarının veya işi kolaylaştırarak sanıkları sıraya dizip, belli sayıya rastlayanların cezalandırılması ile yetinilmiyorsa, hepsine birden asıl suçun cezasından farklı bir ceza veriliyordu.⁵⁷

Memleketimizde yüzyıllar boyunca şer'î mahkemelerde uygulanan İslâm Hukuku da o zamanki diğer hukuk sistemleri gibi, ceza muhakemesini suçlunun cezalandırılması gayesine göre düzenlemiştir.

⁵³ Schmidhäuser, Eb. Schmidt-FS, S. 511, Kudlich 2020, 12'den naklen.

⁵⁴ Putzke/Scheinfeld/Putzke 2023, 2.

⁵⁵ Ceza muhakemesinin batı memleketlerinde ve komünist toplumlardaki gelişmeleri için Bkz. Merle/Vitu, s. 78.

⁵⁶ Tafsilat için bk. Sabatini, I, 29.

⁵⁷ Sabatini, I, 32.

Onun içindir ki İslâm Hukukunda delillere büyük önem verilmiş ve belli suçların belli delillerle ispatı lüzumu kabul edilmiştir.

13. b) SANIĞIN KORUNMASI SAFHASI.

“Hukukî vesayet” diye de adlandırılan, sanığın korunması safhası, 18. yüzyılın ikinci yarısında, zamanın felsefî ve liberal cereyanının tesiri ile, Devlet kudretinin kötüye kullanılmasını önleyen, ferdi koruyan bir muhakeme sistemi olarak ortaya çıkmıştır. Sanık, suçlu olduğu henüz sabit olmadığı için, masum sayılmış ve korunmuştur. Böylece ceza muhakemesinin gayesi, sanığın korunması olmuştur.⁵⁸

Hâkimlerin keyfiliğine ve sanıkların muhakkak suçlu görmek ve cezalandırmak temayüllerine karşı bir tepki olan bu ikinci safhanın sembolü, “*Sanık, suçlu olduğu sabit oluncaya kadar, masum sayılır*” ilkesidir.

İlk defa 1789 tarihli İnsan ve Yurttaşlık Hakları Beyannamesinde yer alan bu prensip, bugün de değerini kaybetmemiş ve Birleşmiş Milletlerin 1945 tarihli “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi” (İHEB) (Düstur III/30, 1019) gibi Avrupa Konseyinin 1950 de kabul ettiği, kısa adı “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi” (İHAS) olan “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme” (Düstur III/35, 1567) de bu ilkeye yer vermiştir (No. 15).

İnsan Hakları Sözleşmesine, Türkiye de katılmıştır. Fakat insan hakları ve hürriyet kavramları bizde toplumun hukuk şuuruna henüz yerleşmiş olmadığından, Yazılı Hukukun insan hakları ve hürriyetle ilgili normları çok defa uygulanamamaktadır. İkinci ve üçüncü safhaya geçen bir kısım aydınlarımıza rağmen toplumumuzun ikinci safhaya geçtiği hatta düzen ihtiyacını duyduğunu söylemeye imkân görememekteyiz. Bir diğer ifadeyle toplumumuz, batılı manada insan haklarını ve hürriyeti bir ihtiyaç olarak duymamaktadır. Bu ihtiyacı çoğunlukla duyduğumuz gün, yani bu kavramlar toplumun hukuk şuurunda yerleştiği zaman, milletçe biz de ikinci safhaya geçmiş olacağız.⁵⁹

⁵⁸ *Beccaria*, Suçlar ve Cezalar, *Göklü* tercümesi, İstanbul, 1950, s. 399, 412), Devlet kudretinin kötüye kullanılması vasıtası haline gelmiş olan ceza muhakemesinin, ferdi koruyan bir vasıta haline getirilmesini ilk isteyenlerden biridir. *Romagnosi* (Sabatini’den naklen: I, 33), sanığın korunması fikrini şöyle ifade etmiştir: “Eğer her sanık suçlu ise, muhakemeye lüzum yok. Muhakeme ettiğimize göre her sanık suçlu değildir. Muhakeme normları daha ziyade dürüst insanlar için konulmuştur”. Klâsik cezacıların başlıcalarından biri olan *Carrara* da (Opuscoli, V. 19), ceza muhakemesinin gayesinin, dürüst insanları korumak olduğunu belirtmiştir. Pozitivistler de bu konuyu ele almışlardır. *Ferri* (Sociologia Criminale, II, 4. bası, 1930, s. 384) şöyle demiştir: “Ceza kanunları yalnız suçluların kanunudur. Halbuki Ceza Muhakemesi Kanunları dürüst insanların da kanunudur”.

⁵⁹ Hukuk ve Toplum Felsefesi Milletlerarası Derneğinin 1963 de İstanbul’da toplanan kongresine, bu Derneğin Türk Milli Seksiyonu tarafından sunulan “Tarihî gelişme çerçevesinde İnsan Hakları ve Türkler” başlıklı raporu şöyle özetleyebiliriz: “İnsan hakları ve hürriyet kavramı, özellikle batıda gelişmiş felsefî bir anlayışın tabii sonucudur. Batı görüşü ile modern toplumun bugün de ayırıcı vasfı, insanlık ve insancılık ülküsüdür. İnsanın öz cevheri, bütün toplum değerlerinin gerçekleştiği ana mihraktır. Hürriyet bu cevhere saygının bir ifadesidir. İslâm öncesi Türk tecrübesi gibi İslamiyet de batılı manada bir hürriyet ve insan hakları kavramının memleketimizde yerleşmesine ve gelişmesine müsait zemini hazırlamamıştır. Çünkü her ikisinde de hürriyetçiden çok, tanzim edici bir zihniyet hâkimdir. Batılı manada insan hakları, insana ait olan, kaynağını bizatihi biricik sorumlu ve hür varlık olan insanın varlığından ve tabiatından aldığı için bu varlığı geliştirmeye matuf olan beşerî imkânlar, serbestlikler ve ihtiyarlar olduğu halde, İslâm’daki insan hakları, Tanrı’ya ait olan Devlet tarafından bizzat Tanrı’nın gösterdiği lütuf ve müsaade ettiği, emrelediği çerçeve ve mahiyet içinde düzenlenen, uygulanan, gelişen Tanrı imtiyazlarından ibarettir. İslâm, İslâm öncesi zamanlarda Arabistan’da ve Orta Doğu’da carî göçebe kabile hayatına mahsus anarşik hürriyet telâkkisinin yerine geçen bir teşkilatlanma şekli olduğundan, gayesi hürriyet sınırlarını genişletmek değil, onu düzenlemektir. İslâm’da insan hakları ile hürriyetin yerini, eşitlik ve hüsnüniyet ile birlikte adalet almıştır. Bizde şahsî hürriyetten bahseden ilk belge, 1839 tarihli Gülhane Hattı’dır. Onda da hürriyet değil, can ve mal emniyeti esas tutulmuştur. 18. yüzyıl filozoflarının fikirlerini bizde ilk yayan gazeteci Şinasi’dir. O da Osmanlı ananesine uyarak hürriyetten çok adalete önem vermiştir. Batılı manada hürriyet kavramını Türk vicdanında siyasî hayata ait bir terim olarak yerleştiren Namık Kemal olmuştur. Fakat o da satıhta kalmıştır; çünkü ananevî fikir çerçevelerinin kalıbının sabit kalmasına taraftar olmuştur. Namık Kemal’in fikirlerinin kısmen meyvesi olan 1876 Anayasası’nda insan haklarının teminata bağlanmaması, aksine hükümdara geniş yetkiler tanınması bütün hürriyetleri yok ediyordu. İkinci Meşrutiyeti yaratan “hürriyet mücahitleri” dahi hürriyet kavramını tam manası ile anlamamışlardır. 1924 Anayasası yapılrken de millî hâkimiyet elde edilince şahsî hürriyetin kendiliğinden elde edileceği fikri hâkimdi. Ancak Atatürk’ün halkı tâbi ve kul mevkiinden çıkarıp hâkim mevkiine getirme, kişiyi beşerî muhtariyet sahibi üstün bir duruma yükseltme fikri, Türkiye’de insan hakları konusundaki batı doktrininin gelişmesine imkân vermiştir.” *Kapani* de (Kamu Hürriyetleri, 2. bası, 1968) Türkiye’nin ancak 1924 Anayasası ile insan hakları kavramına kavuştuğunu, bunun da negatif haklardan ibaret olduğunu, sosyal ve ekonomik hakların eksikliğinin o zaman geniş ölçüde duyulmadığını (s. 92, 95), gerekli olan temel şartın yani idare edenler kadrosunun demokrasi ve hürriyet prensiplerine inanmış ve bağlanmış olması şartının yokluğu yüzünden 1924 demokrasisinin işlemediğini (s. 101), bugün hürriyet şuuruna erişmiş bir kütle yetiştiğini (s. 100) söylemektedir. Kütle tabiri ile toplumu yani büyük halk kütlesini kastetmediğine göre, *Kapani* de bizim gibi insan hakları kavramının toplum şuuruna yerleşmediği görüşündedir. Nitekim hürriyetin kanunda yazılı olmasının yetmediğini, gönüllerde

14. c) HAKİKATİN ARAŞTIRILMASI SAFHASI.

Ceza Muhakemesi Hukuku, Hukuk'un bir dalı olduğuna göre, Hukuk'un gayesi, Ceza Muhakemesi Hukukunun da gayesidir. Hukukun gayesi ise, toplum hayatının en iyi bir şekilde düzenlenmesidir. İnsanlar, barış içinde, korku duymadan ve insanca yaşamak ve daha iyi bir hayat sağlamak için, haklarından ve hürriyetlerinden bazı fedakârlıklar pahasına da olsa, toplum halinde yaşarlar. Toplum hayatında düzen olmadıkça ne fertlerin hakları sağlanabilir ne de toplumun menfaati korunabilir.

Şu hâlde toplum hayatını düzenleyen normlar demek olan Hukukun gayesi, hem fertlerin haklarını teminat altına almak, hem de toplumun düzenini korumaktır. Bu iki gaye çelişik gibi gözüktür. Fakat dikkatle bakılırsa aralarında çelişiklik olmadığı anlaşılır. Gerçekten fertlerin haklarına riayet etmeyen toplum temelinden sarsılmış demektir.

Her hukuk dalında, fertlerin hak ve hürriyetlerini teminat altına almak ve toplumun menfaatini korumak gayesi vardır. Bu müşterek gayeden başka, her hukuk dalının kendisine mahsus bir gayesi de olmak lâzım gelir. Suçlunun cezalandırılması gayesi, meselenin sadece toplum bakımından, sanığın korunması gayesi ise, meselenin sadece sanık bakımından ele alınması demektir. Bu iki menfaati, bütün diğer hukuk dallarında olduğu gibi, bağdaştırmak lâzımdır. Gaye bakımından üçüncü safha, işte bu düşüncelerle ortaya çıktı.

Ceza Muhakemesi Hukuku, bir Hukuk dalı olarak, sanığın hak ve menfaatlerini elbet koruyacaktır. Fakat bu koruma, ceza muhakemesinin yegâne gayesi olamaz. Ceza dâvası dolayısı ile doğan hukukî ilişkilerin sanıktan gayri sùjeleri de vardır. Onların da korunmaya değer hak ve menfaatleri mevcut olduğu gibi, toplumun da suçların cezalandırılmasında menfaati vardır. Ceza muhakemesinin gayesi bütün bu menfaatleri birlikte korumak olmalıdır. Suçluyu cezalandırılm derken suçsuz kimselerin haklarını gelişi güzel çiğnememek de yine toplumun menfaati icabıdır. Suçlunun cezası da hak ettiği kadar olmalıdır. Suçlunun hak ettiği cezadan daha fazlası ile cezalandırılmaması da yine toplumun menfaati icabıdır.

Hem fertlerin hem toplumun menfaatlerini korumak, gerçeğe (realiteye) uygunluk demek olan hakikati⁶⁰ araştırmakla mümkün olur. Şüphesiz, en iyi ceza muhakemesi, gerçeği %100 aksettiren bir hakikati araştırandır. Ancak bir taraftan maddî imkânsızlık, öbür taraftan uyuşmazlıkları kesip atma zorunluğu, objektif veya mutlak denilen bellilikten vazgeçilip, tarihî veya pratik de denilen nisbî bellilikle yetinilmesine sebep olmuştur. Buradaki nisbîliğin sadece obje bakımından olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu demektir ki objektif bakımdan mutlak hakikate varılmış olmayabilir, fakat sùje maddî hakikati bulduğuna inanmalıdır. Aynı zorunluklar yüzünden, bazı kararların kesin olması, bazılarının da belli kanun yollarından sonra, kesin hale gelmesi kabul edilmiştir. Belli sürelerin geçmesi ile bazı hakların düşmesinin kabul edilmesinin sebebi de budur. Zorunlu bazı sınırlamalar kabul edilmiş olmasına rağmen gaye yine maddî hakikatin araştırılmasıdır.⁶¹

Medenî Muhakeme Hukuku da hakikati araştırır. Fakat orada hakikatin maddesine (yani özüne) değil, maddenin dış görünüşü demek olan şekline bakılır. Onun için oradaki hakikate “şeklî hakikat” denilir. Medenî Muhakeme Hukuku, hakikati şekillerden, yani dış görünüşten öğrenmekle yetinir. Hâkimler hakikatin özünü araştırmazlar. Şekillerin belirttiği hakikate göre karar verirler. Hâkimlerin eli kolu, tarafların ileri sürdükleri olaylar, hukukî ve maddî meselenin çözülmesinde kullanılacak vasıtalar (yani normlar ve deliller) ve isteklerle bağlıdır.

de yazılı olmasının gerektiğini, Türk toplumunda hürriyet inancının ve isteğinin yaygınlığı ve güçlülüğü ölçüsünde hürriyet düzeninin sağlam ve köklü olarak yerleşeceğini belirtmektedir (s. 112). Bu nota 9. Bası dolayısıyla 1988 sonlarında şu da ilâve edilmiştir: İlk başından beri geçen çeyrek yüzyılda insan hakları ve hürriyetler konusunda bizde de büyük bir gelişme olmuştur. Bunu inkâr etmiyor, övünerek belirtiyoruz. Fakat yine de “suçlu olduğu mahkeme kararı ile sabit olmadıkça sanığın suçlu gibi görülmemesi ve dolayısı ile cezalandırılmaması” görüşünün toplumumuzun çoğunluğunca benimsendiğini söyleyebileceğimizi sanmıyoruz. Çok defa, belki de belli bir amaçla, kanunların toplumun gerisinde kaldığı söylenmekte ise de bu konudaki kanunlar bizde hâlâ öndedir ve topluma öncülük etmektedir.

⁶⁰ Gerçek, “*réalité*” karşılığı kullanıldığından “*vérité*” karşılığı olan hakikat Türkçeleştirilmek isteniyorsa, gerçeklik gibi başka bir terim bulunmalıdır.

⁶¹ *Sabatini*, I, 56.

Buna karşılık ceza muhakemesi hakikatin dışına değil, içine bakar. Yani şeklini değil, maddesini araştırır. Onun için bu hakikate “*maddî hakikat*” denir. Bunun içindir ki ceza hâkimi, tarafların ileri sürdükleri delillerle yetinmediği gibi delil diye ileri sürülenlerin hakikaten delil değeri olup olmadığını da araştırır.

Görülüyor ki ceza muhakemesinin hakikati araştırmak gayesi ne sadece suçluyu cezalandırmak ne sadece masumu korumaktır. Sanık suçlu ise cezalandırılacak, masum ise beraat ettirilecektir. O halde, ceza muhakemesinin gayesinin sanığın suçlu olup olmadığını araştırmak, suçlu ise cezalandırmak, masumsa beraat ettirmek olduğu da söylenebilecektir. Bu gayeye varıncaya kadar sanık hakkında, icabında tutuklamaya kadar varan tedbirler alınabilecektir. Sanığı masum sayarsak bu tedbirleri alışımızı izah edemeyiz.⁶² Sanığı önceden suçlu saymadığımız gibi masum da sayamayız. Sanık ne masumdur ne suçludur. Sanık, suçlu sanılan bir kimsedir, bir kelime ile sanıktır.⁶³

Bu nedenle, klasikleşmiş formülde “*masum sayılır*” denildiği halde Anayasamızda “*suçlu sayılmaz*” denilmiş olmasını (AY 38/4) isabetli bulmaktayız. Gerçekten böylece, hem henüz mahkûm olmamış kişinin, suçlu sayılmadığına göre, cezalandırılmayacağı belirtilmiş, hem de sanık iken hakkında bazı muhakeme tedbirlerinin alınması kapısı, masum sayılmadığına göre, kapatılmamış olmaktadır.⁶⁴

Ceza Muhakemesi Hukukunun gelişmesini ana çizgileriyle belirtmek ve bugünkü safhayı vurgulamak için kullandığımız “hakikatin araştırılması” gayesinin mutlak olmadığını da eklemeliyiz. Gerçekten, bu gayeye varmak için olsa bile, kabul edilemeyecek fedakârlıklar, bir diğer söyleyişle hakikati araştıramama pahasına da olsa korunması gereken yüksek menfaatler vardır. Bu nedenledir ki, bugünün muhakeme hukukunda şu üç hedefe birlikte varılmaya çalışılmak gerektiği haklı olarak söylenebilir⁶⁵: hakikatin araştırılması, insanlık onuruna saygı gösterilmesi, masumları cezalandırma riskinin azaltılması.

15. ç) HAKİKATİN ARAŞTIRILMASI SAFHASI, TOPLUM ve SANIĞIN KORUNMASI.

I. Anayasal ilkeler.

Çelişik gibi gözükken iki menfaati yani ferdin ve toplumun menfaatlerini koruyan Ceza Muhakemesi Hukuku, doğal olarak toplumu koruyacaktır. Bunun için kişilerin hak ve hürriyetlerinde kısıntılar yapmak gerekecektir. İnsan Hakları Evrensel Beyanname (İHEB 29/2), hak ve hürriyetlerin hangi kamusal menfaatlerle kayıtlanabileceğini göstermektedir: “Herkes haklarını kullanmak ve

⁶² Sanığın masumluğu karinesinin henüz suçlu saymamak olduğunu, şüphelenmenin suçlu saymak olmadığını, alınan tedbirlerin karine ile bağdaşabileceğini söyleyen ve kütüphaneden çıkanların üstünün aranmasını misal veren *Yüce* (s. 32), diğer taraftan suçla ilişkin olmayan şüphe üzerine yapılan aramanın yolsuz olduğunu, basit bir tahmin veya şüphenin arama için yetmediğini söylemektedir (S. 76. 78).

⁶³ *Sabatini*, I, 38.

⁶⁴ Ceza Hukuku Milletlerarası Derneğinin 16. Kongresinde (*Hamburg 1979*), masumiyet karinesini özellikle, mahkeme kararı olmadan kimsenin suçlu sayılmayacağı ve cezalandırılmayacağı, masumluğun ispata ihtiyacı olmadığı ve şüpheden sanığın yararlanacağı anlamlarına geldiği açıklanmıştır (RIDP, 1980, s. 234). “Suçsuzluk karinesi” veya alışlagelmiş deyimini ile, (masumluk karinesi), temel hukuk normlarından biri olmasına rağmen, içeriği tam olarak belirlenmiş bir kavram değildir. *Stuckenber* tarafından yapılan araştırmada da ortaya konulduğu gibi (Die normative Aussage der Unschuldsvormutung, ZStW 111, 1999 Heft 2, 422 v. d.), suçsuzluk karinesinin “devletler hukukunun genel prensiplerinden biri” olduğunu kabul eden az sayıda hukukçu vardır. Bununla birlikte, ilkenin “hukuk devleti prensibinin” temel ögesi olduğu kabul edilmektedir. Suçsuzluk karinesinin “maddî ceza hukuku” ve “ceza muhakemesi hukuku” olmak üzere, iki yönü vardır. Aslında Devlete yönelik olan bu ilkenin bir de özel şahıslara hitap eden yönü vardır. Özellikle, medyada yer alan ve bir kişinin suç işlediğini ileriye süren haberlerde, suçsuzluk karinesinin bu yönü önem kazanır. Diğer taraftan, masumluk karinesi, karine olması bakımından ispat ile ve dolayısıyla sadece mahkûmiyet kararı ile ilgili bulunduğu ve muhakeme boyunca yapılan ve suçluluk ile mahkûmiyet anlamına gelmemesi gereken işlemlerde söz konusu olamayacağı halde, aksinin iddia edilmesine ve hatta bazen kabul de edilmesine yol açtığından, biz, “masum sayılır” yerine “suçlu sayılmaz” denmesinin yanlış anlamları bir derece önleyeceğini umuyoruz. Gerçekten, meselâ mahkûmiyet kararı kesinleşmeden ölen bir kişinin eşi, sanığın tutuklanmış olması nedeni ile istediği tazminatın ve zarurî masrafların ödenmesinin reddedilmesinin masumluk karinesine aykırı olduğunu iddia etmiş ve AİHK da, mahkemenin kararının niteliğine değil, kullandığı kelimelere baktığından, bu iddiayı hem de oybirliği ile kabul etmişken AİHM, tutuklama için yeterli sebep bulunduğunun kastedildiği, bunun da suçlu bulma anlamına gelmediği, tazminat ile zarurî giderlerin ödenmemesinin ceza ve benzeri sayılmayacağı gerekçeleri ile olayda karineye aykırılık görmemiştir (*Nölkenbockhoff* dâvası, 25/8/87, n. 34-40).

⁶⁵ Commission de réforme du droit du Canada: La communication de la preuve (discovery), Ottawa, 1974, n. 13-15.

hürriyetlerinden faydalanmak hususunda ancak kanun ile, sırf başkalarının hak ve hürriyetlerinin tanınmasını ve bunlara saygı gösterilmesini sağlamak maksadı ile ve demokratik bir cemiyette ahlâk, nizam ve genel refahın muhik (haklı) icaplarını karşılamak için tespit edilmiş kayıtlamalara tâbidir”.

Anayasamız bir bir gösterdiği temel hak ve hürriyetlerin olağan hallerde sınırlanmasını ve olağan-dışı diyebileceğimiz hallerde de⁶⁶ kullanılmalarının durdurulmasını düzenlemiştir. Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz (AY 13). Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması da yasaklanmış, müeyyideler kanuna bırakılmıştır (AY 14). Bizim olağan-dışı haller adı altında topladığımız “savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde” ise, milletlerarası hukuktan doğan mecburiyetler⁶⁷ ihlâl edilmemek kaydı ile durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir (AY 15/1). Anayasa bu kaidenin istisnalarını da göstermiştir: Bu durumlarda da savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz. Kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz. Suç ve cezalar geçmişe yürütülemez.⁶⁸ Suçluluğu mahkeme kararı ile sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz (AY 15/2).

II. Menfaatlerin dengelenmesi.

Gayesi icabı hakikati araştıran, dolayısıyla fertlerin hak ve hürriyetleri ile toplumun menfaatini uzlaştırmaya çalışan Ceza Muhakemesi Hukuku fertleri ve bu arada özellikle sanığı da korumaktadır.

Sanığın mahkûmiyetten önce masum sayılacağı ilkesini, ceza muhakemesinin yegâne gayesinin sanığı korumak olduğu manasına kabule bugün imkân yoksa da, sanığın haklarının korunması ve sanığa yüklenen isnatların hatta sanığın ikrarının doğru olup olmadığının mahkemelerce araştırılması ve şüpheden sanığın faydalanması gerektiğini hatırlatması bakımından bu ilke bugün de değerini koruduğundan, İnsan Hakları Sözleşmelerinde olduğu gibi⁶⁹ fakat ufak bir farkla (No. 14) Anayasamızda da yer almıştır: “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz” (AY 38/4).

İnsan Haklarını belirleyen milletlerarası belgeler dâvanın “tam bir eşitlikle, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından nasafetle ve alenen” (İHEB 10), “kanunî, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve alenî olarak” (İHAS 6/1) görülmesini İnsan Hakları arasında saymışlardır. Anayasamıza göre de “herkes meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir” (AY 36). Ceza Muhakemesi Kanunları, bu hakkı ve diğer temel hakları ve hürriyetleri, Anayasaya uygun olarak sınırlayabilir. Fakat bu sınırlayış, sadece hak ve hürriyetlerin sahasını daraltmak için değildir. Çizilen sınırlar içinde kalan hak ve hürriyetlerin her türlü tecavüz ve müdahaleden azade olmasını sağlamak da sınırlandırmanın gayelerinden ve tabîi sonuçlarındandır. Meselâ şu ve şu sebepler varsa bir kimse tutuklanabilir demek, bu sebepler dışında kimse tutuklanamaz demektir. Ceza Muhakemesi Hukuku fertlerin hak ve hürriyetlerini sağlamak üzere bazı şekiller ve formaliteler kabul etmiştir. Bu şekiller ve formaliteler, yürütme ve yargılama kuvvetlerinin yetkilerini sınırlandırdığı için, insan hak ve hürriyetlerinin bekçisidir. Bunun içindir ki, “şekle bağlanmayan adalet, cebir ve istibdattır” denilmiş⁷⁰

⁶⁶ Anayasa olağanüstü halleri ayrıca ve dar olarak ele aldığından, olağan olmayan bütün halleri “olağan-dışı haller” diye adlandırmayı uygun bulduk.

⁶⁷ Anayasa burada mecburiyet yerine yükümlülük demektedir. Bu terimler hakkında bakınız. No. 137, V.

⁶⁸ Yürürlük ile zaman bakımından uygulanma farklı kavramlar olduklarından “geçmişe yürümez” sözü isabetsizdir. “Geçmişe uygulanamaz” denilmelidir.

⁶⁹ “Bir suç işlemekten sanık herkes, savunması için kendisine gerekli bütün tertibatın sağlanmış olduğu alenî bir muhakeme ile kanunen suçlu olduğu sabit olmadıkça, masum sayılır” (İHEB 11). “Bir suç ile itham edilen her şahıs, suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar, masum sayılır” (İHAS 6/2).

⁷⁰ Rossi, Traité de droit pénal, c. I, 3. bası, 1863, s. 32.

ve “şeklin hukukî emniyeti sağladığı” söylenmiştir.⁷¹ Ceza Muhakemesi Hukuku “suçlunun cezasız kalmaması” şeklinde ifade edebileceğimiz toplumun menfaati ile “masumların hiç bir şekilde, suçluların ise hak ettiklerinden fazla cezalandırılmamaları, sanıkların da zaruret sınırı dışında hak ve hürriyetlerinden mahrum edilmemeleri” şeklinde özetleyebileceğimiz ferdin menfaatlerini uzlaştırmakta, fakat bu iki menfaatin nispeti, siyasî rejime göre değişmektedir. Demokratik rejimde fertlere kıymet verildiğinden, şahsiyete saygı gösterildiğinden fertlerin hakkı daha fazla himaye edilir. Totaliter rejimde ise fertlere kıymet verilmeyip hemen sadece toplumun menfaati nazara alınır. Bunun içindir ki sanığın haklarına kıymet verildiği nispette bir memlekette demokrasi vardır demek mübalâğa yoktur.

Görülüyor ki adaletli⁷² yargılanmak insan hakları arasındadır ve bu nedenle böyle bir yargılama yapmak muhakeme hukukunun ilklerindedir. Daha da ileri gidilmeli ve *hakkaniyete uygun davranılmadığı şüphesini uyandırmamak* da bir ilke olarak belirtilmelidir.⁷³

III. Sadeleştirme ve makul süre.

Cezanın yararlı olabilmesi, suç işlendikten kısa bir zaman sonra uygulanmasına bağlıdır. Ceza Hukukunun bu *temel ilkesi*, Ceza Muhakemesi Hukukunda “çabukluk aranması” şeklinde kendisini gösterir. Çabukluğun ceza muhakemesinde çeşitli faydaları vardır. Meselâ zamanın delilleri yıpratmasını hatta yok etmesini önler, masum sanığı bir an önce temize çıkarır.

Toplumlar büyüyüp geliştikçe, şehirleşme ve teknik ilerledikçe, sosyal değişiklikler hızlandıkça ve suçlar çoğaldıkça adalet makinaları gereği gibi işleyememektedir. Bunda ceza adaleti makinasının bu değişikliklere göre değişmemesinin de rolü olduğu içindir ki, hemen her memlekette reformdan söz edilmektedir. Bizde de ceza adaleti reformu denince akla gelenlerin başında çabukluğu sağlama olmakta, gecikmenin sebepleri ve çareleri araştırılmaktadır.⁷⁴ Davanın makul süre içerisinde sonuçlandırılabilmesi için, celselerin ara vermeksizin, arka arkaya ve yoğun bir şekilde yapılması gerekir (*Konzentrationsmaxime*). Kanun koyucu bu amaçla duruşmaya ara verme konusunda kısıtlayıcı davranmıştır (CMK 190). Duruşma başlamalı ve bir celsede tamamlanmalıdır. Zaruret olmadıkça, duruşmaya ara verilemez.

Ceza muhakemesi normlarının sadeleştirilmesi de uygulamayı kolaylaştıracığından uzlaşma gibi çabukluk sağlayan çarelerden biridir. Ancak muhakemelerin çabuklaştırılması sadece kanun sorunu değildir. Tarafları, avukatları, savcılar ve hâkimleri ile insan sorunudur. Dâvalar uzuyorsa, itiraf edelim ki, onu bir ölçüde bizler uzatıyoruz.⁷⁵ Diğer taraftan, ceza muhakemesinin çabuk sonuçlanması” ne kadar gerekli ise “hakikatin araştırılması” da o kadar, hatta asıl gaye olduğuna göre daha çok gereklidir. Çabukluk uğruna, hakikatin araştırılmasından fedakârlık edilemez. En iyi ceza muhakemesi bu ikisini bağdaştırabilendir. Onun için *ceza muhakemesinin çabuk sonuçlanmasından değil, hakikatin araştırılması bakımından mümkün olduğu kadar çabuk sonuçlanmasından* söz edilmelidir. Çabuk değil,

⁷¹ Çağıl, Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş, 4. bası, 1971, s. 24.

⁷² Donay da (s. 37) *adil yargılanma* hakkından söz etmektedir. *Dürüst yargılanma* da denebilir.

⁷³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu ilkeyi 17.1.1970 tarihli kararında ‘Justice must not only be done, it must also be seen to be done’ biçiminde ifade etmiştir.

⁷⁴ *Dönmezer*: Ceza Adaletinde Reform İlkeleri, Semp. I, 33; *Cihan*; Hâkim unsuru açısından ceza dâvasının uzamasının sebepleri, İHFM “45-47”- 79-81, s. 873 ve 983.

⁷⁵ İki örnek verelim: “Yıllanmış dosyaların çoğunda taraf vekilleri âdeta anlaşmış gibi biri bir oturum, diğeri ikinci oturum mazeret dilekçesi göndermek suretiyle duruşmaların senelerce ertelenmesini sağlamaktadırlar (*Özdil Zekai*: Gecikmenin adalet konusunda bir gezinin düşündürdükleri. AdD 84/4, 840). “Yıllarca süren basit bir dâvada birçok hâkim işe el koymuş, iddia ve savunmalar anlaşmazlığın çözümünü sağlayacak şekilde tespit edilmemiş, anlaşmazlık kendi haline terk edilmiş, hâkimler dâvayı idare etmeyip, bulanık bakışlarla bir müşahit gibi seyretmişlerdir. Yargılamanın rastgele yürütülmesinden ötürü sağlam bir sonuca varılamamıştır. (1. HD.: 6/9/74 *Özdil*’den nakil, AdD 84/4 845). Marmara Üniversitesi Ceza Hukuku, Kriminoloji ve İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezinin “Türkiye’de Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği” konusunda 1105 dosya üzerinden yaptığı bilimsel araştırmada, ortalama dava süresinin ortalama 360 gün olduğu belirlenmiştir. Ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda, suçun işlenme tarihi ile hükmün kesinleşme tarihi arasında geçen süre 340 gün iken, asliye cezalı suçlarda bu süre 210 gün, sulh ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda 200 gün ve çocuk mahkemeleri tarafından yargılanan suçlarda 240 gün olarak belirlenmiştir. Bu sürelerden sapma gösteren davalar tabii ki vardır. Fakat bunlar düşük orandaki sapmalardır.

*mâkul bir süre*⁷⁶ içinde yargılanmanın insan haklarından sayılmasının (İHAS 6/1) nedeni budur. Yine bunun için, ceza muhakemesini çabuklaştırmak amacı ile ileri sürülen çarelerin, hakikatin araştırılması gayesine zarar verip vermediği muhakkak araştırılmalıdır. 1982 Anayasasında dâvaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasından söz edilmesi (AY 141/1), hakikati arama yönünden de imkâna bakılacağına belirtilmesi bakımından isabetli olmuştur.⁷⁷

IV. Ucuzluk

Ucuzluk bakımından da durum aynıdır. Ceza muhakemesinin ucuz olması, ister vatandaşlar bakımından⁷⁸, ister Devlet bakımından anlaşılın, elbet faydalıdır. Ancak bu da çabukluk gibi, ceza muhakemesinin asıl gayesine zarar vermemek şartı ile kabul olunmalıdır. Ceza muhakemesini ucuzlatacağımız diye hakikati aramadan vazgeçemeyiz. Bu konuda başvurulabilecek çarelerin başında ağır harçları hafifletmek ve adli yardımı (müzaheret) kolayca sağlanır hale getirmek gelir. Anayasada (AY 141/4) dâvaların en az giderle sonuçlandırılmasından da söz edilmiştir.⁷⁹

16. CEZA MUHAKEMESİNİN TEMEL İLKELERİ ve CEZA ADALET POLİTİKASI.

I. Ceza Muhakemesi Hukukun Temel İlkeleri.

1. Hukuk Devleti ve Adil Yargılanma Hakkı.

a) Hukuk Devleti ilkesi.

Bir Devletin “Demokratik Hukuk Devleti” olabilmesi için, muhakemenin belli ilkeler çerçevesinde yürütülmesi şarttır. Taban kurallar şeklinde kabul edilen ilkeler şunlardır: Suçlulukla mücadele suç öncesi ve suç sonrası ayrımı yapılmalıdır. Ceza Hukuku insanileştirilmelidir. Ceza hukuku bilimselleştirilmelidir. Müeyyideler, suçlunun topluma yeniden kazandırılmasına yarayan «sosyal savunma tedbirleri sistemine» dönüştürülmelidir.

Taban kuralların en başında, “kanun uyarınca yargılama yapan”, “görev ve yetkileri belli”, “bağımsız” ve “tarafsız” bir mahkeme ve hâkim önünde yargılanma hakkı gelir. Muhakeme yürütülürken, şüpheli veya sanığın temel insan haklarına saygı gösterilmesi şarttır. Şüpheli bir “obje”

⁷⁶ Kişinin uzun süre suç isnadı altında kalmayıp yargı halini alan bir kararla davasının sona ermesi, demokratik toplumun gereklerindedir. Bu demektir ki suç isnadının sanığa bildirilmesinden, mahkûmiyet kararının kesinleşmesine kadar geçen sürenin makul olup olmadığı araştırılacaktır. AİHM'nin bu konuda yerleşmiş içtihadını şöyle özetleyebiliriz: a) Sözleşme Devletlere, yargılama organlarını İHAS 6/1 deki şartlara uygun biçime sokmak yükümlülüğünü getirmiştir. b) Sürenin makul olup olmadığı sorunu; 1) Dâvanın karmaşıklığı, 2) Komisyona başvuranın tutumu, 3) Yetkili makamların davranışları gözönüne alınarak çözümlenmelidir. c) Mahkemelerdeki işlerin aşırı artması ancak geçici olursa ve gerekli tedbirler süratle alınırsa uzama makul sayılır (*Wemhoff* davası, 27/6/68; *Delcourt* davası, 17/1/70; *Buchholz* davası, 6/5/81; *Foti* davası, 10/12/82; *Zimmermann* ve *Steiner* davası, 13/7/83; *Guincho* davası, 10/7/84; *Milesi* davası, 25/6/87). *Yağcı ve Sargın* Davası, 8.6.1995; *Mansur* Davası, 8.6.1995, *Frau - İtalya* davasında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, İtalyan uyruklu parlamento üyesinin haksız iktisap ve hileli iflas suçlarından süren yargılamasının 6 sene sekiz ay devam etmesini “makûl süre” olarak değerlendiremeyeceğine ve İHAS 6/1'in ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir (*Çavuşoğlu Naz: Frau-İtalya Davası, İHMD Mayıs 1994, Cilt 2, Sayı 1 sh. 38*). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Pafitis-Yunanistan* davasında verdiği 26 Şubat 1998 tarihli kararında Atina Bölge Mahkemesinde uzadığı gerekçesi ile İHAS 6/1'in ihlal edildiğine karar vermiştir (YMB 42, 58). Bu kararda Atina Barosu üyelerinin yaptıkları grev nedeniyle ortaya çıkan gecikmeden devletin sorumlu olmadığına karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 19 Şubat 1998 tarihinde verdiği kararlar, *Guerra ve diğerleri -İtalya* davasında sözleşmenin 8'inci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Olay kimyevi ürünler fabrikasının çevre kirliliğine yol açması ile ilgilidir. 150 kişi arsenikten zehirlenmiştir. Zehirli atıkların başvuruçuların aile ve özel yaşamlarına saygı hakları üzerinde doğrudan potansiyel bir tehlike oluşturması nedeniyle 8'inci madde uygulanmıştır (YMB 1988/59,15). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Huber-Fransa* Davasında 19.2.1998 tarihinde verdiği kararında, devlet memurlarının göreve alınması, kariyerleri ve görevlerinin sona ermesi ile ilgili uyumsuzlukların genel bir kural olarak 6/1 maddenin kapsamında olmadığını, sadece söz konusu taleplerin tamamen ekonomik bir hakka ilişkin olması halinde sözleşme kapsamına girebileceğini vurgulayarak 6/1 madde kapsamında bir inceleme yapılamayacağını belirtmiştir (YMB 60, 13).

⁷⁷ İsaletli olmayan, süratle sonuçlandırmanın sadece yargı (lama) görevi (ödevi demek istiyor) olarak gösterilmesidir. Çabukluk sağlamada yasamaya da, yürütmeye de ödevler düştüğü gözden kaçırılmamalıdır.

⁷⁸ *Tosun*, I, 217.

⁷⁹ Bizce ucuzluk, Anayasada yer alacak kadar önemli bir konu değildir ve Anayasada yer alacak kurallar bu kadar “ucuzlamamalıdır”. Bu yüzden olacak ki, 2. basıda bu konu üzerinde uzun uzadıya duran *Tosun*, artık üç satırla yetinmektedir (I, 247).

olmayıp, Ceza Muhakemesi Hukukundan kaynaklanan, müstakil usul hukuku haklarına sahip bir “süjedir”. Ceza hukukunda failin kişiliğinin önemi büyüktür.

Şüpheli veya sanığın sanık hakkında, onun hukuki durumunu olumsuz yönde etkileyebilecek herhangi bir karar verilmezden evvel, karşı görüş bildirme hakkı (CMK 147) tanınmalıdır. Suçun aydınlatılması ve maddi gerçeğe ulaşılması temel bir ilke olmakla birlikte, bu amaçla şüphelinin iradesi üzerine baskı kurucu bir etki yapılması yasaktır (CMK 148).

Mahkûmiyet kararı verilebilmesi için, suç fiilinin “şüpheye yer bırakmayacak şekilde” ispat edilmiş olması gereklidir.

b) Adil yargılanma hakkı.

Ceza muhakemesi, Anayasamızın 38. maddesine 2001 yılında 4709 numaralı Kanun ile eklenen “adil yargılanma ilkesi” (“*due process*” veya “*fair trial*”) doğrultusunda şekillenmektedir. Adil yargılanma hakkı, Anayasamızın mahkemelerin bağımsızlığını ve ceza hukuku ile ilgili diğer ilkeleri düzenleyen maddelerinde saklıdır. Buna, “usul hukuku açısından adil yargılanma hakkı” (*procedural due process*) denilir. Adil yargılanma hakkının bir de “maddi ceza hukukunu ilgilendiren yönü” (*substantative due process*) vardır: Devlet temel hakları kısıtlarken, Anayasada gösterilen sebeplerle bağlıdır (AY 13). Devletin hayat, özgürlük veya mülkiyet ile ilgili bir temel hakkı kısıtlayabilmesi için, “dürüst” yargılama yapması şarttır. Buna “*procedural due process*” denilir. Amerikan hukukunda dürüst yargılanma hakkı sadece belli alanlarda tanınmıştır: Hayat, özgürlük veya mülkiyet.^{69.4}

Mahkemelerden verilen kararların adil olması için, kararı veren hâkimin etki altında olmaması şarttır. Bu nedenle, hâkimin bağımsızlığı ceza muhakemesinde temel ilkelere aittir. Bu ilke kovuşturmada esas hakkında hüküm verilirken geçerlidir. Soruşturma ise, adli-idari bir yapıya sahiptir.

Bir mahkemenin bir suç hakkında araştırma (*Untersuchung*) yapabilmesi için, daha önceden bu fiil hakkında bir dava açılmış bulunması şarttır (CMK 170/1; StPO 151).

c) Davasız muhakeme olmaz ilkesi.

Ceza muhakemesi, *kuvvetler ayrılığı* ilkesine tabidir: yasama, yürütme ve yargı ayrı, fakat birbirleri ile uyumlu çalışan erklerdir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi, mahkemenin bir işe el atabilmesi için, o işin önüne dava şeklinde getirilmiş olmasını gerektirir. Bir mahkemenin bir suç hakkında araştırma yapabilmesi için, daha önceden bu fiil hakkında bir dava açılmış bulunması şarttır (CMK 170/). Devlet içinde dava açma yetkisi sadece savcılık makamına verilmiştir. Savcılık mahkemelerden bağımsız bir makamdır (MTK 16). İddia eden ile yargılayanın kesin çizgilerle birbirlerinden ayrılması ve engizasyon döneminin izini tamamen ortadan kaldırmak amacıyla, bu düzenleme yapılmıştır. Mahkeme iddianamede gösterilen fiili araştırır ve bu fiil hakkında bir karar verirken, iddianamede gösterilen fiil ile bağlıdır (CMK 225). Ceza Muhakemesi Hukuku açısından fiil, maddi ceza hukuku anlamındaki fiil ile aynı anlamda olmayıp, şüphelinin suç fiili öncesindeki davranışlarını da bir bütün olarak kapsayan ve genel hayat tecrübesine göre iddianamede tanımlanan fiil ile bağlantılı, onunla bütünleşen bir olay teşkil eden davranışların bütünüdür.⁸⁰

ç) Kendisi aleyhine delil vermeme hakkı (nemo tenetur).

Anayasamızın 38’inci maddesine göre hiç kimse kendisini suçlayıcı bir beyanda bulunmaya, başka bir deyişle kendisi aleyhine delil vermeye mecbur tutulamaz. Buradaki mecburiyet “aktif” bir davranışla kendisinin suçlanmasına yardımcı olmasının yasaklanmış olması demektir.

d) Delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi.

Mahkeme hüküm verirken kullanacağı delilleri “duruşmada bizzat öğrenir”. “Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkim in vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir (CMK 217/1). Suç fiili hakkında doğrudan algıladığı bilgileri olan kişiler (tanıklar) duruşmada bizzat dinlenirler, daha önce alınmış olan ifadelerinin okunması kabul

^{69.4} Nowak/ Rotunda 1995, 510.

⁸⁰ “Nach allgemeiner Lebensauffassung einen einheitlichen Vorgang bildet”: BGHSt 45, 211.

edilemez (CMK 210/1). Ancak bu kuralın geniş kapsamlı istisnaları da vardır (CMK 209, 211, 212, 213, 214). Tanığın “başkasından duyduğu” bir olayı anlatması (*hear-say*) yasaktır. Diğer taraftan, *suç filini en yakından ispat eden delil kullanılır* şeklinde bir “genel kural” da kabul edilmediği için, olayı kendisi algılamış olmayan, fakat algılayan kişiden dinlemiş olan kişinin tanıklığı da, Avrupa Hukukunda, ilke olarak, geçerlidir.⁸¹

e) *Vicdani Delil Sistemi.*

Mahkeme delilleri, “vicdani kanaatine göre” değerlendirir (CMK 217/1, cü. 2; StPO 261). Bu nedenle ne sanığın ikrarı ile, ne bilirkişi raporu ile ve ne de belli “ispat kuralları” ile bağlı değildir. Mahkeme sadece, mantık kuralları, araç kullanma yeteneğinin kaybedildiğini varsayan kandaki alkol değerleri gibi, bilim alanında kabul görmüş tabii bilimlerin tecrübe kaideleri, Kanunun emredici kuralları (CMK 222; StPO 274) ve üstün muhakeme hukuku kuralları (mesela delil yasakları) ile bağlıdır.

f) *Şüpheden sanık faydalanır ilkesi.*

Mahkeme, Muhakeme Hukuku açısından kullanılmasına izin verilen bütün delilleri dinlediği halde, maddi mesele hakkındaki şüphesini yenemezse, suç filini sanığın lehine olacak şekilde karara bağlar. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/2 maddesindeki *suçsuzluk karinesi*, şüpheden sanığın faydalanmasını gerektirir. Şüpheden sanığın faydalanması ilkesi, “maddi mesele” bakımından, kusurun ve müeyyidenin tayini konularında uygulanır. *Hukuki mesele* bakımından bu ilke uygulanamaz. Muhakeme Hukuku bakımından hata yapılıp yapılmadığı konusunda şüphe varsa, yorum metotları uygulanır.⁸² Ceza muhakemesi şartları açısından, *şüpheden sanık yararlanır* ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

g) *Sözlülük ilkesi.*

Duruşmada ortaya konarak tartışılmayan bir delil, hüküm verilirken kullanılamaz (CMK 217/1; StPO 261). Böylece, dosya üzerinden hüküm verilmesinin önüne geçilmiş, bütün delillerin sözlü duruşmada tartışılması sağlanmıştır. Delilin kendisi bir “belge” olsa dahi, bu belgenin duruşmada okunması ve taraflara diyeceklerinin sorulması gerekir (CMK 215; StPO 249). Bir yabancıнын anladığı dilde yapılan işlemlerle yargılanması, insan hakları arasında yer alan, temel haklardan biridir (İHAS 6).

h) *Duruşmanın açıklığı ilkesi (alenilik ilkesi).*

Gerek İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde (m. 10) gerek İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde (m. 6/1) ve gerekse Anayasamızda (m. 141/1), duruşmanın aleniliği bir hak olarak düzenlenmiştir.

Duruşma herkese açıktır (aleniyet) (CMK 182/1). Esas hakkındaki hükmü veren mahkeme önündeki duruşma, hükmün ve diğer mahkeme kararlarının tefhimi, alenidir. Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim ve mahkeme kararları, hazır bulunmayan ilgisine tebliğ olunur (CMK “2005.5353” 35, GVG 169, İHAS 6).

i) *Makul sürede yargılanma hakkı (duruşmaya ara vermeme ilkesi).*

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6’ncı maddesinde yer alan “makul sürede yargılanma hakkı” ve Anayasamızın 141/4 maddesindeki *davaların ... mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını isteme hakkı*, şüpheli veya sanık hakkındaki iddiaların, *makul* bir süre içerisinde, mahkeme tarafından incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁸³

j) *Ne bis in idem ilkesi.*

⁸¹ Volk, § 18 Rn. 26.

⁸² BGHSt 16, 164; Kühne, Rn. 966 aksi görüştedir.

⁸³ Alman Anayasasının 20/3 maddesinde de yer alan bu hak doğrultusunda mahkemenin bu mükellefiyetini yerine getirmemesi, Alman hukukunda cezanın tayini sırasında bir indirim sebebi olarak ele alınmaktadır (BGHSt 35, 137). Davanın düşmesini gerektiren bir muhakeme engeli, yani ceza muhakemesi şartı oluşturması yönündeki görüşler, kabul görmemiştir. Bununla birlikte, olağanüstü bazı hallerde, davanın uzaması sanık açısından büyük bir yük oluşturur ve bu nedenle davanın sürdürülmesi hukuk devleti ilkeleri açısından kabule şayan görülmezse, düşme kararı verilmesi mümkündür (BGHSt 46, 159).

Açılmış ve görülmekte olan bir ceza dâvası varken, aynı konuda ikinci bir ceza dâvası açılmaz. Kesin hükümlerle bitmiş bir dâvadan sonra, aynı konuda aynı fiil için, aynı şahıs hakkında ikinci bir ceza dâvası da açılmaz. Bu ilke muhakeme hukukunun temel prensiplerinden olup, Ceza Muhakemesi Kanunumuzda da yer almıştır (CMK 223/7). Avrupa Birliğinin yeknesak bir *ceza hukuku* mevcut bulunmamasıyla birlikte, belli alanlarda giderek birbirine *yakınlaşmış* yasal düzenlemeler vardır. Avrupa Devletlerinin çoğunda (Fransa, İngiltere, Hollanda) takdirilik sistemi uygulanmakta, Almanya’da ise, kovuşturma mecburiyeti ilkesi hala geçerli bulunmaktadır. Alman yazarlar da Almanya’nın artık takdirilik sistemini kabul etmesi gerektiğini düşünmektedirler.⁸⁴ Takdirilik sisteminin kabul edilmesi, cezalandırma politikasını esnek bir şekilde yönlendirme imkanını sağladığı için, yeni tip suçlulukla mücadele açısından daha faydalı görülmektedir. Teorik temeller oluşturmak üzere hazırlanan *Corpus Juris*⁸⁵, 2001 yılında yayınlanan *Yeşil Kitap* ve 2004 yılında hazırlanan AB Anayasası Taslağının III-415 IV maddesinde ilk defa, Avrupa Ceza Kanunu ve III-274 I maddesinde Avrupa Savcısı fikri ortaya atılmıştır. Bütün bu gelişmeler, iç hukuklarda uygulanan *kamu davasının mecburiliği prensibini* de etkilemektedir. Avrupa Birliğine üye Devletlerde olduğu gibi, Avrupa Konseyi çerçevesinde de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği kararlar ile, ortak noktalarda buluşan bir ceza muhakemesi sistemi oluşmaktadır. Üye Devletler arasında ceza yargılarının karşılıklı olarak tanınması bakımından, mecburilik sistemi, yani araştırma ve kovuşturma mecburiyetinin kabul edilmesi, „*ne bis in idem*“ ilkesini zorlamaktadır. Zira *Schengen* Sözleşmesinin 54’üncü maddesi, *Schengen alanı* içinde *ne bis in idem* ilkesini tam olarak benimsemiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, bir üye Devlette kovuşturmanın yapılmadığı durumda, diğer üye Devlette artık kovuşturma yapılamayacağına hükmetmiştir.⁸⁶

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin katı olarak uygulanması, sınır aşan suçların araştırılması açısından da Avrupa Birliği içinde bazı sorunlar doğurmaktadır: aynı suç farklı Devletler tarafından aynı anda araştırılmakta ve sonra da kovuşturulmaktadır. Bunun önlenmesi bakımından, *kovuşturmanın aktarılması* iyi bir yöntem olduğu için, bu konuda Avrupa Konseyi bir sözleşme hazırlanmıştı. Avrupa Birliğine dahil Devletler arasında takdirilik sistemi uygulanarak, araştırma ve kovuşturmayı daha iyi yapabilecek olan Devlet lehine kendi ülkesinde dava açmamak, yerinde bir yaklaşımdır. Fakat, Avrupa Birliği dışı Devletler açısından, eski sistemin, yani kovuşturma mecburiyeti prensibinin korunması gerektiği ileri sürülmektedir.⁸⁷

k) Hakların Kötüye Kullanılmaması İlkesi.

Ceza Muhakemesi Kanunumuz, temel ilkelere göre şekillendirilen muhakeme açısından, bu hakların kötüye kullanılmasını önleyici prensip ve kurallara da yer vermiştir. Mesela, duruşma sırasında soru sorma hakkının suiistimal edilmesinin önlenmesi amacı ile, delil ikamesi talebinin reddi kabul edilmiştir (CMK 206). Aynı ilke kanun yoluna başvurma hakkı bakımından da geçerlidir.⁸⁸

2. Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne İlişkin İlkeler.

a) Kovuşturmanın Devlet tarafından yapılması ilkesi.

Devlet, *suç ve cezada kanunilik ilkesi* doğrultusunda suçlar yaratmış ve bunların kamu düzenini bozan fiiller olduklarını kabul ederek, işlenmesini yasaklamıştır. Bireyler ve *özel teşebbüs* suç kovuşturması yapamaz. *İlhak-ı hak* kabul edilemez. Suç işlendiği konusunda fiili olgulara dayanan basit bir *başlangıç şüphesi* ortaya çıkarsa, Devletin bunu araştırma mecburiyeti doğar (CMK 160/1); yapılan araştırma yeterli şüpheyi desteklerse, o zaman da kamu davası açmak için iddianame düzenlemek mecburiyeti doğar (CMK 170). Görüldüğü gibi, işlenen suçları *araştırmak* ve *kovuşturmak*, Devletin görevidir. Buna *kovuşturmanın Devlet tarafından yapılması ilkesi* denilir. Bu ilkenin, şikâyet, izin ve talep gibi istisnaları vardır. Bizde kaldırılan şahsi dava da ilkenin istisnaları arasında yer alıyordu. Kanun

⁸⁴ Weigend 1978, 167; Dieters 2006, 24.

⁸⁵ Delmas-Marty, Corpus Juris, 1998.

⁸⁶ EuGH StV 2003, 201 (202 Rn.33); nakleden; Dieters, Legalitätsprinzip und Normgeltung, Tübingen 2006, sh. 22.

⁸⁷ Dieters 2006, 22.

⁸⁸ BVerfGE 2, 225, 229; BVerfGE NJW 1992, 1952; KK, 3. Aufl. 1993, 13.

koyucu bazı suçları siyasi bir organın vereceği izin üzerine kovuşturulabilir hale getirmiştir. Mesela, Cumhurbaşkanına hakaret (TCK 299) suçundaki durum böyledir.

b) Araştırma mecburiyeti ilkesi.

“Bir suç işlendiği izlenimini veren hal” (CMK 160/1), yani “başlangıç şüphesi” varsa savcı suç fiilini araştırmak mecburiyetindedir. “Başlangıç şüphesinden” bahsedebilmek için, suç işlendiği izlenimini veren somut olgulara dayanan halin, “*kriminalistik biliminin ortaya koyduğu tecrübe kurallarına göre, kovuşturulabilir nitelikte olan bir suç fiilinin mevcut bulunduğu ihtimalini*” ortaya koyması gerekir.⁸⁹ Savcı tarafından yapılan araştırmalar sonunda, şüphe yoğunlaşır ve *yeterli şüphe* seviyesine yükselirse, savcı Alman Hukukunda kamu davası açmaya (StPO 152, 1, 160, 170/1 StPO), bizde ise, *taslak iddianame* düzenlemeye mecburdur (CMK 170).

Savcının, “*suç işlendiği izlenimini veren hal mevcut bulunup bulunmadığını*” belirlerken, önemli bir takdir yetkisine sahip bulunduğu bilinmelidir. Savcı bu konudaki değerlendirmesini yapmak üzere, *inceleme (ön alan araştırması: “Vorermittlungen” veya “Vorfeldermittlungen”)* yapabilir ve soruşturmaya başlamak üzere “suç işlendiği izlenimini veren hal” mevcut bulunup bulunmadığını denetleyebilir.⁹⁰ *Araştırma mecburiyeti* ilkesinin amacı, failin kişilik haklarını zedelemekten, bütün suçların Devlet tarafından kovuşturulmasını sağlamaktır. Neticede savcı dava açmama yönünde karar verirse, kovuşturmaya yer olmadığına dair karara “itiraz” edilmesi (CMK 173) kabul edilerek, *araştırma mecburiyeti ilkesinin* hukuki bir garantisi oluşturulmuştur. Bunun yanısıra, araştırma mecburiyeti bulunmasına rağmen, savcı CMK 160 uyarınca gerekli araştırmaları yapmadığı durumlarda, görevi ihmal suçunu (TCK 257/2) işlemiş sayılabilir.

Araştırma mecburiyeti ilkesinin aşağıda etraflı olarak incelenecek olan istisnaları vardır. Ancak, Ceza Muhakemesi Kanununun 171’inci maddesinde, savcıya ceza kovuşturmasının yolunu kapama yetkisi verilmiştir. Cumhuriyet savcısının araştırma mecburiyeti, göreve ilişkin konularda bilgi edinmesi ile ortaya çıkar. Buna karşılık savcı veya bir polis memuru bir suçun işlenmiş olabileceği ihtimali konusundaki bilgiyi özel hayatı içinde edinirse, bu bilgiyi araştırma yapma mecburiyeti açısından kullanıp kullanamayacağı tartışmalıdır. Kamu görevlisinin de özel hayat hakkı vardır. Alman doktrini bu noktada özel hayat hakkı ile görev bilinci arasında bir tartma yapmayı, yani ölçülülük ilkesini uygulamayı benimsemiştir. Cumhuriyet Başsavcılığı, yasalarda suç olarak tanımlanmış olan suç tipleri ile bağlıdır. Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun (MTK 16), Cumhuriyet Başsavcılığı makamını, “mahkeme kuruluşuna” paralel olarak, fakat ayrı bir makam olarak yapılandırdığı için, mahkemeleri ilgilendiren hukuki konularda, ileride duruşma aşamasında mahkeme ile ters düşmemek için, Yargıtay Kararlarını dikkate almak durumundadır.⁹¹

c) Kamu davasının mecburiliği ilkesi.

Kamu davasının mecburiliği ilkesine doktrinde farklı isimler verilmektedir.⁹² Suç işlendiği konusunda yeterli şüphe varsa, Cumhuriyet Savcısının *kamu davasını açmak için iddianame düzenlemek mecburiyeti* vardır (CMK 170). *Kovuşturmanın Devlet tarafından yapılması ilkesi* ile benzer özellikler taşıyan, fakat ondan çok farklı olan bu ilke, Hukuk Devleti prensibinin temel unsuru olan *tabii hâkim ilkesi* ile de bağlantılıdır. *Kamu davasının mecburiliği prensibinin* iki anlamı vardır: *araştırma mecburiyeti* ve araştırmanın sonunda yeterli şüphe ortaya çıktığında, „dava açma mecburiyeti“. Kamu

⁸⁹ “Das Vorliegen einer verfolgbaren Straftat nach kriminalistischer Erfahrung erscheint möglich”; Engländer, 8; Yenisey, Hazırlık Soruşturması ve Polis, 1993.

⁹⁰ Pfeiffer § 152 Rn.1 c; karşı görüş; Kühne, Rn. 320.1.

⁹¹ Bununla birlikte, savcılık makamının Yüksek Mahkemelerin verdikleri açıklayıcı kararlarla da bağlı olup olmadıkları, Alman Hukukunda tartışmalıdır (Engländer, 9).

⁹² Mesela, Öztürk “kovuşturma mecburiyeti ilkesi” demekte ve şöyle tanımlamaktadır: “Bir fiilin işlendiği haberinin alınması üzerine, bu fiili takibe yetkili makamlar tarafından derhal soruşturma evresine başlanmasını, bunun neticesinde, ceza veya emniyet tedbiri takibini gerektirecek hususlarda fiilin ve failin belli olması, yeterli emareler teşkil edecek vakıaların bulunması halinde kamu davasının açılmasını ve muhakeme sonuçlanıncaya kadar savcılıkça yürütülmesini ifade eden ilkeye kovuşturma mecburiyeti denir”, (Öztürk/Ertem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Seçkin, Ankara 2007, sh. 190).

davasının mecburiliği prensibi, kural olarak soruşturma evresini ilgilendiren bir ilke ise de, ara soruşturma ve kovuşturma evresinde ilgilendiren sonuçlar doğurur. *Mecburilik* veya *kanunilik* prensibinin soruşturma evresinde oynadığı rol, bir nevi „eşitlik“ sağlanmasıdır: bu sistemde, kanunun suç olarak düzenlediği bir fiili yaptığı konusunda „yeterli şüphe“ bulunan herkes hakkında, failin kişisel özelliklerine bakılmaksızın, kamu davası açılır.⁹³ Takdirilik sisteminde ise, „kanuna bağlılık“ ortadan kalkmakta ve bir ölçüde kovuşturmada keyfilik gibi istenmeyen bir sonucun doğması ortaya çıkmaktadır.⁹⁴ Bununla birlikte, mecburilik prensibinin istisnaları kanunla düzenlendiği için, keyfilik önlenmiştir, diyenler⁹⁵ de vardır.⁹⁶ Ceza hukukundaki „suç ve cezada kanunilikte“ olduğu gibi, ceza muhakemesi hukuku açısından da kanunla gösterilen mecburiliğin istisnaları „bellilik“ prensibine uymadığı durumlarda da bu mesele ortaya çıkar.⁹⁷ Görüldüğü gibi, gerçek takdirilik sisteminde, kanun koyucunun ilgili süjeye „kendi inisiyatifi ile“ hareket etme yetkisi tanımış olması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Kamu davasının mecburiliği prensibi, *bellilik prensibi* ile bağlantılıdır. Kanun koyucu hangi davranışın cezalandırılması gerektiğini belirlemiştir. Takdir yetkisi tanındığı durumlarda, kanun koyucunun kanunu yaparken yaptığı bir değerlendirme hatası, kanunu uygulayan süje tarafından düzeltilmektedir. Mecburilik prensibinde, hatanın kanun koyucu tarafından düzeltilmesi beklenecek, suç oluşturan fiil cezalandırmada o anda kamu yararı bulunmasa dahi gerçekleştirilecektir; hatanın düzeltilmesine kanun koyucu izin vermemiştir.⁹⁸

Kovuşturmanın kanunla sıkı bir şekilde bağlı olması, yani kamu davasının mecburiliği prensibinin kabul edilmesi, yürütmenin keyfiliğini önlemek açısından, yukarıda belirtildiği üzere, *yararlı* ise de, modern suç siyaseti ilkeleri açısından *zararlıdır*. Mecburilik prensibini katı olarak uygularsak, yapılan haksızlığın karşılığında bir bedel ödetmiş oluruz; halbuki, *ödeticisi adalet* görüşünü yansıtan bu bakış açısı, bu gün artık terk edilmiştir. Günümüzde geçerli olan ceza teorilerine göre, cezalandırmadan belli bir „fayda“ beklendiğinden, bu faydayı sağlamak için, mecburi araştırma ve mecburi kovuşturmanın istisnalarını kabul etmek gerekli olmuştur.⁹⁹ Teorilerde, genel önleme fikri de ön plana çıkmakta ve mutlak adalet fikrini savunarak, geçmişte meydana gelen fiile dayanarak adaleti gerçekleştirme görüşünü savunan *Kant* ve *Hegel*'den farklı olarak, ileriye dönük zararları önleme görüşü kabul edilmiştir. İşte, takdirilik sisteminin temelinde bu fikirler yatmaktadır.¹⁰⁰ Bu nedenle, kural olarak mecburilik prensibi kabul edilmeli, fakat esneklik sağlanması için, kovuşturma makamına takdir yetkisi tanınmalıdır. Kamu davasının mecburiliği ilkesi mehz Alman Kanunu tarafından da benimsenmiş¹⁰¹ (StPO 152 II, 170 I), fakat ilkenin çok sayıda istisnası kabul edilmiştir.¹⁰² Ancak, takdir yetkisinin

⁹³ *Dieters*, 2006, 3.

⁹⁴ *Willms*, JZ 1957, 465.

⁹⁵ *F.-C. Schroeder*, FS Peters, 1974, 411.

⁹⁶ Gerçekten, kanunu uygulayanlar için, belli bir *boş alan* bilerek bırakılmışsa, asıl *takdirilik* budur; yoksa mecburiliğin istisnası kanunla gösterilmişse, kanunla düzenlenen bir istisna söz konusudur ve kanun uygulayıcıya *takdir* alanı bırakılmamıştır (*Erb*, Legalitaet, 1999, S.26, 182).

⁹⁷ *Wesslau*; SK StPO § 152 Rn 36. Bu gibi durumlarda *exekutivisches Recht* den bahsetmektedir; (*Dieters*, 2006, Rn 10'dan naklen).

⁹⁸ Richterlicher Korrektur unbestimmter Strafgesetzgebung, *Nelles/Velten*, NSTZ 1994, 367, 370.

⁹⁹ *Roxin*, AT § 3, Rn 28, 37.

¹⁰⁰ *Frister*, Schuldprinzip, 1988, S.14; *Dieters*, 2006, 5'den naklen.

¹⁰¹ Almanya'da Ceza Muhakemesi Kanunu hazırlanırken, maddi gerçeğin hâkim tarafından re'sen araştırılmasının garantisi olarak, katı bir mecburilik prensibi uygulanması kabul edilmişti (*Eric Richter*, Die Entwicklung des Legalitätsprinzips, Velzen 1925, 21). Koşulları olduğu zaman kamu davasının açılmasının mecburi olması, doğal olarak, kabul edilen muhakeme hukuku sistemi ile de yakından bağlantılıdır. Tahkik sistemini benimseyen Kıta Avrupası sistemi ile, İtham Sistemini benimseyen Anglo-Amerikan hukuk sistemi arasında bu nedenle önemli farklar vardır (*Kamps*, Das Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip, Köln 1930, 12). Kamu davasının açılmasının mecburi olması, tarihsel açıdan, Savcılık kurumunun gelişmesi ile de paraleldir. Mesela, Prusya'da 1849 yılında savcılık kurumu genel olarak Kabul edildikten sonra, davanın mecburi olarak açılacağı kuralı benimsenmiştir (*Weigend*, Anklagepflicht und Ermessen, Baden-Baden 1978, 27).

¹⁰² *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 24. Auflage, München 1995, § 14, Rn. 4.

kullanılmasında açık, net, belli kriterler kanunla öngörülmüş olmalıdır.¹⁰³ Öncelikle araştırma mecburiyetinin (CMK 160) hangi hallerde mevcut bulunduğuna da açıklık getirilmesi şarttır.

ç) *Mecburilik ilkesinin istisnası: takdirilik sistemi.*

Takdirilik prensibinin kabul edilmesi aşama aşama olmuştur. İlk aşama *kamu yararı* istisnası idi: somut bir olayda kovuşturma yapmamak, kamu açısından daha yararlı olacaksa, yani kovuşturmanın yapılması, *kamuya* işlenen suçtan daha büyük ve *ikinci bir zarar* daha verebilecek ise, o olayda kamu davası açmamak, *toplumun daha çok yararına* olur. Bu, yol bizde kaldırılan şahsi davanın kabul edilmesi veya şikâyet, izin, talep gibi kurumların kabul edilmesi ile sağlanmıştır.¹⁰⁴

Takdirilik prensibinin gelişmesindeki ikinci aşama, failin kusurunun veya olaydaki haksızlık içeriğinin azlığına bağlı olarak kamu davası açmayabilmedir.¹⁰⁵ Ceza vermeme de uygulamada takdirilik sonucunu doğurur (StPO 154, BtMG 31, StGB 83a). Ayrıca, failin aldığı veya alacağı başka bir ceza yanında, yeni suçtan alacağı ceza önem kazanmıyorsa, Alman savcısı dava açmayabilir (StPO 154, 154a; bu istisna CMUK döneminde bizde de vardı, fakat yeni CMK tarafından benimsenmedi).

Yurt dışında işlenen, fakat Almanya’da kovuşturulabilen suçlar açısından da, Alman Savcısına takdir yetkisi verilmiştir (StPO 153c). Benzer şekilde, sınır dışı edilecek veya başka bir ülkeye geri verilecek olan şüpheliler açısından da, Almanya’da dava açmama konusunda, savcıya takdir yetkisi verilmiştir (StPO 154b).

Bunlara ek olarak, *kullanmak için uyuşturucu madde bulunduran kişiler* hakkında da, Alman savcısının kamu davası açmada takdir yetkisi vardır (BtMG 31a).¹⁰⁶

İkinci grup istisna, şüpheliye bazı yükümlülükler yükleyerek, cünhayı kovuşturmamak, yani bizdeki *kamu davasının açılmasının ertelenmesi* yöntemidir (StPO 153a). Bu hüküm mahkeme tarafından da uygulandığında, bizdeki *hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına* benzemektedir. StPO 153a maddenin ihdas edilmesi sırasında önemli tartışmalar yapılmıştı. Orta ağırlıktaki suçlarda ‘yeni bir yaptırım türü’ yaratıldığı ileri sürülmüştür. Bu yeni yaptırımın uygulanmasında kamu yararı vardır. Bu yaptırım kişiyi sabıkalı durumuna sokmamaktadır. Karşı görüşte olanlar ise, çok sayıda, kitlesel olarak işlenen suçlarda kamu davasının açılmasının ertelenmesi yolunun, toplumun bazı kesimlerindeki hukuka aykırılık bilincini tahrip edebileceğini ileri sürmüşlerdir. Bununla birlikte özellikle marketlerden yapılan çok sayıda hırsızlık suçları açısından, bu düzenlemenin bir çözüm getirdiği, hem kamu davasının mecburilik prensibinin korunduğunu fakat gereken hallerde bir esneklik sağlandığı vurgulanmıştır.

Üçüncü grup istisnalar; Devletin suçu kovuşturmadaki yararının azalması¹⁰⁷ fikrine dayanmaktadır: Devletin güvenliğini tehlikeye düşürebilecek olan hallerde, mesela bir vatana ihanet davasında gizli bilgiler tartışılacaksa (StPO 153d), veya devlet güvenliğini ilgilendiren belli suçlarda, fail etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanıyorsa (StPO 153e), işlediği bir suç nedeniyle şantaja maruz kalan kişinin, kendisine şantaj yapanı bildirmesi durumunda, daha önce işlediği suç nedeni ile (StPO 154c), dava açılmadığı gibi ayrıca „tespit davalarını“ önlemek üzere (StPO 154d), disiplin cezası vermek üzere işlemler başlamışsa, hakaret suçundan dolayı (StPO 154e), Alman savcısı dava açmayabilmektedir.

¹⁰³ Weigend, Anklagepflicht, 1978, 167.

¹⁰⁴ Dieters, 2006, 7.

¹⁰⁵ Weigend, ZStW 109, 1997, 103.

¹⁰⁶ Doping yapan sporcuları cezalandıran Devletler vardır. Türkiye henüz bunlar arasında değilse de, hazırlanan bir tasarı vardır. Doping suçu yaratan ve sporcuyla cezalandıran bu ülkelerde, kendi kulübü veya WADC ve NADC tarafından doping nedeni ile “disiplin cezasına” çarptırılan bir sporcunun, ikinci defa adli anlamda cezalandırılması olgusu ortaya çıkmaktadır. İki davanın “konuları” farklı olduğu için, prensip olarak, disiplin cezası alan bir kişinin ceza sorumlusu olması mümkündür. Fakat, doping cezasının ağır bir disiplin cezası olması nedeni ile, çifte cezalandırmanın önüne geçilebilmesi için, Lüer (2006, 198), kusurun veya haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle takdirilik sistemi uygulanarak sporcu hakkında dava açılmamasını veya “ne bis idem”i kabul eden ceza muhakemesi sisteminin doğurduğu engelden kaynaklanan “kamu düzeni” (ordre public) düşüncesi ile, ikinci ceza davasının açılmaması gerektiğini savunmaktadır (Christoph Lüer, Dopingstrafen im Sport und der Grundsatz “Ne bis in idem”, Nomos, Baden-Baden 2006),

¹⁰⁷ Roxin § 14, Rn. 17.

Örgüt suçlarında etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanan suç ortaklarından birine, hiç ceza vermemek karşılığında, örgütü mahkum ettirecek bilgilerin *satın alınması* şeklinde savcıya dava açmama konusunda takdir yetkisi tanınması ise, Almanya’da çok tartışılmıştır.¹⁰⁸ Böyle bir uygulamanın „eşitlik ilkesine“ aykırı olduğu; ağır ve önemli bir suç işleyen kişinin cezalandırılmamasının, suçların artmasına neden olacağı belirtilmiş ve uyuşturucu madde suçları açısından 1981 yılından beri uygulanan, fakat sadece mahkemenin ceza vermeme veya cezada indirim sebebi olarak uygulayabildiği bu düzenlemenin, genelleştirilmemesi istenmiştir. Terör suçlarında *kovuşturma yapmama*, süreli olarak „pişmanlık hükmü“ şeklinde 1989 yılında kabul edilmiştir. Bizde olduğu gibi, Almanya’da da birkaç kez uzatılan bu etkin pişmanlık hükmü, daha sonra StGB 129a ile düzenlenmiştir.

Dördüncü grup istisna, Alman Hukukundaki *Ordnungswidrigkeiten* (bizdeki kabahatler) alanını ilgilendirmektedir. Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun 47 inci maddesi idari kabahatlerin yargılanmasında kural olarak genel Ceza Muhakemesi Kanununun uygulanacağını kabul etmişse de, 47 inci maddesi, Almanya’da 150 yıldan beri uygulanan *tahkik sistemini* terk etmiş ve idari makamlara sınırsız bir takdir yetkisi tanımıştır. Türk Hukuku ise, kabahatlerin kovuşturulmasında herhangi bir istisna öngörmemiştir.

Türk Hukukunda “uzlaşma”, şüpheli ile mağdur arasında, tarafsız bir avukatın yaptığı, zararı giderme yöntemi olarak düzenlenmiştir (CMK 253, 254). Ancak, bir yıllık uygulamanın ardından, *uzlaşma* Türk Hukukunda yerleşmemiştir. 2006 yılında yapılan değişikliğin Alman sistemine¹⁰⁹ yakın olduğu söylenebilir. Alman Hukukundaki beşinci gurup istisna, *uzlaşmaya ilişkindir* (Täter-Opfer-Ausgleich) (TOA): Savcılık ve mahkeme, muhakemenin her aşamasında, mağdur ile suçtan zarar gören arasında şüpheli ile uzlaşma yolunu denemek zorundadır (StPO 155a).

Kamu davasının mecburiliği prensibi, dava açma ve yürütme görevinin sadece Devlete ait olduğunu ifade eder (*Offizialprinzip*). Kovuşturma re’sen yapılır, yani mağdurun bu konuda bir talepte bulunması gerekmez. Ceza muhakemesini medeni muhakemeden ayıran husus da budur. Medeni muhakemede taraflar davacı ve davalı konumundadır, yani davayı mağdur taraf açar ve yürütür. Kamu davasının mecburiliği prensibinin yasa ile düzenlenen sınırlamaları (CMK 171) ve şikâyet veya izne bağlı suçlarda olduğu gibi istisnaları vardır. Önemli bir istisnayı oluşturan şahsi dava (CMUK 344) 2005 yılında kaldırılmıştır.

Kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda, mağdur usulüne uygun bir şikâyet iradesini açıklamadıkça, Devlet ceza kovuşturması yapamaz, kamu davasının açılması kararı verilemez (CMK 175). Alman Hukukunda Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda kovuşturma re’sen başlarsa da (StPO 127/3, 130) şikâyet şartı gerçekleşmedikçe son soruşturmanın açılması kararı (bizde iddianamenin kabulü kararı) verilemez, yani mahkûmiyet kararı verilemez¹¹⁰. Şikâyete bağlı suçlar, Alman Hukukunda, *tam şikâyete bağlı*¹¹¹ ve *kısmen şikâyete bağlı suçlar*¹¹² şeklinde ikiye ayrılır.

II. Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği.

¹⁰⁸ Roxin § 14, Rn. 20.

¹⁰⁹ Gerçekten, giderek artarak, büyük bir iş yükü haline gelen basit uyuşmazlıklar, Almanya’da, *şüpheli ile kovuşturma makamları arasında uzlaşma* uygulamalarının yolunu açmıştır. Alman Hukuku *uzlaşmayı, şüphelinin suçunu ikrar etmesi karşılığında, maddi gerçeği tam olarak araştırmaktan vaz geçerek, indirimli ceza uygulanması* biçiminde yapılandırmıştır. Mahkemeler böylece, büyük bir külfeti gerektiren maddi gerçeği araştırma mükellefiyetinden, kurtarılmışlar, fakat *maddi gerçeğin araştırılması ilkesi* de korunmuştur.

¹¹⁰ Engländer, 6.

¹¹¹ *Reine- und relative Antragsdelikte: Tam şikâyete bağlı suçlar*: konut dokunulmazlığını bozma veya aile mensupları arasındaki hırsızlık suçlarında olduğu gibi bazı suçlarda (StGB 123, 247) şikâyetin mevcudiyeti mecburidir. Şikâyet yoksa ve artık yapılamıyorsa bir muhakeme engeli vardır ve düşme kararı verilmesi gerekir. Şikâyet şartının gerçekleşip gerçekleşmediği muhakemenin her evresinde re’sen göz önünde tutulur.

¹¹² *Kısmi şikâyete bağlı suçlar*: Basit yaralama veya kasten yaralama veya taksirle yaralama suçlarında (StGB 230), suçun kovuşturulmasında özel önemi haiz bir kamu yararı mevcutsa, savcı kovuşturma yapmaya karar verebilir. Bu gibi durumlarda şikâyet şartının gerçekleşmesi aranmaz. Savcı bu kararını doğrudan doğruya iddianame düzenleyerek de açıklayabilir. Savcının bu işleminin mahkeme tarafından denetlenmesi kabul edilmemektedir (BGHSt 16, 225). *Kühne* ise sınırlı bir denetlemeden yanadır (Rn 298).

Ceza Adalet sisteminin etkin bir şekilde çalışmaması hak kayıplarına ve gecikmelere sebep olur. Sorun sadece Türk hukukuna ait olmayıp, bütün dünya hukuk sistemlerini ilgilendirmektedir. Mesela adli hizmetlerin kalitesinin belli standartlara bağlanmalı ve yükseltilmelidir.¹¹³ *Yağcı ve Sargın* kararında Avrupa mahkemesi makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ve tutukluluğun makul süreyi aştığına karar vermişti.¹¹⁴

Türkiye 2001'den bu yana hızlı bir uyum süreci yaşamaktadır. Yürürlüğe giren, fakat eksik kurumlar nedeniyle tam olarak uygulanmayan Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve İnfaz Kanunu yeni bir Ceza Adalet Sistemi oluşturmuştur. Yeni sistemde de çok köklü değişiklikler yapılmış ve sistemsiz değişikliklerin tekrar yürürlükten kaldırılması veya Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi gerekmiştir. Bu konudaki açıklamalar için, ceza muhakemesi kanunlarımızın tarihçesi başlıklı bölüme (No. 307) bakınız. Temmuz 2024 itibarıyla, sistemin eksikliklerinin tamamlanması, fakat artık yeni değişiklik yapılmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Hukukun üstünlüğünün sağlanması için, sürekli Kanun değişikliği yapılmamalıdır. Yargıda istikrar olmalıdır.

1. İnsan Unsuru

Adalet teşkilatının **personel** sayısı önemlidir.¹¹⁵ 2022 yılındaki *savcı sayısı* 7.440, *hâkim sayısı* 15.710, *adalet personel sayısı* toplam 94.059, *genel idari personeli* 77.669, *Adli Tıp Kurumu çalışanı* 2.594 idi.

Hâkim başına düşen dosya sayısına bakıldığında ilk derece mahkemelerinde 2022 yılında bu sayının 481 olduğu, İstinafta ise 504, Yargıtay'da 486, Anayasa Mahkemesi'nde 568 olduğu tespit edilmiştir (sayfa 59).

Hâkim başına dosya temizleme oranına bakıldığında ilk derece mahkemelerinde görev yapan Hâkimlerin yılda gelen dosyaların %95,3'ünü, istinafta bu sayının %1,1, Yargıtay'da ise %104,7 olduğunu görmekteyiz (sayfa 60). Yargıtay'ın son zamanlarda %100'ün üzerine çıkararak kararlar vermesi sevindiricidir.

Savcı başına düşen dosya sayısı ise 2022 yılı itibarıyla ilk derecede 759, istinafta 1957, Yargıtay'da ise 1000 olduğu görülmektedir (sayfa 60).

Avukat sayılarına bakıldığında 2022 yılı itibarıyla 174.533 avukat bulunduğu belirlenmiştir (sayfa 61).

Adli Tıp Kurumu resmi bir kişilik sıfatı ile görev yaptığı için sistem içerisinde önemli bir rol oynar. Şube müdürlükleri, ihtisas daireleri ve ihtisas kurumları olarak çalışan adli tıp kurumu, 2015 yılında 607.361 iken 2022 yılında 1.266.587 olmuştur.

2. Soruşturma Evresi.

a) Genel soruşturma.

2022 yılında *Cumhuriyet Başsavcılıklarında soruşturma evresinde bulunan toplam dosya sayısı* 10.598.645 idi. Bunların 5.301.614 adedi yıl içinde açılan dosyalardır. Tüm dosyaların 5.040.427 adedi yıl içinde karara bağlanmıştır.

Dosya sayısı yukarıda belirtildiği gibi iken, aynı yıl hakkında soruşturma yürütülen şüpheli sayısını 12.688.887 ve bu şüpheliler tarafından işlenen suç sayısının ise 21.743.274 olduğu görülmektedir. Böylece, bir dosyada birden fazla şüphelinin bulunduğu haller ile aynı şüphelinin birden fazla suçun bulunduğu haller de dikkate alınacak olursa asıl soruşturma sayısının 22.000.000 civarında olduğu söylenebilir (sayfa 64).

Yine 2022 yılında karara bağlanan dosya sayısına bakıldığında bunun 5.040.427 olduğu görülmektedir. Karara bağlanan dosyalardan 2.872.219 adedinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı,

¹¹³ *Yenisey*: Ceza Adaleti Sisteminin Etkinliği ve Gecikme, Kunter'e Armağan 1998, 477.

¹¹⁴ 8.6.1995 ve 6/1994/453/533 – 534 sayılı kararlar, aktaran *Yenisey*, Kunter'e Armağan, s. 485.

¹¹⁵ Adalet İstatistikleri 2022, Yayın No. 17 Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Ankara 2023.

1.328.045 adedinde kamu davası açıldığı, 444.246'nda yetkisizlik, 7.965'nde görevsizlik, 246.381'nde birleştirme ve 141.211'nde diğer kararlar verilmiştir (sayfa 67).

Cumhuriyet Başsavcılıklarına gelen işlerde yapılan soruşturmalarda 2022 yılı itibariyle 10.598.645 dosyadan %50,4'ünde KYOK verilmiş, %35,9'nda ise kamu davası açılmıştır. Yetkisizlik-görevsizlik ve birleştirme kararlarını oranı %13,7'dir (sayfa 62).

Savcılıklardaki iş yükünün büyük bir kısmını TCK'da yer alan suçlar teşkil etmektedir (9.154.756). Bu suçlardan ilk sırayı TCK 141/169 arasındaki mal varlığına karşı suçlar ilk sırada yer almaktadır (2.404.922). Bunu TCK 106-124 arasında yer alan hürriyete karşı suçlar takip etmekte (401.471.398) ve üçüncü sırada ise TCK 86-93 arasındaki vücut dokunulmazlığına karşı suçlar yer almaktadır (1.483.093 sayfa 62).

Özel kanunlardaki suçlar da soruşturma evresinde önemli bir yer işgal etmektedir. 2022 yılı itibariyle birinci sırayı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar kanunu (145.370) almakta, bunu Kaçakçılık Kanunu (83.470) ve üçüncü olarak da Elektronik Haberleşme Kanununa aykırılık suçu izlemektedir (55.963) (sayfa 63).

4483 sayılı kanundan kaynaklanan işler yıllar itibariyle aşağı yukarı sabit kalmıştır: 2015 yılında 9.637 iken 2017 yılında 6.732'ye düşmüş, 2022 yılında ise tekrar 9.098'e yükselmiştir (sayfa 45).

b) Suça Sürüklenen Çocuklar

Suçta sürüklenen çocukların 2022 yılına ait dosya ve suç sayıları ise şöyledir: Dosya sayısı, 289.914; suça sürüklenen çocuk sayısı, 294.804; suç sayısı 607.489'dur. Bu sayılar, aynı çocuğun en az üç defa suç işlediğini gösterir niteliktedir. Başka bir değerlendirme ise uygulamadan duyduğumuz Ankara genelinde 30 kadar çocuğun arka arkaya suçlar işledikleri ve çocuklar tarafından işlenen suçların çoğunun bu 30 çocuk tarafından işlendiğini ifade etmektedir (sayfa 72).

3. Alternatif Uyuşmazlık Çözme Usulleri.

a) Önödeme.

Yıllara göre önödeme ile sonuçlanan dosya sayısı şöyledir: 2017, 37.399; 2018, 36.829; 2019, 36.551; 2020, 25.943; 2021, 24.310; 2022, 32.884.

2022 yılında Türkiye genelinde önödeme kapsamında açılan soruşturma dosyası 32.884 iken, önödemeye uyulmaması sonucu kamu davası açılan dosya sayısı 8.925, önödeme işlemleri devam eden dosya sayısı ise 25.646 olmuştur. Aynı yıl önödeme kapsamından suçlardaki şüpheli sayısı toplam 65.098 olmuştur. Bu şüphelilerin içinde 1.526 suça sürüklenen çocuk vardır. Türkiye genelinde önödeme en çok İstanbul'da uygulanmıştır (7.816).

2022 yılında önödeme ile sonuçlanan dosyalarda ilk beş sırayı alan suçlar şöyledir: Elektronik Haberleşme Kanunu m. 63/10'a aykırılık (9.162); karşılıksız yararlanma (TCK 163/1) (6.715); Sporda Şiddet Kanunu m. 18/9'a aykırılık (6.453); genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması (TCK 171/1); Ateşli Silahlar Kanunu m. 13/4 (1.820).

b) Uzlaştırma.

Uzlaştırma usulünün uygulandığı toplam dosya sayısı 2017 yılında 634.767 iken, 2022 yılında bu sayının 582.760'a düştüğü görülmektedir. Uzlaştırmanın ayrıntılarına bakıldığında 2017 yılında toplam 634.767 olan dosyada 278.530'nda uzlaştırma teklifi kabul edilmiş, 223.469 dosyada uzlaştırma sağlanmış, fakat 55.061 dosyada uzlaşma sağlanamamıştır. Aynı konuya 2022 yılı içinde bakıldığında toplam uzlaştırma dosya sayısı olan 582.760 dosyadan 234.294'nde uzlaştırma sağlanmış, 51.869'nda ise uzlaştırma sağlanamamıştır. Bu sayılar 2015 (17.319) ve 2016 yıllarında (7.817) çok düşüktü.

Görüldüğü gibi, uzlaştırmada tarafların barışmasının sağlandığı dosya sayısı uzlaşma sağlanmamasına nazaran daha az olmasına rağmen uzlaştırmanın amacı olan toplumsal barışı sağlama hedefinin belli bir ölçüde yerine geldiğini görmek sevindiricidir.

2022 yılında uzlaşma sağlanan ilk on suç şöyledir: *Kasten yaralama* (TCK 86/1-2: 91.152); *hakaret* (TCK 125/1-3: 81.728); *tehdit* (TCK 106/1: 65.446); *taksirle yaralama* (TCK 89/1-4:16.218); *mala zarar verme* (TCK 151/1-2: 14.334); *hırsızlık* (TCK 141/1: 9.313); *suç eşyası satın alma* (TCK 165/1:

8.088); *dolandırıcılık* (TCK 157/1: 6.490); *kişilerin huzurunu bozma* (TCK 123/1: 5.541); *güveni kötüye kullanma* (TCK 155/1-2: 4.744).

c) Kamu davasının açılmasının ertelenmesi.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilen dosya sayısı 2022 yılında Türkiye genelinde 163.598 idi. Bu dosyalardaki suç sayısı 168.432, şüpheli sayısı ise, 197.823 olmuştur. Bu şüphelilerden 4.054 kişisi *suça sürüklenen çocuktur*.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilen dosyalarda ilk beş sırayı alan suç şöyledir: TCK 191 (131.780); TCK 179/2-3 (48.871); 6126 sK m. 13/1 (5.076); TCK 203/1 (3.575); TCK 228/1 (1.103).

Türkiye genelinde 2022 yılında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilen soruşturma dosyalarında erteleme süresi içinde kasıtlı suç işlemediği için kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilen şüpheli sayısı 32.489 iken, kasıtlı suç işlediği için kamu davası açılan şüpheli sayısı 50.278 olmuştur. Kamu davasının ertelenmesinden sonra yeni kasıtlı suç işleyen şüphelilerin sayısının oldukça fazla olması, sistemde mevcut tek yükümlülük olan zararın tamamen giderilmesi yükümlülüğünün ıslah edici etkisinin az olduğunu göstermektedir.

Uyuşturucu kullanmak suçu (TCK 191) ile ilgili olarak verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararlarının açık ara ile çok olması ilginçtir. Bu suçtan en çok erteleme kararı verilen beş il şöyledir: İstanbul, Gaziantep, İzmir, Ankara ve Diyarbakır. Erteleme süresi içinde tekrar kullanma suçu işlediği için hakkında kamu davası açılan şüpheli sayısına göre yapılan sıralamada şu şehirler ilk beşi almaktadır: İstanbul, İzmir, Gaziantep, Ankara ve Adana.

ç) Seri Muhakeme.

Yıllara göre seri muhakeme usulü ile *sonuçlanan* dosyalardaki suç sayıları 2020 yılında 57.666, 2021 yılında 78.912 ve 2022 yılında ise, 92.184 olmuştur. (2022 yılında seri muhakeme uygulanan dosyalardaki şüpheli sayısı 92.498 idi. Bu sayı seri muhakemeye tabi suçların genellikle tek bir kişi tarafından işlendiğini göstermektedir.)

Cumhuriyet Başsavcılıklarında kurulan seri muhakeme bürolarına 2022 yılında Türkiye genelinde 389.074 dosya gelmiştir. Soruşturmanın sonlandırılması için yeterli şüphe arandığı için, bu vasıfta olmayan 116.633 dosyada *kovuşturmayaya yer olmadığı kararı* verilmiştir. Diğer 78.685 dosyada şüpheliye *seri muhakeme teklif edilmiş* ve 71.639 dosyada talepname düzenlenmiştir. Buna karşılık, 7.046 dosyada şüpheli *seri muhakeme teklifini reddettiği* için iddianame düzenlenmiştir.

Seri muhakeme bürosuna gelen dosyalarda da *kamu davasının açılmasının ertelenmesi* kararları verildiği görülmektedir: 2022 yılında bu sayı 48.722 olmuştur.

Seri muhakeme usulü uygulanan dosyalarda 2022 yılındaki ilk beş suç şöyledir: *trafik güvenliğini tehlikeye sokmak* (TCK 179/2-3: 60.413); **6136 sK** m. 13/1-3 ve 15/1: 19.665); *mühür bozma* (TCK 203/1: 4.782); *kumar oynatmak* (TCK 228/1: 2.246); *genel güvenliği tehlikeye sokmak* (TCK 170/1: 1.930).

d) Basit Yargılama.

tt

4. İlk derece mahkemeleri.

a) Mahkemelerde açılan davalar.

Adli yargı ilk derece mahkemeleri önünde ülke çağında açılan davalardaki suç oranına bakıldığında bunların %85,1'nin TCK'da, %14,9'nun ise özel kanunlarda yer alan suçlar olduğu görülmektedir (sayfa 73).

b) Mağdur sayısı.

Mağdur sayıları da ilginçtir. 2022 yılı itibariyle ceza mahkemelerindeki mağdur ve müşteki sayısı 2.976.188'dir. Bu rakam içerisinde 952.847 kadın ve 484 cinsiyeti bilinmeyen kişi vardır. Yabancı uyruklu müşteki veya mağdur sayısı ise 127.426 erkek, 58.222 kadın olarak belirlenmiştir (sayfa 79).

c) *Hüküm sayısı ve türü.*

İlk Derece Ceza Mahkemelerinden verilen hüküm sayıları yıllar itibariyle şöyle değişmiştir: 2015: 1.802.427, 2016: 1.481.074, 2017: 1.463.561, 2018: 1.695.712, 2019: 1.869.019, 2020: 1.431.118, 2021: 2.051.998, 2022: 2.009.860 (Sayfa 43).

Ceza mahkemelerinden karara bağlanan dosyalardan %40,7'si mahkûmiyet, %21,4'ü HAGB, %22,5'i beraat, %15,5'i ise diğer (hüküm verilmesine yer olmadığı, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi, özel yasa gereğince davanın ertelenmesi gibi) kararlardır (sayfa 75).

ç) *Hükümün açıklanmasının geri bırakılması.*

kk

d) *Yaptırımlar.*

Ceza mahkemelerinin uyguladıkları yaptırımlara ilişkin sayılar şöyledir: 2022 yılı içinde verilen mahkûmiyet kararlarının toplam sayısı 1.678.923'tür. Bunun 256.994'ü ağır ceza mahkemesi tarafından, 202.571 adedi çocuk ağır cezadan, 20.061 adedi çocuk cezadan, 1.337.419'u asliye cezadan, 53.016'ı icra cezadan ve 2.862 adedi fikri ve sınai haklar mahkemesinden verilmiştir (sayfa 85).

Toplam mahkûmiyet kararı olan 1.678.923'ün 599.746'ı hapis, 409.497 adedi para cezası, 23.298 tazyik hapsi, 204.443'ü tedbir, 441.361'i ferî, 578'i ise diğer kararlar olarak tecelli etmiştir (sayfa 85).

5. *İstinaf.*

a) *Bölge adliye mahkemeleri teşkilatı.*

Türkiye'de 15 yerde bölge adliye mahkemesi vardır: İstanbul, İzmir, Bursa, Ankara, Konya, Antalya, Adana, Kayseri, Samsun, Sakarya, Trabzon, Erzurum, Van, Gaziantep, Diyarbakır.

b) *İstinaftaki dosya sayısı.*

Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri'ndeki toplam dosya sayısı 2016 yılında 31.591 iken, 2019'da 774.669 olmuş, 2022 yılında ise sayı 966.921'e yükselmiştir (sayfa 47).

Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairelerinde 2022 yılında görülen toplam 966.921 adet dosyanın 317.068'i İstanbul BAM'a aittir. Bunu İzmir 124.577 ile takip etmekte, üçüncü sırada Bursa 70.476 iken, Sakarya 46.472, Diyarbakır 36.942 dosyaya bakmıştır. Fakat en düşük dosya sayısı 15.965 olarak Van BAM olduğu görülmektedir (sayfa 111).

c) *İstinafta verilen hükümler.*

BAM Ceza Dairelerinde bir dosyanın ortalama görülme süresi 2017 yılında 49 gün iken istikrarlı bir yükselişle 2022 yılında 215 güne çıkmıştır. Gene ceza dairelerinde yıl içinde açılan dosya sayısı 2017'deki sayı esas alındığında yıllar itibariyle yükselerek 2022'de %197'ye çıkmıştır (sayfa 46).

İstinafta Bölge Adliye Mahkemeleri'nde temizleme oranı ceza dairelerinde 2017 yılında %79,5 iken 2018 yılında %69,3'e düşmüş, 2021'de %102,2'ye yükselmiş, 2022'de ise %97,6'ya düşmüştür.

6. *Temyiz.*

a) *Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı.*

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'ndaki dosya sayısına bakıldığında gelen dosya sayısının 2015 yılında 765.798 iken, 2022 yılında bu sayının 262.833'e düştüğü görülmektedir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na 2015 yılında 100 olarak kabul edildiğinde, temyize gelen dosyalarda istikrarlı bir düşme görülmüştür: Sayı 2016'da 93'e, 2017'de 17'ye düşmüş, 2018'de 25, 2019'da 31 ve 2022 yılında 38 olmuştur.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nda temizleme oranı 2015 yılında %68,8 iken, 2020 yılında %206,4'e çıkmış fakat 2022 yılında ise %120,6'ya düşmüştür.

b) *Yargıtay incelemesi.*

Yargıtay 2022 yılında Yargıtay Dava Daireleri ve Ceza Genel Kurulu'nda bulunan toplam dosya sayısı 495.235'tir. Bu dosyalardan 202.028'i 2022 yılında karara bağlanmıştır.

Yargıtay Ceza Daireleri'ne bakıldığında en fazla dosyanın 71.071 ile 4. Ceza Dairesi'nde bulunduğu bunu, 60.184 ile 11. Ceza Dairesi izlemekte, bunu 3. Ceza Dairesi 58.720 izlemektedir. Toplam 12 adet olan Yargıtay Ceza Daireleri yıl içerisinde 201.166 karar vermiştir. Aynı yıl **Ceza Genel Kurulu**'nda bulunan toplam dosya sayısı 1.693 iken, bunların 862 adedi karara bağlanmıştır.

Yargıtay'dan verilen **kararların türüne göre** ele alınması önemlidir. Sıhhatli çalışan bir ceza adalet sisteminde bozma oranlarının sifıra yakın çok yüksek olması gerekir. Yargıtay Ceza Daireleri ve Genel Kurulu'nda **2022** yılında bulunan dosyaların sayısı 495.235'tir. Bunların %40,8'i hakkında hüküm verilmiştir.

c) *Yargıtay Ceza Daireleri.*

Yargıtay Ceza Dairelerine gelen dosya sayılarında düşme olduğu gözlemlenmektedir: **2015**'teki sayı 100 olarak kabul edildiğinde **2016**'da 63'e düşmüş ve **2022** yılında ise sayı 4'e inmiştir. Yargıtay Ceza Daireleri'ndeki temizleme oranı **2015** yılında %100,1 iken, **2020**'de %98,5 olmuş, **2022**'de ise %101,7 olmuştur (sayfa 47).

Bu düşüş ve hızlanmanın sebebinin ilk derece mahkemelerince verilen hükümlere karşı önce sadece istinaf, istinaftan sonra temyiz yolunu açan 2005 reformu olduğu açıktır. Zira istinaftan sonra temyize başvurma olanağı CMK 286 ile çok daraltılmıştır. Bu gelişmenin tam tersi Anayasa Mahkemesi bakımından söz konusu olmuştur: **2015** yılındaki sayılar 100 olarak alındığında Anayasa Mahkemesi'ne yıl içinde gelen başvuru sayısı **2016** yılında 394 olmuş, **2022** yılında ise 535'e yükselmiştir (sayfa 49).

ç) *Yargıtay Ceza Dairelerinin onama ve bozma oranları.*

Yargıtay Ceza Daireleri'nce sonuçlandırılan dosyaların %34,9'nda onama, %32,3'nde bozma ve %9,1'nde red kararı verilmiştir (sayfa 213).

Yargıtay Ceza Daireleri'nin verdikleri onama, bozma ve diğer kararlar arasındaki değerlendirmeler şöyledir: Toplam 12 olan ceza daireleri **2022** yılında 201.166 karar vermiş, bunların 70.338'i onama, 65.027'i bozma, 18.140'ı red, 26.234'ü ise diğer karar olarak tecelli etmiştir (sayfa 118).

Ceza Dairelerinin verdikleri kararlar arasında da farklılıklar vardır. Örneğin, 5. Ceza Dairesi 15.189 toplam iş içerisinde 522 adet onama, 820 adet bozma, 476 adet red kararı verirken; 12.643 adet diğer karar vermiştir.

19.473 işe bakan 7. Ceza Dairesi 88.898 adet bozma kararı ile bütün daireler arasında en fazla bozma kararı veren ceza dairesi olarak görülmektedir (sayfa 118).

d) *Ceza Genel Kurulu.*

Dosya sayısındaki düşüş, Ceza Genel Kurulu'nda da görülebilir: **2015** yılında gelen dosya sayısı 2.112 iken, **2022** yılında bu sayı 1.693'e düşmüş ve daha etkin çalışan Ceza Genel Kurulu **2015** yılında yılda 523 dosyayı karar bağlarken, **2022** yılında bu sayı 862'ye çıkmıştır (sayfa 51).

Onama ve bozma sayılarına bakıldığında **2015** yılında toplam onama sayısı 360.236 ve bozma sayısı 167.159 iken, **2022** yılındaki sayılar bozma 355.406 onama 155.545 olmuştur (sayfa 52).

e) *CGK'nın onama ve bozma oranları.*

Ceza Genel Kurulu'nca verilen 862 karardan 94'ü onama, 227'i bozma, 168'i red ve 305'i diğer kararlar olarak tecelli etmiştir (sayfa 118).

Bu rakamlar şaşırtıcıdır. Zira, Ceza Genel Kurulu'nun 227 adet bozma kararına karşı 94 adet onama kararı vermesi ve 305'nde de diğer kararlar yani, düşme vs. kararı vermiş olması ceza adalet sistemi açısından izaha muhtaç bir durumdur.

III. Ceza Adalet Politikası.

İtham sistemi ile başlayan ceza muhakemesi tahkik sistemi ile devam etmiş ve iş birliği sistemi haline gelmiştir. Aydınlanma çağında liberal fikirlerle laik bir hale gelen ceza muhakemesi günümüzde

anayasal ilkelerle desteklenen bir hukuk branşı haline gelmiştir. Ceza hukukunda geçerli olan *ultima ratio* ilkesi ceza muhakemesi hukukunda kamu davasının mecburiliği ilkesini almış ve en son çare olarak uygulanan ceza hukukunun işlenen suçları cezalandırmak gibi katı bir sonucu olarak kamu davası mecburiliği ilkesi çıkmıştır. Çok sayıda işlenen basit suçların sistem içerisinde işgal ettiği yer ceza muhakemesi hukukunda bir dönüm noktası olarak etki yapmıştır. Suç yaratan ceza kurallarının sayıca artması enflasyonist bir etki doğurmuştur. Bunda siyasi otoritelerinin ceza hukuku araçlarına en son çare olarak değil de ilk çare olarak başvurmalarının da büyük bir rolü olmuştur. Klasik ceza hukuku suç işlendikten sonra devreye giren bir hukuk branşı iken ceza hukuku gümümüzde ileride işlenebilecek olan suçları önleyebilecek “önleyici suçlar” ile zenginleşmiş durumdadır. Bir nevi risk hukuku diyebileceğimiz hal ortaya çıkmıştır.¹¹⁶

Kamu düzeninin sağlanması ve korunmasını temin etmek üzere kurallar koyan ceza hukuku aslında toplumda suç işlenmesiyle bozulan barışı yeniden tesis etmek amacını taşır. Devlet ile suçu işlediği iddia edilen kişi arasındaki ceza hukuku ilişkisi halledilirken uygulanan usulün çok karmaşık ve kompleks olmaması gerekir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 1987 yılında verdiği 87(18) sayılı tavsiye kararında üye devletlere ceza adalet sisteminin basitleştirilmesini önermiştir. Ceza davalarının uzamasına neden olan ve hafif cezayı gerektiren suç sayısının artması adil yargılanma hakkı korunmak yoluyla hızlı ve basit bir yöntem ile çözümlenmesi gerekir. Bunu temin etmek üzere kamu davasının mecburiliği prensibinin uygun hallerde takdirilik sistemine çevrilmesi basit ve toplu olarak işlenen suçlarda özel veya basitleştirilmiş muhakeme usulünün uygulanması ve genel muhakeme usulünün de basitleştirilmesi Avrupa Konseyi'nin önerileri arasındadır. Türk Ceza Muhakemesi hukukuna giren ön ödeme, uzlaştırma, seri muhakeme ve basit yargılama bu sürecin bir yansımasıdır.

BİRİNCİ KISIM: CEZA MUHAKEMESİNİN GÖREVİ

BİRİNCİ BÖLÜM: MUHAKEME GÖREVİ OLARAK KOLEKTİF HÜKÜM VERME

3. § HÜKMÜN KOLEKTİF VERİLİŞİ

17. Psikolojik bakımdan hüküm. 18. Hükümün her evrede oluşu. 19. Hüküm vermenin kolektif oluşu. 20. Tarafların da hüküm verilmesine katılması. 21. Çelişme. 22. Birden fazla hâkimin katılması. 23. Mütalâa niteliğinde hüküm; Mütalâa. 24. Karar niteliğinde hüküm; Karar. 25. Yargı. 26. Hükümün unsurları. 27. a) Mesele. 28. b) Gereke. 29. c) Kararın “sonuç” kısmı. 30. Hükümün mecburiliği meselesi. 31. Mütalâa beyanı imkânının verilmesi mecburiyeti.

17. PSİKOLOJİK BAKIMDAN HÜKÜM.

Ruh olaylarını inceleyen ve onların bağlı oldukları kanunları bulmağa çalışan psikoloji ilmine göre, hüküm¹¹⁷ (*judgment, guidizio*), iki kavram arasında ilişkiyi kurmak veya kurmamaktır. İki kavram arasındaki ilişki önce kavranır, sonra bu ilişkinin varlığına veya yokluğuna inanılır. Böylece bir hüküm meydana çıkar. Hükümden önce bir şüphe vardır. Hüküm bu şüpheyi yener. Bir diğer söyleyişle bir sorunu (meseleyi) çözer.¹¹⁸ Şüphe devam ediyorsa, henüz bir hüküm verilmemiş demektir. Şüphenin yenilmesi yerini inanişâ terk etmesi demektir. Bu inaniş, varılan hükümün doğruluğuna, hakikat oluşuna inaniştir. Hakikati bulmak fennî ve ilmî olan mantık (*logique, logica*) doğru hükümün nasıl verileceğini göstermiştir: Peşin hüküm sahibi olunmayacak, acele edilmeyecek, taraf tutulmayacak, ihtirastan uzak

¹¹⁶ Canpolat 2022, 14.

¹¹⁷ Henüz kesinleşmemiş olan bir hüküm *yargı* diye Türkçeleştirilmemelidir. Hükümün şüpheyi yenmesi mütalâada *geçici ve nispi*, kararda ise *kesin ve mutlak*. Yargı olsa olsa karar niteliğindeki hükmü karşılayabilir. Kaldı ki sadece hâkimlerin kesin olan veya kesinleşen kararlarına yargı denilmesi uygun olur.

¹¹⁸ Eskiden meseleyi *halleder* derdik. Şimdi Türkçeleştirmek istersek sorunu *çözer* demeliyiz. Çünkü halletmenin dilimizde yaşayan karşılığı çözmektir. Hal yerine de çözüm diyegelmişizdir. Halletmek yerine çok rastladığımız gibi çözümlenmek demek, çözmek sözcüğü varken yersizdir. *Çözümlemek*, karşılığı olmayan *tahlil etmek (analyse)* karşılığı kullanılmalıdır.

olunacak, inatçılık edilmeyecek, şaşkınlık gösterilmeyecek, karakterli olunacak, kendine hâkim olunması bilinecek, yorgun, hasta, düşünceli olunmayacak.¹¹⁹

Psikolojiye göre, taş ağırdır veya Ahmet falan suçun failidir sözleri bir hükümdür. Ancak her hükmün sözle ifadesi zarurî değildir. Hareketle ifade edilen, sessiz hükümler de vardır.

Psikoloji, hükümleri çeşitli bakımlardan sınıflandırmıştır. Muhteva bakımından hükümler “müspet” veya “menfi” olur. Hükümler gelişme bakımından “hazırlayıcı hükümler” ve “son hükümler” olarak ikiye ayrılır.

Hükümler, sadece bir mantık ameliyesi mahsulü değildir. Sezişlerin, hislerin ve iradenin de hükümde rolü vardır. Psikologların çoktan kabul ettikleri bu husus, son zamanlarda hukukçular tarafından da kabul edilmeğe başlanmıştır.¹²⁰

18. HÜKMÜN HER EVREDE OLUŞU.

Hüküm tabiri, hukukta ekseriya muhakeme faaliyetinin son halkasını, yani duruşma sona erip hâkimlerin müzakereye çekilmelerinden sonraki faaliyeti ifade etmektedir. Kanunumuzdaki (CMK 223) durum da budur. Hüküm tabirinin biraz daha gerilere kadar uzandığı ve son soruşturma faaliyetlerini ifade ettiği de vardır. Meselâ, hüküm hâkimi tabirinde hüküm bu manadadır. Nitekim birçok yabancı kanunda kovuşturma evresine, *hüküm safhası* denilmesi bu yüzdendir.

Hükmün, CMK'nın *kovuşturma evresi* adını verdiği evreyi, hele onun sonundaki faaliyeti ifade ettiği fikri, psikolojik gerçeğe aykırıdır. Hükümler *son hüküm (jugement final)* olmaya çalışırlar, fakat *hazırlayıcı hükümler (jugement préparatoire)* olarak işe başlarlar. Hazırlayıcı hükümler, mesela, *iddianamenin kabulü kararı*, ileride *hükmü* meydana getirecektir. Hukuktaki muhakeme faaliyeti esnasında, hâkimin bir delili kabul etmesi, bir olayı tespit etmesi de bir hükümdür. Hazırlayıcı hükümler, muhakemede analiz faaliyetini meydana getirir. Hükmün verilmesi, yani son faaliyet, sentez faaliyetidir.¹²¹

Sadece en son faaliyete *hüküm faaliyeti* denilmesi, besin faaliyetini gıdanın ağızdan girmesiyle başlatmayıp, hazım olunan gıdanın en sonda kimyevi teamüllere uğraması olarak ifade etmeğe benzer. Bu hatanın sebebi, muhakemenin evrelere, aşamalara ve bölümlere ayrılarak tetkik edilmesi dolayısıyla, bir filmin rölanti gösterilmesinde olduğu gibi, dikkatin parçalara dağılıp bütünün gözden kaçmasıdır.¹²² Yoksa hüküm, hazırlayıcı hüküm olarak çok daha önceden verilmeğe başlanmıştır. Mahkemenin bir tanığı dinlemeğe, bir keşfi yapmağa karar vermesi, bu işlemlerden sonra suçun işlenişi hakkında geçici de olsa bir hükme varması, son hükmü vermek için hazırlık hükümleri vermesidir. Muhakeme yapmak, muhakeme boyunca hükümler vermeyi gerektirir. Bunun içindir ki muhakeme terimini, en sonda verilen hükme hasretmek doğru olmadığı gibi sadece kovuşturma evresini ifade için kullanmak da isabetli değildir.¹²³

19. HÜKÜM VERMENİN KOLEKTİF OLUŞU.

Muhakemenin gördüğü işi, yani bir kelime ile, *görevini* anlamak için, bir muhakemeyi başından sonuna kadar takip etmek ve neyin değiştiğini araştırmak lâzımdır. Her muhakeme bir şüphe ile başlamakta ve sonunda bu şüphe *elbirliğiyle yenilmekte*, yani bir *hüküm* verilmektedir.

¹¹⁹ *Goblot (Edmond): Traité de logique*, Paris, 1929, s. 5 ve 11.

¹²⁰ *Gorphe*, 30. *Graven* (Pensei, agir, vivre selon le droit, Genève, 1962, s. 16) de, “hâkim, hükümleri dağıtan otomatik makine değildir. Ne kadar gelişmiş olursa olsun, elektronik beyin hâkimlik yapamaz, zira insan gibi duymaz, insan gibi anlamaz, insan gibi hüküm vermez” demektedir. *Köksal (Aydın)* da, “yargıç yine yargıç kalacak, yargılama makinesi gerçekleştiğinde de, yazı makinesi gibi, yargı görevini daha iyi yapabilmesi için ona olumlu ortam hazırlayacaktır” demektedir (Hukukta bilgisayar kullanımı. Türkiye Bilişim Derneği Dergisi, 1973, sayı 7, s. 55).

¹²¹ *Gorphe*, 14, 27, 69.

¹²² *Carnelutti: Torniamo al giudizio* (Questioni, 37).

¹²³ Bunun içindir ki *processo* denilmesini *Carnelutti* yermiş ve muhakemenin tam karşılığı olan *gidizio* terimine dönülmesini istemiştir (Questioni, 31). Foschini de *giudizio* demektedir (I, 189). *Tosun* (I, 11) muhakemeyi dava ile başlatmakta ise de, dava açılmadan önce sanıklığı kabul etmek ve sanığı *aleyhinde muhakeme yapılan kişi* diye tanıtmakla (I, 625) muhakemeyi daha da geriye uzatmaktadır.

O halde, muhakemenin görevi, kolektif hüküm vermektir. Muhakeme hukukundaki hükmün özelliği, onun kolektif verilidir. Gerçekten hüküm verme faaliyetine her zaman her yerde rastlamaktayız. Göğe bakar, *gök mavidir* deriz. Gazeteleri okur, anlatılana göre, *filâncayı öldüren falancadır* hükmünü veririz. Muhakeme Hukukundaki muhakemeyi *muhakeme* yapan ise, muhakemenin kolektif oluşu, yani hükmün kolektif verilidir.

Muhakeme Hukukundaki hükmün kolektif verilmesi iki bakımdandır: 1) Taraflar da iddia ve müdafaa makamlarına geçip hüküm verilmesine katılırlar (No. 20). 2) Karar mahiyetindeki hükmü veren hâkimler de kolektif şekilde hüküm verirler (No. 22).

20. TARAFLARIN DA HÜKÜM VERİLMESİNE KATILMASI.

Hâkimin verdiği hükme, tarafların da ışık tutmak ve verildikten sonra kontrol etmek suretiyle katıldıklarını, muhakemenin taraflar arasında bir mücadele değil, fakat bir iş birliği olduğunu söyleyenler olmuşsa da¹²⁴, hükmün ve muhakemenin kolektif oluşunu ortaya koyan *Carnelutti*'dir. Gerçekten *Carnelutti*, hüküm veren, yani muhakeme yapan (*giudicanti*) şahısların sadece hâkim olmadığını, hâkimin yanında savcının ve müdafinin de hüküm verme, yani muhakeme makamını teşkil ettiğini, ileri sürülen iyi ve fena hükümleri için sonunda hâkimin kendi mantık süzgecinden geçirerek en iyi hükme vardığını belirtmiştir.¹²⁵

Muhakeme Hukukunda muhakemenin kolektif olduğunu açıkça söyleyen *Foschini* olmuştur. Gerçekten *Foschini*, ilk defa olarak, hâkimler bakımından kolektif oluştan fazla olarak, yargılama, iddia ve müdafaa makamları arasındaki çelişmenin (No. 21) kolektif muhakeme (*giudizio collettivo*) olduğunu söylemiştir.¹²⁶

Yargılama makamının verdiği hükmü, örneğin bir bilginin veya bilgiler topluluğunun hukukî bir mesele hakkındaki hükmünden ayıran şey, yargılama faaliyeti sonunda verilen hükmün, tarafların da iştirakiyle verilmiş olmasıdır. Hâkimin hükmüne, yargı halini aldığı zaman uyuşmazlığı kesin olarak çözücü ve tarafları bağlayıcı otoriteyi (No. 148) veren de işte bu şekildeki iş birliğidir.

İddia makamı, itham eder. Bu, bir tezin ileri sürülmesidir. Müdafaa makamı, kendi hükmünü antitez olarak hâkime arz eder. Hâkim bu iki hükmün sentezini yapacaktır.¹²⁷ Bu sentezi yapabilmek için yargılama makamını işgal eden hâkim, tarafların hükümlerinden faydalanacaktır.

İyi bir muhakeme yapabilmek için, daima iki taraflı düşünmek lâzımdır. Şüpheyi yenen ve hakikati ifade eden hüküm, çelişiksizlik (*adem-i tenakuz*) prensibinin de ifadesidir, bir diğer söyleyişle kabul edilenin zıddının varit olmadığına da kabul edilmesi demektir. Aksi takdirde şüphenin ortadan kalktığı söylenemez. Şu hâlde hüküm, farklı ve çelişik düşüncelerin bir tek düşüncede birleştirilmesidir. Bunun içindir ki bir insan tek başına hüküm verirken dahi, müspet, menfî, iki çelişik ihtimali de hesaba katmak zorundadır; hüküm vermek ve şüpheyi yenmek isteyen kimse, karşısında hasım varmış gibi hareket eder ve bir çelişme yaparak sonunda hükmünü verir. Kolektif faaliyet olan muhakemede, taraflar hâkimin bu işini kolaylaştırır.¹²⁸ Ceza muhakemesinde tarafların kabulünün sebebi budur.¹²⁹ Yine bunun içindir ki muhakemede taraf yoksa dahi yaratılmalıdır.¹³⁰ Zira çelişme şeklinde olmayan bir muhakeme, muhakeme olmadığı gibi verilen hüküm yargılama hükmü değildir. Ancak, kolektif olarak verilen hüküm ona iştirak edenler nazarında bir hakikat ifade eder. Zira sentezi teşkil eden hüküm, tez ve

¹²⁴ *Falchi*, 85; *Graven*: Introduction, 118; *Guarneri*, 17.

¹²⁵ *Carnelutti*: *Lezioni*, I, 147, 158.

¹²⁶ *Foschini*, I, 193.

¹²⁷ *Gorphe*, 69; *Foschini*, I, 271.

¹²⁸ Katolik Kilisesinin aziz payesi ile bir kişiyi kutsallaştırmak üzere yaptığı soruşturmada onun kötü taraflarını da araştırıp ortaya çıkarsın diye görevlendirdiği ve bu nedenle uygulamada *şeytanın avukatı* diye adlandırılan bir soruşturmacıya da başvurması bunun içindir.

¹²⁹ *Carnelutti*: *Torniamo al giudizio*, (Questioni, 36).

¹³⁰ Eski hukukumuzda (Mecelle, m. 1791) gelmeyen dâvalı yerine mahkemenin tayin ettiği *vekil-i müsahhar* bulundurulması ve onun inkâr yolu ile müdafaaada bulunması bunun içindi.

antitezle çelişmeyecek (tenakuz teşkil etmeyecek), onları mantıken cevaplandırarak ve tarafları da tatmin edecektir.¹³¹

21. ÇELİŞME.

Kolektif hüküm vermenin veya kısaca muhakeme yapmanın metodu hüküm verme faaliyetine katılacakların düşüncelerini karşılıklı olarak bildirebilmelerinin sağlanmasıdır. Böylece bütün süjeler birbirlerinin fikirlerini öğrenecekler, hep birlikte düşüneceklerdir. Bu imkânı sağlayan sisteme çelişme (*contradittorio*) denir.¹³²

Çelişme, çok defa sanıldığı gibi aksine olarak, bir çekişme, bir mücadele değil, hele tenakuz anlamına çelişiklik hiç değil, bir fikir alışverişidir, bir kolokyumdur, bir diğer söyleyişle karşılıklı görüşlerin iki veya daha fazla kişilerce ortaya konmasıdır.¹³³

Bizce, *muhakeme* terimi, dilimizde tek başına çelişme suretiyle yani kolektif olarak hüküm vermeyi ifade edebilecek mahiyettedir. Gerçekten *hüküm* aslından gelen *muhakeme*, iştirak ifade eden lügat manasına göre¹³⁴, en az iki taraflı düşünmeyi ve hüküm vermeyi ifade etmektedir.

Şüphe en az iki taraflıdır. Hakikat ise tektir. Hüküm şüpheyi yenip gerçeğe uygunluk demek olan hakikati ifade edeceğine göre, birden fazla düşünceyi tek bir düşünce haline getirecektir. Görülüyor ki hüküm de bütün realiteler gibi bileşiktir ve hükümlerin bir sentezini teşkil etmektedir.

Her çelişmenin başında en az iki farklı ve karşılıklı düşünce ve sonunda bir tek düşünce olacaktır. Bu itibarla muhakemenin tarafların katılması bakımından kolektif oluşu demek olan çelişme üç hükmü gerektirmektedir: 1) Davacının hükmü, 2) Davalının hükmü, 3) Hâkimin hükmü. Bu üç hükmü, muhakeme makamlarına göre şöyle ifade edebiliriz: 1) İddia makamının hükmü, 2) Müdafaa makamının hükmü, 3) Yargılama makamının hükmü.

22. BİRDEN FAZLA HÂKİMİN KATILMASI.

Yargılama makamlarının hükümleri, birden fazla hâkimin iştiraki dolayısıyla da kolektiftir. Yargılama makamı, hukuk normu ile olayı karşılaştırıp bir değer hükmü verir. Bu hükmün kişisel olmaması da lâzımdır. Bunu sağlayan çarelerden biri de hükmün verilmesine katılan hâkimlerin birden fazla olmasıdır. Birden fazla hâkimin hüküm verme faaliyetine katılmasını sağlayan çareler şunlardır: 1) Toplu hâkim sistemi, 2) Derece, 3) İçtihatla devamlılık.

Toplu yargılama makamlarında, yani en az üç hâkimin kurul halinde muhakeme yaptığı makamlarda, hâkimler başbaşa verirler. Çeşitli mütalâalar birbirini tamamlar. İfratlar ve tefrikler giderilir. Faraza hâkimin biri hissî hareket eder, biri kanuna sıkı sıkı bağlıdır. Biri ferdî menfaati üstün tutar, biri toplumun menfaatini gözetir. Neticede, bir orta hükme varılır. Bu orta hükmün kıymeti, onu meydana getiren hükümlerin kıymetinden daha fazladır.¹³⁵

Derece, bir işe başka yargılama makamının bir daha bakmasıdır. Böylece en sonda verilen hükmün birden fazla hâkimin eseri olduğunda ve bu yolla daha isabetli kararlara varıldığında şüphe yoktur.

İçtihatla devamlılık da hükümlerin kişisel olmamasını sağlar ve dolayısı ile onlara kolektif mahiyet verir. Muhtelif hâkimlerin mütalâalarının ve münakaşalarının mahsulü olan içtihatla devamlılığın bir

¹³¹ Foschini, I, 195.

¹³² Biz çelişmeyi, isim olan "*contradittorio*" karşılığı kullanıyoruz. Umumiyetle, çelişme terimi dilimizde, diğer bir isim olan tenakuz (*contraddizione, contradiction*) karşılığı kullanılmaktadır. (Meselâ *Ülken (Hilmi Ziya)*: Felsefeye Giriş, Birinci kısım, 1957, s. 63). Ancak "ademî tenakuz" veya "tenakuzsuzluk" karşılığı olarak "çelişmezlik" de denilmektedir (*Ülken, a.g.e., s. 51 ve 97*). Bizce, "tenakuz" karşılığı "çelişiklik", "tenakuzsuzluk" karşılığı "çelişiksizlik" denilmeli, "çelişme" isim olarak "*contradittorio*"yu karşılamalıdır. "Mütenakız" karşılığı olarak da çelişmeli değil, "çelişik" denilmelidir. Böylece, çelişmeli hüküm "çelişme yapılarak verilen hüküm" ile çelişik hüküm "mütenakız muhtevalı hüküm" arasında fark olduğu belirecek, dilimiz, yabancı dillerde olmiyan bir zenginliğe kavuşacaktır. Çelişmeli olmak her zaman yüzekarşı (vicahi) olmağı gerektirmediğinden çelişmelilik ile yüzekarşılık aynı şey değildir.

¹³³ *Gorphe*, 163.

¹³⁴ Arapçada *müfaale* babında olan mastarlar daima iştirak ve karşılıklılık ifade ederler. Muhabere, mudarebe, mübahese, münakaşa, mücadele gibi.

¹³⁵ *Gorphe*, 163.

faydası da taraflara itimat vermesidir. Evvelce verilen kararları, eldeki bir dâva dolayısı ile, körü körüne kopya etmek elbette adalete yakışmaz. Ancak onlardan faydalanmak ve ilham almak da tedbirli bir harekettir. Diğer taraftan devamlılığın daimilik demek olmadığı unutulmamalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de önceki kararlarını örnek olarak zikretmekte, fakat olgu değişikliği varsa, genellikle farklı kararlar vermektedir.

İctihatlar da zamanla gelişecek ve değişecektir. Olayın hukukî değerlendirilmesi, bir değer hükmü verilmesi demektir. Kimse, hatta kendi bakımından tereddüdünü yenip “karar” şeklinde hüküm veren dahi onun mutlaka doğru olduğunu iddia etmemelidir. Gerçekten bugün azınlıkta olduğu için yanlış sayılan görüşün, yarın çoğunluk tarafından benimsenip doğru sayılması mümkündür. Yargılama makamlarının kararlarının bir an gelip taraflar bakımından da doğru sayılması, pratik güçlkle açıklanabilen bir zorunluktur. Çünkü yargılamanın işi budur ve bir yerde durmak ve verilen kararı doğru kabul etmek gerekmektedir.¹³⁶

23. MÜTALÂA NİTELİĞİNDE HÜKÜM; MÜTALÂA.

Hükümlerin bir kısmı, hakikat hakkında verilmiş mütalâa niteliğindedir. Bunlara “mütalâa niteliğinde hüküm” veya kısaca mütalâa (*opinion*) denilir.

Mütalâa, sübjektif niteliği dolayısı ile, karşı-mütalâayı reddetmediği gibi, hatta onu ve ilerde bir üçüncü hükmü gerektirir. Mütalâa, *Kant*’ın da belirttiği gibi, bir şeyi hakikat diye kabul edıştır, ancak aynı zamanda bu hükmün objektif ve sübjektif bakımdan yetersizliği de önceden kabul edilmektedir.¹³⁷

Mütalâa demek, “bana kalsa böyledir” demektir, “ille böyledir” demek değildir (objektif yetersizlik). Keza, “şimdilik böyle düşünüyorum” demek ve değiştirmek imkânını saklı tutmaktır (sübjektif yetersizlik). Görülüyor ki mütalâanın iki özelliği vardır: 1) Nispilik (izafilik, görelilik), 2) Geçicilik.

Hâkimlerin, aleyhlerine olağan kanun yollarına gidilebilen hükümlerini de *mütalâa* sayanlar ve bunların ancak kesinleştikleri zaman, *karar* niteliğini alacağını söyleyenler de vardır.¹³⁸ Bizce, yargılama makamları, taraflar bakımından kesin olmayan hükümlerini, mutlak ve daimî olarak verirler. Onun için, taraflar bakımından mütalâa olan bu hükümler, yargılama makamları bakımından karardır. Hâkim ister hazırlayıcı olsun ister son olsun, hükmünü verirken, *şimdilik böyle düşünüyorum, ileride belki değiştiririm* demez, diyemez. Böyle bir tutum *yargılama* ile bağdaşamaz. Hâkim kararını vermiş, kesmiş atmıştır. Hatta ileride onun aksine bir karar verebilse dahi, meselâ evvelce tutukladığı kimseyi salıverse veya evvelce keşfe lüzum görmemişken, şimdi görse dahi, yeni bir mütalâa beyan etmiş değil, yeni şartlara göre yeni bir karar vermiş demektir. Bu sebeptendir ki biz, yargılama makamlarının psikolojik bakımdan verdikleri bütün hükümlerine *karar* demeği tercih ediyoruz.¹³⁹

Hâkimlerin *mütalâa niteliğinde hükümlerine*, sadece müzakereye çekildiklerinde, henüz oy vermeden önce fikir alışverişi yaptıkları sırada beyan ettikleri hükümlerde rastlanır. Gerçekten, bu mütalâalar geçicidir ve nispidir. Müzakere sonunda hâkimler mütalâalarını değiştirebilirler. Zaten müzakere de bunun için yapılmaktadır (No. 278). Dikkat edilmelidir ki, mütalâa mahiyetindeki bu hükümler, hâkim hükmü olmakla beraber, yargılama makamı hükmü değildir. Çünkü yargılama makamı, misalimizde mahkemedir. Bu makamı işgal eden, makam adına karar veren ise kuruldur.

¹³⁶ Mülga “karar düzeltme” dolayısı ile 5. basıdan (1974, s. 747), genel olarak da 6. basıdan (1978, s. 30) beri ileri sürdüğümüz “hukukî sorun bakımından hangi görüşün doğru, hangisinin yanlış olduğunu gösterecek kesin ölçünün bulunmadığı, dün yanlış sayılanın bugün doğru görüldüğü, bugün azınlıkta kaldığı için yanlış sayılan görüşün yarın çoğunluk tarafından benimsenip doğru sayılmasının mümkün olduğu” tezimize Ceza Genel Kurulunun azınlık görüşünün gerekçesi olarak da olsa rastlamak bizi sevindirmişti. Gerçekten 23/6/1986 tarihli olan bu kararda azınlıkta kalanlar “kesin olarak verilen ya da kesinleşen karar mutlaka doğrudur denilemez. Zira neyin doğru, neyin yanlış olduğu izafidir. Dün doğru sayılan hükmün bugün katılan kimselerin değişmesiyle yanlış sayılması mümkündür. Kesin hükümlerle çözülen bir konunun olağan kanun yolları dışında tekrar tartışılmasına imkân yoktur” demişlerdi (YKD 86/10, 1538). Ancak bu gerekçenin olaya uygulanması bizce isabetli olmamıştır. Zira kesin hükmün olayı nasıl belirlediğini görmek için, kararda olayın belirlenişine bakacak yerde, hatalı olarak uygulanmış olan maddeye bakılmıştır.

¹³⁷ Foschini, I, 198.

¹³⁸ Foschini, I, 199.

¹³⁹ Kanunumuz da bu yolu tutmuş, ancak bu kararlardan bir kısmına, diğerlerinden ayırmak için, *hüküm* adını vermiştir.

Bir yargılama makamının *kararı* bir başka yargılama makamı bakımından *mütalâadır*. Örneğin aleyhine kanun yoluna gidilen karar, kanun yolu yargılamasını yapan makam nazarında sadece mütalâa niteliğindedir. Keza benzer bir muhakemede başka makamın verdiği karar da yeni kararı verecek makam nazarında mütalâadır. Hatta aynı makamın başka muhakemede verdiği karar dahi bir diğer muhakemede mütalâa niteliğindedir. Görülüyor ki karar, sadece belli bir yargılama makamı ve belli bir muhakeme bakımındandır. Bunun istisnası, yargılara belli hallerde bağlayıcı bir değer tanınmasıdır (No. 150.V).

24. KARAR NİTELİĞİNDE HÜKÜM; KARAR.

Karar (*décision*), psikolojik bakımdan, *mutlak (absolut)* ve *kesin (définitif)* olan hükümdür. Mutlaktır, zira çelişik mütalâaların sentezi olduğundan karşı mütalâyı reddeder. Kesindir, zira bir hususta karar vermek, tereddüdü tam olarak yenmek, kesip atmak demektir. Onun içindir ki mütereddüt adamlara kararsız denilir.

Kararların bazıları kanı (*kanaat, conviction*) adını alır. Bunlar kuvvetli kararlar olup mantık kadar inanışa da dayanırlar. Maddî mesele çözülürken “sabittir” diyebilmek için böyle bir kaniya ihtiyaç vardır (No. 323).

Yargılama makamı bakımından karar olan bir hüküm, taraflar bakımından mütalâa niteliğinde olabilir. Kesin olmayan kararlarda, durum böyledir. Hâkimin verdiği tutuklama kararındaki durum böyledir.¹⁴⁰ İtiraz kabul edilirse, merci yeni bir hüküm verir. Bu hüküm taraflar bakımından da karardır, zira kesindir.

Karar makamlarının kararları, taraflar bakımından mütalâa veya karar mahiyetinde olup olmadığına göre, “kesin olan ve olmayan” diye ikiye ayrılmaktadır. Birinciler, aleyhine olağan kanunuyolları kabul edilen, ikinciler, edilmeyen kararlardır.¹⁴¹

25. YARGI.

Devlet, dâvaların konusu olan uyuşmazlıkları (ihtilâfları) bir yargı ile çözmek¹⁴² yani kesip atmak için, mahsus makamlar tayin etmiştir. Bu makamlar kendilerine arz edilen uyuşmazlıkları kesip atarlar, eski bir tabirle, yargılarlar, yani yargı ile yararlar. Bu mahsus makamların uyuşmazlığı taraflar bakımından da kesip atan kararına, bunun için yargı denilmelidir.

Bu görevi yapanlara eskiden *yargıcı* veya *yargucu* denilmesinin¹⁴³, şimdi de bunların görevine *yargı yapma* manasına, *yargılama* dememizin sebebi budur. Yargıcı, yargı denilen âleti yapan ve kullanan kimsedir. Uyuşmazlığı taraflar bakımından çözen karar, yani “yargı” yarıcı âlete benzer. *İskender’in* kördüğümü kılıcı ile yarıp çözmelerini hatırlatır. Yargı, yarmak kökünden geldiğine göre, psikolojik manada *karar niteliğinde hüküm*, kısaca, *karardır*. Fakat her karar, hatta her hüküm, *yargı organı* veya *yargı yapma, yargılama* sözlerinde anlatılmak istenilen manada “yargı” değildir. Bizim *yargılama* diye karşılamayı doğru bulduğumuz “kaza” yerine “yargı” denilmesi ise karışıklıklara yol açmaktadır (No. 68).

¹⁴⁰ Meselâ mücerret muhakeme şemasındaki ilksoruşturma sonunda sonsoruşturmanın açılıp açılmamasına bir hâkim karar verir. Bizde ilksoruşturmanın kaldırıldığı 1985 yılına kadar bu kararı sorgu hâkimi verirdi. Bu karara karşı savcı acele itiraz yoluna gidebilirdi. Bunun anlamı bu kararın savcı bakımından karar olmayıp mütalâa niteliğinde olmasıydı. Savcı bu mütalâyı benimserse, itiraz etmez ve karar kesinleşir, yani savcı bakımından da karar olurdu. Savcı itiraz eder de itiraz merciinin kesin olan yani taraflar bakımından da karar mahiyetinde olan hükmü ile itiraz reddedilirse sorgu hâkiminin kararı, savcı bakımından da karar olurdu.

¹⁴¹ 4. basıya kadar bunlara çelişebilen ve çelişmesiz karar demiştik. Bu terimler yanlış anlamlara yol açtığından kesin karar terimine dönmeği uygun bulduk. Ancak burada kesinlik meselesinden sadece taraflar bakımından söz edildiği, her kararın veren hâkim bakımından kesin olduğu unutulmamalıdır.

¹⁴² Halletmek sözündeki *hal* karşılığı olarak çözüm denilmesi yanlış değildir. Fakat halletmek yerine çözümlenmek denilmesi çok defa rastlanan tercüme hatasından başka bir şey değildir. Çözüm kelimesi çözmek mastarından geldiğine göre, halletmek mastarını karşılamak için ikinci bir mastar yaratmağa lüzum yoktur. Anayasa’da ihtilâfları halletmek karşılığı olarak uyuşmazlıkları çözmek yerine uyuşmazlıkları çözümlenmek denilmesi (AY 158/1) bize isabetsiz olmuştur. Çözümlenmek, tahlil etmeği karşılamalıdır.

¹⁴³ *Köprülü (Fuat)*, İslâm Âme Hukukundan ayrı bir Türk Âme Hukuku yok mudur? II. Türk Tarih Kurultayı zabıtları, s. 318; *İnalçık (Halil)*: Osmanlı Hukukuna Giriş, SBF, 1958, 107.

Karar sadece veren bakımından kesin olmakla beraber, muhakemede taraflar bakımından da bir kesinliğe, bir diğer söyleyişle doğruluğunun tartışılmamasına, muhakkak doğru olduğundan değil, fakat uyuşmazlığı yarıp atmak zorunluluğu ile ihtiyaç vardır. Yargı, taraflar bakımından kesinlik ihtiyacını karşılar. Her kararın tartışılmasına imkân olmadığından, bazılarının tartışılmayacağı önceden kabul edilir. Bunlara “kesin karar” denir. Bazıları da verildiklerinde kesin değildir. Bunlar, aleyhlerinde olağan kanun yolu kabul edilen kararlardır. Fakat zorunluluklarla bunların da bir an gelip, kesinleştiği kabul olunur. Bunlara da “kesinleşmiş” karar denir. O halde “yargı” terimi hem kesin kararı hem kesinleşmiş kararı ifade eder. Bu sebeple, *kaziye-i muhakeme (chose jugée)* karşılığı olarak *kesin karar*¹⁴⁴ veya *kesin hüküm*¹⁴⁵ değil, *yargı* denilmelidir.

Yargı, muhakkak doğru karar değildir, sadece doğruluğu tartışılmayan karardır. Zaten neyin doğru, neyin yanlış olduğu da izafidir. Mütalâa niteliğinde hüküm yetmeyip karar niteliğinde hüküm gerektiğinde, çoğunluğa bakmaktan başka çare yoktur. Karar verilmesine katılan hâkimlerin azınlığı tarafından benimsendiği için dün doğru sayılmayan bir görüşün bugün çoğunluk sağlarsa doğru sayılması bunu göstermektedir (No. 22).

Görülüyor ki, *yargı* sadece yargılama makamlarının uyuşmazlığı taraflar bakımından da halleden kararlarını ifade eden bir terimdir. Yürütme ve yasama makamlarının kararlarından bahsederken, yargı denilemeyeceği gibi, yargılama makamlarının uyuşmazlığı kesin olarak çözmeyen kararları da yargı değildir. Hele, psikolojik bakımdan hüküm karşılığı yargı denilmesi hiç doğru değildir (No. 17).

26. HÜKMÜN UNSURLARI.

Mütalâa niteliğindeki hükümlerin bir *mesele*ye taallük etmesi zarurîdir. Zira, mütalâa denince, karşı-mütalâa akla gelir. Şu hâlde ortada muhtelif mütalâalara yol açabilen bir *mesele* var demektir. Karar niteliğindeki hüküm de çeşitli mütalâaları telif ettiği için, netice itibarıyla yine bir meseleyle taallük edecektir. Görülüyor ki *mesele* her çeşit hükümde bulunması gereken bir unsurdur.

İster mütalâa ister karar olsun, hükümlerde bir de sonucun bulunması zarurîdir. Hükmü, hüküm yapan, *meseleyi çözüştür*, yani bu sonuç unsurudur. Hükümlerde meselenin sonuçta gösterilen şekilde çözümlenmesinin nedenini gösteren kısım da *gerekeç*dir. Böylece, her hükümde 1) *mesele*, 2) *gerekeç*, 3) *sonuç* olmak üzere üç unsur bulunduğu görülmektedir. Hükmün mütalâa veya karar olmasına göre bu unsurların bazen farklı isimler almaları mümkündür.

27. a) MESELE.

I. Maddi ve hukuki mesele.

Muhakeme Hukukunda *mesele* teke indirilince, *müşahhas olayın normlar karşısındaki durumunun tespiti meselesi* olarak ifade edilebilir.

Bir kuyumcu dükkânına gelen bir müşterinin kıymetli bir taşı incelerken yalancısı ile değiştirdiğini tasavvur edelim. Realitenin bir parçası olan bu olaya hukuk düzeni bazı sonuçlar tertip etmiştir. Bu sonuçların meydana çıkarılmasında menfaati olan şahıslar vardır. Kuyumcu, taşının geri verilmesini, olmadığı takdirde zararının ödenmesini; Devlet, suçlunun cezalandırılmasını ister. Zararın ödettilmesi ve suçlunun cezalandırılması bu olaya terettüp eden hukukî sonuçlardır. Hukukî sonuçların yerine getirilebilmesi için, her şeyden önce, bunların meydana çıkarılmasına bir diğer söyleyiş ile olayın hukukî durumunun tespitine ihtiyaç vardır. Yakından tetkik edilirse bu meselenin bileşik olduğu ve birçok meselelerden meydana geldiği, unsur olarak gözükken her meselenin de bileşik olup başka başka meselelere ayrılabilirdiği görülür.

Muhakeme Hukukundaki hükümler, birçok soruları cevaplandıran mütalâaları veya kararları ihtiva ederler. Bu soruların taallük ettikleri meseleler çeşitlidir. Bu meseleler bir bakımdan *maddî ve hukukî*,

¹⁴⁴ Kaldı ki yargı sadece kesin olan karar değildir. Aynı zamanda yerine getirilebilen, göz önünde tutulabilen, bir kelime ile hukukî değeri olan karardır.

¹⁴⁵ Kesin hüküm terimi de isabetsizdir. Zira burada “hüküm” ile duruşmaya son veren karar kastedilmektedir. Halbuki meselâ kovuşturmanın açılmaması kararı da kesinleşince *ne bis in idem* sonucunu doğurur, yani hüküm kadar muhkem kaziyeye teşkil eder.

bir diğer bakımdan da *esas meselesi ve muhakeme meselesi* diye ayrıldığı gibi, bir üçüncü bakımından da asıl mesele ve tâli mesele diye bir ayırmaya tâbi tutulmaktadır.

Maddî mesele, geçmişte yaşanmış olayın yeniden yaşanması, zihnimizde yeniden canlandırılması meselesidir. *Hukukî mesele* ise olayın hangi hukukî tipe uyduğunun tespiti meselesidir.

Esas meselesi, hükme bağlanacak, bir diğer söyleyişle yargı ile yarılacak uyuşmazlığın kendisine taallük eden meseledir.

Muhakeme meselesi, muhakeme hukukuna ait bir muamelenin muteber olup olmaması, kanun yoluna başvurup vurulmaması gibi, münhasıran muhakeme hukukuna taallük eden meseledir.

Meseleler çok defa birbirine bağlıdır. Bunlardan biri *ana mesele* de diyebileceğimiz *asıl meseledir*. Asıl meseleye bağlı olanlar da *talî meseleleri* meydana getirir. *Talî meseleler* de çeşitli bakımlardan sınıflandırılmaktadır. İlk önce, asıl mesele ile birlikte çözümlenip çözülmemek bakımından bir ayırım yapılmakta ve önce çözülmesi gerekenlere *ön mesele* denilmektedir. Bunlardan bir kısmının başka bir yargılama makamınca çözülmesi gerekir. Bunlara *bekletici meseleler* denilir. Talî meseleler, *kanun yolu meselesi* olup olmamak bakımından da ikiye ayrılırlar. Kanun yolu meselesi olmayan talî meselelere *dar manada talî mesele* diyeceğiz. Bunlar da hâdiseler ve infaz meseleleri diye ikiye ayrılırlar. *Hâdiseler*, asıl muhakeme içinde olsa da başlı başına bir çözüm gerektiren özel ve ayrı meselelerdir. *İnfaz meseleleri* ise infazla ilgili olan talî meselelerdir. Hâdiseler meselelerinin bir kısmı, muhakeme boyunca belli zamanda ortaya konmak zorundadırlar. Bunlara *ilk meseleler* denir. Bu mahiyette olmayan hâdiseler meselelerine de *arızı meseleler* adı verilmektedir.

İlk meseleler, duruşmanın giriş bölümünde, iddianamenin kabulü kararının (CMK 191/1) veya iddianame veya iddianame yerine geçen belgenin okunmasından (CMK 191/3-b) veya sorgunun yapılmasından (CMK 191/3-d) önce halledilmesi gereken (mesela, yetkisizlik iddiası; CMK 18/1) meselelerdir. Bunlara çok defa *iptidai itirazlar* denilir. Ancak, itiraz, teknik manada, bir kanun yoludur. Burada bir kanun yolu bahis konusu değildir. İlk önce halli gereken bir meseleyi ortaya atmak, bir talî dâva açmak bahis konusu olduğu içindir ki biz bu talî dâvalara *ilk talî dâvalar*, bunların taallük ettikleri meselelere de *ilk meseleler* diyoruz.

Arızî meseleler adlı hâdiseler meseleleri ise, madde itibariyle yetki meselesi gibi, bir süreye bağlı olmaksızın çıkabilecek meselelerdir.

II. Meselenin açıklanması.

Mütalâa veya karar mahiyetindeki hükümlerde meselelerin açıklanması, bir diğer söyleyişle ortaya konması, mantikî bir zarurettir. Mülga Kanunda bu konuda fazla açıklık yoktu.¹⁴⁶ Yeni Kanun bu konuyu açıklamış ve iddianamede yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri ile birlikte yüklenen suçun işlendiği tarih, yer ve zaman diliminin gösterilmesini; yüklenen suç oluşturulan olayların mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanmasını ve şüphelinin lehine olan hususların da ileri sürülmesini mecburi hale getirmiştir (CMK 170). Buna benzer şekilde hükmün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar da ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir (CMK 230). Bununla birlikte uygulamada olayın bir özeti yapılmak suretiyle halli gereken maddî ve hukukî meseleler bir dereceye kadar açıklanmaktadır.

Hallolacak meselenin tespiti, güç bir iştir. Meseleyi tespit etmek, çok defa hemen hemen onu halletmek demektir. Zira hâkim ancak bu suretle lüzumsuz teferruatla uğraşmayacak, vaktini ve yolunu kaybetmeyecektir.¹⁴⁷

28. b) GEREKÇE.

I. Mantiki delil.

¹⁴⁶ İddianamede isnat olunan suçun neden ibaret olduğunun, suç unsurlarının ve uygulanması gereken kanun maddesinin bildirilmesi (CMK 170), meselenin açıklanması demek olmadığı gibi, hükümlerde sabit addedilen olayların gösterilmesi (CMK 230) de meselenin açıklanması demek değildir.

¹⁴⁷ *Gorphe*, 77, 78; *Postacıoğlu* da dâvanın neticesine müessir olmayacak olayların tatbikatta tahkik edilmesinin, dâvaların uzaması sebeplerinden biri olduğunu belirtmektedir (s. 502).

Gereğe¹⁴⁸, psikolojik anlamdaki hükmün yani karar ile mütalâanın üçüncü unsuru olan *sonucun* mantık yönünden dayanağıdır (No. 24-28). Bu nedenle gereğe *mantıkî delil* de denilir. Tabiattaki sebebiyet ilişkisi gibi, mantıkta da bir sebebiyet ilişkisi vardır.

Küçük ve büyük önermeler karşılaştırılınca, sonuç mantık zoru ile kendiliğinden çıkar. Bir diğer söyleyişle küçük ve büyük önermelerden başka bir sonuç çıkarılmasına mantık müsaade etmez. İster karar ister mütalâa niteliğinde olsun hükümler, mantıklı oldukları ölçüde gerekçelere dayanırlar ve gerekçeleri ölçüsünde inandırıcıdırlar.

Muhakeme hukukunda karar niteliğindeki hükümlerin büyük bir kısmı mantığa dayanır. Mantığa hiç dayanmayan, yani keyfi olan kararların muhakeme hukukunda yeri yoktur. Buna karşılık muhakeme hukuku bazı hallerde mantık kadar inanişâ da dayanan *kanaatlere* yer vermiştir. Zira serbest delil sistemine geçilince, hâkimlere serbest değerlendirme yetkisi tanınınca, mantık kadar, inanişâ da dayanan bir karar çeşidini kabul etmek zorunlu olmuştur.

Nasıl aynı anda meselâ iki milimetre aralıkla görmediği iki iğne batırıldığı zaman bir kimse iki batış duyar da bir diğeri tek sanabilirse, iki milimetre aralıkta iki batışı fark eden kimse de aralık, meselâ bir milimetreye indiğinde iki batış duymayabilirse, aynı deliller bir hâkime sübut konusunda kanaat getirtir de bir diğere getirtmeyebilir. İnanış noktası insandan insana değişir. Bu nedenle sonuca mantıkla varılmaz. Bir diğer söyleyişle kanaatlerde mantıkî bir gereğe yoktur (No. 24, 322, 328). Olsa olsa sanığın suçu işlediğinin sabit görülmesinde olduğu gibi, hâkimlerden, küçük önermede kullandıkları delilleri ve büyük önermedeki tecrübe kaidelerini gereğe olarak göstermeleri istenebilir. Ama bu göstermenin amacı, gereğe göstermenin diğer yararları bakımından olup, kanaatin isabetini denetleyebilmek değildir. Çünkü, denetlenecek hâkimin de farklı bir inanişâ varması mümkündür. Kanunun bir hususta hâkimin kanaat getirilmesini araması, farklı mahkemelerden farklı sonuçlar alınabileceğine ve bu yüzden kanaatin ispat konusunda maddî mesele açısından denetlenemeyeceğine önceden razı olması demektir. Bu yüzden ki sadece hukukî denetim için kurulmuş olan ve dolayısı ile delilleri tekrar ortaya koyan bir öğrenme muhakemesi (No. 459) yapamayan Yargıtay, hukukî bakımdan denetleyebildiği¹⁴⁹ halde, olay mahkemesinin kanaatinin maddî bakımdan gerçeğe uygun olup olmadığını denetleyemez. Esas mahkemesinin verdiği hükmün unsurları da üç tanedir: mesele, gereğe ve sonuç.

Hükümlerdeki sonuçların mantıkî delilleri olan gerekçeler, geriye (neden) veya ileriye (niçin) bakarak bulduklarına göre iki çeşittir. Birinciler sonuç açısından *neden*, ikinciler ise *niçin* sorusunun cevabını oluşturur.¹⁵⁰

¹⁴⁸ *Raison, ragione*, mantıkî sebep.

¹⁴⁹ Yargıtay'ın, meselâ hukuk normunun o kararı verirken kanaat getirilmesini arayıp aramadığı, normun doğru yorumlanıp yorumlanmadığı gibi hukukî noktalarda kanaati denetleyebileceği bizce şüphesizdir. Hatta varılan sonucun yazılı olmayan hukuka aykırı olup olmadığını, bir diğer söyleyişle haksızlık ve adaletsizlik yapıp yapılmadığını denetlemesi de bizce mümkündür. Takdir hakkının, daha doğrusu serbest değerlendirme yetkisinin, sadece hukukî denetim manasında olmak üzere isabetle kullanılıp kullanılmadığından da söz edilmesi, yanlış anlamalara yol açabileceği için sakıncalı ise de yanlış değildir. Yanlış olan, bütün bunlardan *inanişin* gerekçesini göstermek mecburiyetinin çıkarılması, gösterilince de ondan bu netice çıkmaz denilebilmesi ve gereğe göstermek mecburiyetinin mutlak olduğu kabul edilerek istisnalara imkân tanınmamasıdır (*Sabri Livanelioğlu*: Ceza Dâvasında Sanığın Kişiliği, YD 84/1 99, İçBK: 7/6/76, YKD 76/8 1197). İnanışın gerekçesi yoktur ve gerekçenin gösterilemeyeceği durumlar da vardır. Asıl önemlisi, tam serbest değerlendirme yetkisinin denetlenemez oluşudur. Kanaatler daha çok buralarda aranır. Metindeki örnekte olduğu gibi, bir hâkim bir iğne battı dediğinde, gerçekten bir iğne mi battı, yoksa o mu öyle sanıyor sorusunu çözmek imkânsızdır. Onu çözmeye hâkimi tamamı ile serbest bırakmışızdır. Eğer bu noktada hâkime güvenemiyor ve bir denetim ihtiyacını duyuyorsak öğrenme muhakemesi yapabilen "istinaf" yolunu açarız. Aynı iğneleri istinaf hâkimlerine de batırırız. Ama bundan da birinci hâkimin delili hatalı takdir ettiği sonucunu çıkaramayız. İstinafi kurmakla biz sadece, istinaf hâkimlerinin inanişini tercih etmişizdir, o kadar. İsbetli olmayan inaniş belki de onlarınkidir. Ceza Genel Kurulu 29/9/86 tarihli kararında takdiri azaltıcı sebeplerin (sadece takdiri sebeplerin demek yeterdi zira takdiri ağırlatıcı sebep yoktur) mevcut olup olmadığını, mevcutsa mahiyetini takdir yetkisinin de hâkime bıraktığını belirterek "yasaya kesin aykırılık olmadıkça bu takdire karışılmaz" demiştir (YKD. 87/3, 455).

¹⁵⁰ Meselâ cezanın ertelenmesinin *nedeni*, suçlunun geçmişteki haline, *niçini* ise geleceğine bakar. Keza suçluya ceza bir suç işlemiş olduğu nedeniyle ve bir daha suç işlememesi için verilir. Kanunlar da dün iyi işlemediği nedeniyle ve yarın daha iyi sonuçlar alınmak için değiştirilir. Neden ve niçin ayrımı üzerinde çok defa durulmamaktadır. Meselâ bizde gereğe yerine *gerekirici sebepler* anlamına *mucip sebepler* (esbab-ı mucibe) denilerek sadece neden tercih edilmiştir. Fransızlar ise amaca yönelik gereğe anlamına *motif* demekle niçin demeyi yeter görmüşlerdir. İslâm Hukuku da şer'î hükümlerin *hikmeti*, yani

II. Gerekçenin yararları ve zararları.

Gerekçenin yararları ve zararları vardır. Yararları daha çok ve daha çeşitlidir. *Gerekçenin yararları* şunlardır:

- a) Mütalâa veya kararların, bir kelime ile hükmün isabetli olarak verilmesini sağlar, hükmü verenin kendisini denetleyebilmesi bu sayede olur,
- b) Mütalâanın gerekçesi kendisini desteklediği kadar karşı mütalâayı da çürütür, böylece karar verecek olana ışık tutar,
- c) Kararın taraflarca ve kamuoyunca benimsenmesine yarar,
- ç) Kararların, varsa, denetimini kolaylaştırır,
- d) Bilimsel hukukun gelişmesine yardım eder. Zira bilim adamları, onları kabul etmeseler dahi, eleştirerek daha isabetli mütalâalara varırlar.

Gerekçelerin zararları da yok değildir:

- a) Bunların başında, göstermenin güç olduğu hallerde hâkimlerin gerekçe gösterilmesi mecburî olan işlemleri yapmaktan mümkün oldukça kaçınmaları gelir.
- b) Gerekçe göstermek zaman alacağından muhakemelerin uzamasına da yol açar.
- c) Çoğunlukla ve hele pek az oy farkı ile karar verilmesinde olduğu gibi, gerekçe göstermenin taraflar ve kamuoyu bakımından kararların saygınlığını zedelediği vardır.¹⁵¹

III. Türk Hukuku.

Yazılı hukukumuzdaki durumu şöyle belirtebiliriz:

1) Anayasaya göre “bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır” (AY 141/3).¹⁵² Ceza Muhakemesi Kanunumuzda¹⁵³ şöyle denilmektedir: “*Hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır. Gerekçenin yazımında 230 uncu madde göz önünde bulundurulur. Kararların örneklerinde karşı oylar da gösterilir*” (CMK 34). Aynı kurala ilk defa 1961 Anayasasında rastlamıştık (Any 61, 135/3).

2) Mütalâa niteliğindeki her hükümde gerekçe gösterilmesi çok yararlı olduğu halde, kanun bunu kaide olarak mecburî saymamış, sadece belli mütalâalarda istisna olarak belli hususların gösterilmesini istemiştir. Meselâ iddianamede “deliller” gösterilecek (CMK 170/3-j), fakat bu delillerin olay içinde ifade ettiği anlam da açıklanacak, yani gerekçelendirilmemekle birlikte, izah edilecektir (CMK 170/4).

3) Anayasada ve Kanunumuzda bütün kararların gerekçeli olarak yazılmasının mecburî tutulması, sadece genel normun, yani kaidenin bu yolda olduğunu gösterir. Gerektiğinde istisna kabulüne engel

amacı, bir diğer söyleyişle, *niçini* üzerinde durmuştur. Bizde bugün nedeni ve niçini farklı bir ad altında gerekçe diye gösterişimiz bu yönden çok isabeti olmuştur.

¹⁵¹ *Conseil de l'Europe*: Sentencing. Strasbourg 1974, s. 31. Kesin karar veren yüksek yargılama makamlarında meselâ Anayasa Mahkemesinde bir kanunun bir oy farkla iptal edildiğini veya edilmediğini veya *Yüce Divanın* mahkûmiyet kararını cüz’î bir çoğunlukla verdiği sanıkların veya kamuoyunun bilmesinden ne kazandığımız ve ne kaybettiğimiz gerçekten üzerinde durulacak bir noktadır.

¹⁵² Daha önceki basılarda gerekçe göstermek konusunun Anayasa ile düzenlenmesini isabetsiz bulmuştuk. 8’inci basıdan beri aynı görüşte olmakla beraber, bir çıkış yolu bulduğumuzu sanıyoruz: Anayasadaki kaidedir. Bu kaideye kanunla veya içtihatla istisnalar getirilmesi imkânsız değildir. Anayasa’da mutlak geçerli kural olup olmadığı, Almanya’da da tartışılmış ve hukukta mutlak, istisnasız norm bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Örneğin insan öldürme yasağı böyledir; meşru savunma hali saklı tutulmuştur. İnsan onuru kavramı da mutlak olmayıp, insan hakkı ihlali olup olmadığı somut olaya bakıldığında söylenebilir: bir insan onurunun, başka bir insanın onuruyla çatışmaması gerekir (*Rüthers/Fischer/Birk*; Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre, 12. Auf., München, 2022. sh. 79).

¹⁵³ Her ne kadar Anayasada mahkeme denilmişe de (AY 141), Anayasa yargılama makamlarını, hâkimlik ve mahkeme diye ayırmadığından, mahkemelerin kararları derken hâkimlik makamı kararlarını ayırmış olamaz.

değildir. Zira her kaidenin gerekirse istisnası kabul edilebilir.¹⁵⁴ Benzer bir durum, *arama hukuku* için de geçerlidir. Bu istisnaları Anayasa elbet bir bir gösteremezdi. Kanunumuz göstermiştir. Bu istisnaların içtihatla da kabulü mümkündür. Bu istisnaları Anayasaya aykırı bulmamak gerekir, zira aykırılık başka şey, istisna oluş başka şeydir.¹⁵⁵ Aynı nedenlerle istisnanın istisnası da elbet olabilecektir.

IV. Sistemler.

1) Sözleşmenin 6. maddesinde gerekçeli karar hakkından açıkça bahsedilmemekte ise de gerekçeli karar hakkı “adillik” koşulu altında değerlendirilir. Avrupa İnsan hakları Mahkemesinin içtihatlarında, Sözleşmenin 6. maddesinin mahkemelerin hüküm verirken gerekçe göstermelerini zorunlu kıldığı, ancak her tartışmaya detaylı biçimde cevap verilmesi gerekmediği vurgulanmaktadır.¹⁵⁶ Ulusal mahkeme kararlarının taraflarca ileri sürülen iddia ve savunmalara yeteri kadar gerekçe sunması gerekir (*Van de Hurk-Hollanda*, § 59, 61, *Perez-Fransa* § 80). Sözleşmenin amacı, teorik ve varmış gibi görünen hakları değil, uygulamaya dönük ve etkili olacak hakları güvence altına almaktır (*Artico-İtalya*, § 33). Bu hak, iddia ve savunmalar gerçekten “dinleniyorsa” yani mahkeme tarafından usulüne uygun olarak değerlendiriliyorsa etkili olabilir. 6. maddenin görevi, *ulusal mahkemenin taraflarca ileri sürülen görüş, iddia ve delilleri düzgün bir şekilde incelemesini* sağlamaktır. Gerekçeli karar, bireyi keyfilikten korur ve taraflara davalarının doğru bir şekilde görülmüş olduğunu gösterir, kararın daha geniş bir şekilde kabul görmesine katkıda bulunur (*Magnin-Fransa* § 29).

Kararın gerekçesinin kapsamı her somut davanın kendine özgü koşulları kapsamında değerlendirilir ve bu kapsam ilgilinin mahkeme önünde verebileceği beyanların çeşitliliği ve Sözleşmeciler Devletlerin mevzuatı, teamülleri, kararlarını hazırlama şekilleri ile sunumları arasındaki farklılıklar dikkate alınarak belirlenir. Gerekçe gösterme yükününün kapsamı, kararın niteliğine göre farklıdır (*Ruiz Torija-İspanya*, § 29).

Ancak, bir tarafın ileri sürdüğü görüşün davanın sonucunu belirleme açısından önemli olduğu durumlarda, gerekçenin bu görüşe kesin ve açık bir cevap vermesi gerekir (*Ruiz Torija-İspanya*, § 30; *Hiro Balani-İspanya*, § 28). Ulusal mahkemelerin tarafların başlıca iddialarını değerlendirmesi ve bir sonuca bağlaması gerekir (*Buzescu-Romanya*, § 67; *Donadze-Gürcistan*, § 35). Ancak, davanın sonucunu etkilemeyen bir iddiaya esas mahkemesinin cevap vermediği hallerde gerekçeli karar hakkının ihlali söz konusu olmaz (*Mugoša-Karadağ*, § 63).

Esas mahkemeleri ile kanun yolu mahkemelerinin gerekçe gösterme yükümlülüğü arasında fark yaratılmıştır. Esas mahkemesinin yazdığı gerekçenin tarafların kanun yolu hakkını etkili bir şekilde kullanmalarını sağlayacak kapsamda olması gerekir (*Hirvisaari-Finlandiya* § 30). İlk aşamadaki gerekçe eksikliği, daha sonraki bir aşamada tamamlanırsa, örneğin ilk derece mahkemesinin verdiği hüküm gerekçesiz iken istinaf mahkemesi kararını gerekçeli olarak yazmışsa, ilk derecedeki hata giderilmiş olur ve hukuka uygunluk sağlanabilir (*Monnell ve Morris-Birleşik Krallık*, §§ 55-70).¹⁵⁷

¹⁵⁴ Genel olan kuralı bir kelime ile kaideyi özel durumlara uyguladığımızda bazen haklı görülemeyecek bir sonuçla karşılaşırız. O zaman haksızlığa meydan vermemek için o özel durumun dar alanı ölçüsünde olmak üzere kaideden ayrılmak, yani istisna kabul etmek zorunda kalırız. Kaide-istisna ilişkisini genel-özel olarak göstermek de mümkündür.

¹⁵⁵ Hukukun temel bir prensibine göre, istisnalar kaideleri ortadan kaldırmaz, sadece bir noktada uygulanmaz hale getirir. Bunun anlamı, geri kalan bütün noktalarda kaidenin desteklenmesidir. Kaideyi ortadan kaldıran, yok eden istisna değil, ona aykırı olan bir diğer kaide yani genel norm kabul edilmesidir. Anayasadaki kaidenin aksine bir kaide kabulü halinde Anayasaya aykırılıktan söz edilebilir. Kanunların yürürlükten kaldırılışında da bu esas uygulanmaktadır. İstisna ise özeldir ve genel norma aykırı sayılmaz. Mülga Ceza Muhakemesi Kanununu Anayasaya uygun hale getirmek için sadece 32 inci maddesinin değiştirilmiş ve özel kurallara dokunulmamış olmasını da böyle yorumlayabiliriz.

¹⁵⁶ *Van de Hurk-Hollanda* Kararı. Gerekçelendirme yükününün kapsamının uygulanması kararın yapısına göre değişiklik gösterebilir. Üstelik başvuran tarafın mahkemeye sunduğu iddiaların çeşitliliği, taraf devletlerin kanuni hükümlere, teamül kurallarına, hukuki görüşlere ilişkin gösterdikleri farklılıklar, hükmün ibrazı ve kaleme alınması gibi hususların da dikkate alınması gerekir. Sözleşmenin 6'ncı maddesinden doğan gerekçe belirtme yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin, ancak davanın şartları ışığında belirlenebilmesinin nedeni budur (*Hiro Balani v. İspanya* Kararı, *Yenisey, Altunç, Özetel: AIHM Karar Özetleri Dönmezer-Yenisey*, Hâkimlerin yarattığı Hukuk, 97. Hükmün gerekçesi ile ilgili İHAM kararları, *De Moor v. Belçika* (1994); *Hadjianastassicu v. Yunanistan* (1992); *Helle v. Finlandiya* (1997); *Ruiz Torija v İspanya* (1994); *Saric v. Danimarka* (1999)).

¹⁵⁷ Yargıtay da bir başvuruyu reddederken gerekçe göstermek zorundadır ama, ilke olarak alt derece mahkemesinin kararında belirtilen gerekçeleri doğrulamakla yetinebilir (*Emel Boyraz-Türkiye*, 61960/08, 2/12/2014, kararı, § 74). Kanun yolu

2) Genel norm konusunda iki sistem düşünülebilir:

a) Ya gerekçe göstermenin yararının genel olarak ağır bastığı kabul edilir. O halde gösterme mecburiyeti kaide olur, göstermeme istisnayı teşkil eder ve özel düzenlemelere bırakılır.

b) Yahut “zararlı tarafı genel olarak daha fazla” denilerek, göstermeme kaide, gösterme ise istisna olur. Almanya’da bugün de uygulanan sistem bu ikincisidir. Kaide kanunda açıkça gösterilmemiştir ama, istisnaların kanunda bir belirlenmesi, bunu dolaylı olarak düzenlemektedir (No. 137 II). Bu istisnalar da bazı durumlarda aşırı görüldüğünden Almanlar içtihat yolu ile istisnanın istisnasını kabul etmek zorunda kalmışlardır.¹⁵⁸

Bizde de Kanun Almanya’daki gibi ikinci sistemi benimsemiştir.¹⁵⁹ 1973’ten sonra birinci sisteme geçildi.¹⁶⁰ 1982 Anayasası da (AY 141/3), 1961 Anayasası gibi birinci sistemi kabul etti. Artık kaide, gerekçe göstermektir. Kanunların değişmemiş diğer maddelerindeki özel düzenlemeler, farklı oldukları ölçüde, istisnaları oluşturur. Aynı şekilde, özel durumlar gerekçe göstermemeği gerektiriyorsa, yeni özel normlarla istisnalar elbet kabul edilebilecektir.

Meselâ cezaların ertelenmesi isteğinin reddi kararında durum böyledir, zira kanun sadece cezaların ertelenmesi halinde sebebin gösterilmesini aramakla (TCK 51/1; Mülga CİK 6/1), ret kararında aramadığını belirtmiştir. Onda da arasaydı, elbet onu da gösterirdi (neyleyeyim ki 7/6/76 tarihli İçtihatı Birleştirme Kararı; YKD 76/8, 1197, bunun aksini kabul etmişti). Delillerin ortaya konmasının kabulü kararı (CMK 206/1) da böyledir: Kanun ortaya koyma talebinin reddi sebeplerini tek tek yazmış (CMK 206/2) ve *reddedilen delillerin belirtilmesini*, ikamesi reddedilen, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin de ayrıca ve açıkça gösterilmesini emretmiştir (CMK 230/1/b). Demek ki, mahkeme duruşmada ortaya konması istenen bir delili, istem doğrultusunda, CMK 206/1 uyarınca *ortaya konulmasına* karar verirse, bu kararının gerekçesini ayrıca yazmasına lüzum yoktur.

Mecburiliğin kanunda genel olarak kabul edilmesi, özel hallerde kaidenin daha ayrıntılı biçimde ele alınmasını elbet engellemez. *Hükümün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar* kenar başlıklı 230 uncu maddemiz bunun güzel bir örneğidir.

V. Gerekçe gösterme konusundaki kaide ve istisnaları şöyle olmalıdır.

Bu konuda bizce şu yol tutulmalıdır: Yararı, zararından çok olduğundan, gerekçe göstermek, Kanunumuzda olduğu gibi, kaide olmalıdır. Kaidenin kanunlarda açıklanması mümkün olduğu gibi, açıklanmaması da mümkündür. Asıl önemli olan istisnaların açıklanmasıdır.

mahkemesinin ayrıntılı gerekçe yamamasının diğer bir örneği, başarı şansı olmayan başvuruların, olaya özgü ayrıntılı bir gerekçe sunmaksızın, sadece kanun maddesini tekrar ederek reddetmesi durumunda, yeterli gerekçe sunma zorunluluğuna uyulduğu kabul edilmiştir (*Sale-Fransa*, § 17). Ancak, bu kabulün geçerli olabilmesi için ilk derece mahkemesinin gerekçelerinin doyurucu olması gerekir. Buna karşılık belirli durumlarda kanun yolu mahkemelerinin de detaylı gerekçe gösterme mecburiyeti vardır (*Yanakiev-Bulgaristan*, § 72; *Gheorghe-Romanya*, § 50, 15). Mahkeme, belirli gerekçeler verme şartının temyiz aşamasında ne kadar uygulanması gerektiğine karar verirken niteliği ve yargılamaların geneli açısından önemi; temyiz mahkemesinin yetkilerinin kapsamı ve başvuranın menfaatlerinin sunulduğu ve mahkeme önünde savunulduğu şekil gibi unsurlara önem vermektedir (*Hansen-Norveç* § 73; *Ekbatai-İsveç*, § 27, ve *Monnell ve Morris-Birleşik Krallık*, § 56). Mahkeme kararları, tarafların olgu veya hukuka ilişkin olarak ileri sürülen görüşlere esas itibarıyla yeterli cevaplar verecek kadar kapsamlı olmalıdır. Amaç, taraflara davalarının adil ve dürüst bir şekilde görülmüş olduğunu göstermek ve halkın yargı kararlarına güvenini sağlamaktır (*Magnin-Fransa*, § 29).

¹⁵⁸ Meselâ Almanlar, kanun istisna olarak bir isteğin reddi hususundaki kararın gerekçeli olmasını aramışken, istisnanın da istisnasını içtihat yolu ile kabul etmişler, hâkimin serbest takdirine bırakılmışsa gerekçe gerekmez demişlerdir (*Schwarz*, 82).

¹⁵⁹ Bu kaide açıkça belirtilmiş değildi ama gösterme istisnalarının tek tek belirtilmesinden göstermemenin kaide olduğu anlaşılıyordu. İlâve edelim ki, bu arada bir isteği reddeden kararın gerekçeli olması kuralı, doğrusu, bize hiç ters görünmemiştir. Bunun da istisnaya ihtiyacı olduğunu gerekçe konusundaki incelemelerimiz bize gösterdi. Gerçekten sanık meselâ aşağı haddeki cezanın verilmesini istese, sırf bu yüzden gerekçe göstermek mi gerekecek? Yani hâkimin temel cezayı aşağı ve yukarı hadler arasında tam bir serbestlik içinde seçme yetkisi nitelik mi değiştirecek? Elbet bunu kabule imkân yoktur.

¹⁶⁰ 1961 Anayasasının gerekçe mecburiyeti getirmesi (AY “61” 135/3) kaideyi mahkeme kararları bakımından değiştirmişti. Ancak o zamanlar kaide istisna ayrımı üzerinde durulmadığından, kanun da gerçekçe gösterme mecburiyetlerini göstermediğinden, 1961 Anayasasının mevcut durumu desteklediği düşünülerek kanunda bir değişiklik yapılmadı. Ancak 1973’te kanundaki genel kuralın gerekçe göstermemek olduğu anlaşılmalı ki, 32 nci madde Anayasaya uygun hale getirilmek üzere değiştirildi ve mecburiyet hâkimlik kararları bakımından da kabul edilerek kaide haline getirildi.

Gerekçe göstermek kaide olunca, kaidenin uygulandığı belli bir özel durumda haklı görülemeyecek bir sonuçla karşılaşıldığında, bu özel durum bakımından bir istisna kabul edilebileceği bizce şüphesizdir (7/6/76 tarihli İçtihat Birleştirme Kararı burada da aksi tezi benimsemiştir). Bizce asıl sorun, istisnaların ne zaman haklı görülebileceğidir ki bu da bir imkân ve ölçü sorunudur. Bizce istisnalar şu esaslar göz önünde tutularak belirlenmelidir:

1) Kanunların özel düzenlemelerindeki istisnalar Anayasaya aykırı değildir.

2) Her kararın, tek uyuşmazlığı çöze de birden fazla noktaları bulunabilir. İstisna gerekip gerekmediği, her noktaya göre ayrı ayrı çözülecek bir sorundur.

3) Kanaatlerin mantıklı gerekçesi yoktur. Olmayan şey gösterilemez.

4) Kanaat getirtmede rol oynayan delillerin ve tecrübe kaidelerinin gösterilmesi, ancak kararın keyfi olmadığını göstermek, taraflarca ve kamuoyunca benimsenmesini sağlamak ve meselâ delillerin duruşmada ortaya konmuş olup olmadıkları gibi¹⁶¹ hukukî bir noktada denetimi mümkün kılmak için, bir engel yoksa, istenebilir.

5) Maddî bakımdan imkânsız olduğu hallerde gerekçe gösterilmesi aranamaz. Meselâ kuruluşu gereği jüriler kararlarının gerekçelerini gösteremezler. Gösterebilecek hâkimin de pek çok sayıda seçenek verildiği ve bunlardan birini seçmesinin istendiği hallerde gerekçe göstermesi imkânsızdır.¹⁶² Bu hallerde zaten çok defa kanun koyucu olay hâkimini tamamen serbest bırakmak istemektedir. Meselâ kanunî sebeplerle arttırma ve indirme sonunda tayin ettiği cezayı dahi ağır bulduğunda, onu suçlunun kişiliğine uydurabilmesi için hâkime tanınmış olan *takdiri indirim nedenleri* ile cezayı daha da indirme yetkisinin (TCK 62) tanınmış olmasının temelinde bu tam serbestlik yatmaktadır.¹⁶³ Hele indirme sabit olmayıp aşağı ve yukarı sınırlar arasında belirlenmişse, gerekçe göstermek maddî bakımdan da imkânsız hale gelir.

6) Gerekçe göstermenin imkânsız denecek kadar güç olması halinde de gerekçe göstermekten vazgeçmek gerekir. Ceza Genel Kurulunun da benimsediği bir uymama kararı bunun pek güzel bir örneğini vermektedir: *Kaldı ki sanığın kişiliğindeki olumsuz yönlerin açıklanması öyle pek kolay bir şey değildir. Çünkü burada mevzubahis olan, sanığın keskin ve sivri bir hareketi olmayıp, her biri tek başına bir anlam ifade etmez gibi gözükken veya ayrıntı sayılabilecek davranışlar bulunduğu için bunların akılda kalması ve netice olarak karar yerinde belirtilmesi hemen hemen imkânsızdır.*¹⁶⁴

7) Gerekçe göstermenin zararları yararlarından daha çok olacaksa, haksız ve yersiz sonuçlara meydan vermemek için de gerekçe göstermek kaidesine bir istisna getirilmelidir. Meselâ, cezanın ertelenmesi isteği ret olduğunda hâkimi gerekçe göstermeğe mecbur tutmak “o kişinin geçmişteki hal

¹⁶¹ Yargıtay, gerekçe olarak “suçun işleniş şekli, yasaya aykırılık derecesi” denilmesini (8. CD 10/1/78 YKD 78/4 656) veya *ilçe sınırları içinde tesirli olmaktan söz edilmesini* (CGK 20/9/76 YKD 77/11 1616) suçlunun kişiliği ile ilgili değil diye kanuna aykırı bulmuştur. Bu denetimde aşırı gidildiği de vardır. Sanığın suçunu inkâr etmesini ve duruşmadaki davranış ve tutumunu yetersiz bulan ve geçmişinden ve geleceğinden de gerekçe gösterilmesini arayan kararlar çoktur. Bir örnek verelim: CGK 2/5/83 YKD 83/10 1526.

¹⁶² Meselâ kanun 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası verilir dediğinde, her yıl 365 gün hesabı ile 4 yıldaki 1460 gün kadar seçenek var demektir. Hâkim, 365 ile 1825 gün arasındaki bütün cezaları verebilir. Bunların her birinin ayrı bir gerekçesini göstermek mümkün değildir.

¹⁶³ Aşağı ve yukarı hadler arasında ceza seçerken yani aşağı haddin üstüne çıkarken mahkemenin gerekçe göstermesini mecburî kılan kararlara çok rastlanmaktadır: (örneğin 10. CD, 1.4.2003, E. 2002/30682, K. 2003/5349: *cezanın maddede yazılı alt sınırın üzerinde belirlenmesi halinde gösterilen gerekçenin sanığın kişiliği suçun işleniş yer ve biçim, işlenişindeki özellikleri ile zarar ya da tehlikelerin ağırlığı, kastın veya taksirin yoğunluğu ilgili bilgi ve belgelerin değerlendirildiğini gösterir şekilde yasal ve yeterli olması gerekir.*) Bir kere, burada *takdiri ağırlatıcı sebep* yoktur ki bu sebebin gerekçesi aransın. Bir an için olduğunu farz etsek bile, böyle bir mecburiyetin kabulü, yarardan çok, zarar getirecektir. 1961’de yayımlanan ilk basımdaki şu not bugün de güncelliğini kaybetmemiştir: *Tatbikatta çok defa mecburiyet kabul olunmaktadır. Meselâ iki had arasında ceza tâyinine hâkimi sevk eden sebeplerin gösterilmemesini bozma sebebi sayan Yargıtay kararları saymayanlardan çoktur. Sebep gösterilse dahi Yargıtay karışmaktadır. Bunun içindir ki tatbikatta aşağı haddin yukarı ceza tâyin edildiği yok gibidir. Kanunlardaki cezaların az görülerek arttırılmasının sebebi çok defa sadece aşağı haddin hükümlenmesi ve bunun da az görülmesidir. Mahkemeler yukarı hadlere serbestçe çıkabilse, cezalar az görülmeyecek ve hakikaten az cezaya lâyük olanlara da arttırma dolayısı ile fazla ceza verilmesine lüzum kalmayacaktır.*

¹⁶⁴ CGK 14/5/84 İKİD 84/7 2695.

ve ahlâki durumunu herkesin gözü önüne yayıp serme ve dolayısı ile haysiyeti kırıcı ve cezalandırmadaki amacı aşan bir sonuç doğurur”.¹⁶⁵

VI. Gerekçede bulunması gereken noktalar.

Gerekçe göstermek başka şey, gerekçede nelerin bulunacağı yine başka şeydir.¹⁶⁶ Anayasa ve Kanun kararlar gerekçeli olarak yazılır dediğine göre, gerekçeli olarak yazılmış sayılmak için kararda neler bulunmalıdır? sorusunu cevaplandırmamız¹⁶⁷ gerekmektedir. Kanunumuzda bunu açıklayan genel bir norm yoktur. Sadece bazı hallerde meselâ hüküm gerekçesinde nelerin bulunacağı (CMK 230) bir bir gösterilmiştir.¹⁶⁸

Bu haller özel durumlardır. Demek ki bunlar dışında kalan hallerde gerekçede neler bulunması gerektiğini genel prensiplerden ve gerekçe konusundaki bilgilerimizden çıkarmalıyız:

1) *Maddî* denilen sübuta ilişkin meselelerin çözülmesinde küçük önerme olarak kullanılan deliller ve onların değerlendirilmesinde kullanılan tecrübe kaideleri ile olay göstermelidir ki bunlar karşılaştırıldığında varılan sonucun doğru, yani mantıkî olduğu anlaşılabilir. Ancak bu konuda, mahkemenin dayandığı sözlü delillerin, tutanağa ne kadar geçirilmiş olursa olsunlar dosyada bulunmadığı kabul edildiğinden, sözü geçen karşılaştırmaya imkân veremeyecekleri unutulmamalıdır.

2) Hukukî meselelerde ilgili hukuk normlarının gösterilmesi, meselâ falan kanunun, filân maddesi denilmesi elbet yetmez. Suçların tipleri olduğu gibi muhakeme işlemlerinin de tipleri vardır ve bu tiplerdeki unsurların, bir diğer söyleyişle o işlemin yapılması için aranan şartların bir bir sayılması da yetmez. O şartların o olayda gerçekleştiklerinin gerekçeleri de gösterilmelidir.

3) Gerekçe göstermenin istisnaları söz konusu olduğunda, keyfi olmadıklarının belirtilmesi için “takkiren” denilmesi yetmeli, yani karar gerekçesiz sayılmamalıdır.¹⁶⁹ Aksi tezi benimsemiş olan 7/6/76

¹⁶⁵ CGK 21/12/64, 10/5/65, 27/10/75, 9/2/76 (Bu kararlar, hemen hemen yerleşmiş olan bu görüşün tam tersini kabul eden 7/6/76 tarihli İçtihadî Birleştirme Kararında açıklanmıştır).

¹⁶⁶ Nitekim İsviçre’de gerekçe göstermek mecburiyeti çeşitli biçimde uygulanmaktadır. Bazı kantonlarda mahkemece sabit görülen eylemlerin gösterilmesi yetmektedir. Bazılarında ise hangi delillere veya hangi sebeplere dayanılarak sabit görüldüğünün bildirilmesi istenmektedir. Fakat vicdanî kanaatin nasıl olduğunu izah için bütün delillerin bir bir tartışılmasını isteyen yoktur (*Clerc*, n. 135).

¹⁶⁷ Mahkeme kararının gerekçesinin, herkesi inandıracak, Yargıtay denetimine imkân verecek bir şekilde olması gerekir. Yargıtay’ın özellikle *tutarlılık* denetimi yapması ve bu açılardan gerekçelerde disiplin işlemini yerine getirmesi için, kararın dayandığı tüm verilerin, bu veriler konusunda mahkemenin ulaştığı sonuçların, iddia, müdafaa ve tanık beyanlarına ilişkin değerlendirmelerin gerekçeye yansıtılması gerekir. Bu unsurlar yoksa, Anayasa 141, CMUK 32, 260 ve 308/7 maddelere aykırılık mevcuttur (4. CD. 30.9.1998, E. 98/7721, K. 98/8453, YKD Ocak 1999, 116). Gerekçe; hükmün dayanaklarının akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun açıklamasıdır. Gerekçenin dosyadaki bilgi ve belgelerin yerinde değerlendirildiğini gösterir biçimde; geçerli, yeterli ve yasal olması aranmalıdır. Yasal, yeterli ve geçerli bir gerekçeye dayanılmadan karar verilmesi yasa koyucunun amacına uygun düşmeyeceği gibi uygulamada da keyfiliğe yol açar. Keyfiliği önlemek, tarafları tatmin etmek, denetimde kolaylık sağlamak için hükmün gerekçeli olması gerekir. Bir hüküm sorun, gerekçe ve sonuç kısımlarından oluşmalı, gerekçede, suçun yasal unsurları başta olmak üzere sabit ve muhakkak sayılan olaylar ve eğer kanıt başka olaylardan çıkarılmışsa bunlar gösterilmeli, cezanın kaldırılmasını, artırılmasını, indirilmesini gerektiren hususların neden sabit sayılıp, sayılmadığı açıklanmalı, hangi kanıtlara neden itibar edildiği, hangilerinin ne sebeple geçersiz sayıldığı vurgulanmalıdır (CGK 4/11/2003, E. 2003/8-239, K. 2003/259; zikreden: Çınar (Ali Rıza): Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2003 yılında Verdiği Önemli kararların Açıklaması, *Dönmezer-Yenisey*, Hâkimlerin Yarattığı Hukuk, 51).

¹⁶⁸ CGK 11.10.2005, K. 86/113): Esas mahkemesi Yargıtay’ın bozma kararına karşı direnirse, bunun gerekçesini açıklamak mecburiyetindedir (Any 141, CMK 34). Yasal, yeterli ve geçerli bir gerekçeye dayanılmadan karar verilmesi keyfiliğe yol açar. Bozma ile ilk hüküm tamamen ortadan kalkacağından esas mahkemesinin direnme kararı verirken, yani yeniden hüküm kurarken gerekçesini göstermek mecburiyeti vardır. Direnme kararında, direnme nedenlerinin gösterilmemesi, bozma kararına niçin uyulmadığının denetlenebilir bir şekilde açıklanmaması kanuna aykırıdır.

¹⁶⁹ İçBK: 7/6/76 YKD 76/8 1197. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun hemen hemen yerleşmiş içtihadını değiştiren bu yeni içtihadı ile, “erteleme isteğinin reddedilmesi halinde takdiren denilmesinin kabul edilmemesine şu gerekçelerle karar vermiştir: 1) Anayasa ve kanun gerekçe mecburiyetini kabul etmiştir, 2) Sanığın kişiliği ile ilgili belge ve bilgilerin isabetle takdir edildiğini gösterir biçimde gerekçe gösterilmelidir. Bu gerekçeler ve sonuç metinde gösterdiğimiz nedenlerle bizce isabetli değildir. Diğer taraftan Genel Kurulun “sadece işin esasına ait olduğu ve özellikleri gerekçe gösterilmesine yer bırakmayan kararların dışında kalan kararlar için kabul edildiği” yolundaki tezi de çürütülmüş değildir. Sonuç da, kişiliğin açıklanmasının fahiş zararları göz önünde tutulmayarak haksızlığa yol açtığından isabetsizdir. Bu kararın hatası, İçBK’nın bağlayıcılığındaki isabetsizlik ile ağırlaşmaktadır. Halbuki Ceza Genel Kurulu, on seneden beri ve en son 9/2/76 tarihinde takdiren sözünün gereğinde gerekçe sayılacağına karar vermişti. Bir ceza dairesi ile Ceza Genel Kurulu arasındaki uyumsuzlukta hukuk daireleri

tarihli İçtihat Birleştirme Kararının gerekçesinin genel olması, belli bir noktaya ilişkin olan bu karara genel nitelik vermez, vermemelidir de.¹⁷⁰ Aksi takdirde hem pratik güçlüklerle karşılaşılır hem de tam serbest yetkiden Türkiye’de söz edilemez olur.

4) Gerekçe göstermenin istisnaları söz konusu olduğunda, kanundaki şartlar gerekçede başka kelimelerle de ifade edilebilmelidir.¹⁷¹

5) Gösterilen gerekçeler çelişik¹⁷² veya eksik olmamalıdır.

VII. Tutuklama kararının gerekçesi.

Tutuklama kararının gerekçesinin *mutlaka* gösterilmesi gerektiği halde (CMK 101/1, 2) uygulamada tutuklama kararı veren hâkimlerin bundan özellikle kaçındıkları görülmektedir. Kaçınma gerekçesi olarak ileri sürülen ‘*ihsas-ı rey*’ görüşü tatmin edici değildir (No. 366/III).

29. c) KARARIN SONUÇ KISMI.

Mütalâalar veya kararlar, kendilerini sonuç kısmında gösterirler. Sonuç ile gerekçe arasında mantıkî zorunluluk bulunması gerektiğinden, sonucun mantıkî olması, hükmün de mantıkî olması demektir. Mantık kurallarına aykırı hareket edilmesi keyfilik olur.¹⁷³ Sonuçların düzenlenmesi mütalâa ve kararlarda bazen farklı şekilde olur:

A- Mütalâalarda sonuç ilk iki önermenin mantıkî ve zorunlu bir sonucudur. Bunun içindir ki sonuçların gerekçelerden ayrı bir varlığı yoktur. Diğer taraftan farklı mütalâalar ileride bir tek kararda birleşeceklerinden, sonuçlar birleşme imkânını daima muhafaza edebilmeli, değişmez olmamalıdır. Bazı hükümlerin mütalâa niteliğinde kabul edilmesinin sebebi budur.¹⁷⁴

Bağlama konusunda taraflar bakımından pek mesele yoktur. Bir tarafın sonuçları ve dolayısı ile mütalâaları karşı tarafı bağlamadığı gibi kendisini de bağlamaz. Duruşmada beraat isteyen savcının, beraat hükmünü temyiz edebilmesi, kanun yoluna müracaatın geri alınabilmesi, başsavcılığın ve savcılığın iddialarının farklı olabilmesi hep bu esasın neticeleridir.

üyelerini hakem yapmanın isabetsizliği bizi gerilere götüren bu kararlar bir kere daha sabit olmuştur. Bu karar değişinceye kadar sadece erteleme isteklerinin reddinde uygulanmalı ve sakıncası böylece sınırlandırılmalıdır. Erteleme kararının gerekçesi konusundaki İçBK’nın başka kararlara meselâ hapsin çevrilmemesi kararına (CGK 4/10/76 YKD 77, 992) uygulanması, durumu büsbütün ağırlaştırmaktadır. Bereket, Ceza Genel Kurulu kanundaki formülün tekrarlanmasını ve “sanığın ileride suç işlemeyeceği kanaatine varılmadı” denilmesini gerekçe gösterme saymakla hatalı içtihadı birleştirme kararını tesirsiz hale getirmektedir (CGK 11/10/76 YKD 78, 95; 2/6/80 YKD 80, 1543).

¹⁷⁰ Verildiğine üzülerak rastlıyoruz. Mahkemenin oluştaki ağırlık gerekçesi ile aşağı haddenden yukarıda ceza vermesini, dosyaya uymuyor diye kabul etmeyen karar (1. CD 18/1/77 YKD 77, 858) ve benzerleri karşısında, hâkimler yine eskisi gibi, sadece aşağı haddi verirlerse şaşmamak gerekir. Buna karşılık, mülga TCK 59 uygulamamanın gerekçesi olan takdire karışılmadığı (CGK 31/1/77 YKD 78, 1357) ve paraya çevirmede şartın kanundaki ifadesinin tekrarlanmasının yeter sayıldığı (CGK 27/12/76 YKD 79, 113) da vardır. Ceza Genel Kurulunun yeni bir kararında (17/10/88, YKD 89/3/407) “aşağı haddenden yukarı çıkılırken ya gerekçe gösterilmeli ya da takdire dayandığı belirtilmelidir” demesini, takdire demek sanki gerekçe göstermek değilmiş gibi bir ifade kullanılması dışında, isabetli buluyor ve seviniyoruz.

¹⁷¹ Meselâ cezayı ertelemede, suç işlemekten çekinme sebebi olacağına kanaat getirmediğim yerine fayda görmüyorum denilebilir (CGK 15/3/68 İKİD 68, 6341).

¹⁷² CGK 15.3.2005, K. 13/26 (ŞAGYÖE 2008, 815): Gerekçe, hükmün dayanaklarının akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun açıklamasıdır. Yasal, yeterli ve geçerli bir gerekçeye dayanılmadan karar verilmesi keyfilığe yol açar. Hükmün gerekçeyi içermemesi kanuna mutlak muhalefet oluşturur (CMUK 308/7). Zamanaşımı: İcra Ceza Mahkemesince de İİK 336/a maddedeki yaptırımın tür ve miktarına göre, dava zaman aşımı süresinin dolduğu nazara alınmadan cezalandırma kararı verilmesi bozma kararı verilmesine neden olmuştur. Özel daire ilamında hem her iki mahkeme kararının da bozulduğu ve dava zamanaşımı süresinin dolduğu belirtilmiş, hem de cezanın çektirilmesine karar verilmiştir. Bu çelişki yaratmıştır. Çelişkili gerekçenin denetime olanak tanımadığı yasal ve yeterli bir gerekçe niteliğine ulaşmadığı açıktır: Çelişkili gerekçe denetime olanak tanımadığı için, gerekçe sayılmaz.

¹⁷³ Hükümlerdeki sonuç (*conclusion*) ile tabiattaki sonuç (*effet, conséquence, evento*) farklı kavramlardır. Dilimizde de ayrı terimlerle belirtilmesi uygun olacaktır. İkisinin de ortak noktası, birincisinin mantıkî, ikincisinin maddî sebebiyet ilişkisinin son halkasını oluşturmalarıdır. Bu nitelikte olmayan bir durumu, meselâ sadece zaman bakımından sonralığı ifade için neticeden, şimdi de Türkçesi olan sonuçtan söz edilmemeli, sonunda denilmelidir.

¹⁷⁴ Mantıkla başarı kazanamayacağını anlayan müdafiler, özellikle hukukçu olmayan hâkimlerin meselâ jürilerin hislerine başvurarak suçluların cezasız kalmasını sağlıyorlar (*Foschini*, I, 189).

Tarafların mütalâalarındaki sonuçların, birbirini tutması halinde hâkimin bunlarla bağlı olup olmayacağı meselesi, muhakeme bakımından kabul olunan sisteme ve aranan hakikate göre değişir. Şekli hakikat aranan itham sisteminde, iki taraf uyuşursa uyuşmazlığın kalmadığı kabul olunur. Hâkimin bu durumu tespitten başka yapacak işi yoktur. Medenî Muhakeme Hukukunda kabul olunan sistem budur. Eskiden Ceza Muhakemesi Hukukunda da bu sistem uygulanırdı. *İş birliği sisteminde* ise tarafların uyuşması hâkimi bağlamaz. Cezada maddî hakikat aranması genellikle kabul edildiğinden, bu sistem hemen her yerde uygulanmaktadır. Kanunumuzun sistemi de budur.

B- Kararlarda da bir sonuç kısmı vardır. Kanunda bir sarahat olmasa dahi, kararlar, bir sonucu ihtiva etmek zorundadırlar. Kanunumuz sadece hüküm adını verdiği son kararlarda “hüküm fıkrası” adını verdiği sonuç unsurundan bahsetmiştir (CMK 231) (No. 486).

Kesin kararlar hâkimi de tarafları da bağlar. Bunların değiştirilmesi olağan yollarla mümkün değildir. Hâkimin kesin olmayan kararları taraflar bakımından mütalâa mahiyetinde olduğundan, bu kararların hâkimi de bağlamaması istisna olarak kabul edilebilir. Nitekim kanunumuz aleyhine itiraz yolu açık olan kararların, aynı makam tarafından hatta kendiliğinden değiştirilebilmesini kabul etmiştir.¹⁷⁵ Buna karşılık, aleyhine temyiz yolu kabul edilmiş olan kararlarını hâkimin değiştirmesine, kanun müsaade etmemiştir. Zira bu hallerde kararları tetkik ve gereken kararı verme yetkisi münhasıran başka makamlara verilmiştir.

30. HÜKMÜN MECBURİLİĞİ MESELESİ.

Hüküm verenlerin taraf veya hâkim olmasına göre bu mesele farklı şekilde halledilir: *Hâkim*, kararlarını vermek mecburiyetindedir (No. 184). Resmî görevi taraf olarak kolektif muhakemeye katılmak olduğundan *savcı* mütalâa beyanına mecburdur. Savcı ilk soruşturmayı da içeren zengin muhakeme şemasında bu mütalâasını ilk önce dâva açarken açıklar ve iddianame verir. Kovuşturma dışında savcının mütalâasına başvurulması mecburî olan halleri kanunumuz¹⁷⁶ birer birer göstermiştir. Kovuşturmada, kanunda aksine sarahat olmadıkça, karar verilmeden önce taraflar, bu arada savcı dinlenir (CMK 33) (No. 482).

Kanunda bu mecburiyetler her ne kadar hâkim bakımından ifade edilmişse de resmî görevi itibariyle savcının mütalâa beyanı mecburî olmak gerektiğinden, savcılar “mahkemenin takdirine bırakıyorum” diyemezler.¹⁷⁷

Bu mecburiyet C. Başsavcısı için de vardır (No. 537). Kaldı ki, savcının esas hakkındaki görüşleri gerekçeli kararda bulunması zorunlu hususlardandır (CMK 230/2).¹⁷⁸

İddia makamında bulunan katılan da savcı gibidir. Mahkemenin takdirine bırakıyorum, diyerek mütalâa beyanından çekinirse, görevini yapmamış olur. Ancak bu yapmayışın müeyyidesi olmadığından, bu görev onlara Devlet görevi olarak verilmediğinden, mütalâa beyanı mecburî ödev şeklinde kabul edilmemiştir (No. 236, 239). Burada ihtiyarî bir ödev vardır (No. 137).

Müdafinin de muhakemede müdafaa makamını işgal ettiğinden ve görevi, savcı gibi, uyuşmazlığa ışık tutmak ve diyalektiği sağlamak olduğundan hâkimin takdirine bırakmayıp mütalâasını beyan etmesi gerekir. Bu ödevi yapmazsa görevine son verilebilir.

¹⁷⁵ Kanun sadece itiraz üzerine, kararına itiraz olunan makamın itirazı varit görürse kararını düzeltebileceğini tasrih etmiştir (CMUK 299/4). Bu hükmün, tabîi itiraz mümkün olduğu müddetçe, itiraz olmadan uygulanmaması (6. CD 12/1/66. *Çağlayan* (66), I, 820) için sebep yoktur. Alman doktrini ve içtihatları itiraz olmadan değiştirmeyi kabul etmektedir. *Löwe*: m. 306, No. 5; *Schwarz*: *Şerh*, m. 306, No. 2, s. 554. Düzeltme gibi aykırılığı gidermenin bir çaresi olan “gerialma” da aynı şekilde mümkün olmalıdır.

¹⁷⁶ Örneğin, ilk soruşturmanın bittiğini gören sorgu hâkimi, iddiasını bildirmek üzere dosyayı savcılığa verirdi (mülga CMUK 190).

¹⁷⁷ CGK 1/2/43, 11/13, 2 CD 5/4/42. Ancak hâkim, savcıyı beyana zorlayamayacağından, savcının mütalâa beyan etmemesi bozma sebebi sayılmamıştır (4. CD 17/10/47, II 348; CGK 29/11/48, *Çağlayan* (66), II, 348). Kaldı ki bu mecburiyete aykırılığın bozma sebebi sayılabilmesi için, savcının sözleri açıkça ilgili hususta mütalâa beyan etmeyeceği anlamına gelmelidir (CGK 6/6/77 YKD 79, 553).

¹⁷⁸ Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki görüşünün gerekçeli kararda belirtilmemiş olmasını, CMK 230/1-a maddesine aykırılık oluşturması nedeniyle Yargıtay bozma sebebi saymıştır (6. CD. 19/9/2005, E. 2005/10185, K. 2005/7672).

Sanık kendini müdafaa etmek mecburiyetinde olmadığından müdafaa makamı olarak mütalâa bildirmeğe mecbur değildir.

31. MÜTALÂA BEYANI İMKÂNININ VERİLMESİ MECBURİYETİ.

Hâkimin mütalâalarını bildirmeleri için taraflara imkân vermeğe mecbur olup olmadığı meselesi kanunda muhakemenin çeşitli evrelerinde çeşitli şekilde halledilmiştir.

Soruşturma evresinde hâkimin bir karar vermesi için, kaide olarak, ilgili tarafların ve bu arada sanığın ve savcının mütalâasını alma mecburiyeti yoktur. Zira duruşma dışındaki kararlarda savcıdan mütalâa alınması mecburiyetini koyan 33'üncü madde, kovuşturma evresini düzenlemektedir.¹⁷⁹ Mecburiyet olmaması demek, mütalâanın alınmaması veya verilen mütalâaların kabul edilmemesi demek değildir. Tatbikatta ihtiyar, sadece savcı bakımından kullanılmaktadır. Tarafların hazır bulunabilecekleri haller (CMK 84) (No. 411) bu mecburiyet kaidelerinin istisnalarını oluşturmaktadır. Zira hazır bulunma, onlara mütalâalarını açıklama imkânı vermek için kabul edilmiştir. Gerek soruşturma evresinde gerekse kovuşturma evresinde kanun yolunun kabul edilmesi de mütalâa açıklanabilmesi içindir.

Kovuşturma evresinin duruşma aşamasında bütün kararlar, ilgili taraflar¹⁸⁰ dinlendikten sonra verilir. Bu evrede duruşma dışındaki kararlar ise, savcının yazılı veya sözlü mütalâası alındıktan sonra verilir (CMK 33). Duruşma aşamasının giriş bölümünde sanık sorguya çekilecektir (CMK 191/3-d). Delillerin ortaya konması bölümünde taraflar deliller bakımından isteklerde bulunabileceklerdir (CMK. 206). Keza bir tanık, bilirkişi veya suç ortağının dinlenmesinden veya bir belgenin okunmasından sonra bir diyeceği olup olmadığı taraflara sorulacaktır (CMK 215). Duruşmanın tartışma bölümünde davacıya, dolayısı ile medenî sorumluya (No. 177) ve sanığa söz verilecektir (CMK 216). Bir taraf temyiz edince, temyiz dilekçesinin veya lâyihasının bir sureti diğer tarafa verilecektir (CMK 297).

4. § MUHAKEME MAKAMLARI

32. Makam itibariyle süjelik. 33. Muhakeme makamının çeşitleri. 34. Muhakeme makamları arasındaki ilişki bakımından sistemler. 35. a) İtham sistemi. 36. b) Tahkik sistemi. 37. c) İş birliği sistemi. 38. Ceza muhakemesinin alanı ve makamları.

32. MAKAM İTİBARIYLA SÜJELİK.

Muhakeme görevi ile o görevi yapan süjeyi birbirinden ayrı düşünmeye imkân yoktur. Gerçekten muhakeme yapan olmadan muhakeme olmayacağı gibi, muhakeme yapan da ancak muhakeme görevi dolayısı ile bu sıfatı alır. Bu kimse, muhakemeden gayri faaliyetler bakımından, muhakeme yapan değildir.

Kolektif olan muhakeme faaliyetine katılan bu kimselerin bu katılış dolayısı ile bazı erkleri ve ödevleri vardır (No. 136). Ancak bu erk ve ödevler, çok defa, şahısları bakımından değil, işgal ettikleri makam dolayısı iledir. Onun içindir ki kolektif olarak hüküm veren muhakeme süjelerinin bu durumunu

¹⁷⁹ Mülga CMUK 31'üncü maddede sözü geçen kararlar, mahkeme kararı idi (*Taner*: 231; *Daquin*: Kanun, m. 33). Erem, 1985 de kaldırılmadan önce, savcının ilksoruşturmada dinlenmesini bazen kabul etmekte (5. bası, s. 485), bazan etmemekte idi (5. bası, s. 478). Tatbikatta sorgu hâkimleri kararlarının da bu maddeye sokulduğu vardı (AdB: mütalâa, 9/11/1954, *Çağlayan* (66). I, 646). 1973 tâdil tasarısında bu maddenin sadece kovuşturma evresinde uygulanacağı açıklanmıştı. Esasa müessir değil diye tâdile ihtiyaç duyulmadığı. 1965 Alman reformunda madde, Anayasa gereği sanığın da dinlenmesi için değiştirildi ve önsoruşturmaya da uygulandı. Ancak sanığın dinlenmesi, alınacak kararları tehlikeye sokmamak ve muhakemeyi uzatmamak şartlarına bağlandı. Evvelce dinlenmemişse, kanun yolu da yoksa sonradan dinlenmesi yine bazı şartlarla kabul edildi. Bazı hallerde dinlenemeyeceği açıklandı (*Barosio*, 207-217).

¹⁸⁰ Maddedeki iki taraf, aslında olduğu gibi, ilgili taraflar olarak ve meselâ disiplin cezasına çarptırılacak kişiyi de içine alacak biçimde anlaşılmalıdır.

makam itibariyle süjelik terimi ile ifade edeceğiz (No. 160). Makam itibariyle süjelik erk ve ödevleri, bir diğer deyişle, makamın erk ve ödevleridir.¹⁸¹

Makam itibariyle süjelik terimi, erklerin ve ödevlerin şahıslardan gelmeyip, işgal edilen yerden geldiğini anlatmaktadır. Bir duruşmada birden fazla hâkim, birden fazla savcı, birden fazla müdafî bulunabilmesi de şahısların değil, makamın nazara alındığını göstermektedir. Hele iddia ve müdafaa makamlarını işgal eden savcılar ve müdafilerin şahıslarının değişebilmesi, görevin şahıslar adına değil, makam adına ifa edildiğinin en büyük delilidir. Duruşmada hâkimlerin şahıslarının değişmemesi, makam olarak hareket etmediklerini göstermeyip, son karara varmak için başından sonuna kadar duruşmayı takip etmek zaruretinin bir neticesidir.

Makam itibariyle süje, o makam adına hareket edebilir. Meselâ *bakanlık* izin verir denmişse, bakanlık adına müsteşar da izin verebilir¹⁸², yok *bakan* izin verir denmişse ve bundan makamın değil de belli süjenin izin vermesi istendiği anlaşılırsa, müsteşar bakan yerine izin veremez.¹⁸³ Buna karşılık, meselâ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisinde (

) ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının kanun yararına başvurusu yolunda (CMK 310), bu davaları *Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı* açar denilmesine, yetkinin şahsa değil, makama verildiği anlaşıldığından (şahsa verilmesi için hiç bir ciddî neden yok), yardımcıları da bu dâvaları açabilirler (No. 566, 572). CMK 309 maddedeki *Adalet Bakanı bildirir* ibaresi, 2006-5560 sayılı Kanunla değiştirilerek *Adalet Bakanlığı bildirir* şekline getirilmiştir.

33. MUHAKEME MAKAMININ ÇEŞİTLERİ.

İddia ve müdafaa makamını işgal eden taraflar mütalâalarıyla, yargılama makamını işgal eden hâkimler kararları ile muhakeme faaliyetine katılmaktadırlar. Muhakeme makamının yargılama makamı olduğu görüşü, muhakeme yerine yargılama diyenlerin çokluğundan anlaşılacağı üzere yaygındır. Bunun sebebi taraf makamlarının da muhakemeye katıldıklarının gözden kaçmasıdır.

Müdafî sanığı müdafaa ederken hem sanık hakkında hem itham hakkında bir hüküm verir. Bunun gibi, savcı da sanık hakkında hüküm verirken aynı zamanda kendi iddiası hakkında da hüküm vermektedir. Mütalâa mahiyetindeki bu iki hüküm hakkında da karar veren hâkim bir hüküm verir. Onun bu hükmü hakkında da taraflar hükümlerini verirler. Gerçekten karardan önceki taraf mütalâaları hâkimin kararı hakkında hüküm olduğu gibi, hâkimin karardan sonra da kanun yoluna gitmemek veya gitmek suretiyle taraflar hükümlerini açıklarlar. Görülüyor ki muhakeme dediğimiz kolektif hüküm verme faaliyeti, karşılıklı hükümlerden meydana gelmektedir.¹⁸⁴

İddia, müdafaa ve yargılama makamlarının özellikleri, üçünün birlikte *muhakeme makamını* meydana getirmesine engel olmaz. Nitekim bu üç makamın her biri de çeşitli makamlardan meydana gelmişlerdir (No. 38).

Neticede hâkimin kararına bakıldığı doğrudur. Fakat hâkimin kararı da tarafların mütalâalarının bir sentezidir. Sanıklar müdafilerini seçerken yani müdafaa makamını teşkil ederken, müdafinin görevini yapıp yapmamasına göre, hâkimin kararının farklı olacağını pekâlâ bilmektedirler.¹⁸⁵ Neticede hâkimin kararına bakılmasının sebebi, uyumsuzluğun kesilip atılması zorunludur. Oyçokluğu ile karar verilmesinin kabulünde de durum aynıdır. Bu hallerde karar sadece çoğunluğun değil, hepsinin yani kurulun kararıdır. Bunun gibi, muhakeme faaliyetine katılanların ancak bir kısmının, yani hâkimlerin karar vermesi de verilen hükmün hepsinin hükmü olmasına mâni değildir. Muhakeme yani hüküm verme faaliyetinin kolektif oluşu, muhakeme faaliyetinin hususiyetlerini en fazla haiz bulunan duruşma

¹⁸¹ Makam itibariyle süjelik yerine çok defa sadece makam'dan söz edilmesinin sebebi budur. Nitekim İtalyan doktrininde makam itibariyle süjelik yerine sadece makam (ufficio) denilmektedir (*Carnelutti: Lezioni*, I, 147, 153; Foschini, I, 217).

¹⁸² 4. CD 3/2/71, RKD 71, 50; CGK 3/2/71 (*Şekercioğlu*, 183), 9. CD 9/3/78, YKD 78, 852.

¹⁸³ CGK 2/12/68, 181-391. Keza valiye tanınan muvafakat yetkisini yardımcısı kullanamaz (CGK 10/11/69, İKİD 69, 8227). Bütün mesele, yetkinin münhasıran şahsa verilip verilmediğini tayindedir. Kanunlar yazılırken daha dikkatli davranılmalı, yorumlanırken de görevin en iyi şekilde yerine getirilmesi ihtiyacı göz önünde tutulmalıdır.

¹⁸⁴ Foschini, I, 220.

¹⁸⁵ Foschini, I, 222.

aşamasında tarafların teşkilinin mecburî oluşunda kendisini açıkça göstermektedir. Gerçekten hâkimler gibi, savcının ve sanığın duruşmada hazır bulunması şarttır (CMK 188, 201). Baro'nun, tayin ettiği müdafî (CMK 150) de duruşmada bulunmaya mecburdur (CMK 151). Mülga Kanunumuzun evvelce sadece Baronun tayin ettiği müdafiler bakımından kabul ettiği bu mecburiyeti, şimdi CMK 150 uyarınca görevlendirilen diğer müdafiler bakımından kabul etmesi yerinde olmuştur (No. 259). Seri muhakemede de müdafinin Cumhuriyet savcısının seri muhakeme teklifi ve mahkeme tarafından yapılan işlemler sırasında hazır bulunması mecburidir (CMK 250/3).

Görülüyor ki, muhakeme makamı 1) *İddia makamı*, 2) *Müdafa makamı* ve 3) *Yargılama makamı* olmak üzere üç makamdan oluşmaktadır. Yargılama makamına verdiği karar veya yargı dolayısı ile karar makamı veya yargı makamı da denilebilir. Bu makamlar, bir diğer söyleyişle, tez, anti-tez ve sentez makamlarıdır. İddia ve müdafa tarafları olmadan da bir kimsenin iki taraflı düşünüp bir karara varması mümkündür. Fakat bu karar, yargılama makamı kararı, eski deyimle kazaî bir karar olmaz. Yargılama makamı kararı olmak için iddianın ve müdafaanın da bir makamı olması lâzımdır.

34. MUHAKEME MAKAMLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ BAKIMINDAN SİSTEMLER.

Fert ve toplum diyalektiği muhakemede de vardır. İddianın da müdafaanın da biri ferdî, diğeri toplumsal iki çeşidi olmak gerekmektedir. Ancak, bünyenin ihtiyaçlara uyması demek olan morfolojik uygunluk prensibi (No. 407) gereğince, muhakeme makamları, duyulan ihtiyaçlara göre, çeşitli şekillerde düzenlenmiş, bazen ferdin, bazen Devletin hükmüne değer verilmiştir. Fert ve toplum diyalektiğinin denk tutulmasına çalışıldığı da vardır. Böylece *ceza muhakemesi makamının* oluşması bakımından, bir diğer söyleyişle onu meydana getiren makamlar arasındaki ilişki bakımından üç sistem meydana gelmiştir. Bunlar: a) İtham sistemi, b) Tahkik sistemi, c) İş birliği sistemidir.

35. a) İTHAM SİSTEMİ.

Hakikatin araştırılmasını fertleri ilgilendiren bir mesele sayan görüşe göre, ferdî itham makamı ile karşısındaki ferdî müdafa makamı, yargılama makamından çok üstün tutulmaktadır. Hâkim sadece iddia ve müdafaaya göre karar vermektedir. İddia makamı ile müdafa makamı arasındaki münakaşaya hâkim iştirak etmemekte, seyirci gibi onları dinlemektedir. Görevi sadece neticeyi tespitten ibarettir.¹⁸⁶ Ceza muhakemesini medenî muhakemeye benzeten bu sistem, tarihten her zaman değilse bile fikren ilk sistemdir.

Önceleri suç denilen fiillerin sadece fertleri ilgilendirdiği sanılmakta, şahsî suçlara karşı yegâne müeyyide olarak kabul edilmekteydi. Toplum idare edenlerin kuvveti arttıkça, ceza vermek yetkisi de topluma geçti. Toplum, fertlerin birbirlerini cezalandırmalarını menederek bu yetkiyi kendi tekeline aldı. Bunun için, fertler arasında suç dolayısı ile çıkan uyuşmazlıkları çözmek gerekiyordu. İşte mahkemeye başvurma mecburiyetini ifade eden *Muhakemesiz ceza olmaz* prensibi, böylece, ilk defa fertler bakımından, yani fertlerin birbirlerine ceza vermemeleri için ortaya çıktı. Bir kimse ile onun cezalandırılması gerektiğini iddia eden diğer kimse arasında çıkan uyuşmazlığı çözmek için mahkemeler kuruldu ve fertler suç işleyenleri bizzat cezalandırmaktan vazgeçip mahkemeye müracaata mecbur tutuldular.

Bir kimsenin suçlu olarak cezalandırılması için, diğer bir kimse tarafından itham edilmesi ve itham edenin suçluluğu ispat etmesi esas teşkil ettiğinden bu sisteme *itham sistemi* adı verilmiştir. Suçtan toplumun zarar görmediği yahut ferde nazaran pek az gördüğü sanılan ve fertlerin itham ve müdafaaları ile toplum menfaatinin de korunduğu kabul edilen devirlerin mahsulü olan bu sistemin ana vasıflarını¹⁸⁷ şöylece özetleyebiliriz:

- 1) Hâkimin harekete geçmesi için ithama ihtiyaç vardır.
- 2) İtham hususunda herkes serbesttir.
- 3) Ceza muhakemesi, medenî muhakemeye benzer.

¹⁸⁶ Foschini, I, 228.

¹⁸⁷ Garraud, I, 10; Leone, I, 22; Sabatini, I, 24; Merle/Vitu, 58.

4) Taraflar eşit durumdadır. Bunun neticesi olarak sanık mahkûmiyet hükmü kesinleşinceye kadar tutuklanamaz.

5) Hâkim bir maçtaki hakem durumundadır. Delil toplamada serbest olmayıp tarafların ortaya koyacakları delillerle bağlıdır.

6) Muhakeme baştan sonuna kadar açıktır, sözlüdür ve çelişmelidir. Hâkim pasif olduğundan, çelişme (No. 21) bu sistemde sadece taraflar bakımındandır.

İtham sistemi ferdiyetçi ve liberal düzenle ilgilidir. Açıklık, sözlülük ve çelişmelilik, hürriyetlerin korunması için çok teminatlıdır. Ancak bu sistemin sakıncaları da vardır. Bu sistem, ceza adaletinin gerçekleşmesi bakımından elverişsizdir. Bir kere fertlerin korkmak, tatmin edilmek gibi sebeplerle harekete geçmemeleri, suçluların cezasız kalmaları sonucunu doğurur. Diğer taraftan, fertlerin itham hususunda aşırı davranmaları da mümkündür. Bu da fertleri lüzumsuz yere rahatsız ettiği kadar mahkemeleri de meşgul eder. Hâkimlerin ileri sürülen delillere bağlı olması ise, hakikatin meydana çıkarılmasına engel olur. Nihayet muhakemenin başından itibaren açık ve çelişmeli olması sebebi ile delillerin karartılması tehlikesi vardır.

İtham sistemi orta çağda otoriter Devletlerin kurulması sebebiyle yerini tahkik sistemine bırakmıştır. Sadece ananelerine sadık ve hürriyetlerine bağlı İngiltere itham sistemini esas itibariyle muhafaza etmiştir. Ancak, suçların toplumu ilgilendirdiği artık inkâr edilmediğinden Devlet de ferdin yanında veya onun yerine itham görevini yapabilmektedir.¹⁸⁸ Bu konudaki açıklamalar için çapraz sorguya bakınız.

36. b) TAHKİK SİSTEMİ.

Tahkik sisteminin esası, toplum menfaatinin fert menfaatinin üstün tutulması ve hakikatin araştırılmasıdır. Muhakeme makamı, sadece yargılama makamıdır. İtham sisteminde tarafların makamlarına nazaran sönük ve pasif durumda olan yargılama makamı bu sistemde üstün duruma geçmiş ve diğerleri silik ve sönük kalmışlardır. Gerek tez gerek anti-tez ve gerekse sentez görevi hâkime verilmiştir. Bu sistem Devlet teşkilâtının kurulduğu ve kuvvetlendiği zamanların sistemidir. Ferde hiçbir hak tanımayan bu sistem mutlak ve müstebit hükümdarların, otoriter rejimlerin iltifat ettiği sistemdir. Sanık bu sistemde bir *şahıs*, bir *süje* değil, bir *şeydir*, *eşyadır*.

Bu sistemin ana vasıflarını¹⁸⁹ şöylece özetleyebiliriz:

- 1) Hâkim haber aldığı işe kendiliğinden el koyabilir. Âdeta davacı durumundadır.
- 2) Hâkim delilleri toplamak hususunda serbesttir. İddia ve müdafaanın delilleri ile bağlı değildir.
- 3) Muhakemenin her safhası gizlidir, çelişmesizdir (yani sanığın taraf olarak aktif rolü yoktur, sadece yazılı müdafaası alınır).
- 4) Sanık ile onu itham eden hâkim arasında eşitlik yoktur.
- 5) Sanık mahkûmiyet kararından önce tutuklanabilir.

Otoriter rejimlerle ilgili olan bu sistemin, Avrupa'da krallıkların kurulması ile genelleştiği görülmektedir. Katolik kilisesinin din aleyhinde suç işleyenleri yargılamak üzere kurduğu, işkenceleri ile tarihe geçen ve 13.-19. yüzyıllar arasında faaliyet gösteren *Engizisyon* mahkemelerinden adını aldığı için, dilimizde engizisyon sistemi de denilebilecek olan bu sistemin de faydaları ve sakıncaları vardır. Davacı aranmadığından, davacı bulunamaması sebebiyle suçluların cezasız kalması artık söz konusu olmuyordu. Keza ilgililer delilleri serbestçe toplayabildiklerinden, hakikatin meydana çıkarılması imkânı da vardı. Ancak bu sistem sanık için hiçbir teminat tanıımıyordu. Hâkimin hükmüne taraflar hükümleri ile ışık tutmadıklarından, hâkimlerin hatalı kararlar vermeleri çok mümkündür.

¹⁸⁸ Bugün dahi İngiliz hâkimi, esas itibariyle bütün muhakeme boyunca dikkatli bir dinleyici olarak kalmakta, sanığa ve tanıklara tarafların avukatları sualler sormaktadır. Ancak bunlardan sonra hâkimin de bazı sualler sormasına müsaade olunmaktadır (*Willims, Glainville: The proof of guilt, Londra, 1963, s. 24*).

¹⁸⁹ *Garraud, I, 16; Leone, I, 24; Merle/Vitu, 65.*

37. c) İŞ BİRLİĞİ SİSTEMİ.

Muhakeme makamları arasındaki ilişki bakımından üçüncü sistem de iş birliği sistemidir.¹⁹⁰ İtham sistemi ferdî iddia ve müdafaa makamlarını, tahkik sistemi toplum makamı olan hâkimin makamını üstün tutmuştu. İş birliği sistemi fert ve toplum makamları arasında bir iş birliği esasına dayanmaktadır. İddia, müdafaa ve yargılama makamları birlikte çalışacaklardır. İddia, Devlet bakımından da kabul edilmiştir. Hukuk devleti fikri geliştikçe, Devletin bir mahkeme kararı olmadan suçluları cezalandırmaması kabul olunmuş Devlet âdeta kendi kendini kayıtlamıştır.¹⁹¹ İlk zamanlarda davacı fertler bakımından kabul edilmiş olan “muhakemesiz ceza olmaz” prensibi bu sefer Devlet bakımından ortaya çıkmıştır. İş birliği sisteminde iddia makamında, Devletin resmi memurları yanında, resmî sıfatı olmayan fertlerin de rol almasına müsaade edilmiştir. İddianın ferdî ve toplumsal olması gibi müdafaaanın da ferdî ve toplumsal olması mümkündür. Böylece muhakeme makamları arasında bir dengeye varılmaktadır. Bu sistemde ne tahkik sisteminde olduğu gibi yargılama makamı diğerlerine üstündür ne de itham sisteminde olduğu gibi hâkim, taraflar karşısında silik durumdadır. Hakikati araştırıp hüküm verme, bir kelime ile muhakeme görevini bütün makamlar elbirliğiyle yapacaklardır. Hâkim, itham sisteminde olduğu gibi, sadece iddia ve müdafaaaya göre karar verecek değildir. Hâkim, tahkik sisteminde olduğu gibi, araştırma tekeline de sahip değildir. Bu sistemde hüküm verme faaliyeti ne tarafların diyalogudur ne hâkimin monoloğudur. Fakat üçünün yaptığı bir kolokyumdur.¹⁹²

İş birliği sistemi, 1789 Fransız İhtilalinden sonra ferdiyetçi ve demokratik cereyanın tesiri ile tahkik sistemine karşı bir tepki olarak meydana çıkmıştır. Bugün Avrupa memleketlerinde ve memleketlerimizde uygulanan sistem budur. Ancak iş birliğinin derecesi, yani ferdin ve toplumun makamlarına verilecek görevler, geleneklerle ve siyasi rejimle ilgilidir. Rejim antidemokratik veya totaliter olduğu nispette devlet makamlarının rolü fazlalaşır.

İş birliği sisteminin ana özellikleri¹⁹³ şunlardır:

1) Hâkim işe kendiliğinden el koyamaz, bir iddiaya¹⁹⁴ ihtiyaç vardır. Bu iddia görevini toplum adına yapmak için savcılık denilen resmî bir makam kurulmuştur.

2) Hâkim, tarafların delilleriyle bağlı değildir.

3) İş birliği derecesi muhakemenin safhalarına göre değişmektedir. Önsoruşturma safhasında (soruşturma evresi) muhakeme kaide olarak gizli (CMK 157) ve yazılıdır, çelişmelilik azdır. Kovuşturma evresinde muhakemenin karakteri tam olarak gözükmemektedir. Bu evrenin en mühim kısmı olan duruşma aşamasında muhakeme açık, sözlü ve çelişmelidir (No. 21). Burada çelişme, itham sisteminden farklı olarak, sadece taraflar bakımından değildir. Hâkim de çelişmeye katılır. Bu çelişme çok defa yüze karşılığı da gerektirir (No. 461).

4) Sanığın bir kişiliği vardır. Sanık bir eşya değildir. Ancak sanığın erkleri siyasî rejime göre az veya çok olabilmektedir.

38. CEZA MUHAKEMESİNİN ALANI ve MAKAMLARI.

I. Ceza muhakemesinin alanı.

Sanığın suçlu olup olmadığını, suçlu ise cezalandırılıp cezalandırılmayacağını, cezalandırılacaksa cezasının ne olacağını belirlemek için yapılan faaliyetlerin bütünü demek olan ceza muhakemesinin alanı elbet suç ve ceza ile sınırlı olacaktır. Buradaki suç ve ceza terimlerine idarî diye nitelendirilen

¹⁹⁰ Foschini, muhakeme makamının sisteminden değil, bünyesinden bahsetmekte ve “struttura cooperativa” terimini kullanmakta, itham ve tahkikten başkası sanki mümkün değilmiş gibi “karma sistem” denilmesini tenkit etmektedir (I, 230). Karma sistem terimini kullanan Erem, bu sistemin tahkik sistemini yaşatmak için icat edildiği, tahkik sisteminin bütün kalıntılarının reddedilmesi gerektiği görüşündedir (n. 28). O zaman geriye itham sistemi kalmaz mı? Yani hâkim dava dışında kalsın, kendiliğinden delil araştırmasın, kesin hükme kadar sanık tutuklanmasın. Erem bunu mu ister?

¹⁹¹ Frosali, IV, 4.

¹⁹² Foschini, I, 230.

¹⁹³ Leone, I, 27; Sabatini, I, 28; Taner, 12; Merle/Vitu, 73.

¹⁹⁴ Bu iddiaya *itham* da denilmesi, eski devirlerin kalıntısıdır (No. 97).

suçlar ve cezalar da girmektedir, zira onlar, dar anlamda suç ve ceza dışında kalsalar da aslında suç ve ceza niteliğindedirler.¹⁹⁵

II. Makamlar.

Ceza muhakemesi makamı, iddia, müdafaa ve yargılama makamlarından oluşur. Bunların her birinin de talî veya alt diyebileceğimiz makamları vardır:

A- İddia makamı, ferdî ve kamusal olmak üzere iki çeşittir. Bir diğer söyleyişle iddia makamı, bu iki iddia makamından oluşan bütünüdür. Fert ve kamu diyalektiği, iddia makamının bu şekilde ikiye ayrılmasında da kendini göstermektedir. İddia makamının bu bölünüşü, zamanla değişik nisbetlerde olmuştur. İlk zamanlarda ferdî iddia, kamusal iddiayı silik bırakmıştı. Toplum ayrıca bir iddiaya lüzum duymuyordu. Son zamanlarda durum tersine dönmüş, kamusal iddia ferdî iddiayı gölgede bırakmıştır. Ferdî iddianın, kamu davasına katılmada olduğu gibi, aydınlığa çıktığı, kendini belli ettiği de vardır. Kanunumuza göre, iddia makamını işgal edenler savcılar ve müdahillerdir.

B- Müdafaa makamının bir kısmı ferdî müdafaaya, bir kısmı da kamusal müdafaaya ayrılmıştır. Ferdî müdafaa makamını sanık bizzat veya temsilcisi vasıtası ile işgal eder. Müdafaa makamının kamusal müdafaaya ayrılan kısmı ise, müdafinin makamıdır.

C- Yargılama makamı, yargılama görevini yapan ve daima kamusal olan bu makamın 1) hâkimlik, 2) mahkeme olmak üzere iki çeşidi vardır (No. 70).

5. § CEZA MUHAKEMESİ ŞARTI

39. Ceza muhakemesi şartının niteliği. 40. Suça tesir eden sebep ve ceza muhakemesi şartı. 41. Suçlunun cezalandırılmasına tesir eden sebep ve ceza muhakemesi şartı. 42. Müspet ve menfî şartlar. 43. Ceza muhakemesi şartlarının sınıflandırılması. 44. Ceza muhakemesi şartlarının sonuçları. 45. Ceza muhakemesi şartlarının sonuçları bakımından kanunumuz. 46. Asıl ceza davasının süresinde açılması şartı. 47. 'Şikâyet' şartı. 47-1. Yazılı başvuru şartı. 48. İstem (talep) ve müracaat şartları. 49. Mütalâa şartı. 50. İzin şartı. 51. Kamu yararı şartı (maslahata uygunluk). 52. Bekletici meselenin çözülmesi şartı. 53. Yasama ve bakanlık dokunulmazlıklarının kalkması şartı. 54. Kamu görevlisi (memurluk) dokunulmazlığının kalkması şartı. 55. Seçim dokunulmazlığının kalkması şartı. 56. Hâkimlik, savcılık, avukatlık ve noterlik dokunulmazlıklarının kalkması şartı. 57. Askerlik dokunulmazlığının kalkması şartı. 58. Diplomatik ve Devlet başkanlığı dokunulmazlığının kalkması şartı. 59. Ertelemenin kalkması şartı (Durma sebebinin kalkması şartı). 60. Sanığın Türkiye'de bulunması şartı. 61. Karşılıklılık şartı. 62. Kabahatüstü (suçüstü) yakalanma şartı. 63. Sanığın akıl hastası veya çocuk olmaması şartı. 64. Gaipliğin kalkması şartı. 65. Kesin hüküm bulunmaması şartı (Ne bis in idem). 66. Aynı dâvaya bakılmakta olmaması şartı. 67. Yeni delil veya yeni olay meydana çıkmaması şartı. 67-1. Diğer ceza muhakemesi şart veya engelleri.

39. CEZA MUHAKEMESİ ŞARTININ NİTELİĞİ.

Muhakeme makamını oluşturan iddia, müdafaa ve yargılama makamlarının kolektif bir şekilde çalışmasını gerektiren "muhakeme" faaliyetinin yapılabilmesi için bazı şartlar koşulduğu vardır. Bunlara *muhakeme şartı* adını vereceğiz. Ceza muhakemesinde bu şartlar *ceza muhakemesi şartı* adını alacaktır.

Burada söz konusu olan *şart*, *olmazsa olmaz (sine qua non)* anlamındaki şarttır. Yani şartın bulunmaması muhakemeye engel olur, fakat bulunması muhakemeyi gerektirmez. Zira şart başka şey, sebep başka şeydir. Sebep, muhakemeyi gerekli kılan unsurların bütünüdür. Bu unsurların her biri de

¹⁹⁵ Nitekim Almanların *Ordnungswidrigkeiten* dedikleri ve bizde *düzene aykırılıklar* diye tercüme edilen ve şimdi Kabahatler Kanununda düzenlenen *suçlar* da idari suçtur, yani geniş anlamda *suçtur* (No. 429).

sebebin şarttır, zira içlerinden biri bulunmazsa, sebebin varlığından söz edilemez. Hepsi bir araya gelecek ki sebep oluşsun ve muhakemeyi gerektirsin ve o gereken muhakemenin de şarta bağlandığı söylenebilsin. Muhakeme şarta bağlanırken kast olunan, elbet, muhakeme sebebinin oluşturduğu şartlardan farklı bir şarttır (No. 39). Şarta bağlı olmayan muhakemelerde unsurlar tamamlanınca, yani sebep ortaya çıkınca bundan muhakeme yapma sonucu doğar. Şarta bağlı muhakemelerde, fazla olarak, şartın da gerçekleşmesi aranır.

Muhakeme şartları gerçekleşmezse, iddiası, müdafaası ve yargılaması ile birlikte muhakeme faaliyeti yapılamayacak ve sanık cezalandırılmayacaktır. Mahkeme şartlarının kabul edilmesi demek, bu şartlar gerçekleşmeden işlenmiş suç¹⁹⁶ hakkında, ceza muhakemesi yapılmasının ve sonunda sanığın cezalandırılmasının istenmemesi demektir. Maksat, muhakeme yapılamamasıdır. Ama, muhakeme yapılmadan sanığın lehinde bir karar verilebilecekse, buna hiçbir engel yoktur (No. 43).

Ceza muhakemesinde, muhakeme faaliyeti bakımından kabul edilmiş olan bu şartlara *kovuşturma şartları* veya *takip şartı* da denilmektedir. Kovuşturma, ceza muhakemesinde suç isnadı ile başlayan ve isnatla devam eden iddia faaliyetini ifade eder (No. 98). Böylece hazırlık soruşturmasının suç isnadından önceki bölümü yani başlangıç soruşturması için bu şartların ilke olarak aranmadığı (No. 44) belirtilmiş olmakta ise de muhakeme görevini teşkil eden üç görev bakımından bahis konusu olan şartların, sadece bir makamın görevi bakımındanmış gibi kovuşturma şartı diye adlandırılmasını doğru bulmuyoruz.¹⁹⁷ Bu şartlar muhakeme faaliyetinin ifası şartları olduğuna ve muhakeme faaliyeti de sadece kovuşturma faaliyetinden ibaret olmadığına göre, doğrusu *muhakeme şartı* demektir.¹⁹⁸

Ceza Muhakemesi Kanunu bu şartların bazılarını *soruşturma ve kovuşturma şartları* diyerek önemli bir değişiklik yapmıştır. Kanun üç ayrı hal öngörülmüştür. Bazen soruşturmayı izne bağlamış (Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin yargılanması hakkında Kanun), bazen soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlamış, bazen de cezalandırılması şikâyete bağlı tutmuştur (TCK 116).

Muhakeme şartları, gerçekleşmeleri bakımından muhakeme için şart, gerçekleşmemeleri bakımından da bir engeldir. Gerçekten, muhakeme şartlarının müsbet tesiri, muhakemeye imkân vermeleridir. Gerçekleşmeme halinde kendisini gösteren menfi tesiri ise muhakemeye engel olmalarıdır. Menfi tesiri esas tutup bunları engel olarak kabul edenler vardır.¹⁹⁹ Biz müspet tesiri esas tutup şart demeyi tercih ediyoruz.

Muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi halinde muhakemeye engel olmasının ve engel denilen şeyin de yürüyenin önüne çıkan, yani onun dışında bulunmasının mantık yönünden zorunlu sonucu odur ki

¹⁹⁶ Bu demektir ki suçu oluşturan unsur başka, muhakeme şartı yine başkadır (No. 40).

¹⁹⁷ Bunların çoğuna *dava şartı* diyen *Tosun* (I, 231), bunların sadece dava açılmasını önlediğini, yargılama ve müdafa faaliyetlerinin olmamasının iddia faaliyetinin yapılmamasına dayandığını söylemektedir. Bunların başta sadece davaya engel olması aldatıcıdır. Bunların gerçekleşmediği muhakeme başladıktan sonra anlaşılırsa muhakemeye devam edilmemesi, bunların muhakeme şartı olduğunu göstermektedir. Sonsoruşturma bakımından aranan muhakeme şartlarına “yargılama şartı” demesi de (I, 203) doğru değildir. Zira yapılamayan sadece yargılama olmadığı gibi yargılama da sadece kovuşturma evresi değildir. Kaldı ki *Tosun* ilksoruşturmaya da haklı olarak yargılama saymaktadır (I, 200). Müdafaanın şarta bağlanamayacağı, dâva şartının gerçekleşmediği muhakeme boyunca anlaşılırsa müdafa yapılabileceği, bu şartların sanık lehine gelişmeye engel olmadığı tezi de (*Tosun*, I, 194) isabetli değildir. Dâvaya bakılmıyorsa müdafa da yapılamaz. 1973 de CMUK 253. maddeye eklenen son fıkradaki “derhal” sözcüğü, esas hakkında müdafa dahi yapılamayacağını göstermektedir. Nitekim gerekçede *ayrıca muhakeme faaliyeti yapılmadan* denilmiştir. Müdafa yapılmadan beraat kararı verilmesine engel mi var? Bu şartlar sanık aleyhinde gelişmeye değil, sonuçlanmaya engeldir. *Yurtcan* (s. 96, 271) bunlara yargılama koşulu adını vermektedir. Muhakeme yerine, bizzet isabetsiz olarak (No. 5) yargılama terimini kullandığına göre, yargılama şartı dediği bizim muhakeme şartı dediğimizden farklı değildir. *Öztürk/Erdem/Özbek* (1999, 61) *ceza mahkemesi şartları* terimini esas olarak almakta ve dava açılması için gerekli olanlara *dava şartları*, mahkemenin yargılama yapabilmesi için gerekli olanlara da *yargılama şartları* adını vermektedirler.

¹⁹⁸ Kanunlarda yerleşmiş olan *takibi şikâyete bağlı suç* tabirinin tesiri ile biz de *takip şartı* tabirini kullanmıştık (*Kunter: Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi*, 1949, s. 227). Muhakeme konusundaki incelemelerimiz, muhakeme şartı demenin daha uygun olacağını bize gösterdi. İlâve edelim ki, bu şartların nelerden ibaret olduğu Alman ve İtalyan doktrininde çok tartışmalı olduğu gibi, isim üzerinde de anlaşmaya varılmış değildir. Diyebiliriz ki, bu konuda aynı şekilde düşünen iki müellif yoktur (*Kantar*, 172 not 8).

¹⁹⁹ Meselâ *Taner* (s. 90), dâva açılmasına mâni olan hallerden bahsetmektedir. Erem (s. 215) ise *dâva şartları* adını verdiği muhakeme şartlarını *bulunmadıkları takdirde kamu davasının açılması ve yürütülmesi mümkün olmayan unsurlar* diye tarif etmektedir.

muhakemenin içinde ve onun ilerlemesi konusunda verilen kararlar muhakeme şartı veya engeli sayılamazlar. Bu nedenle, soruşturmanın açılması (lüzüm-u muhakeme) kararı muhakeme şartı değildir (No. 50).

Dâva açılmasına ve muhakeme yapılmasına engel olan her sebep muhakeme hukuku kurumu olmadığı gibi (No. 40, 41), dolayısı ile, failin cezalandırılmaması neticesini doğurmaları, ceza muhakemesi şartlarının “Suç Hukuku” kurumu sayılmasını²⁰⁰ da gerektirmez. Aksi takdirde, faraza delillerin de muhakeme hukuku değil, Suç Hukuku kurumu olduğu neticesine varmak icap edecektir, zira deliller de netice itibarıyla failin cezalandırılmasını veya cezalandırılmamasını mümkün kılar.

Muhakeme şartlarının hepsinde müşterek olan noktaların mücerret bir şekilde tetkiki, *muhakeme şartı nazariyesi* kurmak olacaktır.

40. SUÇA TESİR EDEN SEBEP ve CEZA MUHAKEMESİ ŞARTI.

Muhakeme şartı, muhakeme hukuku kurumu olduğundan ceza muhakemesi şartı da ceza muhakemesi hukuku kurumudur. Ceza muhakemesi şartı, gerçekleşmediği takdirde fiilin suç olmasına ve bu arada, karşılığında ceza bulunmasına değil, sadece muhakeme faaliyetinin yapılmasına engel olur.

Suçun unsurlarının herhangi birinin gerçekleşmemesi de fail hakkında ceza davasının açılmasına ve dolayısıyla, muhakemenin yapılmasına engel olur. Bunlar mevcut oldukça ceza dâvası açılmaz. Ceza dâvasının açılması için bunların bulunmaması lâzımdır. Gerçekten suçların herhangi bir unsurunun olayda gerçekleşmemesi faille ceza verilmesine, fiilin suç sayılmasına ve dolayısıyla ceza davasının açılmasına engel olur. Suç unsurlarının her birinin olayda gerçekleşmesi şarttır. Fakat suç unsurlarının muhakeme şartı olarak kabulüne imkân yoktur.²⁰¹ Bunlar Suç Hukuku kurumlarıdır. Bu arada bilhassa suçların cezalandırılabilme unsurunun bağlandıkları şartları hatırlamak gerekmektedir. Kanun koyucu bazı suçlarda maddî unsur olan neticenin cezalandırılıp cezalandırılmayacağına tereddüde düşer. Tereddüdünü yenmek için, ikinci bir neticenin daha gerçekleşmesini şart koşar.²⁰²

Suçun cezalandırılabilme unsuru bakımından kabul edilmiş olan bu şartların gerçekleşmemesi, maddî unsurlardan olan neticenin gerçekleşmemesi gibi, suçun teşekkülüne engel olur. Suçların cezalandırılabilme unsuruna tesir eden ve onu kaldıran sebeplerden olan, bizim şimdi *yasama bağışıklığı* dediğimiz *yasama mutlak dokunulmazlığının* bulunmaması da muhakeme şartı değildir, zira mutlak

²⁰⁰ *Dönmezer/Erman* (I, n. 460) takip şartlarının çift bünyesi olduğunu söylemekle, failin somut olarak cezalandırılmasını sağlaması dolayısı ile bu şartları bir bakıma Maddî Ceza Hukuku müessesesi saymaktadırlar. *Erem* (I, 196) de şikâyet ve izin gibi şartları Ceza Kanununun tatbikine mâni olduğu için maddî Ceza Hukuku müessesesi olarak kabul etmektedir.

²⁰¹ 8. CD, 18/4/86 tarihli kararında (İKİD 87/2, s. 4686) taşınmaz tecavüz suçundaki idarî işlemleri, yani birinci ve ikinci tecavüzlerden sonra ayrı ayrı soruşturma yapıp yasaklama kararı verilmesi işlemlerini muhakeme şartı saymış, bunun için kanunun 12’nci maddesinin emrediciliğine dayanmış ve şartın gerçekleşmesini beklemek için muhakemenin durdurulması kararı verilmeli demiştir. Bizce, yasaklama işlemi suçun unsurlarındandır. Zira 1984-3091 no.lu Kanunun 15’inci maddesi, yasaklamaya rağmen aynı kişinin 2. defa, diğerinin ise onun yararına 1. defa tecavüzünü suç saymaktadır. 1. yasaklama yapılmamışsa ortada suç yoktur ve muhakemenin durması değil, beraat kararı verilmelidir. Eksik olan 2. tecavüzün soruşturulması ve yasaklama kararı verilmesi ise, bunlar suçun ne unsuru ne de muhakemesi şartıdır. Kanunun emredici olması muhakeme şartı sayılmasını gerektirmez. Bu durumda suç oluşmuştur. İdarenin 2. tecavüz için soruşturması ve kararı olsa bile mahkeme suçun unsuru olan 2. tecavüzün 1.nin yasaklanmış olmasına rağmen yapılmasını bizzat araştırıp tespit edecektir. Nitekim olayda tespit etmiş, mahkûmiyet kararı vermiştir. Bu durumda idare ikinci tecavüz olmamıştır diyemeyeceğine göre, muhakemenin durması kararı bir işe yaramayacaktır.

²⁰² Cezalandırılabilme şartlarını teşkil eden neticeleri suçun maddî unsuru olan neticelerden ayırt etmek için objektifliğin zarurî ve kâfi olup olmamasına bakılır. Muhakeme şartlarından ayırmak için de suçun maddî unsuru olan fiilin ağırlığını göstermek için konulup konulmadığı araştırılır (*Kunter*: Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi, 1948, s. 192, 226 ve 240). Meselâ maddî hasarla sonuçlanan trafik kazalarında tarafların anlaşamaması mülga TCK 565’teki suçun cezalandırılabilme şartı niteliğinde idi. Suç ve Ceza Hukukuna ilişkin olan bu şartın kanunda “anlaşma halinde kovuşturma yapılmaz” diye bir muhakeme engeli ve dolayısı ile anlaşmanın muhakeme şartı gibi belirtilmiş olması (KTK 83/3), onu muhakeme şartı saymamıza sebep olmamalıdır. Kanunlardaki düzenlemeler gerçek niteliği tayinde bizi aldatmamalıdır. Bir hukukî kurumun niteliği, kanun koyucunun şöyle veya böyle belirtmesine, hatta açıkça kabul etmesine göre değil, sistem içindeki yerine ve diğer kurumlarla ilişkisine göre tayin edilmelidir. Hukuk biliminin kanun koyuculara yol göstermesi, kanunların üstüne çıkmakla sağlanabilir (*Kunter* 1948, 236).

dokunulmazlık, suçun bir unsurunu kaldıran ve dolayısı ile suçun teşekkülüne engel olan bir sebep olarak Suç Hukuku kurumudur.²⁰³

41. SUÇLUNUN CEZALANDIRILMASINA TESİR EDEN SEBEP ve CEZA MUHAKEMESİ ŞARTI.

Suçta tesir etmemekle beraber, failin cezalandırılmasına yani ceza sorumluluğuna tesir eden sebepler de vardır. Bunlar ceza sorumluluğu meselesi olarak *suçlu* bahsinin ve dolayısı ile *Suç Hukukunun* konusunu teşkil eder.²⁰⁴ Bunların muhakeme dışı hukuklarda, meselâ Ceza Kanununda ele alınması bu sebeple doğrudur. Doğru olmayan, bu hallerde çok defa *ceza dâvasını düşüren sebepten ve Devletin ceza vermek hakkının* düştüğünden söz edilmesidir. Ceza davasının düşmesi kabul edilse bile, bu bir Suç Hukuku Kurumunun Muhakeme Hukukundaki tesirinden başka bir şey değildir. Devletin ceza vermek hakkından söz edilmesi ise, *ceza davası açmak için ceza vermek hakkına sahip olmak veya hiç olmazsa bunu iddia etmek gerekir* yolu, benimsemediğimiz görüşlerin (No. 94, 95) sonucudur.

Ortada suç ve suçlu olmasına rağmen faile ceza verilmemesi demek olan sorumsuzluk sebeplerini, Muhakeme Hukuku bakımından sisteme bağlamak gereğini duyuyor ve bunları ceza davasını düşürüp düşürmediğine göre ikiye ayırıyoruz:

a) *Ceza davasını düşürmeyen, bir diğer söyleyişle muhakemenin ilerlemesine engel olmayan sorumsuzluk sebepleri.* Bu gruba, ceza verilip verilmeyeceği ancak muhakeme sonunda anlaşılacak haller girmelidir. Meselâ karşılıklı harekette kimin sebebiyet verdiği (TCK 129) ancak işin sonunda anlaşılır. Bu nedenle, muhakeme sonuna kadar devam edecek ve esas hakkında karar verilecek demektir. Bu karar da mahkûmiyet veya beraat olabilir (No. 483). Biz *cezanın düşürülmesi* de diyebileceğimiz *sorumsuzluk* kararının da eklenmesine taraftarız. Gerçekten bu hallerde eylemin suç, sanığın suçlu olduğu anlaşılmıştır. Sadece ceza verilmemektedir. Yeni Kanun (CMK 223/4), bu halde *ceza verilmesine yer olmadığı kararı* verileceğini hüküm altına almıştır.

Bunu beraat ile bir tutmak yersiz olur. Hatta bunu belli bakımlardan mahkûmiyetin bir çeşidi saymak mümkündür. Zira bu hallerde, sanık mahkûm olmuşçasına, meselâ muhakeme masraflarına (No. 492) hükmolunmalıdır. Nitekim CMK 328. maddesi ile bu esası kabul etmiştir. Buna karşılık, böyle bir karara dayanılarak meselâ ertelenmiş ceza yerine getirilmemelidir (No. 494 IV). Mahkûmiyetten farklı sonuçlar bu karara, meselâ sorumsuzluk gibi, ayrı bir ad verilmesini haklı göstermektedir. Kanun ayrıca sorumsuzluk kararı kabul etmediğinden, CMUK tatbikatında önce mahkûm edilmekte, sonra ceza düşürülmekte (No. 145), yani sorumsuzluk kararı cezanın düşürülmesi adı altında verilmekte idi.

b) *Ceza davasını düşüren sorumsuzluk sebepleri.* Bu gruba ceza verilmeyeceği muhakeme devam ederken de anlaşılabilen sebepler girmelidir. Bunlar meselâ, sanığın ölümü, genel af, dâva zamanaşımı²⁰⁵ ile (TCK 64, 65, 66), önödeme (No. 430)²⁰⁶ ve savcılık (CMK 253/8) ile, mahkeme tarafından yapılan uzlaştırmadır (CMK 254/2).

Onun için, bu sebepler ortaya çıkınca, dâva açılmışsa, düşmesine karar verilir. Nitekim Ceza Kanunu bu sebepleri “dava ve cezanın düşürülmesi” başlığı altında 4. bölümde ele almıştır. Fakat, “uzlaşmanın” 2006-5560 numaralı Kanun ile, düşme sebepleri arasından çıkarılması yerinde olmamıştır.

²⁰³ Kunter, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, 1949, 250.

²⁰⁴ Kunter, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, 1949, 255.

²⁰⁵ Dava zamanaşımını, metinde gösterilen nedenlerle, muhakeme şartı değildir (k-m: Yurtcan, No. 96, 265).

²⁰⁶ Önödeme Devletle suçlu arasında bir uzlaşma niteliğindedir. Bu uzlaşmaya göre suçlu belli bir para cezasını ödemekte, Devlet de ceza dâvası açmamakta, dolayısı ile o kişi hiç mahkûm olmamış sayılmaktadır. Bu uzlaşma, Kanuna uygun yapılması ve yeni delil ve olay çıkmaması şartlarına bağlıdır. Kanunlarımızda önödemenin dâva veya muhakeme şartı sayılmasına yol açabilecek düzenlemelere rastlanmaktadır (meselâ TCK 75). Biz, uzlaşmayı ceza muhakemesi şartı olarak kabul etmekle birlikte, önödeme dâva veya muhakeme şartı sayan görüşe (CGK 25/1/82 YKD 82/2 705; 9. CD 6/4/83 İKİD 84/1 2322) katılmıyoruz. Dâva açılmasına ve muhakeme yapılmasına engel olan her sebep muhakeme hukuku kurumu değildir. Muhakeme şartlarını benzerlerinden ayırmak gerekir. Önödeme, ölüm gibi genel af gibi ceza davasını düşürürse de, cezayı düşürdüğü için bir sorumsuzluk sebebidir ve suç hukuku kurumudur.

Ancak, davayı düşüren sebepler bunlardan ibaret değildir. Hırsızın oğul olması (TCK 167), yalancı tanığın hakikati söylemesi (TCK 274) halleri de bu gruba girer.²⁰⁷ Ancak, CMK sayılan hususları davayı düşüren sebep olarak kabul etmemiş, belirtilen hallerde CMK 223/4 ile “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu düşme²⁰⁸ sebepleri de muhakeme şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılmasında olduğu gibi muhakemenin devam etmesini ve mahkûmiyetle sonuçlanmasını önlerler; muhakemeye devam etmeden, “sanık lehinde bir karar” derhal verilebilecekse, buna engel olmazlar (No. 44, 45).

Dâvayı düşüren sebepler, suçları suç olmaktan çıkardığı veya suçluların ceza sorumluluğunu kaldırdığı için, ancak kanunla kabul edilebilir.²⁰⁹

Ceza dâvasını düşüren sebep, sadece failin cezalandırılmasını önler ve fiil suç olmakta devam eder. Böyle olmasaydı, düşme değil, beraat kararı verilmesi gerekirdi. Bu nedenledir ki düşme kararı verilmesi meselâ müsadere kararı verilmesine engel olmaz. Suç konusu eşyanın suçtan doğan zararlı veya tehlikeli sonucu doğurmakta devam etmesi böylece önlenir (No. 46, 493).

42. MÜSPET ve MENFİ ŞARTLAR.

Muhakeme şartları, müspet veya menfi olur. Davanın açılması ve muhakemenin devamı için ortada bir engel varsa, yol kapalı ise, bu engelin kalkması şart koşulmuş demektir. Böylece mevcut durumun değişmesi aranacağı için “müspet şart” bahis konusu olur. İzin verilmesi, yazılı şikâyetin bulunması gibi. Bazen da davanın açılması veya muhakemenin devamı için engel çıkmaması şart koşular. Muhakeme için kaide engel olmaması olduğuna ve burada engel çıkmaması istendiğine göre, mevcut kaide durumun devamı istenmektedir. Mevcut durumun değişmemesi arandığına göre “menfi şart” bahis konusudur. Meselâ, yargı bulunmaması (No. 65) veya aynı dâvaya bakılmakta olmaması (No. 66) menfi bir şarttır. Yargı yoksa veya başka dâva önce açılmamışsa şart gerçekleşmiş yani muhakeme için engel çıkmamış demektir.

43. CEZA MUHAKEMESİ ŞARTLARININ SINIFLANDIRILMASI.

Ceza muhakemesi şartları çeşitlidir. Bunları, tesirlerinin müspet veya menfi oluşuna göre sınıflandırmak mümkündür.²¹⁰ Biz, menfi tesirlerine bakarak dört sınıfa ayıracağız:

²⁰⁷ Bu halleri ilk dört basıdan farklı olarak bu gruba sokmamızın sebebi, bunların tespitinin, meselâ zamanaşımını tespitten sonuç bakımından farksız olmasıdır.

²⁰⁸ Dâvayı düşüren sorumsuzluk hallerinde ne karar verileceği sorunu, uygulamada Muhakeme Kanunu yerine Ceza Kanununun ilgili maddelerine bakılarak çözülmekteydi. Meselâ genel afta düşme yerine “dâvanın ortadan kaldırılması”, hırsızın oğul olması halinde “takibat icra olunmaması”, yalancı tanığın doğruyu söylemesinde “cezadan muafiyet” kararları verilmekte idi. 1973 de, Ceza Kanunundaki dâvanın düşmesi sebepleri varsa düşme kararı verileceği açıklandığından (CMUK 253) artık başka adli kararlar verilmemelidir. Eski alışkanlığın sürdüğü vardır (meselâ 3. CD 5/2/76 YKD 77, 578). CUMK 253 de açıklanmamış olmasına rağmen, meselâ hırsızın oğul olması halinde de eğer bu hal muhakemeye engel sayılıyorsa, sistem gereği, düşme kararı verilmelidir. Takibat icrasına mahal olmadığı kararı verilmesi (CGK 27/12/76 YKD 79, 114), bu karar Muhakeme Kanununda mahkemece verilebilecek kararlar arasında gösterilmediği için sistemsiz olduğu gibi, takibatı sanki hâkim yapıyormuş da artık yapmayacakmış gibi bir mana ifade ettiği için de yersizdir.

²⁰⁹ Maliye Bakanlığının, hatta Hükümetin bir tebliğ ile kovuşturulmaları geri almaya veya “terkine” yetkisi yoktur. Olsa olsa suç saydığı bazı eylemleri suç olmaktan çıkarır. Bu da lehte olduğu için (TCK 7) daha önceki eylemlerde de uygulanır. (Bunda da süreli kanun söz konusu olduğundan tereddüt caizdi). Bu nedenle, bu yoldaki tebliğ düşme (veya aynı anlamda “ortadan kaldırma”) sebebi sayılmamalı, suç olmaktan çıkarma niteliği kabul edilirse ona göre, meselâ iş sonuşturmada ise beraat kararı verilmelidir.

²¹⁰ Müspet tesirleri, yani gerçekleşmeleri halinde yapılabilecek muhakeme faaliyetleri bakımından, ceza muhakemesi şartlarını, 1) Her türlü muhakeme faaliyeti, 2) Sadece sonuşturmadaki muhakeme faaliyetleri, 3) Sadece sona ermiş muhakemenin tekrarlanması faaliyetleri, 4) Sadece talî ceza muhakemesi faaliyetleri için aranan şartlar diye dörde ayırmak mümkündür. Menfi tesirlerine, yani gerçekleşmemeleri halinde yapılamayacak olan muhakeme faaliyetine bakılarak, bir engel olarak gözükken ceza muhakemesi şartları 1) Her türlü muhakeme faaliyetine, 2) Sonuşturmadaki muhakeme faaliyetine, 3) Muhakemenin tekrarlanmasına, 4) Talî ceza muhakemesi yapılmasına engel olanlar diye yine dörde ayrılabilirler. Müspet ve menfi tesire göre yapılan sınıflandırmalarda sadece “yargı bulunmaması” ve “aynı dâvanın bakılmakta olmaması şartları” yer değiştirmekte ve müspet bakımın birinci sınıfında iken menfi bakımın üçüncü sınıfına girmektedirler. Üçüncü sınıflardaki “tekrarlama” bakımından da fark vardır. Birinci sınıflandırmada sadece sona ermiş muhakemenin tekrarlanması söz konusudur. Diğerinde ise öteki muhakemenin sona ermiş olmasına bakılmaz. Şartların gerçekleşmesi halinde muhakeme yapılmadığını bir kararla tesbit etmek gerektiğinden, menfi tesire göre yapılan sınıflandırma önemlidir. Mülga Kanunumuz, muhakeme şartlarını şu veya bu şekilde sınıflandırmak şöyle dursun, hattâ kovuşturma (tâkip) şartını dahi bir terim olarak kullanmış değildi. Mülga

1) *Gerçekleşmemesi her türlü muhakeme faaliyetine engel olan şartlar* (No. 46-62). Bu şartların gerçekleşmemesi halinde hiç kovuşturma ve dolayısı ile yargılama yapılamayacaktır. Sadece başlangıç soruşturması muameleleri (soruşturma evresindeki araştırmalar) yapılabilir (No. 42).

2) *Gerçekleşmemesi yalnız kovuşturma evresine engel olan şartlar* (No. 63, 64).

3) *Gerçekleşmemesi, sona ermiş olsun veya olmasın, muhakemenin tekrarlanmasına* (No. 522) *engel olan şartlar* (No. 65-67).

4) *Gerçekleşmemesi talî ceza muhakemesi yapılmasına engel olan şartlar*. Bu şartların gerçekleşmemesi halinde, sadece ilgili talî ceza muhakemesi, meselâ kanun yolu muhakemesi veya yasak hakların geri verilmesi muhakemesi yapılamayacaktır. Bazı talî ceza muhakemeleri bakımından kabul edilmiş olan bu şartlar²¹¹, talî ceza muhakemeleri incelenirken görülecektir (No. 492-573).

44. CEZA MUHAKEMESİ ŞARTLARININ SONUÇLARI.

I. Şartların gerçekleşmesinin veya gerçekleşmemesinin sonuçları.

Ceza muhakemesi şartları ceza muhakemesi faaliyetinin yapılabilmesi için kabul edilmiş şartlar olduğundan, bu şartlar gerçekleşince ceza muhakemesi faaliyeti yapılabilecek demektir. Bu şartların gerçekleşmemesinin sonucu da ceza muhakemesinin yapılamaması olacaktır. Bu sonuçlar aşağıda açıklanacaktır. Ancak, toplu olarak sonuçlar burada özetlenmiştir:

A. Kovuşturma başlamamışsa. Bizim “kovuşturma” kavramından anladığımız ile, CMK da düzenlenen “kovuşturma” kavramı farklıdır: biz “kuvvetli suç şüphesinin” bir şüpheliye yüklenmesinin, kovuşturma olduğunu söyleriz. Kanun ise, iddianamenin kabulü kararı verilmesini esas alır. Bu nedenle, bizce, gerçekleşmeyen şart, her türlü muhakeme faaliyetine engel olan şart ise, “kovuşturmaya” başlanamaz, yani bir kimseye suç isnat (No. 98) edilemez. Bu demektir ki, soruşturma evresinin “isnattan” önceki işlemlerinden oluşan “başlangıç soruşturması” yapılabilir (No. 45). Fakat bir kimseye suç isnat edildiğini gösterdiği için, meselâ asıl ceza davası açılmaz.

Bunun gibi, savcı, asıl ceza dâvası açmadan önce sanığın tutuklanması kararı vermesi için sulh hâkimine başvuramaz, yani teknik adı tutuklama dâvası olan talî ceza dâvasını da açamaz. Çünkü bu da bir kimseye suç isnat etmek demektir.

Aynı şekilde sanık sıfatı ile sorguyu çekilmesi için sulh hâkimliğine müracaat edemez, hattâ istisna olarak yetkili ise kendisi de sorguya çekemez. Meğerki belli bir şartta istisna kabul edilmiş olsun.

Kovuşturmaya başlamak, yani bir kimseye “suç isnadı manasına gelen bir işlemi” yapmak için, şartın gerçekleşmesi beklenmelidir. Şartın gerçekleşmeyeceği anlaşılırsa, “kovuşturmaya yer olmadığına dair karar” (kovuşturamama kararname) verilmelidir (No. 425). Şart belli bir suç bakımından bahis konusu ise, kovuşturmaya başlayacak makamın hukukî tavsifi esas tutulur.

B. “Kovuşturma” başlamış fakat asıl ceza dâvası açılmamışsa. “Kovuşturma” bizce, kuvvetli suç şüphesinin isnadı ile başladığı için, mesela kamu davası açılmadan önce tutuklama kararı verilirse, “kovuşturma” başlayabilir. Bu gibi hallerde şartın gerçekleşmediğini ve gerçekleşmeyeceğini gören savcı, henüz kamu dâvası açmamışsa, kovuşturmaya son verme kararname düzenlemelidir (No. 444). Daha önce talî ceza dâvası açmışsa, yargılama makamı bu dâvanın reddine karar vermelidir. Meselâ savcının tutuklama dâvasını, yani tutuklama kararı verilmesi isteğini sulh hâkimi reddetmelidir.

C. Asıl ceza dâvası açılmışsa, a) Yargılama makamının yapacağı hukukî tavsife göre (No. 296) şartın gerçekleşmediği görülürse, dâvanın kabule şayan olmadığına karar verilir.²¹² Bu karar uyuşmazlığı

CMUK 173. maddede “kamu davasının kabule şayan olmaması sebepleri” tâbiri geçmekte idi. Bu sebepler arasında kovuşturma şartlarının gerçekleşmemesi halleri de vardır (No. 450).

²¹¹ Meselâ itiraz dâvası süresinde açılmamışsa, sadece itiraz muhakemesi yapılamaz, asıl muhakeme devam eder.

²¹² İkinci basıda kullandığımız “dâvanın reddi kararı” (s. 54) yerine “dâvanın kabule şayan olmadığı kararı” demeyi tercih ettik. Kabul konusunun tam bir sistematiği henüz yapılmadığından çeşitli terimler kullanılmaktadır. “Dava şartlarının bulunmaması yüzünden dâvanın reddi” veya “dâvanın dinlenemeyeceği” kararı denildiği vardır (*Postacıoğlu*, 204, 231).

dolayısı ile dahi yargılamadığından (No. 145), yargı niteliğinde değildir ve şart gerçekleşirse aynı dava yeniden açılabilir.

b) Dâva kabule şayan görüldükten sonra, yargılama makamının²¹³ tavsifine göre şartın gerçekleşmesi gerektiği anlaşılır ve şartın da gerçekleşmediği görülürse, şartın niteliğine ve gerçekleşme imkânına göre üç şekilde hareket olunur:

aa) *Gerçekleşmemesi her türlü muhakeme faaliyetine engel olan muhakeme şartı* söz konusu ise ve şartın gerçekleşmesi imkânı varsa, muhakeme faaliyeti durur. Buna *muhakemenin durması* diyeceğiz. Muhakemenin durması geçicidir. Şart gerçekleştiğinde muhakeme faaliyeti durduğu yerden tekrar başlayacaktır.²¹⁴ Muhakemenin durması, daha önceki muhakeme muamelelerinin muteber olduğunu ve durma sebebi kalkınca muhakemenin durduğu yerden devam edeceğini ifade eder.²¹⁵ Durma sırasında, yani muhakemeye tekrar başlanması mümkün iken, bir düşme sebebi ortaya çıkarsa, düşme kararı verilmelidir (No. 45 II).²¹⁶

Şartın gerçekleşmesi imkânı yoksa, muhakeme faaliyetinin devamlı olarak duracağını ifade etmek üzere, yargılama isteğinin yani *dâvanın düşmesinden* bahsedilmektedir (No. 71).

bb) *Gerçekleşmemesi sadece kovuşturma yapılmasına engel olan şart* söz konusu ise, muhakeme şartının bulunmadığı görülünce, kovuşturma evresine geçilmeyecek, fakat kanun kabul etmişse ilksoruşturma yapılabilecektir. Kovuşturma evresi başlamışsa, yine gerçekleşme imkânının bulunup bulunmamasına göre, muhakemenin durması ve dâvanın düşmesi kararları verilir. Duran kovuşturma olduğundan, kovuşturmanın durması da denilebilecektir.

cc) *Gerçekleşmemesi sadece muhakemenin tekrarlanmasına engel olan şart* söz konusu ise, muhakeme şartının bulunmadığı görülünce açılan dava kabul edilmemeli, edilmişse sonradan reddolunmalıdır (No. 71). İlk dâvanın görülmesinde durma ve düşme ile meseleyi halletmek kabil olduğu halde, tekrarlama şartın gerçekleşmesi imkânı bulunmadığından düşme kararı verilmesi gerekirse de bu karar ilk yapılan muhakemeye tesir edebileceğinden, dâva önce kabul edilmemeli, edilmişse reddolunmalıdır.

çç) *Gerçekleşmemesi sadece tali ceza muhakemeleri bakımından engel olan şart* söz konusu ise, ilgili tali muhakeme bakımından olmak üzere, yukarıda görülen üç karardan biri verilmelidir.

Görülüyor ki ceza dâvası açılmış ve kabul edilmiş ise, *muhakemenin durması* ile *dâvanın düşmesi* veya *dâvanın reddi* ihtimalinden başkası düşünülemez. Dâvanın reddi de muhakemenin durmasının bir çeşididir. Ancak muhakemenin durmasından farklı olarak dâvanın reddolunmasından sonra muhakemeye devam olunabilecekse, dâvanın yeniden açılması lâzımdır.

II. Durma ve düşme sebepleri.

Durma ve düşme (No. 39, 41) sebepleri, asıl ceza dâvası dolayısı ile muhakeme faaliyeti ve bunlar arasında bilhassa yargılama faaliyeti yapılamaması için kabul edilmişlerdir. Bu sebepler, yargılama faaliyetinin devamına engel olurlar, yoksa faraza sebebin bulunduğunu tespit eden bir karar verilmesine veya sebebin olmadığı, verilen durma veya düşme kararının hatalı olduğu iddiasının tahkikine, yani kanun yolu dâvası üzerine muhakeme yapılmasına mâni olamazlar.

Bu sebeplerin mevcudiyeti halinde faaliyete başlamış olan yargılama makamları durma veya düşme kararı vereceklerdir. Yargılama makamı bulunulan evre veya aşamaya göre sanık aleyhine bir karar verebilecek hale gelmişse, bu aleyhe karar verilmemelidir (No. 146). Faraza kovuşturma evresinde mahkûmiyet kararı verilebilecek hale gelmiş olsa dahi, mahkûmiyet kararı verilmemelidir. Zira,

²¹³ Meselâ, yazılı şikâyet bulunmadığı halde iddianamede yazılı şikâyeti gerektiren bir madde gösterilerek dâva açılmış olsa da, mahkemenin tavsifine göre muhakemesi şikâyete bağlı olmayan bir suç bahis konusu ise, muhakemeye devam olunacaktır (4. CD 9/3/1954, *Çağlayan*, “66” II, 380).

²¹⁴ Başlamak, durma kararının geri alındığını gösterir. Açık bir karar gerekmez (1. CD 26/2/48 A. 246).

²¹⁵ K-m: 1. CD 12/4/1949. İHFM, 1949, 1280 (Yargıtay izne tâbi olduğu sonradan anlaşılan bir suç hakkında, evvelce başka bir tavsifle süresinde dâva açılmış olmasına rağmen süre şartının gerçekleşmediğini kabul etmekle önceki açma muamelesini muteber saymamıştır).

²¹⁶ CGK 20/4/1964 (*Çağlayan*, “66”. II, 372).

durma ve düşme sebeplerinin kabul edilmesi demek, muhakemenin yapılmamasının, neticede sanığın mahkûm olmamasının istenmesi demektir. Bu sebeplerin kabulü, sanığın beraat kararı ile temize çıkmasının istenmemesi demek değildir. Bunun içindir ki kovuşturma evresinde, tam beraat kararı verileceği sırada, bu sebeplerin bulunduğu anlaşılmaması, beraat kararı verilmesine mâni olmaz (No. 45 III).

Bu sebepler, durma ve düşme kararlarına karşı kanun yoluna gidilmesi halinde kanun yolu muhakemesi yapılmasına da engel olmazlar. Gerçekten durma veya düşme kararlarının hatalı olduğu, bu sebeplerin bulunmadığı iddia olunabilir. Bu sebepler belki hakikaten vardır. Fakat olmadığı yolunda bir iddia mevcut olduğuna ve bir kanun yolu dâvası açıldığına göre, kanun yolu muhakemesi yapılabilecektir. Neticede bu sebeplerin mevcut olduğu görülürse kanun yolu dâvası reddedilir, aksi takdirde aykırılıkların giderilmesi cihetine gidilir. Ancak kanun yoluna başka bakımlardan gidilmişse, durma veya düşme kararı verilmeliydi diye karar bozulabilir yani temyiz muhakemesi yapılabilir.

Durma ve düşme sebeplerinin kanun yolu muhakemesi sırasında ortaya çıkması halinde, kanun yolu yargılama makamı, kanun yolu muhakemesinin durması veya düşmesi gerekip gerekmeyeceğine bakarak bir karar vermelidir. Meselâ sebebin ortaya çıkması sırasında beraat kararı aleyhindeki temyiz dâvasının reddi gerektiği anlaşılmışsa, ret kararı verilmelidir.

Keza, müşahhas olayda kanun yolu muhakemesine tesir etmesi için ciddi bir sebep bulunmayan muhakeme şartlarının ilk defa bu muhakeme sırasında ortaya çıkması da kanun yolu muhakemesi yapılmasına engel olmamalıdır. Meselâ beraat veya düşme kararı aleyhindeki temyiz davası üzerine temyiz yargılaması yapılmalıdır (No. 538).

45. CEZA MUHAKEMESİ ŞARTLARININ SONUÇLARI BAKIMINDAN KANUNUMUZ.

I. Ceza davası bakımından.

Muhakeme şartlarının gerçekleşmesinin ve gerçekleşmemesinin sonuçları kanunumuzda sistemli bir şekilde düzenlenmiş değildir. Çeşitli şartlar için çeşitli sonuçlar gösterilmiştir. Kanunumuza göre dar manada ceza dâvasının muhakemesinde durum şudur:

A) *Kamu dâvası açılmamışsa*: Muhakeme şartının gerçekleşme imkânı yoksa savcı, “kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar” verecektir (CMK 172) (No. 425). Kovuşturma başlamışsa kovuşturmayaya son verme kararı verilmelidir (No. 444).

Şartın gerçekleşmesi beklenirken soruşturma evresinde sırasında ne yapılabiliyor ne yapılamayacağı sistemli bir şekilde incelenmemiştir. Bu nedenle kanunlar da dağınık ve sistemsiz bir iki düzenlemeden ileri gidememişlerdir. Örneğin, yasama dokunulmazlığı kalkmadan yakalama ve tutuklama yapılamaz (No. 53). Küçüklere ve kendilerini idare edemeyenlere karşı işlenen suçüstü fiillerde şikâyet bekleninceye kadar yakalama ve dolayısı ile tutuklama mümkündür (CMK 90/3) (No. 377, 365). Bu gibi istisnalar dışında bir gün kaide bizce şudur: Suç isnadı mahiyetinde olan, yani kovuşturmayı başlatan işlemler yapılamayacağına göre, kısa soruşturmaya geçilemeyecek, sadece başlangıç soruşturması işlemleri yapılabilecek demektir.²¹⁷ Kısa soruşturma başladıktan sonra muhakemenin şarta bağlı olduğu ve şartın gerçekleşebileceği görülürse, kısa soruşturma durdurulacaktır.²¹⁸ Yani, sanığa suç isnat eden yeni işlemler yapılamayacak, eskilerinin de hükmü devam etmeyecektir. Mesela tutuklu sanık salıverilecektir. Kısa soruşturmanın durmasından sonra, başlangıç soruşturmasına ait işlemler yapılabilecektir.

B) *İddianamenin kabulü aşamasında ve kamu davası açıldıktan sonra*: İddianamenin kabulü aşamasında, mahkeme “iddianamenin iadesi kararı” (CMK 174) verir.²¹⁹ Kovuşturma evresinde ise,

²¹⁷ Ancak başlangıç soruşturmasında dahi özel durumu gereğince istisna olarak yapılamayacak işlemler vardır. Mesela tanıklıktan çekinme yetkisi olanlar hakkında, aranan eşyayı göstermeleri veya beyanda bulunmaları için zorlama tutuklaması uygulanamaz (CMK 63, 87) (No. 374).

²¹⁸ Bu durumda dava açık muhakemenin durması kararını almaya gerek yoktur. Kanunda açıkça belirtilmiş olmasa da soruşturma evresini durdurmak hem imkânsız değildir hem de dava açmaya göre sanığın daha lehindedir. Uzun süre durmalarda dava açmanın unutulması tehlikesi ise, muhakemenin durmasında da vardır.

²¹⁹ Kanun ret sebebinin aynı konuda aynı sanık için evvelce açılmış dava varsa diye ifade etmiştir.

duruşma henüz başlamamışsa, mahkeme duruşma harici bir ara kararla, “davanın düşmesine” (CMK 223/8) karar verir. Türk Ceza Kanunu’nda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde davanın düşmesine karar verilir. Soruşturma veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, itiraz edilebilecek bir şekilde durma kararı verilir (CMK 223/8).^{93.1} Meselâ mülga Basın Kanunu’nda süresinde açılmayan dâva dinlenmez denildiği için mahkemelerin duruşmada verdikleri “kamu dâvasının dinlenmemesi kararı”²²⁰ mahiyeti itibariyle düşme kararı idi. Ancak, derhal beraat kararı verilebilecek hallerde, durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez (CMK 223/9).

Kanaatimizce sistemli bir şekilde hareket edilmeli, mahiyeti aynı olan kararlara aynı ad verilmelidir. Nitekim biz şartların gerçekleşmemesi halinde verilecek kararları, “davanın kabule şayan olmaması”, “muhakemenin durması”, “dâvanın düşmesi” ve “dâvanın reddi” olarak dört ad altında tetkik edeceğiz. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, kovuşturma evresinin sonunda verilen kararları muhakeme şartı bakımından “durma”, “düşme” ve “ret” olarak sisteme bağladığından, artık kanunlardaki eski farklı adlara bakılmayacağını umarız. Durma sebebi kalkınca, yani aranan şart gerçekleşince ne karar verileceği de kanunumuzda gösterilmemiştir. Muhakemenin devamına karar verilmelidir. Bu karar, verilmiş olan durma kararının geri alındığını göstereceğinden, açıkça geri alma kararı vermeğe ihtiyaç yoktur (No. 71). Mahkemeler, içtihat yolu ile kanunların systemsizliğini düzelterek yerde, varsa, kanunlardaki terimlerin kullanılması yoluna gitmişlerdir.²²¹ Duruşma başladıktan sonra, kısa zaman içinde şartın gerçekleşme olasılığı varsa, “duruşmaya ara verme” kararı da (CMK 190; StPO 228) verilebilir. Muhakeme şartı gerçekleşmemişse, kovuşturma yapılması açısından bir “engel” oluşmuştur. Bu engel kalıcı nitelikte ise, mahkeme esas hakkında bir karar veremez.

II. Düşürücü sebepler bakımından.

Biri durdurucu, diğeri düşürücü iki sebep birlikte varsa, düşme kararı verilmelidir.²²² Çünkü durma sebebi ilerde muhakeme yapılabilmesini mümkün kılmaktadır. Halbuki düşme sebebi bu imkânı da ortadan kaldırmaktadır.

III. Sanık lehine hallerde.

Sanık lehine bir karar verilecek hale geldiği zaman şartın gerçekleşmediği anlaşılırsa, durma veya düşme kararı yerine bu lehte karar verilmelidir (CMK 223/9) (No. 39, 41, 42).

Bu ilke 1973 de kanuna da girmiştir: “Derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma veya düşme kararı verilemez” (CMK 223/9).²²³ Muhakemeye, müdafaa için de devam edilemez.²²⁴

^{93.1} İlk soruşturmanın 1985 de kaldırılmasından 2005 yılına kadar, kamu dâvası açılmışsa kovuşturma evresine geçilmiş olunuyordu. Ancak, 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK 175, kamu davasının iddianamenin kabulü kararının verilmesi ile açılacağını kabul etmekle, bir tür “ara soruşturma” (*Zwischenverfahren*) yaratmış oldu. İddianamenin düzenlenmesi ile kamu davasının açılmış olması gerekir. Bu an (CMK 170) ile, iddianamenin kabulü kararı verilmesi (CMK 175) arasında kalan bu evrede mahkeme, şartın gerçekleşmesini beklemek üzere “muhakemenin durması”, gerçekleşmeyecekse, “dâvanın düşmesi” muhakemenin tekrarlanması şartı gerçekleşmemişse “dâvanın reddi” kararı (CMK 223/8) verebilmelidir. Kanunumuzda bazı hallerde ne karar verileceğinin gösterilmemiş olması meseleler çıkmasını önlememiş ve mahkemeler bu meseleleri halletmek zorunda kalmıştır. Meselâ kovuşturma evresinde sanığın gaip olması halinde de durma kararı verilmektedir. Keza yargı bulunması halinde tatbikatta “yeniden karar ittihazına mahal olmadığı” kararı verilmekte idi ki, bu da mahiyeti itibariyle ikinci dâvanın reddi kararından başka bir şey değildi.

2004.5187 numaralı yeni Basın Kanunu’nun 26. maddesi de günlük süreli yayınlarda 2 ay, diğer basılmış eserlerde 4 ay içinde dava açılmasını “zorunlu” kılmıştır. Süresinde açılmayan davalarda verilecek karar açıkça belirtilmediğinden, genel hükümler uygulanmalıdır.

²²⁰ 1. CD 12/4/1949 İHFM 1949, 1280.

²²¹ İçBK: 10/6/1931.

²²² 4. CD 22/10/1962, *Çağlayan* (66), II, 373.

²²³ Hâlâ, düşme yerine beraat kararı verilmesini aykırı bulanlar (2. CD 10/3/76 YKD 77, 573) nedense var.

²²⁴ “Müdafaa yapılabilir durumda ise yapılmalı, meselâ sanık başka yerde olduğunu ispat edebilmeli” tezi (*Tosun*, I, 256) durma veya düşmenin yeni işlemler yapmamak temeline aykırıdır. Muhakeme şarta bağlanınca, şu veya bu unsurun meselâ müdafaa değil, muhakemenin bütünü şarta bağlanmış olduğundan, sadece müdafaa söz konusu imiş gibi, “müdafaa

Yukarıda ceza muhakemesi şartlarının hukuki niteliğini genel olarak açıkladıktan sonra bu şartların incelenmesine geçtiğimizde;

46. ASIL CEZA DAVASININ SÜRESİNDE AÇILMASI.

Asıl ceza dâvasının²²⁵ açılması için süre konulduğu vardır.²²⁶ Bu hallerde davanın süresi içinde açılması şarttır.

Basın Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca basılmış eserler veya internet haber siteleri yoluyla işlenen suçlarda, günlük süreli yayınlar ve internet haber siteleri yönünden *dört ay*, diğer basılmış eserlerde *altı ay* içinde ceza davası açılması zorunludur. Süreler basılmış eserlerin C. Başsavcılığına teslim edildiği, internet haber siteleri için ise, habere ilişkin suç ihbarının yapıldığı tarihten başlar (m. 26/2).²²⁷ Asıl ceza dâvası bakımından süre şartına, seçimin bittiği tarihten itibaren 6 ay olarak seçim suçlarında²²⁸ rastlamaktadır.

Dâva süreleri kaide olarak suçun işlendiği²²⁹ tarihten başlamakla beraber, suçun kovuşturulması şikâyete bağlı ise, hangi kanunda olursa olsun, Basın Kanunundaki hüküm kıyas yolu ile uygulanmalı, yani süre şikâyet hakkının başlaması tarihinden başlatılmalı, dâva açılması izin alınmasına bağlı ise, süre en çok 1 ay durmalıdır.²³⁰

Bu süre, suç teşkil eden her eylem için ayrı hesaplanmalıdır. Meselâ süresi içinde davası açılmamış bir kitap tekrar basılırsa yeni bir suç işlenmiş olacağından yeni süre başlamalıdır.

47. ŞİKÂYET.

I. Şikâyet kavramı.

Belli suçlardan zarar görenlerin ceza kovuşturmasının muhtemel sakıncalarına karşı korunmaları amacı ile bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma, dolayısı ile muhakemesi yapılabilmesi için kanunla konulmuş olan bir engelin kaldırılması şart koşulmuş ve bu engeli kaldırma işlemine *şikâyet*

şarta bağlanamaz" denilemez. Böyle diyen *Tosun*'un (I, 256) verdiği örnek de tezimizi destekliyor. Hâkim beraat kararı verecek idiyse müdafaaaya gerek yok. Müdafaa gerekiyorsa, beraat söz konusu değil ki mülga CMUK 253/6 uygulanabilsin.

²²⁵ Maksat aynı eylem için ceza davasının açılmasıdır. Bu nedenle açılmayacak iken açılmış olan şahsi dava bir süreden sonra da kamu davasına dönüşüyordu. Kovuşturmanın bütünlüğü de (No. 100) bunu gerektirir.

²²⁶ Mülga Ceza Kanununun 490. maddesindeki süre, çok defa (son bir örnek için Bkz. 2. CD 11/3/87 YKD 87/6 945) sanıldığı aksine, dâva açma süresi olmayıp zamanaşımı süresidir (*Kunter*: Hakaret ve Söğme Suçlarında Dava Müruruzamanı, Prof. Tahir Taner'e Armağan, İstanbul 1956, s. 35).

²²⁷ Basın K. 35. *Gürelli* (Basın Suçlarında Hususî Usul, 1958, 4 ve 48), kanunumuzun sistemini doğru bulmaktadır. Süre koymamanın basın hürriyetine zarar verebileceği görüşüne (*Erman/Özek*, 152) katılmıyoruz. Hele bu süre, sadece gazeteciye beyanda bulunan kişi hakkında açılan dâvada yani haberi yazan ve sorumlu müdür hakkında bir dâva sözkonusu olmadığında uygulanırsa (4. CD 19/4/79 2305-2269. Yayınlanmayan bu kararda "yerinde görülmeyen temyiz itirazı" denildiğinden bu cihet anlaşılılmamaktadır) basın hürriyetini korumadan söz edilemez. Nitekim İtalya'da ve İsviçre'de basın suçlarından dolayı dâva süresi kabul edilmemiştir. Fransa'da sadece Basın Kanunu'nda yazılı suçlara münhasır bir süre kabul edilmiştir. Bizde de Fransa'daki hükmün örnek tutulması uygun olacağı mütalâasındayız. Yazarı aleyhindeki dâva Basın Kanunu'na göre süresi geçtiği için düşürülmesine rağmen, kitabın komünizm propagandası maksadı ile başkalarının dağıtılmasının basın suçu olmayan ayrı bir suç oluşturacağı yolundaki kararı (CGK 25/2/80 YKD 80, 1143), bu doğrultuda görmekteyiz. Kaldı ki fiilin cezalandırılması ile failin cezalandırılması farklı şeyler olduklarından, Basın Kanunundaki sürenin geçirilmesi sadece ceza davasını düşürerek failin cezalandırılmasını önlediğinden, fiilin suç olmakta devam ettiği ve suç konusu basılmış eserin müsadere edilebileceği unutulmamalı ve basılmış eserin zarar veya tehlike sonucunu doğurmakta devam etmesine müsaade olunmamalıdır.

²²⁸ Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanuna göre, seçim suçlarından doğan kamu dâvası, seçimin bittiği tarihten itibaren 6 ay içinde açılmadığı takdirde kovuşturma yapılamaz. Kamu dâvası açılması izin veya karar alınmasına bağlı olan suçlarda, izin veya karar alınması için yapılan müracaat tarihi ile izin veya kararın verildiği tarih arasında geçen süre dâva süresi hesabına katılmaz. Ancak bu süre üç ayı geçemez (1961-298 sK, 180).

²²⁹ İstisnalar da vardır. Meselâ seçim suçlarında seçimin bitmesinden başlar. Bu seçim, aday seçimi değil, asıl seçimdir (7. CD 8/6/78 YKD 78, 1762).

²³⁰ Yasama dokunulmazlığı sadece yargılamaya engeldir. Dâva, açılabilir. Bu nedenle, devre sonunda yargılamayı sağlamak üzere, süre içinde dâva açılmalıdır.

(*plainte, querela, Antragsdelikte*) adı verilmiştir.²³¹ Suçtan zarar gören, “soruşturma ve kovuşturma yapılmasında sakınca görmüyorum” derse veya bu anlama gelen bir tâbir kullanırsa, bir kelime ile şikâyet ederse, engel kalkacaktır.

Şikâyete bağlı bir suçtan zarar gören, kamu davası açılmasında sakınca görmediğini ilgili makamlara belirtmesiyle de şikâyet şartını gerçekleştirmektedir. Sakınca görmediğini belirtme, ya çok defa olduğu gibi, bu suçların işlendiğini bildirmek ya da o makamların sorması üzerine cevap vermek şeklinde olur.²³²

Şikâyet belli kayıt ve şartlara bağlanmıştır. Şikâyete bağlı bir suçun bildirilmesi bu kayıt ve şartlara uymuyorsa, şikâyet adı altında yapılmış olsa dahi, “ihbar” niteliğindedir. Şikâyete bağlı olmayan suçlarda kovuşturma ile yetkili makam kendiliğinden (re’sen) kamu dâvasını açabildiğinden, bu suçlardan zarar görenin bildirmesi de şikâyet adı altında yapılmış olsa dahi, ihbar niteliğindedir. Bu nedenle bu bildirmenin meselâ şikâyet süresi içinde yapılması aranmaz.

Şikâyet çok defa sanıldığı gibi aksine, sadece dâva açılması için aranan şart olmayıp, dâva açıldıktan sonra da gerçekleşebilen dar manada ceza muhakemesi şartı²³³ olup, gerçekleşmemesi her türlü muhakeme faaliyetine engel olur.²³⁴ Şikâyet şartı gerçekleşmemişse kamu dâvası açılmaz. Savcının şikâyet gerektirmeyen bir suç olarak tavsif etmesi yüzünden kamu dâvası açması halinde, yargılama makamının eylemi şikâyeti gerektiren bir suç olarak tavsif etmesi üzerine, muhakeme faaliyetine devam edebilmek için, şartın gerçekleşebilip gerçekleşmeyeceğine bakılır. Gerçekleşmeyecekse dâva düşürülür, gerçekleşebilecekse, süre sonuna kadar beklenir, yani muhakeme durdurulur (No. 44).

Görülüyor ki şikâyet kamu dâvası açılmasından sonra da söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle, bir eylemden zarar gören kişi, kamu dâvasının yürütülmesini istiyorsa, bu dâvanın açılmış olmasına güvenmeyip, mahkemenin şikâyeti gerektiren bir suç olarak tavsifi ihtimaline karşı, süresinde şikâyetçi olduğunu bildirmelidir.²³⁵

²³¹ Kanunlarda aynı terimin farklı anlamlarda kullanıldığı vardır. Meselâ İİK 16’daki şikâyet cezadaki şikâyetten farklı olup, İcra ve İflâs Dairelerinin yaptıkları işlemlerden dolayı icra mahkemesi dâva açma anlamındadır. İİK 62’deki itiraz da, ceza kararına itirazda olduğu gibi, kanun yolu itiraz olmayıp karşı gelme anlamındadır.

²³² Şikâyet belli bir suçtan zarar görenin ceza dâvası açılmasında sakınca görmediğini belirtmesi, yani muvafakat etmesi olduğuna göre, şikâyetten ayrı muvafakat adlı bir şarta ihtiyaç yoktur. Kanunlarımızdaki eski durum için 1. basıya bakınız (s. 61).

²³³ Şikâyetin Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından bir şart olmadığını, Suç Hukuku kurumu olduğunu savunanlar vardır. *Tosun*, bir yandan “şikâyet yapılmadan suç tamam” diyerek şikâyeti muhakeme hukuku kurumu sayanların görüşünü kuvvetli bulmakta (I. 223), bir yandan da şikâyet ile süresini birbirinden ayırmakta ve şikâyet süresini muhakeme hukuku kurumu kabul etmekte, şikâyetin kendisinin ise suçun tehlikelilik unsuru dolayısı ile ceza hukukunu ilgilendirdiğini ileri sürmektedir (I. 224).

²³⁴ Fikrî içtimada (TCK 44), ihlâl olunan hükümlerden ağırı şikâyete bağlı, hafifi değilse, şikâyet gerçekleşmediğinde haffin cezası verilir. Bunda tereddüt edilemez. Kaldı ki hakikî içtimada da sonuç farksızdır. Ancak şikâyet gerçekleştiğinde en ağır suçun cezasının verilmesi ile yetinilmesi için verilen örneğin, Kanunumuzda düzenlenen fikrî içtima durumunu aksettirmesi gerekir. 7. basıda verdiğimiz mülga TCK 565 örneğini, isabetsizliğinin farkına vardığımızdan tekrar etmedik. Gerçekten Kanunumuza göre fikrî içtimanın şartlarından biri, hareketin değil, “fiilin” yani hareketin tabii âlemden meydana getirdiği olay anlamına “neticenin” (*Kunter*: Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1954, s. 104) tek olmasıdır (*Kunter*: Fikrî İçtima Sebebi ile Suçların Birleştirilmesi, İHFM “14” s. 365). Mülga TCK 565’teki suçun neticesi, tehlikeli surette otomobilin kullanılmış olmasıdır. Mülga TCK 455 ve 459 da ise, taksirle bir kimsenin ölmesi veya yaralanmasıdır. Bunların farklılığı açık olduğuna göre fikrî içtima durumu yoktur ve şartları varsa her ikisinin de cezası verilmelidir. Bizde “hareket” ile “fiil” ayrımına çok defa dikkat edilmediğinden, farklı görüşlere ve bocalamalara rastlanmaktadır. Fakat çoğunlukta olan görüşün, fikrî içtima uygulanması yolunda olduğu, yani harekete bakıldığı söylenebilir. Mülga TCK 565 ile verilen cezanın kesinleşmesi halinde mülga TCK 459’dan dolayı yargılama yapılabilmesi için kesin cezanın ortadan kaldırılmasının kabul edilmeyişi (CGK 22/2/76 YKD 76/6 895) ve ikinci suçtan yargılamaya müsaade edilişi de çok defa sanıldığı gibi aksine, bizce fikrî içtima kabul edilmediğini göstermektedir. Şikâyet şartı gerçekleşince, ikinci ağır suçun cezasız kalmaması için birinci suçtan verilip kesinleşen cezanın kaldırılması gibi “*ne bis in idem*” ilkesini hiçe sayan bir kararın, hem de Adalet Bakanlığının istemesi üzerine verilmesine (2. CD 28/11/80 İKİD 81, 202), bu durumda hatalı olarak fikrî içtima durumunun kabul edilmiş olması yol açmıştır. Hakikî içtima olsa, böyle kaldırmaya ihtiyaç duyulmayacaktı. Hatta denilebilir ki gerek Adalet Bakanlığının gerek Yargıtay’ın bu çözümde “*ne bis in idem*” bakımından sakınca görmemeleri, ortada bir değil iki fiil olduğunu sezdiklerini, fikrî içtima kabul edip etmemekte bocaladıklarını, bir yandan kabul ederken, bir yandan etmediklerini göstermektedir (No. 571).

²³⁵ Bu çözümü, kanuna uygun da olsa, (4. CD 4/3/86 YKD 87/6/948) haklı bulmağa imkân yoktur. Meselâ kendisine hakaret eden memur hakkında, savcının mülga CK 266 ile kamu dâvasını açtığını gören kişi, mahkemenin suç mülga TCK’nın 482, 273 maddelerine sokacağını tahmin edemeyeceği için, ayrıca şikâyet etmemekte hiç de haksız değildir. Şikâyet süresi geçti

Güvenlik tedbiri muhakemesinde genellikle şikâyet aranmaz. Meselâ mülga Çocuk Mahkemesi Kanunu, bu mahkemelerde görülecek davalara şikâyet geri alınsa da bakılacağını, ancak suç sabit görüldüğünde ceza verilemeyeceğini, emniyet tedbiri uygulanabileceğini açıklamıştı (No. 488) (ÇMK 24). 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu bu konuda hüküm içermemektedir.

Şikâyetin gayesi zamanla değişmiştir. İlk zamanlarda gaye, belli suçlarda sanığın cezalandırılmasını isteyip istemediğini zarar görene sormaktı. Sonraları suçluyu cezalandırmanın Devlet işi olduğu anlaşılınca bu gayenin yerini, suçtan zarar göreni korumak aldı.

Gerçekten, bazı suçlarda faili cezalandırılm derken, dâva açmakla suçtan zarar görenin daha fazla zarar görmesine sebep olabiliriz. Hakarete uğrayan kimsenin zararı, dâva açıldığı zaman, bu hususların herkes tarafından öğrenilmesi yüzünden, artabilir. Onun içindir ki kanun, böyle suçlarda ceza dâvası açılmasında sakınca görüp görmediğini, bir diğer söyleyişle, dâva açılmasını isteyip istemediğini suçtan zarar gören şahıstan sorar. Bu şahıs *görmüyorum* veya *istiyorum* derse, şikâyet etmiş demektir ve dâva açılabilir.²³⁶

Anayasaya göre, şikâyet bir haktır (AY 74/1) ve her suçta mümkündür. Fakat her suçun muhakemesi için şart koşulmamıştır. TCK *şikâyet* hakkını düzenlerken, soruşturulması ve kovuşturulması ve cezalandırılması şikâyete bağlı suçlar olmak üzere, üç ayrı kategori oluşturmuştur. Soruşturma ve kovuşturma birlikte *muhakemeyi* oluştururlar. Bu nedenle *muhakemesi şikâyete bağlı suç* terimi, soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı olan suçları karşılamaktadır. Ayrıca belirtilen bazı suçlarda ise, sadece *kovuşturma* şikâyete bağlı tutulmuştur. Bu suçlarda araştırma ve soruşturma yapılabilmesi için, şikâyete gerek yoktur.

Muhakemesi şikâyete bağlı tutulan suçlar istisnayı teşkil ettikleri için, kanunlarda birer birer gösterilmişlerdir. Bu suçlarda suçtan zarar görenin ek zarara uğramamasındaki toplumsal fayda, suçlunun cezalandırılmasındaki toplumsal faydadan üstündür. Suçlunun cezalandırılmasındaki toplumsal fayda daha fazla olursa, muhakeme şikâyete bağlanmaz. Örneğin nitelikli cinsel saldırı suçunda durum böyledir.

Şikâyetin bazı suçlarda muhakeme şartı olarak kabulünü başka türlü anlayanlar da vardır. Bazıları şikâyeti, suçtan zarar görenin şahsî zararının, suçtan doğan kamu zararından fazla olması ile, bazıları da bu suçların daha çok aleyhlerine suç işlenen şahısları alâkadar etmesi ile izah ederler. Bu görüşler, suçların kamu suçları ve özel suçlar diye ikiye ayrıldığı eski devirlerin kalıntılarıdır.²³⁷ Bugün bütün suçlar kamu suçlarıdır. Bugün her suçtan toplumun zarar gördüğü kabul olunmaktadır. Ancak ferдин suçtan gördüğü zarar da muhakeme yüzünden arttırılmamalıdır. Şikâyet şartı ancak bu suretle haklı bir şekilde izah olunabilir.²³⁸

Şikâyet ile mülga CMUK 344. maddesinde düzenlenen şahsî dâva da ayrı şeylerdi. Yeni CMK, “şahsi dava” kurumunu kabul etmemiştir.

diye suçlunun cezadan kurtulması için de haklı bir sebep yoktur. Bu nedenle bu gibi hallerde, suçtan zarar gören şikâyetçi olmadığını daha önce açıkça bildirmemiş olmak şartı ile, şikâyet süresini mahkemenin yeni tavsifinden başlatan bir kanun değişikliğine ihtiyaç görmekteyiz.

²³⁶ Tafsilât için Bk. *Kunter* 1949, s. 247.

²³⁷ Anayasa Mahkemesinin 28.4.1998 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 25.10.1994 tarih ve E. 1994/2, K. 1994/76 sayılı kararında, askeri suçların şikâyete bağlı olmadığı kuralını koyan 1930/1632 AsCK m. 48, bend (A)’nın Anayasanın *eşitlik ilkesini* koyan 10. maddesine aykırı olup olmadığı hususu tartışılmıştır. Askeri suçların cezalandırılmasında korunan yararın, kişisel yarara üstün tutulduğu, kanun koyucunun suçun önemini, ağırlığını ve çevredeki tepkilerini göz önünde tutarak askerliği saygınlık ve onuruna yönelik bir eylemin kovuşturulması için şikâyet şartının aranmamasının «kamu yararı amacına» dayandığı, kararda vurgulanmıştır. (25.10.1994 tarihinde verilen kararın, 28.4.1998’de yayımlandığına dikkat edilmelidir.)

²³⁸ *Tosun* (I. 220), şikâyeti, biri suçun önemli görülmemesi, diğeri toplumdan çok kişiyi ilgilendirmesi olan iki sebebe dayandırmaktadır. Böylece eski ve yeni amaçlar bir araya getirilir gibi olmaktadır. Toplum suçu önemli saymıyorsa, o fiil suç sayılmamalı. Hem suç saymak hem toplumca önemsiz demek, eski devirlerin kamu suçları ve özel suç ayırımına dönmek olmaz mı? (No. 111) Kaldı ki şikâyet ile şahsî dâvayı aynı nedenlere bağlamak, bu ikisinin arasındaki farkı gözden kaçırmak olmuyor mu? Diğer taraftan toplumdan çok kişiyi ilgilendirme de çağdaş amacı tam ifade etmiyor. Mesele, suçun suç olarak toplumdan çok kişiyi ilgilendirmesi değil, suçun kovuşturulmasının suçtan zarar gören kişileri farklı biçimde ilgilendirmesi. Bunu açıkça belirtmek gerekir.

Şikâyet şartı suç bakımından aranmakla beraber, suçluya bakıldığı da vardır. Meselâ hırsızlık suçu genel olarak şikâyete bağlı bir suç değildir. Ancak hırsız, aynı konutta yaşayan kardeş ise şikâyet şartı aranmaktadır (TCK 167).

II. Şekilde serbestlik.

Şikâyetin belli bir formülü yoktur. Şikâyet, suç teşkil eden eylemden zarar görenin bu eylemden dolayı kamu dâvası açılmasına ve ceza muhakemesi yapılmasına muvafakat etmesi demek olduğuna göre *şikâyetçiyim, davacıyım, cezalandırılmasını isterim* gibi herhangi bir tabir kullanılabilir. Bu nedenle, kamu dâvasına katılınması²³⁹, aynı zamanda şikâyet anlamına gelir. Hattâ “ihbar ediyorum” denilmesi yeter²⁴⁰, zira yetkili mercilere ihbar, ceza dâvasının açılması gayesi ile yapılır (No. 419).

Şikâyetin konusu, muvafakat edilen kamu dâvasının konusudur, yani belli bir suç teşkil ettiği sanılan bir belli olaydır, bir diğer söyleyişle, yargılanacak uyuşmazlığın konusu olan olaydır.

Zarar gören kimse, şu veya bu adı taşıyan suçtan değil, belli bir olaydan bir kimsenin kendisine zarar veren belli bir eyleminden şikâyetçidir.²⁴¹ Olayın hukukî adını koymak ona değil yargılama makamlarına düşer.²⁴²

Diğer taraftan, şikâyet, olayın gizli kalması istenmediği manasına da geldiğinden, hangi olaya taallük eylediğini tayin hususunda, gizli kalabilip kalamamaya da bakılmalı, muhakemede gizli kalamayacak noktaların da şikâyet edilen olaya dahil olduğu kabul edilmelidir.²⁴³

III. Yazılı şekil şartı.

Şikâyet yazılı değilse tutanağa geçirilerek yazılı hale getirilir. Şikâyet yazılı olarak yapılır. Kaide budur. Hatta bunun içindir ki 151. maddenin sonuna Ankara’da eklenmiş olan “Ceza Kanununda yazılı şikâyet ve şahsî iddia tabirleri bir olup aynı hükümlere tâbidir” fıkrasını açıklamak üzere, Ceza Kanunu 1933 yılında değiştirilirken, Ceza Kanunundaki şikâyet ve şikâyetname ve şahsî iddia²⁴⁴ tabirleri kaldırılmış, yerlerine *yazılı şikâyet* konulmuştur.²⁴⁵ Şikâyetin yazılı olması demek, bir dilekçe verilmesi demektir (No. 269, 270). Ceza Muhakemesi Kanunu ile Valilik, Kaymakamlık, elçilik ve konsolosluklar ile belli koşullarla kurum ve kuruluşlar da sözlü şikâyeti tutanağa geçirmesi kabul edilmiştir (CMK 158/5). Yazılı kaidesinin istisnaları da vardı.²⁴⁶ Yeni sistem (CMK 160) kolluğun C. Savcısının yazılı

²³⁹ 5. CD 14/1/85 İKİD 85/2 3151.

²⁴⁰ Nitekim tatbikatta zarar görenin ihbar dilekçesinin, şikâyet dilekçesi sayıldığı vardır (CGK 14/1/35 14/14; CD 25/1/57, C. II, 47; *Erem* 5. basıya kadar (s. 260) karşı-mütalâayı benimsemişti. Kovuşturma yapılmasını istemek de şikâyet sayılmıştır (4. CD 16/9/86 YKD 87/8, 1244).

²⁴¹ *Battagliani*: Il diritto di querela, 1939, s. 93.

²⁴² Meselâ ayakkabıların alınıp verilmemesi olayından hırsızlık diye bahsedilmiş olsa dahi, yapılan şikâyet hırsızlıktandır, emniyeti kötüye kullanmadan değildir denemez (CGK 9/1/1950 436-27; *Kunter*: Şikâyetin Mevzuu, İHFM, 1950/461).

²⁴³ Meselâ evde kimse yokken hırsızlıktan şikâyet edilmesi, konuta dokunmadan şikâyet sayılır (CGK 3/4/50 A. 258). Keza fail aynı zamanda döğmüş ve hakaret etmiştir. Şikâyetçi de beni döğen falancadan şikâyetçiyim demişse maksadının sadece döğmek noktasına münhasır olmadığı kabul olunmalıdır (k-m: CGK 5/10/59, Ç. II, 46).

²⁴⁴ Mülga Ceza Kanununu değiştiren 1933-2275 numaralı kanunda şahsi davadan bahsedilmemiştir. Halbuki Ceza Kanununda *şikâyet* yerine *şahsi dava* tabiri kullanılmıştır. Ceza Kanununda şahsi *iddia tabiri* olmayıp *şahsi dava* tabiri bulunduğuna göre, 2275 sayılı Kanundaki *şahsi iddia* tabiri ile *şahsi davanın* kastedildiği anlaşılmakta idi.

²⁴⁵ Kanundaki bu değişiklik Ceza Kanununun sonradan basılan metinlerine her nedense yansımamıştır.

²⁴⁶ Mahkemeye ve savcılığa söz yapılan şikâyetler de kabul edilmekte ve bunlar belirlenen makamlarca düzenlenen tutanaklara geçirilerek (No. 281) yazılı haline getirilmekte idi. 1985 de yazılı şikâyetinin verilebileceği diğer makamların (yani valiliğin, kaymakamlığın, bucak müdürlüğünün ve kolluğun) sözlü şikâyeti tutanağa geçirmesi kabul edildi (CMUK 151/4). Kolluk bundan önce de mülga Meşhut Suçların Muhakemesi Kanununun uygulandığı hallerde, istisna olarak sözlü şikâyetleri de kabul etmekte idi (1936-3005 m. 2 ve 4) (No. 432). İşin sonradan 3005 likten çıkarılması, şikâyetin muteber sayılmasına engel değildi (k-m: 2, CD 17/3/64, *Çağlayan* (66) II, 42, CGK 15/6/64, II, 42, CGK 15/6/64, *Çağlayan* (66), II, 369). 36-3005 numaralı Kanun dışında, kolluğa sözlü yapılan şikâyet, tutanağa geçirilse ve imzalsansa da makbul sayılmaktadır (İçBK 15/7/42, 20-17). Tutanağa geçmekle şikâyet yazılı şekil aldığından bu içtihadı isabetsiz bulmaktayız. Diğer taraftan, şikâyetçinin aldanıp da şikâyet süresini geçirmesi sonucunu doğuracağından, kolluğun, istisna dışında tutanak düzenlemesi her halde, gerekiyorsa disiplin cezaları yolu ile önlenmelidir.

emri olmadan *adli işlem* yapmasını yasakladığı için, 2005 sonrasında uygulamada tereddütler ortaya çıkmıştır.²⁴⁷

Mahkeme makamına sözle şikâyet mümkün olduğuna göre, duruşma sırasında sözle yapılan ve duruşma tutanağına geçirilen şikâyeti makbul saymayan İçtihat Birleştirme Kararı (15/7/42 17-20) hatalıydı.²⁴⁸ Nitekim, CMK 158/2, mahkemeye yapılan şikâyetin ilgili C. Başsavcılığına gönderileceğini hüküm altına alarak, bu içtihadı kaldırdı.

Yazılı şikâyet yabancı memleketlerde Türk konsolosluklarına ve elçiliklerine de verilebilir. Nitekim CMK 158 ile bu yetki de kabul edilmiştir.

IV. Failin gösterilmesine lüzum yoktur.

Şikâyet belli bir olaydan dolayı ceza dâvası açılmasını istemek, işin mahkemeye götürülmesinde şahsî sakınca olmadığını belirtmek olduğuna göre, *failin gösterilmesine lüzum yoktur*.²⁴⁹

Keza, sanıklardan biri hakkındaki şikâyetin diğerlerine sâri olmasının kabul edilmesi de bu sebeptendir. Gerçekten “belli bir suçun faillerinden biri hakkında şikâyet ediyorum, diğerleri hakkında etmiyorum” demek, şikâyetin niteliğine aykırı düşer. Bir kısmı hakkında şikâyetten vazgeçme değerlerine de sirayet eder.²⁵⁰

Aynı sebeple şikâyete bağlı hırsızlık suçunda da ortaklar arasında ayırma yapılamaz.²⁵¹ Keza, birden fazla ortak varsa her biri hakkında ayrı ayrı şikâyete lüzum yoktur, çünkü şikâyet sâridir.²⁵²

V. Suçtan zarar gören fert.

Şikâyet hakkı, suçtan zarar gören ferde tanınmıştır (TCK 73/4, 7). “Suç mağdurunun” *şikâyet hakkı* yoktur, fakat *uzlaşmayı kabul etme hakkı* vardır (CMK 253/1).

“Suçtan zarar gören” terimi, burada savcının kendiliğinden hareket kaidesinin istisnası söz konusu olduğundan, dar yorumlanmalıdır (No. 169). Bunun da çaresi, doğrudan doğruya zararın aranmasıdır.²⁵³ Meselâ mirasçılar “mağdur” oldukları halde, doğrudan doğruya zarar görmediklerinden şikâyet edemezler.²⁵⁴ Bu kaidenin istisnasına hakaret ve sövme suçlarında rastlanmaktadır (TCK 131/2).

Suçtan zarar gören şahıs birden fazla ise, şikâyetin niteliğine göre, suçtan zarar görenlerin hepsinin şikâyet etmesi lazımdır.²⁵⁵ Birinin veya bazılarının şikâyetini kovuşturma için yeter görmek²⁵⁶ diğerlerinin şikâyet hakkını hiçe saymak olur ki, bu da o suçta kovuşturmanın şikâyete bağlı tutulmasına ve şikâyetin bugünkü anlaşılışına ters düşer. Uygulamada suçtan zarar görenlerden herhangi birinin şikâyetinin yeterli görüldüğü de bir gerçektir.

²⁴⁷ Kolluk kendisine başvuran şikâyetçileri, yerinde olarak, C. Başsavcılıklarına yönlendirmeye başlayınca, bu durum savcıların iş yükünü artırdı. Bunun üzerine, PVSK da 2007 yılında yapılan değişiklikle içi tekrar doldurulan Ek 6'ncı madde, “Adli görev ve yetkiler” başlığı altında, “bir suça ilişkin olarak kendisine yapılan sözlü ihbar ve şikâyetleri ve görevi sırasında öğrendiği suça ilişkin bilgileri yazılı hale getirmekle” de görevlendirildi (PVSK “2007-5681” Ek m. 6/2).

²⁴⁸ İfade verme sırasında savcıya “şikâyetçiyim” denilmesinin ve bunun zapta geçirilmesinin şikâyet olarak kabul edilmesi de bunu göstermektedir (CGK 22/4/85 YKD 85/12 1829).

²⁴⁹ *Dönmezer/Erman*, I, n. 466.

²⁵⁰ Karşı mütalâa: *Dönmezer/Erman*, I, n. 466.

²⁵¹ Zina hakkındaki mülga 443. maddenin aslında da hüküm böyle iken, bizde her nasılsa “şikâyet keyfiyeti şerikler için de şarttır” denildiğinden, her iki suçlu hakkında sarıh şikâyet aranmaktaydı (İçBK: 7/6/35).

²⁵² *Dönmezer/Erman*, I, n. 466; *Erem*, I, 7, 206; *Taner*, 94.

²⁵³ Keza emniyeti kötüyü kullanmada, sadece emniyeti kötüye kullanılan şikâyet edecektir (4. CD 10/9/44, esas 9361). Şikâyet hakkı suçtan zarar görene ait olmakla birlikte, bu gerçek veya tüzelkişi olabilir (*Bellaviste* 55: *Toroslu* 1998, 48'den naklen).

²⁵⁴ 1. CD 27/3/80 YKD 80, 1157.

²⁵⁵ CGK 10/10/1938, TK 1938, s. 98.

²⁵⁶ *Erem*, I, 203, *Tosun*, I, 225.

Suçtan zarar gören ferдин şikâyet hakkını, onun yerine sadece avukatı, vekil sıfatı ile kullanabilir (AvK 35).²⁵⁷ Kanunî temsilci ise, temsil ettiği kişinin mümeyyiz olmaması veya 15 yaşını bitirmediği için mümeyyiz sayılamaması sebebi ile bizzat şikâyet edememesi halinde onun yerine şikâyet edebilir (No. 171 II). Kanuni temsilci veya zorunlu vekilin şikâyet iradesi ile 15 yaşından küçük mağdurun iradesinin farklı olduğu durumlarda temsilci veya vekilin iradesine üstünlük tanınır. Çocuğun üstün menfaati gereği irade açıklamasının sakıncalı olduğu durumlarda çocuk mahkemesi hâkiminin karar vermesi yerinde olur.

VI. Şikâyet süresi.

Şikâyet hakkının kullanılması için bir süre konulmuştur. Bu süre şikâyet hakkı olan kimsenin²⁵⁸ fiilden ve failin kim olduğundan²⁵⁹ haberdar olmasından²⁶⁰ itibaren 6 aydır (TCK 73/1). Bu demektir ki süre suçun işlenmesinden çok sonra da başlayabilecektir. Suç henüz işlenmeden şikâyet edilemeyeceğinden, sürenin de başlaması elbet mümkün olmayacaktır.²⁶¹ Kanun, suçtan zarar göreni de korumak için, süreyi, suçun işlenmesinden, hatta tamamlanmasından başlatmamış, onun suçu ve suçluyu öğrenmesini başlangıç olarak kabul etmiştir.²⁶² Ancak, o suç hakkındaki zamanaşımı süresi dolmuş olmamalıdır (TCK 73/2).

Kanun koyucu, suçtan zarar görene tanıdığı şikâyet hakkını süreye tâbi tutmakta toplumsal fayda görmüştür. Aksi takdirde suçtan zarar gören şahsın eline, kötüye kullanılabilmesi çok kuvvetli bir silâh verilmiş olurdu. Şikâyet süresini fiili öğrenmeden (mülga TCK 108, *ittila* diyordu) başlatan TCK 73/2 maddedeki *fiil* tabirini, ani suçlardaki tamamlanmış eylem manasına almak, kesintisiz ve zincirleme (temadi ve teselsül eden) suçlarda temadi ve teselsülün son bulduğunu öğrenmeden itibaren süreyi hesaplamak gerekir.²⁶³ Aksi takdirde suç işlemeğe devam ettiği halde şikâyet edememek gibi mantıksız ve haksız bir durum hasıl olur.²⁶⁴ Aynı şekilde, kesintisizlik (temadi) ve zincirleme işleme (teselsül) söz

²⁵⁷ 9. CD 11/11/86 YKD 87/4, 642.

²⁵⁸ Bu kimse suçtan zarar görendir. Onun mümeyyiz olmaması halinde, veli veya vasisidir. Suç tarihinde şikâyet edecek kimsesi olmayana vasi sonradan tayin edilmişse, şikâyet süresi bu vasinin öğrenmesinden başlamalıdır. “Sanık uzun süre ceza tehdidi altında kalmayın” diye aksinin kabulü (5. CD 22/12/78 YKD 78, 1573), şikâyet süresinin gerektiğinde zamanaşımı süresine kadar uzamasını kabul eden kanuna ters düşmektedir.

²⁵⁹ Gösterilmesine lüzum olmayan failin öğrenilmesine bakılması, şikâyetin eski amacının bir kalıntısıdır.

²⁶⁰ Haberdar olmak, sadece haber almak, öğrenmek değil, inandırıcı bir şekilde öğrenmek diye anlaşılmalıdır. Yargıtay bunu “dâva konusu yapabilecek delilleri haiz bir suçun haber alınması” diye belirtmiştir (5. CD 12/7/67 RYD 68, III/2. 7). Fail henüz öğrenilmeden şikâyetin yapılması durumunda şikâyete ilişkin hak düşürücü süre başlamaz ([Centel/Zafer 2005, 87](#)).

²⁶¹ Şikâyet hakkının sonradan doğmasında da durum böyledir. Meselâ zina suçunda şikâyet hakkı sadece kocanıdır. Suç ortağı erkeğin karısının şikâyet hakkı yoktu. Onun şikâyet hakkı, zina eden kadın kocasından boşandıktan ve zina suçu yerini karı-koca gibi geçinme suçuna bıraktıktan sonra başlıyordu (5. CD 21/6/82 YKD 83/3, 431).

²⁶² Kamu dâvası için daha kısa süre aranan hallerde, şikâyet süresi de kısalmaktadır (*Özek*: İHFM 74 (40), 87). Ancak bu kısalma dâva açmadan önceki şikâyet içindir. Şikâyet gerektiği dâvadan sonra anlaşılırsa 6 ay içinde şikâyet edilebilir.

²⁶³ *Dönmezer/Erman*, I, n. 468. Suçun işlemeğe devam etmesi sırasında, öğrenmeden itibaren altı aylık sürenin geçmesi zımnî vazgeçme sayılsa dahi, son altı ay içinde işlenmiş kısım bakımından şikâyeti kabul etmek gerekirdi. Kaldı ki mütemadi ve müteselsül suçlar bir bütün olarak nazara alındığından, ilk kısımlar hakkında zımnî vazgeçme kabul etmek de doğru değildir. Aynı sebeple şikâyetten sonra temadi ve teselsül eden kısım hakkında da evvelki şikâyet hüküm ifade etmelidir (*Dönmezer/Erman*, I, n. 527).

²⁶⁴ Takibatta bu mantıksız ve haksız durumu bir dereceye kadar önlemek üzere çeşitli formüllere başvurulmaktadır. Bunlardan biri *hukukî kesilmedir*. Meselâ Af Kanunu sebebiyle verilen düşme kararının temadi ve teselsülü kestiği ve yeni bir suç başladığı kabul edilmiştir (4. CD 11/5/1957, 3970/6676; *Gözübüyük*: m. 108, n. 25). Af kanununu yeter görüp onu uygulayan bir düşme kararı dahi aranmadığı vardır (CGK 4/7/77 YKD 79, 111). Dâva açılması ve kesin hüküm verilmesi de kesici sebep sayılmıştır (CGK 9/11/1964, *Çağlayan* (66). II, 435). Bu formülün dahi uygulanmadığı haller vardır. Meselâ kovuşturamama kararının hukukî kesilme sonucu doğurmayacağı ve bu karardan sonra devam eden karı-koca gibi yaşama fiili ile yine bir suç meydana gelmeyeceği kabul olunmakta ve böylece suç devam ederken suçlunun cezalandırılmaması durumu hâsıl olmaktadır (4. CD 13/11/58, *Çağlayan* (66), II, 113). Keza zinada süre geçirmeden dolayı verilen düşme kararının da hukukî kesinti doğurmadığı kabul edilmişti (CGK 6/2/78 YKD 78, 1720; 5. CD 23/6/83 YKD 84/1, 130). Bir diğer formül de *fiilî kesilmedir*. Meselâ erkeğin askere gitmesi, karı-koca gibi geçinme suçunun kesilmesi sebebi sayılmıştır (CGK 8/4/44, TK 44, s. 71).

konusu olmadığı halde, suçun tamamlanması anı daha sonra kabul edildiğinde, süre tamamlanmadan başlatılmalı, fakat bu başlatma, şikâyet hakkının daha önce doğduğunun kabulüne engel olmamalıdır.²⁶⁵

Başka bir tavsif üzerine kamu dâvası açılmışsa, buna güvenerek şikâyet etmemiş olan kimsenin, sonradan vasıf değişince, süre geçti diye şikâyet edememesi²⁶⁶ haksızlığı, önlenmiştir. Böyle bir halde, yani, *yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması* halinde; *mağdurun* açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunacağı, CMK 158/6 ile hüküm altına alınmıştır.

VII. Şikâyet hakkını hiç kullanmama şeklindeki vazgeçme.

Şikâyet hakkı, özel hukuktaki haklardan olmayıp, kamu hukuku yetkisidir, ancak süjenin yaptığı görev kamu görevi sayılmadığından, “hak” denilmektedir. Bu hak, istenilirse kullanılmayabilecektir. Bu kullanmayı, yani *vazgeçme*, Kanunda (TCK 73/4, 5, 6, 7) adı geçen *vazgeçme* değildir. Biz *vazgeçmeye*, hakkı hiç kullanmamak anlamını yükleriz. Kanun ise, kullanılan şikâyet hakkının *geri alınması* anlamındaki *vazgeçmeyi* düzenlemiştir.

Hakkı hiç kullanmamak şeklindeki vazgeçme, ya açık veya kapalı olur. Hiç kullanmamak şeklindeki vazgeçme, hakkı düşürdüğünden, süre dolmamış olsa bile artık şikâyet edilemez (No. 137 VI).²⁶⁷

Suç işlendikten sonra²⁶⁸ yapılan ve şikâyet hakkı ile bağdaşmayan fiiller, bu haktan vazgeçildiğini zımnen gösterir. Kanun 6 ay olarak kabul ettiği süre içinde şikâyetin yapılmamasını, kullanmak istememenin zımnî ifadesi saymıştır. Şikâyet sarî olduğu gibi, şikâyet hakkından hiç kullanmamak şeklindeki vazgeçme de sarîdir. Şikâyet hakkını hiç kullanmamak şeklindeki vazgeçme, tek taraflı irade beyanıdır, kabule bağlı değildir.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bir suçta şikâyet hakkı kullanılmayarak dava yolunun kapatılması bazı hallerde kamu yararına aykırı olabilir. Vazgeçme biçiminde davanın engellenmesi Alman hukukunda savcıya özel bir yetki verilerek önlenmiştir. Alman hukukunda soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bir suçta savcı kovuşturmada kamu yararı görüyorsa re’sen harekete geçebilir ve davayı açabilir.

VIII. Şikâyet hakkı kullanıldıktan sonra, geri alma şeklindeki vazgeçme.

Bir de yapılmış olan *şikâyetin geri alınması* (No. 294) vardır.²⁶⁹ Şikâyetin suçtan zarar göreni koruma gayesi, yapılmış olan şikâyetin iş aleniye döktükten, yani duruşma başladıktan sonra geri alınmasını (Kanunun *vazgeçme* dediği) haklı göstermez. Bu evrede şikâyetin geri alınabilmesi kabul edilemez, zira

²⁶⁵ Meselâ evlenme vaadiyle kızlık bozma suçunda (mülga TCK 423) kızlık ancak doğum ile bozulacaksa, suçun doğum ile tamamlanacağı ve sürenin doğumdan başlayacağı kabulü (CGK 11/7/40 Temyiz Kararları 1939-40, s. 63) isabetli idi. Ancak *suç bu tarihte gerçekleşmiştir, daha önce şikâyet hakkı doğmamıştır* diye, 5. ayda gebeliğin anlaşılması üzerine yapılmış olan şikâyetin yok sayılması (CGK 30/5/83, İKİD 86, 4489) hiç de haklı değildir. Süre ile şikâyet hakkı arasındaki ilişki şöyle anlaşılmalıdır. Süre şikâyet hakkı doğmadan başlayamaz ama, gerekirse, doğduktan sonra başlayabilir.

²⁶⁶ CGK 2/5/60, *Çağlayan*, Ceza, I, 385.

²⁶⁷ k-m: 4. CD 24/2/87 YKD 88/1. 423 (Bu kararda hazırlık soruşturmasında şikâyetten vazgeçmenin yargılama sırasında dâvaya katılmaya engel olmayacağı kabul edilmiştir. Kanunumuza göre suçtan zarar gören sadece şahsî hak bakımından katılmadığından, katılma asıl, ceza dâvası bakımından, talî olarak da şahsî hak bakımından söz konusu olduğundan, şikâyet hakkından vazgeçen veya şikâyetini geri alanın, yani ceza bakımından davacı olmayacağını söyleyenin kovuşturma evresinde katılmasını kabul etmek, kanunumuzun sistemine ters düşmektedir).

²⁶⁸ Suçtan zarar görenin suçtan önce muvafakati, şikâyetten vazgeçme sayılamaz. Çünkü vazgeçme, ancak şikâyet hakkı doğduktan sonra mümkündür. Önceden muvafakatte mesele, bizce, şikâyet hakkının suçtan önce mi, sonra mı doğacağı meselesidir. Önce doğacağını kabul etmek failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağını ferde bırakmak demek olur ve şikâyet hakkındaki anlayışımıza aykırı düşer. Sadece, *suçtan zarar görenin muvafakati olmamasını* bir unsur olarak kabul eden suçlarda muvafakat, istisna olarak, fiilin suç sayılmasına engel olan hukuka uygunluk sebebidir. Meselâ zinada muvafakat olmaması bir unsur olarak aranmış değildir. O halde önceden muvafakat, fiilin suç teşkil etmesine engel olmayacaktır. Şikâyet hakkının doğmasına da engel olmayacağından, önce muvafakat eden suçtan sonra şikâyet edebilecektir. Bu doğru sonuca varan 23/5/1966 tarihli, 3-5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, mülga Medenî Kanununun 23. maddesine ve kadının baskı üzerine muvafakat etmiş olacağına da dayanılması isabetsizdi. Bir kere şikâyet, medenî haklardan değildir ve kullanılmaktan vazgeçilmesi Muhakeme Hukukunda kabul edilmektedir. Baskı olmadan muvafakat edilmesi de imkânsız değildir.

²⁶⁹ Kanun koyucu vazgeçme ile geri almayı ayırt etmemiş, hatta geri alma yerine, vazgeçme tabirini kullanmıştır (TCK 73). Mülga Çocuk Mahkemeleri Kanunu da aynı yöndedir (ÇMK 24).

bu takdirde şikâyet hakkının gayesi, failin cezalandırılmasını ferde bırakmak şeklinde kabul edilmiş olur. Kanunumuz, şikâyetin geri alınabileceğini kabul etmekle şikâyetin gayesi hakkındaki hatalı ve eski devirlerin artışı²⁷⁰ bir görüşe de yer vermiş olmaktadır; mahkûmiyet kararı kesinleşinceye kadar²⁷¹ şikâyet geri alınırsa (vazgeçilirse), dâva düşer (TCK 73/4). Ancak, hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz. Bununla birlikte, 3167 sayılı Çek Hamillerinin Korunması ve Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile *kesinleşen karardan sonra şikâyetin geri alınması*²⁷² kabul edilmişti. 2009-5941 sayılı *Çek Kanunu* da aynı yöntemi benimsedi (m. 5/1 ve 6/2).

Kanun, şikâyetin sirayeti gibi, *vazgeçme* dediği geri almanın da sirayetini kabul etmiştir (TCK 73/5). Geri alma da açık veya kapalı olabilir. Şikâyetin geri alınması, tereddütlere meydan vermeyecek biçimde olmalıdır. Şikâyet resmî makamlara yapıldığından açıkça geri alma da böyle yapılmalı, kaide olarak yazılı yapıldığından geri alma da yazılı olmalıdır. Açıkça olmayan geri alma, ancak kanunun belli eylemlere bu sonucu bağlaması, yani şikâyeti geri almış sayması ile mümkündür. Meselâ kanun şikâyetçinin ölümünü geri alma saymıştır (mülga TCK 444).

Şikâyetin geri alınması iki taraflı bir işlemdir. Yani, geri almanın sanık tarafından kabulü lâzımdır (TCK 73/6). Bu kabul de açık veya kapalı olabilir.²⁷³ Sanık kabul etmezse, geri alma hüküm ifade etmez. Bu norm, sanığın korunması için kabul edilmiştir. Aksi takdirde, bir şahsın masum bir kimse hakkında şikâyette bulunup sonra geri alarak onu affetmiş gibi bir hal alması, o kimsenin masum olduğunun ispatına imkân vermeden davayı düşürmesi mümkün olurdu ki kanun buna mâni olmak istemiştir.

Geri alma kabule bağlı olduğundan, bazı sanıklar kabul edip, bazıları etmezse, hepsi etmiş sayılmalı, birinin kabulü diğerlerine sirayet etmelidir.²⁷⁴ Diğer taraftan, iştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkında şikâyetin geri alınması (vazgeçme), diğerlerini de kapsar (TCK 73/5). Geri almanın kabule bağlı olması kaidesinin istisnaları olabileceği kabul edilmiştir (TCK 73/6).²⁷⁵

Geri alma ile şikâyet hakkı düşmüş olduğundan, aynı olay hakkında tekrar şikâyet mümkün olmamalıdır (No. 137 IV).²⁷⁶

IX. Ek süre.

Aldatılarak, meselâ *ben şikâyet etmeyeceğim, sen de etme* denilerek şikâyet hakkı düşürülmüş olan kişinin uğradığı haksızlığın önlenmesi ve bu halde istisna olarak vazgeçmenin veya geri almanın geri alınması yahut süresinde yapılmayan işlemin yapılması için kısa bir *ek süre* tanınması uygun olacaktır.

X. Hukuk mahkemesinde açılacak olan davanın durumu.

²⁷⁰ İtalya'da bir kısım şikâyetlerin geri alınamayacağı kabul edilmekle bir adım atılmıştır. Geri alınmayan şikâyetlere, geri alınanlardan farklı bir ad verilmiş ve *istanza di procedimento* denilmiştir (CPPI 5, CPI 129).

²⁷¹ CGK 16/12/68, Alicanoğlu 715, 4. CD 14/10/1946, Esas 11419: Mahkûmiyet kararı verilinceye kadar geri almayı kabul edenler de vardır: *Tarman (Hasan Basri): Şikâyete bağlı dâvalardan feragat dolayısı ile Yargıtay'ın iki zıt kararı münasebetiyle*, HİD., 1947/X, 178, 2. CD 24/6/1940, 143/148.

²⁷² Kesinleşen karardan sonra da cezanın çekilmesine engel olacak şekilde geri alma, istisna olarak mülga zina suçunda da (mülga TCK 444) kabul edilmişti.

²⁷³ Kabul edip etmediği sanığa sorulmalıdır (4. CD 2/6/52, 5075/6251; 5. CD 28/5/76 YKD 78, 128). Sorulmadığı halde, kabul etmiyorum denmezse kabul sayıldığı vardır (6. CD 13/5/76 YKD 78, 1225; 9. CD 14/3/85 İKİD 85/6 914).

²⁷⁴ Bu durumlarda geri almanın sirayeti ile kabule bağlılığı kaidelerinden birini seçmek gerekmektedir. İstisnasız olan birinciyi, istisnalı olan ikinciden üstün tutmanın, yani bölünmeyi kabul etmemenin daha doğru olacağını düşünerek ilk dört basıdaki görüşü değiştirdik.

²⁷⁵ Bu istisnalar mehzaz kanunda yokken, Türk kanun koyucusu bazı suçlarda geri almayı kabule bağlamayı uygun bulmamıştır. Anayasaya aykırı olmayan (AYM 25/6/70, RG. 4/5/71) bu istisnalar mülga TCK 444, 460 ve 489. maddelerdir. Gerçekten 460 ve 489. maddelerde dâvanın düşmesinden söz edilmesi, kabul aranmadığını gösterir. İçtihatlar da Anayasa Mahkemesinin belirttiği üzere bu yoldadır. Meselâ CGK 12/2/62. Tek istisna (4. CD 5/1/48, *Özek: Kronik, İHFM "37" 359*).

²⁷⁶ 2. CD 5/5/1944, 3939/4165 (hâkim önünde gerialma hakkındadır).

Şikâyetin geri alınması sırasında, suçtan zarar gören kişi *şahsi haklarından*²⁷⁷ da vazgeçtiğini²⁷⁸ ayrıca açıklamış ise ve kamu davasının düşmesi, *suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ise*, şikâyetçi hukuk mahkemesinde de dava açamaz (TCK 73/7).²⁷⁹

48. YAZILI BAŞVURU, İSTEM ve MÜRACAAT.

I. Yazılı başvuru.

Sermaye Piyasası Kanunu (m. 115)²⁸⁰ ve Bankacılık Kanunu (m. 162)²⁸¹ ile, hukuki niteliği *şikâyete benzeyen* bir şart öngörmüştür. *Yazılı başvuru* adı verilen bu *ceza muhakemesi şartı* uyarınca, Sermaye Piyasası Kanunu 106 ve devamı maddelerde yazılı suçlardan dolayı kovuşturma yapılması, Sermaye Piyasası Kurulunun yazılı başvurusuna, Bankacılık Kanunu 162 nci maddesi²⁸² uyarınca da, Bankacılık Kanununda belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, Kurum veya Fon'un Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunmasına bağlıdır.²⁸³ Muhakemenin yapılabilmesinin *başvuru koşuluna* bağlı tutulmasının amacı, piyasaya olan güvenin sağlanmasıdır.²⁸⁴

II. İstem.

²⁷⁷ Suçtan doğan zararı giderecek yeni kurumlar (uzlaşma, adli kontrol vb) kabul edilmiş olduğu için, Ceza Muhakemesi Kanunu *şahsi hak davasını* kaldırmıştır. Bunun için, ceza mahkemesi hüküm ile birlikte suçtan doğan zarar hakkında bir karar verme imkanını da kaybetmiştir.

²⁷⁸ Mülga Ceza Kanunu ise, şahsi haklarını "saklı tutmayı" öngörmüştü (mülga TCK 111).

²⁷⁹ *Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan* bir suçtan zarar gören kişi, şikâyet hakkını kullandıktan sonra ve *uzlaşma* yolunu da kabul etmişse, uzlaşma sağlanırsa, soruşturma konusu suç nedeniyle, artık tazminat davası açamıyor, açılmış bir tazminat davası varsa, *uzlaşma* sağlandığı takdirde, bu davadan *feragat etmiş* sayılıyordu (CMK "2006-5560" 253/19). Anayasa mahkemesi 2023 yılında verdiği kararlar bu kuralı yürürlükten kaldırdı (bkz. No. 431/I). Yeni sistem, *şikâyet* hakkından *geri alma* şeklinde vazgeçme ile, *şikâyet hakkını kullandıktan sonra uzlaşma* arasında bir fark yaratmıştı: ilkinde hukuk davası açma imkânı çok genişletilmiş, ikincisinde ise tamamen kapatılmıştı. Bu zıt gelişmenin, planlanmış bir *suç siyasetinin* ürünü olmaktan ziyade, sistemsiz kanun yapmanın bir sonucu olduğunu söylemiştik. Anayasa Mahkemesinin CMK 231/19 ile ilgili olarak verdiği iptal kararı yerindedir.

²⁸⁰ (1) *Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir.* (2) *Başvuru üzerine kamu davası açılması hâlinde iddianamenin kabulü ile birlikte, bir örneği Kurula tebliğ edilir ve Kurul aynı zamanda katılan sıfatını kazanır.* (3) *Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada Cumhuriyet savcısı, Kurul meslek personelinin yararlanabilir. Bu suçlardan dolayı şüpheli veya tanık sıfatıyla kişilerin ifadesinin alınması sırasında Kurul meslek personelinin de hazır bulunması sağlanabilir.* (4) *Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada kovuşturmayla yer olmadığı kararının verilmesi hâlinde, Kurul bu karara karşı itiraza yetkilidir.* (5) *İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanununun 8 inci maddesi, 109 uncu maddede yer alan suçlar bakımından da uygulanır.*

²⁸¹ *Bu Kanunda belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, Kurum veya Fon tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir. Ancak, 160 ıncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturmalar Kurumun veya Fonun yazılı bildirim üzerine veya gecikilmesinde sakınca görülen hallerde re'sen Cumhuriyet savcılarınca yapılır ve Kurum ve Fon haberdar edilir. Bu fıkra uyarınca yapılan soruşturmalar neticesinde açılan kamu davalarında, Kurumun veya Fonun başvuruda bulunması hâlinde, bunlar başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanırlar. İtibarin zedelenmesi, sırların açıklanması ve zimmet suçlarından dolayı ilgililerin dava hakkı ile 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri saklıdır.*

²⁸² *Bu Kanunda belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, Kurum veya Fon tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir. Ancak, 160 ıncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturmalar Kurumun veya Fonun yazılı bildirim üzerine veya gecikilmesinde sakınca görülen hallerde re'sen Cumhuriyet savcılarınca yapılır ve Kurum ve Fon haberdar edilir. Bu fıkra uyarınca yapılan soruşturmalar neticesinde açılan kamu davalarında, Kurumun veya Fonun başvuruda bulunması hâlinde, bunlar başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanırlar. İtibarin zedelenmesi, sırların açıklanması ve zimmet suçlarından dolayı ilgililerin dava hakkı ile 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri saklıdır.*

²⁸³ Uygulamada Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında değil de TCK kapsamında bir suç isnadı söz konusu olsa dahi, eğer eylem sermaye piyasası araçları ile işlenmişse, hatalı olarak Sermaye Piyasası Kurulu'nun yazılı başvuru şartı arandığı görülmektedir.

²⁸⁴ Sermaye Piyasası Kanunu alanına giren her türlü iddianın, gerekli teknik inceleme yapılmadan doğrudan muhakeme makamlarına yansıtılmasının, sonuçta beraat kararı verilmiş olsa bile, *piyasanın güvenilirliğini* olumsuz yönde etkileyebileceği belirtilmiştir (Dursun 2010, 148).

Belli suçlarda Devletin, savcılığı dava açmağa mecbur bırakacak surette, mahsus makamları vasıtası ile yaptığı şikâyete *istem* (*richiesta, requête*) denilir. Muhakemesi isteme bağı suçlar kanunlarda belirtilir (TCK 12, 13). İstem, resmî bir makamın şikâyetidir. Bu makam, kaide olarak, Adalet Bakanlığıdır.

İstem ile şikâyet arasında makam farkından başka farklar da vardır. 1) Şikâyet üzerine savcı dâva açmağa mecbur değilken, istem üzerine mecburdur. 2) Şikâyette belli bir süre konmuştur. İstem için süre yoktur. 3) Şikâyet geri alınabildiği halde istem geri alınamaz.

III. Müracaat.

Mülga TCK da bulunan *müracaat* ise belli suçlarda Devletin, savcılığı dava açmağa mecbur bırakmayacak surette mahsus makamları²⁸⁵ vasıtası ile yaptığı²⁸⁶ şikâyeti (No. 47 I).²⁸⁷

49. MÜTALÂA.

I. Vergi suçlarındaki mütalâa.

Bazı suçlarda savcıların dâva açarken, yargılama makamlarının uyuşmazlıkları çözmeye aydınlanmaları için, yetkili makam ve memurlardan *mütalâa* alınmasının arandığı vardır. Bunun bir örneğine Vergi Usul Kanununda rastlamaktayız (VUK 367).²⁸⁸ Maddede görüldüğü gibi uzman yardımcısı ve stajyerlere de yetki verilmenin dışında diğer memurların da bağı bulunduğu vergi dairesi başkanlığının veya defterdarlığın mütalâasıyla C. başsavcılığına bildirmeleri mecburiyet getirilmiştir. Bu kaçakçılık suçlarını başka yollardan öğrenen savcılık da hemen ilgili vergi dairesine haber verecek ve inceleme yapılmasını isteyecektir. Kamu dâvasının açılması, bu inceleme neticesinin savcılığa bildirilmesine talik olunacaktır (VUK 367/2 ve 3). Savcılığa doğrudan doğruya bildirmeleri kabul edilenler de raporlarında mütalâalarını açıklayacaklardır. Savcılığın istemesi üzerine yapılacak inceleme neticesi de aynı şekilde mütalâa ihtiva edeceğinden, *mütalâa alınması* böylece bir dâva ve dolayısı ile muhakeme şartlı olarak kabul edilmiş olmaktadır.

II. Savcının mütalâa ile bağılılığı sorunu.

Sözü geçen kanunda açıklık olmadığından ve savcıların kamu davasını açmada serbest olmaları kaideyi oluşturduğundan, biz, meselâ izin ve talepteki istisnasının genişletilmemesi için, burada dar bir yorumdan yanayız. İnceleme yapanların savcılığa bildirmesi, elbet, ortada bir suç bulunduğu

²⁸⁵ Mesela, 1985-3182 numaralı Bankalar Kanunu'nun 13 bölümünde belirtilen suçlardan dolayı kovuşturma yapılması Bakanlığın savcıya yazılı başvuruda bulunmasına bağı idi.

²⁸⁶ Mülga Ceza Kanununun 5. maddesinde müracaat tâbiri yerine şikâyet tâbiri kullanıldığından yabancı Hükûmetin bu şikâyeti hakkında süre kaydını aramak gerekiyordu.

²⁸⁷ Müracaatı yabancı Devletler de yapabiliyordu. Nitekim mülga Ceza Kanununun 164 ve 165. maddelerinde takibi müracaata bağı suçlar tabirine rastlanılmakta idi. Bu suçlar, ya aslında şikâyete bağı suçlardı, bu takdirde şikâyeti yabancı Hükûmet yapmakta idi. Yahut dost Devlet sancağını tezvil suçunda olduğu gibi, dâva açılmasında dost Devletin sakınca görüp görmediğini bildirmesi arzu edilen suçlardı. Bu bildirme de niteliği itibarıyla şikâyet idi. Müracaatın şikâyetten farkı, süreye bağı olmaması idi. İkinci fark da geri alınmaması idi. Müracaatın talepten farkı ise, dâva açmanın müracaatta mecburî olmaması idi.

²⁸⁸ (1) Yaptıkları inceleme sırasında 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalâasıyla doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalâasıyla vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık tarafından keyfiyetin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir. (2) 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğine sair suretlerle ittila hasil eden Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder. (3) Kamu davasının açılması, inceleme neticesinin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesine talik olunur. (4) 359 uncu maddenin (ç) ve (d) fıkralarında yazılı suçların işlendiğinin inceleme sırasında tespiti halinde incelemenin tamamlanması beklenmeksizin, sair suretlerle öğrenilmesi halinde ise incelemeye başlanmaksızın Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından bu tespitlere ilişkin rapor düzenlenir ve rapor değerlendirme komisyonunun mütalâasıyla birlikte keyfiyet Cumhuriyet başsavcılığına bildirilir. Kamu davasının açılması için incelemenin tamamlanması şartı aranmaz. (5) 359 uncu maddede yazılı suçlara ilişkin yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmalarda mütalâaya konu fiilin, başka bir kişi tarafından veya başka bir kişiyle birlikte gerçekleştirildiğinin ortaya çıkması durumunda, bu kişi bakımından kamu davası açılması için rapor düzenlenmesi ve mütalâa verilmesi şartı aranmaz. (6) 359 uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyai cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez. (İptal fıkra: Anayasa Mahkemesi'nin 4/11/2021 tarihli ve E.: 2019/4, K.: 2021/78 sayılı Kararı ile.)

mütalâasına varmaları halinde mümkün olacaktır. Ancak savcı, bizce, bu mütalâa ile bağlı tutulamaz. *Mütalâanın* niteliği buna imkân vermez. Savcının bağlanması istenilse idi, Kanunda başka bir terim kullanılırdı diye düşünüyoruz. Diğer taraftan dava, bu mütalâa alınmadan açılmışsa, yargılama makamı da şart yerine getirilmemiş olduğundan, uyuşmazlığı çözme demek olan yargılama işlemlerini yapamaz.²⁸⁹ Bunun asıl nedeni, bizce, yetkili makamın veya memurun mütalâası ile yargılama makamının aydınlatılmamış olmasıdır. Şart sadece mütalâanın alınmasıdır. Mütalâanın olumlu veya olumsuz olması, yani ortada bir suç bulunduğu yolunda olması veya olmaması mümkündür. Maliyecilerin mütalâası ile yargılama makamı elbet bağlanamaz. Bundan çıkardığımız sonuç şudur ki, mütalâa şartı, sırf dâva açılması bakımından savcılığın, dâva açılmışsa yargılama makamının aydınlatılması için aranmaktadır.

Mütalâa olumsuz da olsa dâva açılabilir. Malî suç olup olmadığını maliyeciler hâkimden daha iyi bilir denilemeyeceğine göre, mahkeme olumsuz mütalâaya rağmen sanığı mahkûm edebilir.

50. İZİN.

İzin, Devlet iddia makamının sorması üzerine, bir diğer Devlet makamınca²⁹⁰ müşahhas olayda dâva açılmasında kamu menfaati (yani maslahata uygunluk) görüldüğünde, belli suçlar bakımından kanunun koymuş olduğu engelin kaldırılmasıdır.²⁹¹ Kanunlarımız muhakeme için, bazen *izin*, bazen *karar* veya *muvafakat*²⁹² adlı bir şart koşmuşlardır. Nitelikleri ve sonuçları aynı oldukça²⁹³ bu şartlar izin terimi altında toplanabilir. İzin bahis konusu olabilmek için, ortada dâva açılması bakımından konmuş bir engel olmalı ve izin, bu engeli kaldırmalıdır. *Kamu görevlilerinin dokunulmazlığına* da Kanun (1999-4483 m.1) *izin* adını vermişse de, bu kurumu ayrıca ele alıyoruz (No. 54).²⁹⁴

İzin tam serbest değerlendirme (No. 137 III) yetkisine dayanan idarî işlem olup, ceza dâvasının açılmasındaki mecburilik prensibini yumuşatan bir çaredir (No. 103).

Kanun koyucu bazı suçlardan dolayı dâva açılmasının uygunluğu bakımından tereddüte düşmüş ve tereddüt yenilinceye kadar dâva açılmasının demıştir. İzin bu bakımdan *isteme* benzerse de ondan farklıdır.²⁹⁵ İstem geri alınmadığı halde izin geri alınabilir.²⁹⁶ Gerçekten iznin kabulünü gerektiren sebepler, onu geri alınmasını da haklı gösterirler. Bu suçlardan dolayı muhakeme yapılmasının uygunluğunu takdir yetkisi bir makama verildiğine ve hadise ve şartlara göre takdirin sonucu

²⁸⁹ 9. CD 4/11/81 YKD 82/2 283.

²⁹⁰ Bu makam, yabancı Devlet makamı da olabilir. Meselâ Suçluların Geriverilmesi Konusunda Avrupa Sözleşmesinin 14 ncü maddesi, özellik (hususîlik, *spécialité*) kuralı diye adlandırılan ve “geriverme dışında kalan ve gerivermeden önce işlenmiş suçlardan dolayı geriverilen kişinin kovuşturulamaması, ceza verilmişse yerine getirilememesi” biçiminde özetlenebilen engelin kalkmasını geri veren Devletin muvafakatına bağlamıştır.

²⁹¹ 1889 İtalyan Kanununun gerekçesinde şöyle denilmiştir: (*Siyasî ihtiyat ve tedbirlik bu suçlarda ceza dâvası açılmasının savcılara bırakılmamasını ve böyle nazik işlerde ceza dâvası açılmasının ve bir son karar verilmesinin mevcut şartlara göre uygun olup olmadığını tayin ve takdir edecek mevkiide olan makamın iznine tâbi tutulmasını gerektirir*).

²⁹² Mülga TCK 107. maddesinde mezuniyet, müsaade, muvafakat terimini kullanmıştı. Bu muvafakat, suçtan zarar görenin muvafakati, yani şikâyeti değildir.

²⁹³ Meselâ memur hakkında Bakanın müsaadesi izin değildir, dokunulmazlık kaldırılmasıdır.

²⁹⁴ TBMM Yorumu: 14/4/1938, k-m: Taner, 92; *Dönmezer/Erman*: I, n. 464. Anayasanın, “kanunla belirtilen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği merciin iznine bağlıdır” denilmiş olmasını (AY 129/6) biz, memur hakkında lüzumu muhakeme kararını izin sayan oldukça yaygın hatalı görüşün devamı gibi anlamaktansa, istisnadan maksadın memur muhakemesinde olduğu gibi idarece kovuşturmaya başlanabilmesi ve idarî merciin izninin de mülga 30-1609 numaralı Kanunda yer alan ve memurluk dokunulmazlığını kaldıran müsaade veya muvafakat olarak anlaşılması gerektiği yolunda yorumlamağı esaslara daha uygun bulmakta idik. Memur Muhakemesi Kanununda değişiklik yapılması amacı ile hazırlanan 1999.4483 numaralı Kanun, «izin» müessesini kabul etmiştir. Yürürlükten kaldırılan Memur Muhakemesi Kanununa göre verilmesi gereken soruşturma açılması (lüzumu muhakeme) kararı ceza muhakemesi şartı değildi.

²⁹⁵ k-m: *Dönmezer/Erman* I, n. 465.

²⁹⁶ Tatbikatta da geri alma kabul edilmektedir. Adalet Bakanlığı ilk defa 18/6/1945 tarihinde bir izni geri almıştır. k-m: *Ranieri*: 120.

değişebileceğine göre, evvelce izin verilmesinde mahzur görülmeyen bir suç için sonradan mahzur görülebileceğini kabul etmek gerekir.²⁹⁷

İzin, doktrinde çok defa *aktif* ve *pasif* diye ikiye ayrılmaktadır. Aktif iznin, Devletin bazı organlarını görevleri bakımından korumak için kabul edildiği, pasif iznin ise, fiili esas tuttuğu, uygun olmayan hallerde dâva açılmasını önlediği söylenmektedir.²⁹⁸ Bizce, muhakeme şartı olan izin, sadece pasif dedikleri izindir, yani belli suçlardan dolayı ceza davası açılıp yürütülmesinde kamu yararının bulunup bulunmadığı konusunda kanun koyucunun duyduğu tereddüdü yenmek üzere yetkili kılınan makamın her dava bakımından kamu yararı gördüğünü belirtmesidir. Aktif denilen izin ise, suçun niteliğine değil, failin sıfatına bakar ve muhakemenin değil, yasama, diplomatlık gibi görevlerin serbestçe yapılabilmesindeki toplumsal yarar bakımından kabul edilmiş olan *dokunulmazlık* adlı engellerin kalkması istisnalarını oluşturur. Bu nitelik farkları yüzünden ayrıca ele alınmalı ve *dokunulmazlık kalkması* diye adlandırılmalıdır (No. 53-58). İzin sadece suç bakımından söz konusu olmasının bir sonucu da suçun bütün ortakları hakkında kovuşturma yapılabilmesi, suçlular arasına bu bakımdan bir ayırım gözetilmemesidir.

Bizce, izin adlı muhakeme şartına misal olarak şunlar gösterilebilir: (1) Cumhurbaşkanına hakaret (TCK 299/3), savaş hali dışında temel milli yararlar karşı bulunmak için yarar sağlama (TCK 305/3) ve yabancı devlet aleyhine asker toplama (TCK 306/5) suçlardan dolayı muhakeme Adalet Bakanı iznine bağlıdır. Askeri suçların soruşturulması da izne tabidir.²⁹⁹ (2) Mülga TCK döneminde kamu görevlisine görevinden dolayı işlenen hakaret suçları adli, siyasi veya askeri bir heyetin başkanının iznine bağlı idi (mülga TCK 488/3).³⁰⁰

Dâva süresinde açılmış ve izin şartının gerektiği sonradan anlaşılırsa, dâva süresinde açıldığından düşme değil, izni beklemek üzere durma kararı verilmelidir.³⁰¹

51. KAMU YARARI.

Savcının *kamu davasının açılmasının ertelenmesi* yetkisini (No. 434) kullanabilmesi için, birlikte gerçekleşmesini öngördüğü koşullar arasında *kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması* koşulu vardır (CMK 171/3-c).³⁰²

²⁹⁷ 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununda geri alma bakımından açık bir hüküm olmadığından, farklı görüşler meydana çıkmıştı. 1930 Kanunu (m. 15), iznin geri alınabileceğini kabul etmemiştir. Buna sebep olarak, Bakan, “ilk tasarıda, izni veren makamın geri alınabilmesi kabul edilmişti. Doğrusu bu görüşü destekleyecek esaslı gerekçeler de yok değildir. Fakat düşündüm, taşındım ve iznin geri alınabilmesinin tatbikatta mahzurlu olacağı ve özellikle davaların görülmesine devam edip edilmeyeceği hususunda müphemiyet doğuracağı, iznin geri alınmasının kötü tefsirlere yol açacağı sonucuna vardım” demiştir (Manzini, IV, 126).

²⁹⁸ Ranieri, 120; Sabatini, I, 313.

²⁹⁹ Askeri suçların takibi şikâyete bağlı değildir. Ancak askeri kazaya tabi olup da Türk Ceza Kanunu mucibince takibi Adliye Bakanının iznine bağlı suçlar hakkında izni, Adalet Bakanı yerine Millî Savunma Bakanı izin verir (AsCK 48). Asker kişilerin işledikleri askeri suçların soruşturulması izne tabidir. Ancak, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde soruşturma genel hükümlere göre yürütülür. *Soruşturma izni*, asgari tugay komutanı veya eşidi askeri kurum amiri (Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarında eşidi) olmak üzere, asker kişinin görev yaptığı birlik komutanı veya askeri kurum amiri, bu kişilerin yokluklarında ise vekilleri tarafından bizzat verilir (AsCK Ek m. 15) (Bkz. No. 83).

³⁰⁰ Mülga Ceza Kanununun hakaret ve sövme faslında yazılı suçlardan dolayı muhakemenin adli, siyasi, mülki veya askeri bir heyetin başkanının iznine bağlı olması kabul edilmişti (mülga TCK 488). (Mülga Ceza Kanununun 488. maddesindeki “talep” kelimesi resmî heyetler başkanları bakımından şikâyet (*Dönmezer*: Kişilere karşı ve mala karşı cürümler, 14. Bası, 1995, n. 266; *Erem/Toroslu*, 559) değil, “izin” manasındadır. Nitekim mehzar kanunda izin tâbiri vardır. Maddenin ilk şeklinde “müsaade” denilmiştir. Cemiyet ve şirket müdürleri bakımından ise izin değil, şikâyet bahis konusudur. Zira burada Devleti ilgilendiren bir durum yoktur. Maddenin 1936 tâdilinde partiler de ilâve edilirken müsaade ve şikâyet farkı gözden kaçmış hepsine birden talep denilmiştir.

³⁰¹ 1. CD 12/4/49, Esas 1471 (İHFM 1949, IV, 1280).

³⁰² Ceza Muhakemesi Kanunu ilk yürürlüğe girdiği sırada, kamu yararı istisnai olarak *etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezazsızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kamu davası açmayabilir* (CMK 171) şeklinde belirtilmişti. Daha sonra 2006.5560 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle maddeye *kamu davasının açılmasının ertelenmesi* kurumu eklenirken, birinci fıkraya değiştirildi ve *Cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezazsızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilir*, şekline çevrildi (CMK “2006-5560” 171/1).

Kamu davasının açılmasındaki mecburilik sisteminin karşıtı olan kamu yararı sisteminde, kamu davasının açılması için kamu yararı aranmaktadır. Kamu yararı kamu dâvasının görülmesi için de aranabilir. Bu uygunluk, kanunilik de denilen mecburilik sistemi içinde de istisna olarak aranabilir (No. 103).³⁰³ Hukukta *maslahat*, kamu yararı demektir.³⁰⁴ Bu nedenle, maslahata uygunluk şartına *kamu yararı şartı* da diyebiliriz.

Kamu yararını savcı takdir eder. Fakat bununla yetinilmemeli, kaide olarak, yargılama makamının denetimi de sağlanmalı,³⁰⁵ durma kararı verilebilmelidir.³⁰⁶ Mahkemenin Cumhuriyet savcısının bu takdir yetkisini kendiliğinden veya itiraz üzerine denetlemesi bizde kabul edilmemiştir (CMK 173/5; KADEK kararına ise itiraz edilebilir: CMK 171/2).³⁰⁷

52. BEKLETİCİ MESELENİN ÇÖZÜLMESİ.

Muhakeme, ceza mahkemesinin yetkisi dışında kalan bir meselenin çözülmesine bağılı olabilir (No. 341). Önceden çözülmesi gerektiğı için ön mesele (No. 27) adı verilen bu talî meseleler ya *nispî muhakeme* (No. 156) yahut *bekletici mesele sayma* (No. 157) suretiyle çözülecektir. Bekletici mesele, iki şekilde kendini gösterebilir. Ya dâvanın açılmasında söz konusu olur, bu takdirde ceza dâvasının açılmasına engel olur yahut dâva açıldıktan sonra bahis konusu olur, bu takdirde muhakemenin devamına engel teşkil eder. Birinci halde, dâvanın açılması için engelin kalkması beklenir. İkinci halde, engelin kalkma ihtimali olduğundan *muhakemenin durması kararı* verilir. Görülüyor ki bekletici mesele yerine *durdurucu mesele* de denilebilir.

53. YASAMA VE BAKANLIK DOKUNULMAZLIKLARININ KALKMASI.

I. Yasama dokunulmazlığı.

Yasama dokunulmazlığı bireysel olarak milletvekilini korumaz; Meclis bir bütün³⁰⁸ olarak korunur: Hükûmetin iktidarını kullanarak yasama meclisinde çoğunluğu elde etmek için azınlık üyelerini meclisten uzak bulundurmasına veya suç isnat ederek tutuklama ve cezalandırma tehdidi ile manevî bir baskı yaparak onların oylarına tesir etmesine engel olmak amacını güden yasama dokunulmazlığının³⁰⁹ kalkması da muhakemenin yapılabilmesi için bir şarttır.

³⁰³ Mesela bizde, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu döneminde muhakeme sonunda sanığa verilecek ceza, onun diğeri bir suçundan dolayı kesin hüküm ile mahkûm olduğu veya olacağı cezaya tesiri olmayacaksa, savcı dava açmayabiliyordu (CMUK 149/1) (No. 103).

³⁰⁴ Maslahat, mazarratın karşıtıdır, menfaat, yarar manasındadır. İslâm Hukukunda maslahat denince, gerçek maslahat, yani şahsî olmayan, herkesi ilgilendiren, bir kelime ile kamu yararı anlaşıldığından (*Ebu Zehra*, 267 ve 358) dilimizde de bu anlamda kullanılmaktadır.

³⁰⁵ Mülga CMUK 149 ncu maddede bu kararı sorgu hâkiminin vereceğı gösterilmiş idiyse de mahkemece verilmemesi için hiçbir sebep yoktu. Nitekim mehz kanunda verebilmektedir.

³⁰⁶ Bizde savcılığın Kamu yararı görmesinin istisna olarak arandığı hallerde bu nedenle kovuşturamama kararı verilmesi için yargılama makamının rızası aranmamakta, sadece savcının dâva açtıktan sonra şarta bağılı olarak Kamu yararı bulunmadığını görmesi halinde, bunu mahkemenin de kabul etmesi ve dâvanın (doğrusu muhakemenin) durmasına karar vermesi suretiyle bir denetim öngörülmekte idi (mülga CMUK “85-3206” 149/2). 149 ncu maddenin 2 nci fıkrasında 1985 de yapılan değişiklikle isabetsizlikler olmuştur. Gerçi sorgu hâkimi artık yoktur ama maddede onun yerine mahkeme denilmekle işin içinden çıkılmazdı. Bir kere, mahkemenin vereceğı kararlar 1973 de 253 ncü maddede yapılan değişiklik ile genel ve sistemli bir biçimde belirlenmiş bulunuyordu. 149 ncu maddenin 1 nci fıkrasında öngörülen “mahkûm olunan veya olunacak cezaya tesirsizlik hali”, bizdeki mecburilik kaidesinin bir istisnası olarak, maslahata uygunluğun aranmasının muhakeme şartı olarak kabulü demek olduğuna ve bu şartın ilerde tekrar gerçekleşmesi de imkânsız bulunmadığına göre, 253 ncü maddenin 4 ncü fıkrası, bu durumda “muhakemenin durması” kararı verileceğini zaten göstermekte idi. Sözü geçen halin muhakeme şartı olduğunun açıklanmasında tereddütleri yenmek bakımından fayda görüldüğünü kabul etsek de, maddedeki “dâvanın muvakkat tatili” sözlerinin, kanunumuzun yeni sistemine ters düşmemek için “muhakemenin durması” olarak değiştirilmesi gerekirdi.

³⁰⁷ Almanya’da savcının kamu yararı görmeyerek, kovuşturamama kararnamesi verilebilmesi için, mahkemenin razı olması, kaide olarak aranmaktadır (StPO 153/I; 153 b/I). Aranmadığı haller de vardır (meselâ StPO 153d).

³⁰⁸ BVerfGE NJW 2002, 1111; “Immunität dient nicht dem einzelnen Parlamentarier als vielmehr dem Parlament als Ganzem”, Kühne 2007, Rn. 669. (GG 46/II, IV). Ayrıca bakınız; Routenberg NJW 2002, 1090.

³⁰⁹ Kalkması imkânı bulunduğu için geçici olan “yasama dokunulmazlığı” ile daimî olan ve eskiden “yasama mutlak dokunulmazlığı” denilen kurumun farkını iyice belirtmek için ayrı terimler kullanılmalıdır. Biz 3. basıdan itibaren ayrı terimler kullanılması gerektiğini belirtmiş, Anayasada (1961, m. 61) “sorumlu tutulamazlar” denilmiş olmasına bakarak, “mutlak dokunulmazlık” yerine “sorumluzluk” terimini kullanmıştık. Ancak bunun da sakıncasını gördüğümüzden, 6 nci basıdan beri

Yasama organı üyeleri hakkında öngörülen bu engel, özel olarak düzenlenmiş ve dokunulmazlık kalkmadıkça nelerin yapılamayacağı bir bir gösterilmiştir. Gerçekten, Anayasaya göre: “Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir Milletvekili Meclisin kararı olmadıkça *tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz*. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimlerden önce soruşturmasına başlanmış olmak kaydı ile Anayasanın 14 ncü maddesindeki durumlar³¹⁰ bu hükmün dışındadır. Ancak bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne bildirmek zorundadır (AY 83/2).

Maddedeki yargılanamaz tabirinden maksat, asıl ceza muhakemesinde, Yargıtay dahil (No. 538 I) hiçbir yargılama makamınca yargılama yapılamamasıdır. Ceza verilmesi yargılamayı gerektirdiğinden, ceza kararnamesi ile ceza verilebiliyordu.³¹¹ Ancak kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması ve idari yaptırımını gerektirmesi sebebiyle, artık Kabahatler Kanunu gereğince idari yaptırımlar uygulanabileceği savunulabilir.

Soruşturma evresinde bazı muhakeme işlemleri yapılabilir. Anayasa bunlar bakımından da istisnalar koymuştur. Bunlar: 1) *sorgu*, 2) *yakalama* (maddedeki hatalı tâbirle tutma)³¹² ve 3) *tutuklamadır*. Bunlardan “sorgu”, yargılama kavramından ayrı düşünülemez, “yakalama” ve “tutuklama” da kişi hürriyetini kısıtlayarak yasama görevinin yapılmasına tesir edebileceğinden, bu istisnalar yerindedir. İstisnalar dışında kaldığı için, dâva açılabilir³¹³, hele belli süre sonunda açılmayacaksa, süresinde muhakkak açılmalıdır (No. 46). Ancak yargılama yapılamayacağından, dokunulmazlık kabule de engel olmadığından, dâvanın reddi değil, muhakemenin durması kararı verilmelidir (No. 72) (CMK 223/8).

Dokunulmazlığın kaldırılması kararı³¹⁴, üyenin o sıradaki üyeliği bakımındandır. Dokunulmazlığı kaldıran milletvekili tekrar seçilirse (AY 83/4) veya kaldırma kararı Anayasa Mahkemesince iptal edilirse, yeniden dokunulmazlık kazanır.

Milletvekili dokunulmazlığı Anayasa’nın 83 ncü maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin 2’nci fıkrasına göre, seçimden önce veya suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Bunların yapılabilmesi için meclisin karar vermesi gerekir. Milletvekili dokunulmazlığının sorgu, tutuklama ve yargılama engeli oluşturmasının iki istisnası vardır. Birinci istisna, ağır cezayı gerektiren suçüstü halidir. İkinci istisna ise, Anayasa’nın 14 ncü maddesinde³¹⁵

sorumsuzluk teriminin sadece failin cezalandırılmasına tesir eden ve dolayısı ile kaldırılabilen hallerde kullanılmasını daha uygun buluyor ve yasama mutlak dokunulmazlığında olduğu gibi, suçun cezalandırılabilme unsuruna tesir ederek failin suç sayılmasını önleyen ve böylece dokunulmazlık gibi kaldırılması söz konusu olmayan hallerde “bağışıklık” demeyi tercih ediyoruz.

³¹⁰ Anayasanın bu açık hükmüne rağmen, 2007 seçimlerinde milletvekili seçilen bir terör suçu tutuklusunun tutukluluk durumuna son verilmesi, hukuki bir tartışma başlatmıştır. Tutuklama kararı kaçma şüphesi ve delil kartma şüphesi ile verildiği ve bu nedenler ortadan kalktığı vakit kararın kaldırılabilmesi mümkün iken, kanunda yer almayan bir nedene (yemin edip milletvekili dokunulmazlığı kazanmak için) dayanılarak tutuklama kararının kaldırılması mümkün değildir. Kararın gerekçesinin, o somut olayda tutuklama sebeplerinin artık bulunması olduğu kanaatindeyiz.

³¹¹ Sulh hâkiminin ceza kararnamesi veremeyeceği kabul edilmişti (2. CD 17/2/76, YKD 76, 1375).

³¹² Anayasada yakalama tâbiri vardır (AY 19/2). Bu sebeple 83/2 maddede yakalama yerine tutma denilmesi hatalı olmuştur.

³¹³ Hele belli süre sonunda açılmayacaksa, dâva süresinde açılmalıdır (No. 46).

³¹⁴ Tafsilat için *Teziç*: Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, İstanbul, 1980, s. 127-149. Anayasanın değişik 95 nci maddesine göre, (1995/4121, 10); yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesine 84 ncü maddenin 1, 3 veya 4 ncü fıkraları uyarınca karar verilmiş olması hallerinde, kararın (Anayasaya, kanuna veya içtüzüğe aykırılığı iddiası ile) iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulabilir. Anayasa Mahkemesi bir olayda kasten adam öldürme vs. suçlarından dolayı dokunulmazlığı kaldırılan milletvekilinin açtığı iptal davasını reddetmiştir (Anayasa Mahkemesi kararı 31.7.1998, E. 1998/38, K. 1998/50, RG. 16.3.1999). *Mehmet Ağar ve Edip Bucak* tarafından yapılan itirazlarda da aynı şekilde karar verilmişti.

³¹⁵ Ceza Genel Kurulunun 30.10.2007 tarihinde verdiği karar da Anayasa’nın 83 ncü maddesinin istisnasını oluşturan 14 ncü madde ile ilgilidir. Olayda sanık Necat görevde keyfi muamele suçundan TCK 228/1, 35 ve 59, ayrıca 647 sK m.4 ve 6 uyarınca adli para cezasına ve 5 ay süre ile kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası ile cezalandırılmış ve cezaları ertelenmiştir. Sanığın görevi nedeni ile esas mahkemesi olarak karar veren Yargıtay 4 ncü Ceza Dairesinin 18.1.2007 gün ve 52-3 sayılı hükmü sanık müdafileri ve Yargıtay C. Savcısı tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay C. Başsavcılığı 19.3.2007 günlü tebliğnamesi ile bozma istemi ve Ceza Genel Kurulu dosyayı inceleyerek şu kararı vermiştir. Suç tarihinde milli eğitim

düzenlenmiş olan durumlara ilişkin olarak seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olan suçlar bu kapsama girerler.³¹⁶

II. Bakanlık dokunulmazlığı.

Cumhurbaşkanlığı hükümeti sisteminde Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar milletvekili olmadıkları halde görevleriyle ilgili olmayan suçlarda yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümlerden yararlanır (AY 106/10).³¹⁷ Türkiye parlamenter sistemde iken Anayasa, bakanlar arasında milletvekili olup olmamak bakımından ayırım yapmış, olmayanların da yasama dokunulmazlığına sahip olduklarını söylemişti (mülga AY 112/4).³¹⁸ Bakanlık dokunulmazlığının kalkması da yasama dokunulmazlığında olduğu gibi, bir muhakeme şartı idi.³¹⁹

Bu konuda, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların Yüce Divanda görülecek görev suçları bakımından Anayasanın (AY 106/5-9) soruşturma açılmasını özel olarak düzenlediği hatırlanmalıdır (No. 222).

54. KAMU GÖREVLİSİ DOKUNULMAZLIĞININ KALKMASI.

I. Kamu görevlisi hakkında izin koşulu.

Memurların Yargılanması Hakkında Kanun (1999-4483), görev suçlarından dolayı dava açılabilmesi için de *izin* şartı getirmiştir. Bu şart gerçekleşmedikçe savcılık *ifade* dahi alamaz. Suç isnadı

bakanlığı müsteşarı olan sanık Necat, Batman İl Milli Eğitim Şube müdürü iken, Mecitözüne atanan katılan Fahrettin'i, bu atama işleminin iptal edilmesine ilişkin bir yargı kararı mevcut olmasına rağmen, görevine fiilen ve hukuken başlatmayarak, hakkında görevde keyfi davranış suçunu işlediği iddiası ile kamu davası açılmasına neden olmuştur. Yargılama sonunda mahkûmiyet kararı verilmiş ve hüküm müdafaa ve Yargıtay C. Başsavcısı tarafından temyiz edilmiştir. Yerel mahkemece verilen bu hükümden sonra, 22 Temmuz 2007 tarihinde yapılan 23 ncü dönem milletvekili seçimleri sonunda eski müsteşar Necat, İstanbul milletvekili seçilmiştir. Anayasanın 83 ncü maddesine göre, milletvekilleri seçimden önce işledikleri ileri sürülen suçlardan dolayı, Anayasa'nın 14 ncü maddesinde öngörülen haller ve ağır cezayı gerektiren suçüstü hali dışında, TBMM'nin kararı olmadıkça yargılanamazlar. Bu dokunulmazlık kanun yolu evresini de kapsar. Olayda Anayasanın 14 ncü maddesinin kapsamı dışında bulunan görevde keyfi davranış suçuna ilişkin bir yargılama söz konusu olduğundan, somut olayda görevde keyfi davranış suçuna ilişkin yargılama koşulu hükmün kesinleşmesi öncesinde kanun yolu denetimi sürecinde ortadan kalktığından, sanık hakkındaki hükmün bozulmasına, yargılama koşulunun gerçekleşmesi bakımından yapılacak işlemlerin birinci derece yargılaması ile görevli Yargıtay 4. Ceza Dairesince yerine getirilmesine karar verilmesi gerektiği karar verilmiştir (CGK 30.10.2007 E.2007/4-75, K.2007/221 Kazancı.com).

³¹⁶ Mesela, Yargıtay 9 ncü ceza dairesinin 4.2.2008 tarih ve 617 sayılı kararında milletvekili seçilen bir sanık yurt dışında yayın yapan özel bir televizyonun canlı yayınına telefonla bağlanarak silahlı terör örgütünün ve kurucusunun propagandasını yaptığı suçlaması ile yargılanmak istenilmişti. Olayda sanığın hüküm tarihinden sonra, 22 Temmuz 2007 tarihinde yapılan 23 ncü dönem milletvekili genel seçiminde Diyarbakır ilinden milletvekili seçildiği anlaşılmıştır. Sübutu kabul edilen suçun niteliği itibarıyla Anayasa'nın 14 ncü maddesinde öngörülen devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmaya yönelik bir suç olduğu, seçimden önce soruşturmaya başlanarak hüküm kurulduğu ve bu nedenle Anayasanın 83 ncü maddesinin 2'nci fıkrasının 2'nci cümlesi kapsamında ve yasama dokunulmazlığı dışında kaldığı anlaşıldığından, sanık müdafinin durma kararı verilmesi talebinin reddine karar verilmiştir. Yargıtay aynı kararında, Roj TV'nin uydu üzerinden yayın yapan telefonuna telefonla katılan sanığın silahlı terör örgütünün amacı ve kurucusu Abdullah Öcalan'ın görüş ve düşüncelerinin toplum içinde benimsenmesi, yayılması ve kökleşmesini telkin ve teşvik edecek şekilde yaptığı konuşmanın içeriği, sanığın konumu, hitap edilen kitle, yayımlanma amacı ile hitap edilen kitle tarafından algılanma biçimini de nazara alarak, bu konuşmanın ifade özgürlüğü kapsamında kabul edilemeyeceğine de karar verilmiştir. Sanığın yaptığı bu konuşmanın ulusal güvenliğin toprak bütünlüğünün sağlanması bakımından sınırlandırılabilen ifade özgürlüğü kapsamına girmediğini saptayan Yargıtay, bu eylemin CMK 7/2 de düzenleniş olan silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçu oluşturacağını da saptamış ve esas mahkemesinin suç vasfında yanılıya düşerek verdiği hükmü bozmuştur (Kazancı.com; 9 CD 4.2.2008, E.2007/9370, K.2800/617).

³¹⁷ Doğan/Erdoğan 2021, 164.

³¹⁸ Biz, bakanların bu dokunulmazlığına, milletvekili olmayan bakanlar bakımından söz konusu olduğundan, yasama dokunulmazlığı denmesini doğru bulmamakta ve bakanlık dokunulmazlığı adını vermekteydik. Bu dokunulmazlığa yasama dokunulmazlığı denemeyeceği açıktı. Bir kere bakanların görevi yasama değil, yürütmedir. Diğer taraftan, Bakanlar Meclis dışından da seçilebilmektedir. Nihayet, yasama dokunulmazlığını haklı gösteren sebeplerle bakanlık dokunulmazlığını haklı gösteren sebepler aynı değildir. Yürütme dokunulmazlığı da denemez. Zira yürütme görevini sadece bakanlar kurulu değil, Cumhurbaşkanı da yerine getirdiği (Ayn. 8) halde bu dokunulmazlık sadece bakanlara, bakanlık görevleri dolayısı ile tanınmıştır. Onun için biz buna bakanlık dokunulmazlığı adını vermeği uygun bulmaktayız.

³¹⁹ Ancak ondan farklı olarak, bu dokunulmazlığın kalkması için ayrı bir mekanizmaya ihtiyaç yoktu. Bakanlıktan düşme kararı, otomatik olarak, bakanlık dokunulmazlığının da kalkması sonucunu doğuruyordu. Düşen bakan aynı zamanda milletvekili ise, yasama dokunulmazlığı devam edeceğinden bir kararla kaldırılması gerekiyordu.

yapılamayacağına göre, meşhut suçlar hariç, bu suç grubunda yakalama da mümkün değildir. Kamu görevlilerinin bazı görev suçlarından dolayı kovuşturulmaları *müsaade* veya *muvafakata* bağlanmıştır. Kamu görevlilerinin kamu görevlerini serbestçe görebilmeleri için himaye edilmeleri lüzumu ile izah edilen ve umumiyetle *idari teminat* (*garanzia amministrativa*) adı verilen bu kurum da gereksiz bir muhakeme engelidir ve bu engelin kalkması bir muhakeme şartıdır.³²⁰

II. Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunundaki istisnalar.

İzin kuralının istisnaları da vardır: Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanununun 19 ncu maddesinde, Cumhuriyeti Savcısının bu Kanunda yazılı suçlarla³²¹ irtikâp, rüşvet, ihtilas ve zimmete para geçirme gibi 17 nci maddede yazılı suçların işlendiğini öğrendiğinde, sanıklar hakkında doğrudan doğruya bizzat soruşturmaya başlamakla beraber, durumu atamaya yetkili amirine veya 8 nci maddede sayılan mercilere bildirmesi öngörülmüşse de³²², kovuşturma müsaadesinden bahsedilmemiştir.³²³

Bu suçlara ilişkin ihbarlar doğrudan Cumhuriyet Başsavcılıklarına yapılır. İhbar üzerine derhal bir ihbar tutanağı düzenlenir ve bir örneği muhbire verilir. Acele ve gecikmesinde sakınca umulan hallerde tutanak düzenlenmesi sonraya bırakılabilir. İhbar konusu müsnet suç hakkında dava açılıncaya kadar bilgi vermek ve yayın yapmak yasaktır.

Muhbirlerin kimlikleri, rızaları olmadıkça açıklanmaz. İhbar asılsız çıktığında aleyhine takibat yapılanın istemi üzerine muhbirin kimliği açıklanır (m. 18/1).

Yapılan ihbar veya KYOK kararı ve iddianame Cumhuriyet başsavcılığınca, ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirilir. İlgili kamu kurum veya kuruluşları tarafından yazılı başvuruda bulunulması halinde bu kurum veya kuruluşlar, başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanır.

Bu suçlardan dolayı müfettiş ve muhakkikler de soruşturma neticesinde delil veya emare elde ettikleri takdirde, işi yetkili ve görevli Cumhuriyet Başsavcılığına ihbar ve evrakı tevdi ederler. Cumhuriyet Başsavcılığı müfettiş ve muhakkikler tarafından kendisine tevdiine lüzum görülmediği halde dahi evrakın taalluk ettiği iş hakkında soruşturma yapmak üzere gerekçe göstererek evrakı ait olduğu merciden isteyebilir.

17 nci maddede yazılı suçlardan dolayı delil veya emare elde eden müfettiş ve muhakkikler durumu yetkili ve görevli Cumhuriyet Başsavcılığına ihbar ve evrakı tevdi etmedikleri takdirde bunlar hakkında da yapılacak takibattan dolayı Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat Hükümleri uygulanmaz.

³²⁰ Memurluk dokunulmazlığı, “suçun görev suçu olup olmadığının araştırılması için”, kullanılmalıdır. Aslında, “makul ve somut olaylara” dayanan şüphe kriteri uygulanmaya başlanırsa, tamamen kaldırılması düşünülebilir. Yaygın ve yersiz biçimde kullanıldığı için, AİHM, memur suçlarında etkin araştırma yapılmadığını görerek Türkiye hakkında (13+3) formülünden yararlanarak ihlal kararları vermektedir.

³²¹ Bu Kanunda belirtilen sürelerde mal bildiriminde bulunmayan (m. 10), mal bildiriminin muhtevası hakkında gerçeğe aykırı açıklama (m. 11) veya bildirimde bulunana (m. 12), haksız mal edinen, kaçırın veya gizleyene (m. 13) hapis cezası verilir ve kamu hizmetlerinden yasaklanır (m. 15). Bu cezalar 10 uncu maddenin birinci fıkrası hariç tecil edilemez, şahsi hürriyeti bağlayıcı olanlar para veya tedbire çevrilemez, failleri hakkında önödeme uygulanamaz (m. 16). Bu suçlar ve Bankacılık Kanununda yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz. Bu kural müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar hakkında uygulanamaz. Görevleri veya sıfatları sebebi ile özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olan sanıklarla ilgili kanun hükümleri saklıdır (m. 17).

³²² Meselâ, Maliye Bakanlığınca tâyin edilen mal memuru (CGK 23/5/66, İKİD 66, 4632).

³²³ Halbuki, memurların Memur Muhakemesi Kanununa tâbi olmayan ve 1609 sayılı Kanunla muhakemesi düzenlenen irtikâp (yiyicilik), rüşvet, zimmet ve ihtilâs gibi belli görev suçlarında, savcı hazırlık soruşturmasını memuru sorguya çekmeksizsin yapar ve evrakı ilgili bakana gönderip kovuşturma için “müsaade” isterdi. Vilâyetin millî irade ile tâyin edilmeyen memurları ile tâli memurları hakkında kovuşturma için valinin “muvafakati” istenecekti. Vali muvafakat etmezse, ilgili bakandan müsaade istenilecekti. Bu şart Memurların Muhakemesi Kanununa göre ve başka tavsifle iş mahkemeye gelmişse aranmamakta idi (3. CD 23/9/65, *Çağlayan* “66”, II. 512). Bakanın müsaadesi ile valinin muvafakati olmakta idi. Bunun izinden farkı, geri alınmaması idi.

Cumhuriyet Savcısı bu suçların işlendiğini öğrendiğinde sanıklar hakkında doğrudan doğruya ve bizzat soruşturmaya başlamakla beraber durumu atamaya yetkili amirine veya 8 inci maddede sayılan mercilere bildirir (m. 19/1). Cumhuriyet Savcısı soruşturmaya başladığında ihbarı doğrulayan emareler bulunduğu takdirde sanıktan, haksız edinilen malın kaçırıldığı yolunda delil ve emare elde edildiği takdirde sanığın ikinci dereceye kadar kan ve sıhri hısımları ile gelini ve damadından mal bildiriminde bulunmalarını ister. Bu istemin sanığa ve diğer ilgililere ulaştığı tarihten itibaren yedi gün içinde Cumhuriyet Savcısına mal bildirimini verilmesi zorunludur. Soruşturmanın müfettiş veya muhakkik tarafından yapılması halinde müfettiş veya muhakkik de sanıktan ve yukarıda sayılan ilgililerden mal bildirimini isteminde bulunurlar. Bu istemin sanık ve ilgililere ulaştığı tarihten itibaren yedi gün içinde müfettiş veya muhakkike mal bildirimini verilmesi keza zorunludur (m. 19/2). Cumhuriyet Savcısı, kamu davası açılmadan önce haksız edinildiği yolunda delil veya emare elde edilen para veya mal ile ilgili tedbirin alınmasını görevli mahkemeden veya para veya malın bulunduğu yer hukuk mahkemesinden isteyebilir (m. 19/3).

Özel kanunlarında aksine bir hüküm bulursa bile ilgili gerçek veya tüzel kişiler veya kamu kurum ve kuruluşları; bu Kanuna göre takip, soruşturma ve kovuşturmaya yetkili kişi ve bu Kanundaki diğer mercilerce istenen bilgileri gecikmeksizin makul sürede eksiksiz vermek zorundadır. Aksine davranan kişiler hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Bu ceza, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez (m. 20)

55. SEÇİM DOKUNULMAZLIĞININ KALKMASI.

Seçimlerin gereği gibi yapılabilmesi ve seçim hürriyetinin korunması için bir çeşit muhakeme dokunulmazlığı kabul edilmiştir. *Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanun* seçim zamanını muhakeme engeli olarak kabul etmiştir. Bu engel otomatik olarak, yani oy verme süresinin bitmesi ile ortadan kalkmaktadır.³²⁴ Seçim suçu işlediği iddia edilenlerin soruşturma usulü de farklıdır.³²⁵

56. HÂKİMLİK, SAVCILIK, AVUKATLIK VE NOTERLİK DOKUNULMAZLIKLARININ KALKMASI.

I. Hâkimlik dokunulmazlığı.

Birinci sınıf dışındaki adli ve idarî hâkimlerin görev suçlarında soruşturma yapılması kaide olarak³²⁶ izne bağlıdır. Bu izni Adalet Bakanlığı vermektedir (HSK 82/1).³²⁷ Hâkimlik görevinin serbestçe

³²⁴ Seçim işleriyle görevlendirilenlerin oy verme günü ile bundan önceki yirmi dört saat içinde işledikleri bu Kanunda yazılı seçim suçlarından ötürü bağlı buldukları kurullarca düzenlenmesi gereken seçim tutanaklarının tanzim edildiğinin ertesi günü soruşturma başlatılır. Bu süre içinde ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlarla asliye ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hali, infazı gerektiren hükümler ve merciinden verilmiş tutuklama kararı veya yakalama emri dışında başka hiçbir sebepten dolayı bir seçmen hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılamaz ve oy verme günü ile ondan önceki üç gün içerisinde seçmenin hürriyetini ve oy verme imkânını kaldıracak veya tahdit edecek idarî ve malî hiçbir tedbir alınmaz (1961-298 sK m. 173).

³²⁵ Bu Kanunda yazılı suçlardan birini işleyenler veya bu Kanunun uygulanmasına taalluk edip de genel hükümlere göre cezalandırılmaları gerekenlerin sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun haklarında umumi hükümler dairesinde soruşturma ve kovuşturma yapılır. Valiler hakkındaki soruşturma Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Cumhuriyet Başsavcivekili; kovuşturma ise Yargıtay'ın ilgili ceza dairesi tarafından umumi hükümlere göre yapılır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı soruşturmayı Yargıtay Cumhuriyet savcılarında da yaptırabilir. Ancak, kamu davasını açmak veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermek yetkisi Cumhuriyet Başsavcısına aittir. Soruşturma sırasında Başsavcı tarafından istenilen yakalama emri, tutuklama, tahliye, elkoyma ve aramaya Yargıtay ilgili ceza dairesi başkanı tarafından karar verilir. Bu kararlara karşı yapılan itirazları ise, numara itibarıyla izleyen ceza dairesi inceler. Son numaralı daire başkanının kararı söz konusu ise, itirazları inceleme yetkisi Birinci Ceza Dairesine aittir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karara yapılan itirazı, soruşturma konusu suçun en ağırına bakmakla görevli ceza dairesini numara itibarıyla izleyen ceza dairesi başkanı inceler. Soruşturma konusu suç, son numaralı ceza dairesinin görevine giriyorsa, itirazı inceleme yetkisi Birinci Ceza Dairesi Başkanına aittir. Kaymakamlar hakkında soruşturma yapmaya ve kamu davası açmaya il Cumhuriyet başsavcısı veya başsavcivekili ve kovuşturma yapmaya il ağır ceza mahkemesi yetkilidir. Hâkimler ve Savcılar Kanunu hükümleri mahfuzdur. İlgili kimseler ve siyasi partiler, Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince kamu davasına katılabilirler (1961-298 sK m. 174).

³²⁶ İstisna, adalet müfettişlerinin öğrendikleri ve gecikmede sakınca olan hallerdedir. Ancak durum derhal Bakanlığa bildirilecektir (HSK 83).

³²⁷ Bu izni, bakanlığın vermesi bizce sakıncalıdır. Hâkimler ve Savcılar Kurulunun vermesini daha uygun bulmaktayız.

yapılabilmesi için hâkimler hakkındaki kovuşturma isabetsiz olarak *izin* diye adlandırılan bir şarta bağlanmış, yani bu göreve bir çeşit dokunulmazlık tanınarak, bunun kaldırılması yolu tutulmuştur. Hâkimler ve Savcılar Kanununun 82'nci maddesinde *soruşturma evresi* sözü geçmemekte, *inceleme ve soruşturmanın izne bağlı olduğu* belirtilmektedir. İnceleme hakkında kanunda bir açıklama da yoktur. Soruşturmayı savcılık yapmakta, fakat sonucu savcı değil, Bakanlık çıkarmaktadır (HSK 87). Soruşturma evrakı bakanlığa gelince, Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün mütalâası ile Bakanlık kovuşturma yapılmasına gerek olup olmadığına karar verecektir. Kovuşturma yapılmasına gerek görüldüğünde, savcı mecburen bir iddianame ile ağır ceza mahkemesine başvuracak, mahkeme de sonsoruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verecektir.³²⁸

Hâkim ve savcılar hakkında görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar nedeniyle kovuşturma yapılması gerekli görüldüğü takdirde evrak, Adalet Bakanlığınca ilgilinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet savcılığına; Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında görevli hâkim ve savcılar hakkındaki evrak ise Ankara Cumhuriyet Savcılığına gönderilir. Cumhuriyet savcısı beş gün içinde iddianamesini düzenleyerek evrakı, son soruşturmanın açılmasına veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere ağır ceza mahkemesine verir. İddianamenin bir örneği Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince, hakkında kovuşturma yapılana tebliğ olunur. Bu tebliğ üzerine ilgili, Kanunda yazılı süre içinde delil toplanmasını ister veya kabul edilebilir istekte bulunursa bu husus göz önünde tutulur ve gerekirse soruşturma başkan tarafından derinleştirilir (HSK 89).

II. Savcılık dokunulmazlığı.

Hâkimler ve Savcılar Kanununda adlî ve idarî savcılar hakkındaki izin de hâkimlerde olduğu gibi düzenlenmiştir (HSK 82, 87, 89).

III. Avukatlık dokunulmazlığı.

Görev sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suçlar hakkında, bu suçların hâkimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümler uygulanır (AvK 57). Ancak avukat hakkında görev suçu isnadı varsa, soruşturma, kaide olarak³²⁹ Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır (AvK 58).³³⁰ Soruşturma evrakı üzerine Bakanlık kovuşturması yapılmasını gerekli görürse, kovuşturma izni de vermektedir. Bu izin üzerine savcı iddianame hazırlayarak ağır ceza mahkemesine verir (AvK 59). Bu mahkeme sonsoruşturma açılmasını veya açılmamasını kararlaştırır.³³¹

³²⁸ Bu ağır ceza mahkemesinin ve gerektiğinde başkanın yaptıklarının, 92 nci maddenin başlığında ilksoruşturma denmesine rağmen, onun sadece sonuç çıkarma bölümü olduğu görülmektedir. Sonsoruşturma açılması kararını ağır ceza mahkemesi vereceğine göre, bakanlığın kovuşturma yapılmasını gerekli bulan kararı, âdeta, yargılama makamlarının sonsoruşturma yapmasına da izin vermesine benzemektedir. Nitekim Avukatlık Kanunu buna açıkça izin demiştir (AvK 59).

³²⁹ İstisnaların başında ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hali gelmektedir (AvK 61). Bir diğer örneğe de maliye avukatları hakkındaki 1943.4353 numaralı Kanunda rastlamaktayız (m. 32) (4. CD 25/12/79 YKD 80, 1291).

³³⁰ Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının 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 savcısı denetiminde ve kayıtlı olunan baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranmaz. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanununun duruşmanın inzibatına ilişkin hükümleri saklıdır. Şu kadar ki, bu hükümlere göre avukatlar tutuklanamayacağı gibi, haklarında disiplin hapsi veya para cezası da verilemez.

³³¹ 58 inci maddeye göre yapılan soruşturmaya ait dosya Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne tevdi olunur. İnceleme sonunda kovuşturma yapılması gerekli görüldüğü takdirde dosya, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesine en yakın bulunan ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet Savcılığına gönderilir. Cumhuriyet Savcısı beş gün içinde, iddianamesini düzenleyerek dosyayı son soruşturmanın açılmasına veya açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere ağır ceza mahkemesine verir. İddianamenin bir örneği, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun hükümleri uyarınca, hakkında kovuşturma yapılan avukata tebliğ olunur. Bu tebliğ üzerine avukat, kanunda yazılı süre içinde bazı delillerin toplanmasını ister veya kabule değer bir istemde bulunursa nazara alınır, gerekirse soruşturma başkan tarafından derinleştirilir. Haklarında son soruşturmanın açılmasına karar verilen avukatların duruşmaları, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesinde yapılır. Durum avukatın kayıtlı olduğu baroya bildirilir. Avukatların, avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar nedeniyle verilen bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları hakkında Ceza Muhakemesi Kanununun 286 nci maddesinin ikinci fıkrası uygulanmaz.

IV. Noterlik dokunulmazlığı.

Noterlerin görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı kovuşturulabilmeleri için Adalet Bakanının *izin* vermesi şart koşulmuştur. Böylece tanınan görev dokunulmazlığının kaldırılmasına *izin* adı verilmiştir (Noterlik K. 153).³³²

57. ASKERLİK DOKUNULMAZLIĞININ KALKMASI.

I. Türk askerleri.

Askerler bakımından da bir çeşit muhakeme dokunulmazlığı vardır: Asker kişilerin işledikleri askerî suçların soruşturulması *izne* tabidir. Ancak, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde soruşturma genel hükümlere göre yürütülür. Soruşturma izni, asgari tugay komutanı veya eşidi askerî kurum amiri (Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarında eşidi) olmak üzere, asker kişinin görev yaptığı birlik komutanı veya askerî kurum amiri, bu kişilerin yokluklarında ise vekilleri tarafından bizzat verilir (AsCK Ek m. 15/1).

Türk askerleri bakımından, 2019-7179 numaralı *Askeralma Kanunu*, asker kişilerin belli suçları hakkında askerlik hizmetini adli hatta askerî yargılama makamları bakımından bir yerine getirme engeli saymıştır. Askeralma Kanununun 36. maddesine göre, askerlik hizmetine başlamadan önce veya askerlikleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı, bir yıl ve daha az süreli hapis cezasına hükmedilenler³³³ ile Türk Ceza Kanunu'nun 50 nci maddesinin birinci fıkrasının (c), (e) ve (f) bentlerinde yazılı tedbirler veya adli para cezasına mahkûm edilen yükümlüler hakkında verilen ceza ve tedbirlerin yerine getirilmesi askerlik hizmetlerinin sonuna bırakılır. Bu durumdakiler terhis edildikleri zaman serbest bırakılmayıp cezalarının çektilmesi için kıta ve kurumlarınca buldukları yer Cumhuriyet savcılıklarına teslim edilirler. İnfazları geri bırakılan mahkûmiyetler için zamanaşımı işlemez.

II. Yabancı askerler.

Yabancı askerler bakımından. Bir ülke içinde yabancı askerlerin işledikleri bazı suçlardan dolayı o ülke kanunlarına göre muhakeme yapılamamasının kabul edildiği de olabilir.

Meselâ NATO Devletleri, aralarında Kuvvetler Statüsüne dair bir anlaşma yapmışlar ve Türkiye de bunu 1954-6375 numaralı kanunla tasdik etmiştir. Bu sözleşmeye göre, yabancı askerler kendi yargılama makamlarına tâbidir. Mahallî yargılama makamları ile yabancı yargılama makamları çatıştığında yabancı asker, üstün tutulan yargılama makamlarına tâbi olacaktır. Meselâ münhasıran gönderen Devletin malına veya emniyetine veya münhasıran bu Devlet kuvveti veya sivil unsuru mensubunun veya bir yakınının şahsına veya malına karşı işlenen suçlar ile resmî bir görevin yapılması dolayısı ile³³⁴ işlenen suçlarda gönderen Devlet yargılama makamları üstün tutulmuştur. Görülüyor ki bu hallerde Türk yargılama makamları bakımından bir engel, bir nevi dokunulmazlık vardır. Bu

³³² Adalet müfettişleri veya mahalli Cumhuriyet Savcısı tarafından düzenlenen dosya, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne tevdi olunur. İnceleme sonunda kovuşturma yapılması gerekli görüldüğü takdirde dosya, suçun işlendiği yer Ağır Ceza Mahkemesine en yakın bulunan Ağır Ceza Mahkemesi Cumhuriyet Savcılığına gönderilir. Cumhuriyet Savcısı beş gün içinde, iddianamesini düzenleyerek dosyayı son soruşturmanın açılmasına veya açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere Ağır Ceza Mahkemesine verir. İddianamenin bir örneği, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun hükümleri uyarınca, hakkında kovuşturma yapılan notere tebliğ olunur. Bu tebliğ üzerine noter, kanunda yazılı süre içinde bazı delillerin toplanmasını ister veya kabule değer bir istemde bulunursa nazara alınır. Gerekirse soruşturma Başkan tarafından derinleştirilir. Haklarında son soruşturmanın açılmasına karar verilen noterlerin duruşmaları, suçun işlendiği yer Ağır Ceza mahkemesinde yapılır.

³³³ Bir yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilenler kıta ve kurumlarınca buldukları yer Cumhuriyet savcılıklarına teslim edilirler. Bunlardan askerlikle ilişkisi olanlara tahliyelerinde cezaevi idarelerince on beş günlük süre içerisinde askerlik şubesine müracaat edecekleri tebliğ edilir ve buna ilişkin belge askerlik şubesine gönderilir. Askerlik şubelerine kendilerine tanınan süre içerisinde gelmeyenler hakkında bakaya hükümleri uygulanır (Askeralma Kanunu 36/2).

³³⁴ Sonradan 1956.6816 numaralı kanunla “tercüme yanlış düzeltiliyor” diye, Sözleşmeye “veya resmî görevin ifası sırasında” sözleri ile görev hususunun tayinine ait esasların iki Devlet arasında tespit olunacağı yolunda bir fıkra eklenmişse de Sözleşmenin orijinal metni uygulanmalıdır (Çelik: Milletlerarası Hukuk, 1977, II/1, s. 80; Erman, n. 68). Savcılık, görev hususunu Adalet Bakanlığı vasıtasıyla Genelkurmaydan soracaktır.

dokunulmazlığın kalkması mümkündür. Üstünlüğü tanınan Devlet, yargılama yetkisini kullanmamağa karar verebilir. Böyle bir karar verildiğinde derhal Türk makamlarına haber verilecektir (m. VII, 3. c).

Kuzey Atlantik Teşkilatı (NATO) Antlaşmasına taraf Devletler Arasında Kuvvetlerin Statüsüne Dair Anlaşma (NATO-SOFA) uyarınca, ülkemizde suç işleyen yabancı NATO görevlileri bu anlaşmanın bir ve yedinci maddeleri uyarınca tayin edilen usule göre soruşturulurlar.

Gönderen Devletin cezalandırma yetkisi şu hallerde vardır: a) suçu işleyenin Türk vatandaşı olmaması ve olağan ikametgahı Türkiye ülkesinde olmamak şartı ile, gönderen Devlet kuvvet veya sivil unsuru mensubunun veya bunların yakının malına veya şahsına karşı işlenen suçlar ile, b) gönderen Devlet kuvvet veya sivil unsur mensuplarının resmi görevlerinin yerine getirilmesi veya ifası sırasında işledikleri suçlar.

Gönderen Devlete ait bir kuvvet mensubu veya sivil unsur mensubunun, Türkiye’de, kendi uyuğu bulunduğu Devletin malına veya güvenliğine karşı işledikleri suçlarla, gönderen Devlet kuvveti mensubuna karşı veya bunların bir yakınına karşı mala veya kişiye karşı cürümlerde ve resmi görevin yerine getirilmesi sırasında işlenen suçlarda, gönderen Devlet tarafından yargılama yapılacaktır.

Yukarıda sayılan suçlar dışında kalan bütün suçlar, Türkiye tarafından kovuşturulacaktır.

Türkiye yargı yetkisini kullanırken, sanığa; süratle yargılanma, isnadı bildirmek, tanıklarla yüzleşmek, lehindeki tanıkları ihzaren getirtmek, müdafinin hukuki yardımından yararlanmak, tercümandan istifade etmek ve konsolosluk görevlisinin duruşmada hazır bulunması hakları sağlayacaktır (Anlaşma madde VII, bent 9).

NATO mensubu veya sivil unsur mensubunun resmi görevinin yerine getirilmesi veya ifası sırasında suç işlediği kanısına varılırsa, C. Başsavcılığı kimlik bilgilerini faksla Adalet Bakanlığına bildirecektir. Bakanlık Genelkurmay Başkanlığı Adli Müşavirliğinden durumu araştırarak, sonucu C. Başsavcılığına bildirecektir. Suçun resmi görev ile bağlantılı olmadığı anlaşılırsa, soruşturmaya devam edilecek, resmi görevin yerine getirilmesi veya ifası sırasında işlendiği anlaşılırsa, Anlaşmanın ilgili maddesine atıf yapılarak fezleke düzenlenecek ve evrak Bakanlığa gönderilerek, hazırlık defterine şerh verilerek kayıt kapatılacaktır. Genel Kurmay Başkanlığı Gönderen Devlete adli makamlarına durum bildirilecektir.

58. DİPLOMATLIK ve DEVLET BAŞKANLIĞI DOKUNULMAZLIĞININ KALKMASI.

I. Diplomatiik Dokunulmazlığı.

Diplomatik görevin serbestçe yapılabilmesi için Devletler Hukukunca tanınmış olan *diplomatiik dokunulmazlığı*, kanaatimizce, fiilin suç teşkil etmesine veya failin Türk Ceza Kanunu’na tâbi olarak cezalandırılmasına değil, fail hakkında Türkiye’de muhakeme yapılmasına engel olan bir haldir.³³⁵

Kimlerin ve ne nispette bu dokunulmazlıktan faydalanacağı, Devletler Hukukunca düzenlenmiş olup³³⁶, Bakanlar Kurulunun bir kararnamesinde³³⁷ kısmen gösterilmiştir. Milletlerarası anlaşmalar da bazı şahıslara diplomatiik dokunulmazlığı tanımaktadır (Meselâ, Birleşmiş Milletler Andlaşmasında bu yolda bir hüküm vardır: m. 105). Keza Avrupa Konseyi de imtiyaz ve muafiyetlere müteallik bir anlaşma yapmıştır. Konsolosluk işleri hakkındaki Viyana Sözleşmesi³³⁸ de konsolosluk memurlarından kimlerin bu dokunulmazlıktan yararlanacağını göstermekte, fakat gelenekler de sürmektedir.³³⁹

³³⁵ Kunter: Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi, s. 253; k-m; Dönmezer/Erman, I, n. 427; Taner, Ceza, s. 213.

³³⁶ Çelik: Milletlerarası Hukuk, İstanbul, 4 ncü Bası, 1975, I. 516.

³³⁷ 9/12/1931 tarihli ve 12010 sayılı Bakanlar Kurulu kararnamesi “Düstur”da neşredilmemiştir. Metin için *Bilsel*: Hukuk-u Düvel, ikinci kitap, 1934, s. 258; *Alsan*: Yeni Devletler Hukuku, Ankara 1950, I., 552; *Meray*: Devletler Hukukuna Giriş, 3. bası, Ankara 1965, c. II, s. 599. Tereddüt halinde, Adalet Bakanlığı tebliğine göre (RG. 27/3/69), Dışişlerinden sorulacaktır. Tafsilât için Bkz. *Yaşar (Hakki)*: Diplomasi temsilcilerinin cezaî yönden bağışıklık ve ayrıcalıkları, YD 76/329.

³³⁸ 75-1675 numaralı Kanunla katıldığımız bu Sözleşme 20/9/75 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Bu konuda Bkz. *Yaşar (Hakki)*: Konsoloslara İlişkin Adli Ayrıcalıklar ve Bağışıklıklar, YD 83/137.

³³⁹ Çelik: Milletlerarası Hukuk, c. 1, bası, 4, 1980, s. 541.

Diplomatlık dokunulmazlığın kalkması, bu dokunulmazlığı gerektiren sıfatın kalmaması ile olur. Diplomat, böyle bir dokunulmazlığı gerektiren bir görevi olmadan tekrar memlekete gelirse, engel kalkmış olduğundan, dava açılabilir ve duran³⁴⁰ muhakeme devam edebilecektir.

II. Devlet Başkanlarının dokunulmazlığı.

1982 Anayasamızda Cumhurbaşkanının dokunulmazlığı düzenlenmemiştir. Türk Doktrini milletvekili dokunulmazlığının Cumhurbaşkanı açısından kıyas yolu ile kabul edilmesi gerektiği düşüncesindedir.

Milletlerarası Hukuk ise, Devlet Başkanının dokunulmazlığı bulunduğunu, temsil ettikleri Devlete ve kişiliklerine saygı nedeniyle oluşmuş bulunan “*jus cogens*” normu olarak, örf ve âdet hukuku olarak kabul etmiştir.³⁴¹

Ancak, Devlet başkanının Devleti temsil etmeyen bir fiili söz konusu olduğu durumlarda, bağışıklık veya dokunulmazlık kabul edilmemektedir.³⁴²

Devlet başkanının dokunulmazlığının kabul edilmediği diğer bir alan da Uluslararası Ceza Divanının yetkili olduğu *insanlığa karşı suçlardır*. Bu suçlar açısından 1961 Viyana Sözleşmesinin uygulanamayacağını kabul eden Uluslararası Adalet Divanı kararı vardır.³⁴³

European Union-led Forces (EUF), European Rule of Law Mission (EUJUST) veya European Union Police Mission (EUPM) tarafından yapılan, askeri olmayan barışı koruma operasyonları (civilian peacekeeping operations) sırasında diplomatlık dokunulmazlık vardır. Bu konuda, 1961 tarihli Viyana Konsolosluk Sözleşmesi uygulama alanı bulur ve “Protocol on the Privileges and Immunities of the European Communities” uygulanmaz.³⁴⁴

59. ERTELEMENİN KALKMASI.

Ceza muhakemesinin devamlılığı kaide olmakla beraber istisnaları da yok değildir. Durma bunlardan biridir. Ceza muhakemesinin durması, belli suçlardan dolayı ceza muhakemesinin, kanunun mücerret ve genel olarak kabul ettiği sebeplerle ve sebep kalkınca kalındığı yerden devam etmek şartı ile yapılamaması demektir.³⁴⁵ Ceza dâvası henüz açılmamışsa bu sebepler davanın açılmasını önler (No. 45). Bu durma sebepleri bazen belli suçlardan dolayı bütün ceza muhakemelerinin durdurulmasından fazla olarak, belli şartlar yerine getirilirse suçun işlenmemiş sayılması sonucunu da doğurur. Bu hallerde muhakemenin yapılabilmesi için belli şartların yerine getirilmemesi gerekir ki bu da durma sebebinin

³⁴⁰ Durma kararlarının bozulduğu vardır (2. CD 3/5/72; 7. CD 11/2/72). Mülga CMUK 253. maddenin 1973 de değişmesinden sonra bu içtihadın değişeceğini ummuştuk. Fakat yine bozulduğu ve “takibata mahal olmadığı kararı, verilmelidir” denildiği vardır (9. CD 6/7/78 YKD, 1773).

³⁴¹ *Bantekas/Nash/Mackarel*, International Criminal Law, Cavendish Publishing, London, Sydney 2001, 41.

³⁴² Mesela, USA v Noriega kararında, District Court, ülkenin fiili başkanı konumunda olan bir kişinin, uyuşturucu madde trafiği suçu işleme durumunda, Devlet başkanı dokunulmazlığından yararlanamayacağını vurgulamıştır (*Bantekas/Nash/Mackarel* 2001, 39).

³⁴³ Belçika Adliyesi Kongo Cumhuriyeti Dışişleri Bakanı hakkında insanlığa karşı suç işlediği gerekçesi ile, tutuklama kararı vermişti. Divan bu karara karşı yapılan başvuruda, insanlığa karşı işlenen suçlarda diplomatlık dokunulmazlığının sınırlandırılabilirliğine karar vermiştir. Bu karar doktrinde tartışma yaratmış ve eleştirilmiştir (*Eichhofer in: Kühne/Esser/Gerding* (Hrsg.), Völkerstrafrecht, Osnabrück 2007, 16).

³⁴⁴ *Nicholas Tsagourias in, Treybus/White*, European Security Law, Oxford University Press, New York 2007, 123.

³⁴⁵ 1924 Anayasasında soruşturmanın ertelenmesi (tahkikatın tecili) Meclisin yetkileri arasında sayılmıştı ve buna dayanılarak birçok tecil kanunları kabul edilmişti. 1961 Anayasasının 64. maddesinden bu hüküm çıkarılmıştır. Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun gerekçesinde “tahkikat ve mücazatın tecili ise tamimiyle mahkemelerin yetkisi içinde bulunduğu yargının bağımsızlığı sebebi ile kaldırılmıştır” denilmekte ise de mücerret olduğu için ve bütün muhakemeleri durdurduğundan genel affa benzeyen bu yetkinin yargılama organlarının bağımsızlığı ile alâkası genel aftakinden farklı olmadığı gibi, mahkemeler de bu mücerret yetkiyi haiz bulunmamaktadırlar. Kaldı ki aynı komisyon, kaide-tasarruf koyma diye tarif ettiği kanun koyma yetkisinin Anayasaya uymak şartı ile hudutsuz olduğunu da tasarının 5 ve 62. maddeleri dolayısı ile belirtmişti. Bu hükme 1982 Anayasası (m. 87) yer vermemiştir. Muhakemeleri mücerret ve genel olarak durdurmak yargılama makamlarının bağımsızlığına aykırı düşmediğinden, yasama organının bugün dahi muhakemeleri genel olarak durduran erteleme kanunları çıkarması mümkündür.

ortadan kalkmasının muhakeme şartı olması demektir. Durma sebepleri çeşitlidir. Bekletici mesele bulunan hallerde durma kararı verilir.

60. SANIĞIN TÜRKİYE’DE BULUNMASI.

Yabancı memleketlerde işlenen bazı suçlardan dolayı Türkiye’de muhakeme yapılabilmesi için sanığın Türkiye’de bulunması şart koşulmuştur. Meselâ Ceza Kanununun 11’inci ve 12’nci maddelerinde bu şarta rastlamaktayız.

Bu şart, doktrinde hâkim olan mütalâaya göre, cezalandırılabilme şartıdır. Biz azınlıkla birlikte, bunun bir muhakeme şartı olduğu fikrindeyiz.³⁴⁶ Failin Türkiye’de bulunması fiilin ağırlığını belirten bir netice değildir ki cezalandırılabilme şartı olsun. Kaldı ki failin suç unsuru olan hareketi ile Türkiye’de bulunması arasında çok defa sebebiyet ilişkisi dahi yoktur.

61. KARŞILIKLILIK.

Bazı suçlardan dolayı kovuşturma ve dolayısı ile muhakeme yapılması *karşılıklılık* (mütekabiliyet) şartına bağlı tutulmuştur. Meselâ Ceza Kanununun 343’üncü maddesi, yabancı Devletlerle bunlarla başkan ve elçileri aleyhindeki cürümlere ait hükümlerin uygulanmasını, kendisine tecavüz olunan şahsın mensup olduğu Devlet kanunlarında da buna benzer işlerde aynı esasın kabul edilmiş olmasına bağlamıştır. Karşılıklılık şartının da cezalandırılabilme şartı veya suçun ön şartı olduğunu iddia edenler varsa da bizce bu da bir muhakeme şartıdır. Zira bu şart ile fiilin ağırlığı arasında hiçbir ilgi yoktur. Sadece, fail hakkında ceza muhakemesi yapılabilmesi bakımından böyle bir şart koşulmuştur.³⁴⁷

62. KABAHAATÜSTÜ YAKALANMA.

Kabahatler Kanununun 25’inci maddesi, idari yaptırım kararı (KK 22) verilmesini, kabahat fiili hakkında bir tutanak düzenlenmesine bağladığı için, prensip olarak bir kabahatin işlendiğinin “suçüstü” tespit edilmiş olması gerekir. Bu nedenle, kabahatlerde failin *kabahatüstü* görülmesinin, bir muhakeme şartı olduğu söylenebilir.³⁴⁸

63. SANIĞIN AKIL HASTASI VEYA ÇOCUK OLMAMASI.

Yaş küçüklüğü (TCK 31/1,2) ve akıl hastalığı (TCK 32) ceza muhakemesi engelidir. Ceza ehliyeti bulunmayan bir çocuk veya akıl hastası hakkında, ceza soruşturması ve kovuşturma yapılamaz. Tedbir sorumluluğu saklıdır.

Akıl hastalığı sadece kovuşturma evresi bakımından kabul edilmiş engel olup, kalkması da ancak bu bakımdan bir muhakeme şartıdır. Kanun, akıl hastası sanık hakkında *kovuşturma* yapılamayacağını kabul etmiştir. Bunun da sebebi sanığın kendisini makul şekilde müdafaa edemeyecek durumda olmasıdır.

Sanığın akıl hastası olduğu duruşmada anlaşılırsa, “muhakemenin durması” kararı verilir (CMK 223/8). O zamana kadar toplanmış delillere göre sanık lehinde bir karar verilebilecekse, lehte karar verilir.³⁴⁹ Kovuşturmanın duruşma hazırlığı aşamasında sanığın akıl hastası olduğu anlaşılırsa, yine “muhakemenin durması kararı” verilmelidir.

³⁴⁶ *Kunter*: Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi, 1949, s. 245; 7. CD 31/5/83 İKİD 84/4 2514.

³⁴⁷ *Kunter*: Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi, 1949, s. 246. Karşılıklılığa, iki Devlette de eylemin suç sayılması gerektiğini belirtmek üzere “çifte suç sayma = double incrimination” da denilmektedir. Ayrıca failin cezalandırılabilirliği bakımından da karşılıklılık arandığı vardır (Meselâ, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi, m. 4.

³⁴⁸ Mülga Ceza Kanununda bazı suçlarda ceza davasının açılması ve muhakemenin yapılması failin suçüstü yakalanması şartına bağlı tutulmuştu. Meselâ mülga Ceza Kanununun 544. maddesinde, dilencilik eden kimsenin “tutulması” bir şart olarak koşulmakta idi. Keza 571. maddede bir kimsenin “aşikâr bir şekilde sarhoş olarak yakalanması” şartı vardı. Bir maddede tutulma, diğerinde yakalanma diye ifade edilen bu hal, suçüstü yakalanmadan başka bir şey değildi. Suçüstü yakalanma şartı da çok defa “cezalandırılabilme şartı” veya “suçun unsuru” olarak kabul edilmekte idi. Bizce bu şart fiilin ağırlığını yani zararlılığını göstermek için konulmuş olmadığından muhakeme şartı idi. (*Kunter*: Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi, 1949, s. 246).

³⁴⁹ Kanun sadece beraattan söz etmişse de (CMK 223/9), düşme kararı verilmemesi için sebep yoktur.

Akıl hastalığının duruşma ve sorgu engeli olması için, duruşma ve sorgu yapılmasını imkânsız kılacak, yani sanığın kendini makul şekilde müdafaa edemeyecek derecede olması lâzımdır.³⁵⁰

Diğer taraftan bu akıl hastalığı, sistem icabı, suç işlendikten sonraki akıl hastalığıdır. Zira suç işlendiği sırada akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği “önemli derecede” azalmış olan kişiye ceza verilmez (TCK 32/1) ve kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir (CMK 223/3-a). Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde güvenlik tedbirine hükmolunur (CMK 223/6) Bu kararın soruşturma evresinde sulh hâkimi tarafından da verilebilmesi gerekir. Bu söylediklerimiz yaş küçüklüğü nedeniyle ceza sorumluluğu bulunmayanlar hakkında da geçerlidir.

Suç işlediği sırada işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği “azalmış” olan kişiye (eski tanımlama ile yarı akıl hastası olanlar) hakkında ceza verilmesi kabul edildiğine (TCK 32/2) göre, ancak bunlar hakkında kovuşturma yapılabilmesi için akıl hastalığının makul müdafaa yapılabilmesine engel teşkil etmeyecek derecede olması, kantatımızca zaruridir. Suç anındaki TCK 32/2 anlamındaki (yarı) akıl hastalığı müdafaa mâni olacak derecede ise, suçtan sonraki akıl hastalığı normları uygulanmalıdır.

64. GAİPLİK.

I. Gaip kavramı.

Gaiplik de yalnız kovuşturma bakımından bir engel olduğundan bunun kalkması, yalnız bu bakımdan bir muhakeme şartıdır. Ceza Muhakemesi Hukukunda gaip, mahkeme önüne gerektiğinde zor kullanılarak dahi getirilemeyecek kimsedir. Kanun, gaibi üç grup olarak tarif etmiştir (CMK 244):

1) *Bulunduğu yer bilinmeyen.*³⁵¹ Bulunduğu yer, (mülga Kanun “sakin olduğu yer” diyordu) bilinmeyen, yani sakın olduğu yer bilinmeyen sanık çağırılmaz. Zorla da getirilemez. Böyle bir sanık ancak tutulursa, zorla mahkemeye getirilebileceğinden, gaip olmaktan çıkar.

2) *Yurt dışında bulunup da yetkili mahkeme önüne getirilemeyen.* Yabancı memleketteki³⁵² meskeni bilirse dahi tebligat o yer kanununa göre yapılacağından, o kanun tebligata imkân vermiyorsa veya o memleket geri vermediği kabul etmiyorsa bu kimse yine Türk mahkemesi önüne getirilemeyecek demektir.

Gaiplik durumu her suç ve dolayısı ile her dâva ve muhakeme bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır. İki suç için istenilen bir sanığı yabancı Devlet sadece bir suçu için geriverirse, o kimse geri verilmemiş olduğu diğer suçu bakımından, milletlerarası ceza hukukunda “özellik” (hususililik, *spécialité*) denilen ilke gereği olarak kovuşturulamayacağından³⁵³, “Türk mahkemesi önüne getirilmesi mümkün olmayan” bir kimsedir, yani gaiptir.

3) *Yetkili mahkeme önüne getirilmesi uygun bulunmayan.* *Gaipler* hakkında kovuşturma evresinin yapılmaması kaidedir. Çünkü sanık dinlenerek muhakeme yapılırsa hem “hakikat daha iyi meydana

³⁵⁰ Tercümanla bile anlaşmaya imkân vermeyecek derecede sağır-dilsizlik halinde de kıyas yolu ile akıl hastalığı hükümleri uygulanmalıdır.

³⁵¹ CMUK 269 meskeni bilinmeyen sanık” demekte idi. İkametgâh denmediğine dikkat edilmelidir. Öztürk (s. 18) bilinmemesi, işin önemine göre yapılacak masrafla esaslı şekilde araştırılmamak ve yakın tarihte saptanacağına dair hiçbir umut bulunmamak diye tarif etmektedir.

³⁵² Öztürk, (s. 24), hukukî ve maddî imkânsızlığı ayrı düzenlemenin, her ikisinde de imkânsızlık söz konusu olduğuna göre, kanun tekniğine uymadığını belirtmekte, Alman Kanununun burada imkânsızlık yerine “elverişsizlik” ölçüsüne başvurduğunu ve bundan, sanığı yurt dışından getirtmenin ceza kovuşturması yapmadaki kamu yararı ile oransız bir şekilde sanığa zarar vermesinin veya Hazine masraflarını arttırmasının anlaşıldığını söylemekte ve Kanunumuz değişinceye kadar bu yolda yorum yapılmasını önermektedir. Bizim de 1974’teki 5. basıdan beri yaptığımız, sanırız, bundan pek farklı değildir. “Zayıf ihtimal” dediğimize göre tam maddî imkânsızlık aramadığımız belli. Ceza muhakemesini harekete geçirmenin “uygun” düşmediğini söylememiz de bir çeşit elverişsizlik değil mi? Kaldı ki *Yenisey*, Alman Kanununun bu maddesinin tercümesinde “uygun bulunmamak”tan söz etmiştir. Yabancı memlekette sakın olup da davetin neticesiz kalacağı kuvvetle anlaşılan sanık da gaip sayılmıştır. Zira kendiliğinden gelmemesi veya geri verilmemesi hemen hemen muhakkak ise, pek zayıf bir ihtimale dayanıp ceza muhakemesini harekete geçirmek uygun düşmez. Bu maddî imkânsızlığı hukukî imkânsızlıktan farklı düzenlemek için haklı bir sebep yoktur.

³⁵³ Bu ilke, hukukun temel ilkelerinden biri olduğundan, millî kanunlardaki boşlukları da doldurduğu kabul edilmelidir.

çıkar”, hem “müdafaa sağlanmış olur”, hem de “ceza şahsileştirilebilir”. Bu nedenle, CMK 244/2 ile, gaip hakkında duruşma açılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Mülga CMUK ise, istisna olarak, fiil para cezasını veya müsadereyi veya her ikisini birden gerektiriyorsa, gıyabî duruşma yapılabilmesini kabul etmişti.^{198.1}

II. Gaippler aleyhinde açılan dava.

Mülga Kanunumuz gaipliği farklı bir şekilde düzenlemişti.³⁵⁴ Duruşma yapılmasına müsaade edilmeyen veya müsaadeye rağmen ihtiyarî yetkiye dayanılarak duruşma yapılmayan suçlarda, dâva açılıp ilksoruşturma yapılmasını kabul etmişti. Gaippler aleyhinde açılan bu dâvanın amacı, ilerde sonsoruşturma açılması ihtimaline karşı delillerin bozulmasını ve kaybolmasını önlemektir, ancak yapılan işler ilksoruşturma niteliğinde idi.³⁵⁵ Aksine bir yorum mahkemeleri bu işlerle uğraştırmaktaydı.³⁵⁶ Elkoymada hâkim işlemleri söz konusu olduğundan, savcı sulh hâkimine başvurma zorunda idi.³⁵⁷ Görüldüğü gibi yeni Kanun bugün de gaippler hakkındaki delillerin toplanma ve muhafaza işlemlerini düzenlemiştir (CMK 244).

Bu arada, artık gaipplerin mallarına elkoyma konusunda karar verilemeyecektir. Ancak, “gaip”, “kaçak” hukuk durumuna girerse, zorlama amaçlı elkoyma kararı verilmesi mümkündür (CMK 248).

Gaippler hakkında yapılan bu işlemlerden sonra savcı “kovuşturmaya yer olmadığına dair karar” (kovuşturmama veya kovuşturmaya son verme kararname) verebilecek, sadece iddianame düzenleyebilecek, ancak iddianamenin kabulü kararı verilemeyecek, yani kamu dâvası açılmayacaktır.

III. Durma kararı.

Gaip sanık hakkında dava açılmış olduğu kovuşturma evresine geçildikten sonra anlaşılırsa, suç da duruşma yapılamayacak bir suç ise, soruşturma evresine dönülemeyeceğine göre, delilleri mahkeme, naip hâkime veya istinabe olunan hâkime toplatacağıdır (CMK 244/3). Sonunda da mahkeme, muhakemenin durması kararı (CMK 223/8) verecektir.³⁵⁸

IV. Duruşmaya devam olunabilen haller.

Gaippler hakkında duruşma yapılmaması kaideyi oluşturur. Fakat duruşma gaip olmayan sanık hakkında başlamış ve sanık ondan sonra gaip durumuna girmişse, duruşma bazı şartlarla devam edebilir. Gerçekten, duruşma sırasında sanık savuşursa veya duruşmanın bırakıldığı oturuma gelmezse, daha önce sorguya çekilmiş olmak ve artık huzuruna mahkemece ihtiyaç duyulmamak şartıyla, sanık hazır olmadan da duruşma bitirilebilir (CMK 194).

^{198.1} Mülga 270. maddede “yapılabilir” denmesine rağmen 278. maddede açılır denmesinden mecburî olduğu manası çıkabilir (*Kantar*, 319). Nitekim biz de ilk dört basıda çıkarmıştık. Avrupa Konseyinde “sanıkların yokluğunda yargılanmaları konusunda taban kuralları hazırlama sırasında yaptığımız incelemeler, ihtiyara bırakmanın uygun olacağını bize gösterdiğinden *Taner* (s. 121) ve *Yüce* (s. 44) gibi, bu yolda yorumlamayı tercih ediyor, hattâ gaippler hakkında sonsoruşturma istisnasının kaldırılmasını istiyoruz. *Öztürk* de ihtiyarilikten ve hattâ maddenin bütünü kaldırılmasından yanadır (s. 83, 85).

³⁵⁴ *Öztürk*, herhalde Alman Kanunundaki değişiklikten doğan farkın tesirinde kalarak, delillerin muhafazası için, gıyapta duruşma yapılabilen bir durum olmamasını ikinci şart olarak kabul edilince, mülga 270 nci maddeye giren yani gıyapta duruşma yapılabilen suçlarda delil muhafazası muhakemesi yapılamayacağı sonucuna varmış (s. 88) ise de, ihtiyarilik kabul edilince ortaya sorun çıktığını görmüş, duruşma yapıldığı halde muhafaza muhakemesi yapılmamasını mantıksız bularak, ihtiyarilik gereği duruşma yapılmayan hallerde muhafaza muhakemesi yapılabileceğini kabul etmek zorunda kalmış, gerekçe olarak da kanunun bunu yasaklamadığını ileri sürmüştür (s. 89). Bizce, işin kısası, önceden bu ikinci şartı kabul etmemektir.

³⁵⁵ *Öztürk*, Alman doktrininde “delillerin muhafazası muhakemesi” denilen ve kendisinin “konserve muhakemesi” de denilebileceğini belirttiği bu muhakemeyi her safhada yapılabilen özel bir muhakeme olarak göstermekte ise de (s. 89), sonsoruşturmada yapıldığında “özel ilksoruşturma” adını vermekle (s. 160) onun ilksoruşturma niteliğini de kabul etmiş olmaktadır.

³⁵⁶ CMUK 287/1 hükmünün iddianame ile açılan davalarda da uygulanacağı görüşüne (*Öztürk*, 99) katılmıyoruz.

³⁵⁷ Gaippler hakkındaki delil toplama ve muhafaza işlemlerinin bir kısmını savcının, bir kısmını sulh hâkiminin yapması imkânsız değilse de hepsinin tek elden yürütülmesi daha yararlı olacaktır.

³⁵⁸ Kovuşturmanın başında davanın kabule şayan olmadığı kararı (No. 463) verilmemişse, muhakemenin durması kararı verilecektir (No. 463, 483).

Savuşan veya sonraki oturuma gelmeyen sanığın gaip, yani kendisine ulaşılamayan durumuna geçmesi elbet mümkündür. Bu takdirde gaip sanık hakkında kovuşturma istisna olarak yapılmış olacaktır.

Bunun gibi, bozmadan sonraki duruşmanın, hele uyup uymama kararı vermek için yapılanın, bozmadan önceki duruşmanın bir çeşit devamı sayılabileceği de savunulabilir ve bozmadan sonra gaip oluş halinde de duruşma yapılabilir.³⁵⁹

65. KESİN HÜKÜM.

I. Tekrar yargılamama ilkesi.

Bir ceza muhakemesinin kesin hüküm (No. 25) ile sona ermesinin otorite diye adlandırılan özelliklerinden biri yargının değerliliğidir. Bu da yargının yerine getirilebilmesi ve göz önünde tutulabilmesidir. Göz önünde tutma, amacı gerçekleştirme olmayıp, sonuçlar çıkarmadır. Bu sonuçların bir çeşidi de aynı suçtan dolayı aynı sanık aleyhine tekrar ceza dâvası açılmamasıdır. Yargının değerlilik otoritesinin bir çeşidi olarak “*ne bis in idem*” diye Latince ifade edilen (No. 150) bu kural, Muhakeme Hukukunun ana ilkelerindedir. Kanunlarda açıkça yazılı olmadan da³⁶⁰ yaşayan hukuk normu olarak uygulanan³⁶¹ ve doktrinde³⁶² de kabul olunan bu ilke, 1973 de kanunumuza girmiştir. 223 ncü madde bunu “aynı fiil nedeniyle aynı sanık hakkında önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış dava varsa” diye ifade etmiş³⁶³ ve bu durumda kovuşturma evresinde dâvanın reddi kararı verileceğini belirtmiştir.³⁶⁴ Genel kural da dâvanın kabul edilmemesini ve edilmişse reddedilmesini gerektirmektedir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine 22/11/1984 tarihinde imzaya açılarak eklenen 7 numaralı Protokol, *bir Devletin mahkemeleri tarafından belli bir fiilden dolayı kesin olarak mahkûm olan veya beraat eden kişinin, aynı Devlet kanunlarına göre aynı fiilden yeniden kovuşturulamayacağı ve cezalandırılmayacağı kuralını koymuş ve Sözleşmenin 15 nci maddesine dayanılarak dahi³⁶⁵ bu kuraldan ayrılınmaması, sadece yeni veya sonradan öğrenilen olaylar ve verilmiş karara tesir edecek derecede önemli muhakeme hukuku hatları ile muhakemenin yenilenebileceğini* kabul etmiştir (m. 4). İlke, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşmenin 14/7 inci maddesinde, “*hiç kimse, bir ülkenin yasalarına ve ceza usulüne göre daha önce kesin olarak mahkûm olmuş ya da beraat etmişse, aynı fiil için yeniden yargılanamaz ve cezalandırılmaz*”, şeklinde ifade edilmiştir.

Uyuşmazlığı doğrudan doğruya (No. 146) veya dolayısı ile (No.145) sona erdiren yargılar arasında, otorite bakımından geçici ve daimî diye bir fark gözetilemez, zira bütün yargılardaki otorite³⁶⁶ daimî mahiyettedir (No. 148). Bir diğer söyleyişle, kovuşturmada verilen davanın reddi veya düşmesi kararları gibi ilk soruşturmayı eskiden bizde olduğu gibi tamamen veya bugün Almanya'da olduğu gibi, bizim

³⁵⁹ k-m: *Öztürk*, CMUK 278. maddedeki “gıyapta muhakeme yapılamaz” kuralının, bozmadan sonra yapılan muhakemede de geçerli olduğu açıktır” demektedir (s. 220).

³⁶⁰ *Ne bis in idem* ilkesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Cihan-Yenisey*, *Özek Armağanı*, 219 vd.

³⁶¹ Bu prensibin “muhakemenin yenilenmesi sebepleri gösterildiğine göre, bu sebepler dışında yeniden muhakeme yapılmasını kanun kabul etmemiştir” diye izah edildiği vardır (1. CD 24/6/65, *Çağlayan* (66, I, 617). Anayasa ile izah (CGK 19/11/62, *Çağlayan* (66, II, 419) isabetsizdir, zira 132. maddedeki (1982. Anayasasında 138) mahkeme kararına uyma mecburiyeti yasama ve yürütme organları ile idare bakımından olup, mahkemeler bakımından değildir.

³⁶² *Erem*, n. 362; *Yurtcan* (96, 591) ve *Yenisey* (Milletlerarası s. 210) buna kesin hükmün önleme yetkisi demektedir.

³⁶³ CMUK'un 253. maddesindeki aynı konu tâbiri, bizim “aynı eylem ve aynı konu” diye ayırdıklarımızı birlikte ifade ediyor şeklinde yorumlanmalıdır.

³⁶⁴ 6. CD 22/9/77 YKD 79, 296.

³⁶⁵ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 15. maddesi, savaş veya milletin varlığını tehdit eden diğer genel bir tehlike halinde durumun gerektirdiği ölçüde ve Devletler Hukukundan doğan diğer yükümlülüklerle çatışmak kaydı ile, Sözleşmenin öngördüğü yükümlülüklerle aykırı tedbirler alınmasını mümkün kılmaktadır. *Ne bis in dem* ile ilgili İHAM kararı için bkz. *S v Almanyaya* (1983); *X v Avusturyaya* (1970).

³⁶⁶ Bir diğer söyleyişle, kovuşturma evresinde verilen dâvanın reddi veya düşmesi kararları gibi, ilksoruşturmayı eskiden bizde olduğu gibi tamamen, veya bugün Almanya'da olduğu gibi bizim eski sonuç çıkarma bölümü olarak, kısmen kabul eden sistemlerde verilen sonsoruşturmanın açılmaması kararı ve hattâ hazırlık soruşturmasında verilen kovuşturma davasının reddi kararı yargı otoritesi bakımından beraat kararından farklı değildir.

eski sonuç çıkarma bölümü olarak kısmen kabul eden sistemlerde verilen kovuşturmanın açılmaması kararı ve hatta soruşturma evresine verilen kovuşturma davasının reddi kararı (No. 426) yargı otoritesi bakımından beraat kararından farklı değildir.

II. “Aynı dava” kavramı

Yargı otoritesi, maddî ve hukukî meselelerle ilgisine göre iki şekilde söz konusu olabilir: 1) Ya maddî ve hukukî meseleler birlikte ele alınır ve aynı dâvanın tekrarlanmaması istenir. Çok defa yargı otoritesi veya “ne bis in idem” denilince akla gelen budur. Bu dar manada bir otoritedir ve olayın hem belirlenmesini hem belirlenen olaya uyan normdaki müeyyidenin uygulanmasını hesaba katar. 2) Yahut otorite sadece maddî mesele bakımından kabul edilir.

1. Maddî ve hukukî meseleler bakımından kesin hüküm.

Dar ve teknik manadaki otoriteye göre, yargı, aynı dâvanın tekrar açılmasına ve muhakemenin yapılmasına engeldir. Aynı fiilden maksat, aynı eylem, aynı kişi ve aynı konu hakkında açılan bir, ikinci veya üçüncü, dördüncü... dâvadır. Mülga CMUK 253/3 eylemin aynı olmasını açıkça aramadığından, “aynı konu” tabiri ile eylemin aynı olmasını da kastettiği kabul edilmelidir. CMK’da ise “aynı fiil nedeniyle aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir”, denilmektedir (CMK 223/7).

Fiil, uyuşmazlık konusu olan olaydır (No. 67). Sanığın eseri olan fiilin hukukî tavsifinin değişmesinin önemi yoktur (No. 144). Yargı, fiilin muhtemel bütün tavsif şekilleri nazara alınarak verileceğinden aynı fiilin bir başka şekilde tavsifi ile dâva yeniden açılmaz.³⁶⁷

Kişinin aynı olmasından maksat, ikinci dâvanın aynı sanık hakkında açılmasıdır. Bir kimse bir suçtan dolayı mahkûm olduktan sonra bir başkasının o suçu işlediği anlaşılrsa ikincisi aleyhine dava açılabilir³⁶⁸, zira ortada onun hakkında yargı yoktur. Kişinin aynı olmasının bir istisnası, fiilin maddî mevcudiyeti ve objektif sebeplerle ceza dâvasının düşmesi hususlarındaki yargının, lehe olmak şartıyla aynı suçun diğer sanıklarına da tesirinin kabul edilmesidir. Hukuk mahkemesinin senedin sahte olmadığına karar vermesi halinde ceza dâvası açılmadığından, ceza yargılaması makamı gibi hareket eden hukuk mahkemesinin şahıs nazara almadan verdiği bu karar, herkes bakımından ne bis in idem sonucunu doğurmalıdır.

Konunun aynı olması, iki dâvanın da ceza dâvası olması demektir. Biri ceza dâvası, diğeri tazminat dâvası ise, konular aynıdır denemez. Ceza dâvasından biri adliye mahkemesinde; diğeri adliye dışı

³⁶⁷ Mahkemelerin çokça görüldüğü üzere, eylem yerine onun tavsifine bakmaları yüzünden bu konuda yanlış uygulamalara rastlanmaktadır. Yargı olması için önemli olan eylemin aynı olmasıdır. Meselâ sağlığa zararlı pasta satmaktan açılan dâvada eylemin iddianamede gösterilen mülga TCK 526 yerine mülga TCK 396 daki suçu oluşturduğunu gören mahkeme, doğrudan doğruya bu suçtan mahkûm edecek yerde, “526 dan beraatine ve bu karar kesinleştikten sonra 396 ya aykırılıktan dâva açması için dosyanın savcılığa gönderilmesine” karar veriyor. Bu ikinci dâva da açılınca, ilk verilen beraat kararının yargı otoritesi tartışması başlıyor. 2. CD, beraat kararını, normal beraat gibi kabul edip “kesin hüküm var” diyor. Genel Kurul ise (2/6/86 YKD 87/1. 119), birinci dâvanın Gıda Maddeleri Tüzüğüne aykırılıktan açılmış dâva olmadığı gerekçesi ile “kesin hüküm yok” diyor. İki de isabetsiz. Kesin hüküm de denilemeyen “yargı”nın temelinde, eylemin muhtemel bütün tavsiflerinin gözönünde tutulmuş olması yatar. Ancak böyle verilmiş bir beraat kararı, sanığın başka vasıftan dolayı da mahkum edilmesini önler. Olayda böyle olmadığına ve sadece TCK 526 dan beraat kararı verildiğine göre, kesin hükümden söz edilmemek gerekir. Genelkurulun hatası ise eyleme bakmayıp tavsife bakması, sanki dâva “sağlığa zararlı pasta satmak”tan değil de “emre aykırılık” “eylem”inden açılmışçasına bir gerekçeye dayanmasıdır. Hem de oybirliği ile. Sonucun doğru olması nedeniyle gerekçe üzerinde durulmadığı, gerekçedeki hatanın uygulamadaki hatayı desteklediğinin gözden kaçırıldığı anlaşılıyor. Keza kulak ısırtma eyleminden açılan dâvada ırza tasaddiden mahkûmiyet yargısı verilmişse, müessir fiil nedeniyle açılan ikinci dâvadaki mahkûmiyet, müessir fiil kasdı yok diye (CGK 28/11/77 YKD 78, 1885) değil, yargı var diye bozulmalıdır. Buna karşılık, “netice” anlamına “fiil” birden fazla ise “hareket” tek de olsa fikrî içtima söz konusu olamayacağından, her fiil için ayrı ayrı dâva açılabilir. Eylemin aynılığı, iddianame ile bağlantılıdır. İddianamede sınırı çizilen eylem esas alınır. Eylemin nitelendirilmesi değilse de, iddianamede belirtilen olaylar ile bunların içinde olan suçun maddî unsuru, ikinci bir dava konusu yapılamaz (Cihan-Yenisey, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, 220).

³⁶⁸ 1. CD 28/9/44 (1945 kararları, s. 15) *Kantar*, 301; *Yurtcan*, 96, 591. Metinde “başkası” dediğimizden ve sanığın belli olması için fert olarak bilinmesini aradığımızdan anlaşılacağı üzere, isim yanlışlığı önemli değildir. İster şahıslar aynı, adlar farklı olsun, ister şahıslar farklı adlar aynı olsun, netice bizce aynıdır. Karar, sanık hakkında, ne ad altında olursa olsun, fert olarak verilmiştir (k-m: 4. CD 10/1/46, *Alicanoğlu*, 613). *Yurtcan*, (kesin hüküm, 51) bu ikinci ihtimalde de bu sonuca varmaktadır.

mahkemede görülse dahi konular aynıdır.³⁶⁹ Bir eylemle birden fazla maddedeki suçların işlenmesi halinde en ağır cezanın verilmesi (TCK 44) öteki hafif suçlardan ayrı ceza verilmemesi demektir. Yoksa, hattâ yanlışlıkla ayrı mahkemelerde ayrı dâvalar açılmışsa dahî, diğerlerinden beraat kararı dahi verilemez. Verilirse “*ne bis in idem*” ilkesi çiğnenmiş olur.³⁷⁰ Buna karşılık, tek fiil yoksa elbet iki dâva açılabilir ve iki ayrı karar verilebilir.³⁷¹

Yargının aynı sanık hakkında aynı eylemden dolayı ikinci ceza dâvası açılmasına engel olması için tarafların aynı olması şart değildir.³⁷² Yargı bulunmaması şartı, talî ceza muhakemeleri bakımından da aranır.³⁷³

2. Maddî mesele bakımından kesin hüküm.

Yargı otoritesinin sadece *olay belirlenmesi* dediğimiz, maddî mesele bakımından düşünülmesi mümkündür. Gerçekten, yargının otoritesi, bir mahkeme tarafından olayın şu veya bu suretle belirlenmesinin artık mahkemelerce bir daha ele alınıp ispat konusu olamamasını, bir diğer söyleyişle diğer mahkemeleri bağlamasını gerektirir. Bağlamayı kabul etmiyorsa, otoriteyi de kabul etmiyoruz demektir. Olayın ne şekilde meydana geldiğini iki mahkeme de aynı gaye ile araştırıyorsa, otoriteyi kabul etmemek için sebep olmadığından, yargının öteki mahkemeyi bağlayacağını kabul etmek gerekir.³⁷⁴

3. Ceza Mahkemesince verilen ve kesinleşen hükmün hukuk mahkemesi hâkimini bağlayıp bağlamayacağı konusu.

Gayeler farklı ise bir ayırım yapılmalıdır. Yargıyı geniş gaye ile hareket eden mahkeme vermişse yine bağlama kabul edilmelidir. Dar gaye ile hareket eden mahkemenin yargısının geniş gaye ile hareket eden mahkemeyi bağlaması elbet düşünülemez. Bunun içindir ki şeklî hakikat ile yetinen medenî mahkemenin yargısı, olay belirleme bakımından ceza mahkemesini bağlamaz.

Bu istisnanın istisnası da yok değildir. Gerçekten bazı hallerde ceza mahkemesinin de hukuk mahkemesi gibi hareket etmesi, yani aynı ispat kaidelerine dayanması istenmiş olabilir. Meselâ³⁷⁵ mülga CMUK uyarınca şahsî hak dâvasına, ceza dâvası ile birleştirilerek ceza mahkemesinde bakıldığında³⁷⁶, durum böyle idi.

³⁶⁹ Meselâ askerî mahkemeden verilmiş bir yargı varken, adliye mahkemesinde aynı fiilden tekrar muhakeme yapılamaz ve karar verilemez (1. CD 11/3/1943, 584/597; CGK 24/3/58, *Çağlayan* (66, III, 504).

³⁷⁰ Kanunumuza göre fikrî içtima fiilin tek olması halinde söz konusu olduğundan bunun “*ne bis in idem*” sonucuna katlanmak gerekecektir. Bu sonuca katlanılmayıp kesinleşen mahkûmiyetin ortadan kaldırılması yoluna gidilmesi, o olayda ortada iki fiil olduğunun sezilmesi anlamına gelmektedir.

³⁷¹ Meselâ izinsiz dergi dağıtılması ile dağıtılan derginin yazılarının suç teşkil etmesinde tabîi anlamda iki netice yani iki fiil vardır ve iki dâva açılabilir (9. CD 20/12/79 YKD 80/2 322) (Kararda dâva konularının farklı oldukları söylenmektedir. Maksat eylemlerin farklı oluşlarıdır).

³⁷² *Erem*, n. 362; *Yurtcan*, 96, 592; k-m: *Taner*, 103.

³⁷³ Meselâ, mülga İnfaz Kanununun uygulanması için geçici maddeye dayanılarak açılan dava yargılaşan kararlar reddedildikten sonra yeniden dâva açılırsa yargılama yapılamaması bu yüzdendir. Tatbikatta bu sonuca takdir yetkisi gereği gibi kullanılmamıştır denilerek varılmıştır (7. CD 2/10/65, *Çağlayan* (66, I, 794). Keza hâkimin reddi dâvasının reddinden sonra aynı sebeple aynı dâva açılırsa yargılama bu yüzden yapılamaz.

³⁷⁴ Otoritenin kabul edilmesinin olayın belirlenmesi bakımından olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle iki kararda delillerin tartışılmasına ve olayın belirlenmesine bakılmalı, bu belirlenişe ters düşen bir sonuca varılmışsa, bundan, olayın bu hatalı sonuca uygun düşecek biçimde belirlendiği anlamı çıkarılmamalıdır. Meselâ bir dâvada tehdidin silâhla yapıldığı sabit görüldüğü halde, açık bir hata ile silâhsız tehditten ceza verilip karar yargı otoritesini kazandıktan sonra çıkan ve silâh teslimi halinde belli şartlarla ceza verilmemesini öngören özel bir kanundan yararlanmak için açılan ikinci bir dâvada, birinci kararın, doğru belirlemesine değil de hatalı sonucuna bakıp “tehdidin silâhsız yapıldığı yolunda yargı bulunduğu ve ikinci mahkemenin bununla bağlandığı” söylenmemelidir. Yargıtay, cezada maddî hakikat aranmasına dayanarak doğru sonuca varmışsa da kesin karar dediği yargının varlığını kabul etmesi bizce isabetli olmamıştır (CGK 23/6/86 YKD 86/10 1532).

³⁷⁵ İlk yedi basıda yaş düzeltme dâvası bakımından mecburî birleştirme kabul edildiği gerekçesi ile ceza mahkemesinin yaş düzeltmesi konusundaki hukuk mahkemesi kararı ile bağlı olduğu görüşündeydik. Hukuk mahkemesinin hatalı düzeltmesi karşısında ceza mahkemesinin elini kolunu bağlamanın yersizliğini gördükten sonra bu görüşü terkettik.

³⁷⁶ Şahsî hak dâvasında hukuk mahkemesince daha önce verilmiş ve kesinleşmiş olan karar da ceza mahkemesini bağlayacaktı. Çünkü kendisi de karar verse, aynı kaideleri uygulayacaktı. Buna karşılık, Hukuk Mahkemesinin şeklî hakikat

Bu husus Türk Borçlar Kanunu'nun *ceza hukuku ile ilişkisinde* başlıklı 74 ncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; *Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz* (TBK 74). Madde metninden de anlaşılacağı üzere, ceza hâkiminin fiilin fail tarafından işlendiği veya işlenmediğini kesinlikle tespit ettiğine ilişkin karar hukuk hâkimini bağlar.³⁷⁷

Ceza mahkemesinin beraat kararı bir maddi olguyu tespit ediyorsa, bu karar hukuk hâkimi için de bağlayıcıdır. Beraat kararı, suçun davalı tarafından işlenmediğinin kesin olarak tespiti olgusuna dayanıyorsa, bu karar hukuk hâkim ini de bağlayacaktır. Ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararındaki, fiilin hukuka aykırılığının ve illiyet bağının varlığını saptayan maddi olgu konusundaki kabul, hukuk hâkim ini de bağlar.³⁷⁸ Yüksek Mahkemenin içtihatları da bu yöndedir: *Ceza hâkiminin mahkûmiyet kararı ile maddi vakiayı tespit eden beraat kararı hukuk hâkimini bağlar.*³⁷⁹

III. İkinci kararın akibeti.

Ne bis in idem kuralına rağmen yeni bir karar verilmesi ve bunun yargı otoritesini kazanması imkânsız değildir. Bu durumda, kurala aykırı verildiğinden ikincisi hukuk bakımından yok sayılmamalı, mümkün olduğu ölçüde muhakemenin yenilenmesi yoluna gidilmelidir.

IV. Milletlerarası ceza hukukundaki durum.

Ne bis in idem, yargı otoritesinin bir çeşidi olarak, Devletler arasında da uygulanabilir. Ancak yabancı Devletler arasında mahkemelerine güvenme bakımından bir ayırım yapılmalıdır. Yargılama makamlarına en az bizimkiler kadar itimat edebildiğimiz Devletlerin yargılarını bizimkilerle bir tutmamak için sebep yoktur. Avrupa Konseyinin hazırladığı ve Türkiye'nin onayladığı "Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi" (CYMDAS 53-55) ile "Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi" (CKAAS 35-37), *ne bis in idem* ilkesinin yabancı yargılarda hangi hallerde uygulanacağını belirlemiştir. Bu demektir ki, tekrar muhakemenin kabul edildiği haller de gösterilmiştir.³⁸⁰ Konunun ikili sözleşmelerle düzenlenmesi de mümkündür. Devletler, tek taraflı olarak, kendi kanunları ile tekrar muhakemeyi kabul etmeyebilirler. Devletlerin "ben falan Devlet mahkemesine güvenmiyorum" demeleri Devletler arasındaki ilişkilere uygun düşmeyeceğinden, güvenmeyi istisna yapmak, yani *ne bis in idem* otoritesini istisna olarak ve açıkça belirtmek gerekir.

XII. Avrupa Birliği hukukundaki durum.

Avrupa Birliği'nin Mahkemesi olan ATAD tarafından *ne bis in idem* konusunda son yıllarda "Gözüdok kararı" gibi önemli kararlar verilmiştir. Ancak, Hukuk Muhakemesi alanında, Avrupa Birliği Hukukuna aykırı olan iç hukuk kesin hükümleri yok sayılmaktadır.³⁸¹

XIII. Uluslararası Ceza Divanındaki durum.

ile yetinmesi, maddî hakikat bilindiği zaman gözönünde tutulmaması demek olmadığından, ceza mahkemesinin olayı belirlemesi hukuk mahkemesini bağlamalıdır. Hukuk mahkemesinden başka mahkemeler için de durum aynıdır.

³⁷⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. baskı, İstanbul 1993. s.715.

³⁷⁸ Uygur (Turgut): Açıklamalı İtihatlı Borçlar Kanunu, C. 3, Ankara 2003, s.2593.

³⁷⁹ YKD1 987/3 s.384. Maddi olgunun tespitine ilişkin ceza mahkemesi kararı, hukuk hâkimini de bağlar. (HGK., 11.10.1989, E.11-373, K.472, aktaran Uygur, age. s.2599). Ceza mahkemesinde kesin olgu olarak kabul edilen hususlar, hukuk hâkimini de bağlar. (11 HD, 8.11.1985, E. 5199, K. 5960, aktaran Uygur, s. 2600). Yerleşmiş Yargıtay İtihatlarına göre, ceza hâkiminin maddi vakiayı tespit eden beraat kararı hukuk hâkimini bağlar (11 HD, 29.9.1988, E. 1988/936, K.5355, aktaran Kazancı: İlmî ve Kazai İtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, C.1, İstanbul 1990, s. 864.

³⁸⁰ Bir Devlet, diğer Devletin kovuşturma yapmasını istememişse: a) Kendi ülkesinde kamusal nitelik taşıyan kişi, kurum veya eşyaya karşı veya b) Kamusal nitelik taşıyan bir kişi tarafından veya c) Kendi topraklarında işlenmiş olan suçlardan dolayı verilmiş yabancı yargılara rağmen yeniden muhakeme yapabilecek, fakat çekilen hürriyeti bağlayıcı cezayı mutlaka mahsup edecektir (CYMDAS 53, 54). *Yenisey*, Milletlerarası s. 231.

³⁸¹ *Lueckin kararı*: Kühne 2010, 33.

Ne bis in Idem konusunda Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsünde önemli bir istisna getirilmiştir. Suçun işlendiği yer devleti UCD Statüsüne giren suçlardan birinin failini koruduğu veya aşırı şekilde cezalandırdığı kanaatinde ise iç hukukta verilen kesin hükmü nazara almayabilir (m. 20).

XIII. Tekrar dava açmama ilkesi.

Ceza dâvası, Devletin suçluların cezalandırma görevinin yerine getirilmesi için açıldığına ve dâva üzerine muhakeme denilen kolektif bir çalışma sonunda müşterek bir hükme varıldığına göre, bir eylemden dolayı bir kimse aleyhine bir ceza dâvası açıldıktan sonra o dâvanın muhakemesi sona ermeden de aynı eylemden dolayı aynı kişi hakkında ikinci bir ceza dâvası açılmaz. Bu itibarla “aynı dâvaya bakılmakta olması” ikinci veya daha fazla defa aynı dâvanın açılmasına ve muhakemenin tekrarlanmasına engeldir. Türk Hukukunda kamu davası, mahkeme tarafından verilen *iddianamenin kabulü kararı* (CMK 175) ile, açılmış sayılmaktadır.³⁸²

66. AYNI DAVAYA BAKILMAKTA OLMASI.

Ceza dâvası, Devletin suçluların cezalandırma görevinin yerine getirilmesi için açıldığına ve dâva üzerine muhakeme denilen kolektif bir çalışma sonunda müşterek bir hükme varıldığına göre, bir eylemden dolayı bir kimse aleyhine bir ceza dâvası açıldıktan sonra o dâvanın muhakemesi sona ermeden de aynı eylemden dolayı aynı kişi hakkında ikinci bir ceza dâvası açılmaz. Bu itibarla “aynı dâvaya bakılmakta olması” ikinci veya daha fazla defa aynı dâvanın açılmasına ve muhakemenin tekrarlanmasına engeldir.

Birinci dâva madde, yer, vs. itibariyle yetkili mahkemede açıldığı halde, aynı dâvanın ikinci olarak yetkisiz mahkemede açılması gibi, birinci dâvanın yetkisiz, ikinci dâvanın yetkili mahkemede açılması da mümkündür. Bu hallerde, öteki dâvadan haberi olmayan yetkisiz mahkemelerin yetkisizlik kararı vermeleri ile yahut yetkisizlik veya yetkililik uyuşmazlıklarının çözülmesi ile, ortada bir tek dâva kalacağından mesele halledilmiş olacaktır. Ancak, bazen birden fazla mahkeme yetkili olabilir. Meselâ bazen birden fazla yer mahkemesine yer itibariyle yetki verilmiştir. Madde itibariyle yetkide yüksek yetkili mahkemenin de davaya bakması kabul edilmiştir. Bu hallerde her iki mahkeme de yetkili olduğundan, yetki bakımından meselenin hali imkân yoktur. Keza aynı dâva yanlışlıkla aynı mahkemede tekrar açılmış olabilir. Bütün bu hallerde “aynı dâvaya bakılmakta olması” engeli veya bir diğer deyişle, “aynı dâvaya bakılmakta olmaması menfi şartı” yolu ile meseleyi halletmek zarureti vardır.

Alman doktrininde “*Rechtshängigkeit*”, İtalyan doktrininde “*litispendenza*”, Medenî Muhakeme Kanununda (m. 187, 194) “derdesti rüyet olmak” denilen bu engel durumu, dâvanın açılmış olmasının bir sonucudur. Bizce bu da, geniş manada “*ne bis in idem*” ilkesinin yargı ile sonuçlanmamış yargılamalara uygulanmasıdır.

Ceza Muhakemesi Kanunu da³⁸³ aynı yönde düzenleme yapmıştır: “*Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir*” (CMK 223/7). Bizce, iddianamenin kabulü aşamasında, kamu davasının açılması kararı (CMK 175/1) yerine, “dâvanın kabul edilmemesi kararı” verilmelidir. Aynı davaya bakılmakta olmaması şartının UCD’ında bir istisnası olduğuna yukarıda değinmiştik.

II. Kovuşturmanın aktarılması.

Aynı eylemden dolayı bir kişi hakkında iki ceza dâvası açılması, hattâ iki kovuşturma yapılması, Avrupa Konseyi üyesi Devletler arasında “Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi” ile önlenmeğe çalışılmıştır. Başka Devlette de kovuşturma başladığını veya ceza dâvası açıldığını öğrenen her Devlet, kendi kovuşturmasından vazgeçmek, dâva açılmışsa diğerinin sonuna

³⁸² Alman hukukunda ise, “sonruşturmanın açılması kararı” (*Erläss des Eröffnungsbeschlusses*) verildiği zaman, ikinci bir davanın açılması açısından engel doğduğu kabul edilmektedir (BGHSt 29, 341, 343; *Roxin*, § 38 Rn. 9; *Englaender*, 4).

³⁸³ “Aynı konuda dâva” tâbiri, “aynı eylem için ceza dâvası” diye anlaşılmalıdır. Aynı fiilden ötürü bir defa kavgada silah çekmek suçundan dolayı tekrar açılan davanın CMUK’nun 253/3. maddesi uyarınca reddine karar verilmesi gerekir. E. 1995/2473, K. 1995/3955, 2. CD. T. 29.3.95. Kanunumuzda bu yolda bir hüküm yoktu. Mehzamız olan Alman Kanununda da yoktu. 1973 de “aynı konuda aynı sanık için açılmış bir dava varsa diye kanunumuza girmiştir. Bu halde “dâvanın reddi kararı” veriliyordu (CMUK 253/3).

kadar durdurmak veya kovuşturmayı o Devlete aktarmak gerekip gerekmediğini araştırarak, olumsuz sonuca varırsa diğer Devlete haber verecek ve iki Devlet, hakikatin öğrenilmesi ve en elverişli müeyyidenin uygulanması amacı ile, tek kovuşturmayı içlerinden hangisinin yapmasının uygun olacağını tayin için gayret göstereceklerdir (CKAAS, 30-34).

67. YENİ DELİL veya YENİ OLAY MEYDANA ÇIKMASI.

Yargı bulunmaması muhakeme yapılması için menfi şarttır (No. 65). Uyuşmazlığı doğrudan doğruya veya dolayısı ile halleden kararların, yani yargıların otoritesi daimî ise de bunun istisnası yok değildir. Gerçekten ikinci ve daha fazla defa muhakeme yapılması, yargı bulunmasına rağmen bazen mümkündür. Bu imkân müspet bir şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şart da “yeni delil veya yeni olayın meydana çıkması”dır.

Kanunumuzun, yargılamanın yenilenmesindeki düzenlemesinde (CMK 311/1-e), “yeni olaylar veya deliller” terimlerini kullanması ve mülga Kanundaki gibi, “yeni delil”i “yeni olay”dan ayrı olarak belirtmesi, “olay” diye Türkçeleştirdiği³⁸⁴ “vakıa”yı dar anlamda kullandığını göstermektedir. Yoksa, delil de geniş anlamda olay olduğuna göre ayrıca sayılması gerekmezdi.

Görülüyor ki kanundaki olay (vakıa), delil ortaya çıkarmayan olay anlamındadır. Delil ise mahkemelerin dâva konusu olayı belirlerken yani sübut konusunda hükmü verirlerken kullandıkları vasıtalar olup, o olayı temsil ederler, bir diğer söyleyişle aksettirirler. Hâkimler olayları deliller sayesinde öğrenirler (No. 321).

Yeni delil veya yeni olay meydana çıkması, soruşturma evresinde³⁸⁵ hem kovuşturma evresinde yargı ile sona ermiş muhakeme bakımından, bir diğer söyleyişle muhakemenin hem dirilmesi hem yenilenmesi için arandığından, aynı ceza dâvasının muhakemesinin ikinci veya daha fazla defa yapılmasının şartıdır.

Kanunumuz yeni delil veya yeni olayı tarif etmemiştir. Yeni delil veya yeni olayı, yargılanan kararın verildiği tarihte hâkimin bilmediği delil veya olay diye tarif edebiliriz.³⁸⁶

Kanun, muhakemenin dirilmesi için sadece yeni delil veya olaydan bahsettiği halde, muhakemenin yenilenmesi için, belgenin sahte olduğunun, tanığın yalan söylediğinin anlaşılması, sanığın sonradan ikrar etmesi gibi belli yeni delil veya olayları açıklamış, bunlardan ayrı olarak, yine yeni delil veya yeni olayı, bu sefer dar manada olmak üzere, yenileme sebebi olarak saymıştır. Dar veya geniş manada yeni delil veya yeni olay, muhakemenin dirilmesi veya yenilenmesi gayesi gütmesine, yenilenmenin sanık lehine veya aleyhine olmasına göre farklı olarak düzenlenebilir (No. 554, 561).

³⁸⁴ CMUK 327 ve 330 daki “vakıa” terimini olay sözcüğü için Türkçeleştiriyoruz. Vakıa (événement), vaki olan, vukua gelen, ortaya çıkan, gerçekleşen, oluşan durum demektir ki bugün kullandığımız olay da bu anlamdadır. Olay sözcüğünü, hoş olmayan olaylara bırakıp geri kalanlara olgu denilmesini yadırgıyoruz. Diğer taraftan gerçekleşmek, gerçek olmak demektir ki bu da gerçek (réalité) dediğimiz ve iç dünyamızın karşıtı olan dış dünyada varlığı duyulabilen bir hal alması demektir. Dâva açılırken yargılanacak uyuşmazlığın sınırlarının belli edilmesinin gerekmesi de göstermektedir ki dâva konusu olmayan olaylar da vardır ve gerçek (realité), sayısız ve her biri tekrar ufak olaylara bölünebilen, içiçe geçmiş olaylardan oluşan bir yumağa benzetilebilir. Dış dünyadaki varlığını beş duyumuzla öğrenebildiğimiz olaylar, mevcut durumun çok defa değişmesi, bazan da devam etmesi biçiminde gerçekleşir. Bu nedenle “değişme olayı” ve “devam olayı” diye ikiye ayrılır. Olaylar, insan eseri olup olmadıklarına göre de insan olayları ve doğa (tabiat) olayları diye de ikiye ayrılırlar. İnsan olaylarına yani insanların hareketleri ile gerçekleştirdikleri olaylara “eylem” (fiil, fait) denilir. Bu terim hem hareketi hem onun maddî anlamdaki neticesini hem de bu ikisi arasındaki maddî nedensellik (illiyet) ilişkisini ifade eder. Ancak eylemin Fransızca karşılığı olan “fait” teriminin, doğa olaylarını da içerecek biçimde kullanıldığı vardır. Nitekim muhakemenin yenilenmesinin bizde yeni vakıa denilen sebebine Fransızcada “fait nouveau” denilmektedir (Kunter: İçtihat değişmesi nedeniyle ceza muhakemesinin yenilenmesi sorunu, YD 88/1, s. 49 ve 50). Nitekim 5271 sayılı yeni CMK “yeni olay”dan söz etmektedir.

³⁸⁵ Doktrinde yeni delil veya olay, çok defa, kanunun hüküm adını verdiği, sorsoruşturma sonunda verilen kararlar hariç olmak üzere, diğer yargılar bakımından kabul edilmiştir (Taner, 102). Halbuki kanun muhakemenin iadesi dediği yenilenmesinde de yeni delil ve olayı aramıştır. Kaldı ki, meselâ sorsoruşturmada veya ilksoruşturmada verilen düşme kararları nitelik bakımından aynıdır.

³⁸⁶ Taner (s. 102); Kantar (s. 200, 411); Erem (n. 412); Özgen (Tez, 125); Önder (Yeni Vakıalar ve Yeni Deliller Sebebiyle Muhakemenin İadesi, İHFM 1965, 63) ve Yargıtayın (3. CD 3/12/1964: Ç. III, 260) tarifleri de buna yakındır. İnsan hakları Avrupa Sözleşmesinin 22/11/84’de imzaya açılan ve Türkiye’nin 14/3/85’de imzaladığı, fakat henüz (Ekim 2007) onaylamadığı 7 numaralı Protokolü (m. 4), muhakemenin yenilenmesi için yeni olay veya yeni öğrenilen olaydan söz etmekte ve son karara tesir edecek derecede önemli muhakeme hukuku hatalarını da bunlara eklemektedir.

Kanun sadece kovuşturma evresindeki yargılardan sonra yeni delil veya olay çıkmasını düzenlemiş ve bu olağanüstü kanun yoluna “muhakemenin yenilenmesi (iadesi)” adını vermiştir (No. 552). Önsoruşturmadaki yargılardan (CMK 173/6) sonra yeni delil veya olay meydana çıkması öngörülmüş, fakat ne yapılacağı gösterilmemiştir. Biz bunu “muhakemenin dirilmesi” dediğimiz bir kanun yolu olarak düzenlemeğe çalıştık (No. 559).

67-1. DİĞER CEZA MUHAKEMESİ ŞARTLARI.

I. Ceza muhakemesi ile ilgili diğer konular.

1. Görev.

Mahkemenin madde yönünden (CMK 3) ve yer yönünden (CMK 12) yetkili olması gerekir. Yer bakımından yetki kamu düzenini ilgilendirmediği için, yetkisiz mahkemenin yaptığı işlemler sırf yetkisizlik nedeni ile yok sayılmazlar (CMK 20). Fakat, madde bakımından yetkisizlikte (kanunun “görev” dediği), yenilenmesi mümkün olmayan dışındaki işlemler hükümsüzdür (CMK 7). Bu nedenle, madde bakımından yetkinin (görev), ceza muhakemesi şartı olduğu söylenebilir.

2. İddianame ile ilgili hususlar.

İddianamenin CMK 170 de aranan koşullara uygun olarak düzenlenmemesi, bir yeni muhakeme engeli olarak kabul edilmelidir. İddianame “otomatik olarak” kabul edilse bile (CMK 174/3), iddianamenin kabulü kararı, mahkeme tarafından yazılarak duruşma öncesinde okunur (CMK 191). “İddianamenin kabulü kararının” hukuken geçerli olması, bir yeni ceza muhakemesi şartıdır. Ancak, iddianamedeki veya iddianamenin kabulü kararındaki hataların, duruşma sırasında giderilmesinin mümkün³⁸⁷ olduğuna dikkat edilmelidir.

3. Kovuşturmanın açılması koşulu.

“İddianamenin kabulü kararının” hukuken geçerli olması, bizce yeni ceza muhakemesi şartıdır. Ancak, iddianamedeki veya iddianamenin kabulü kararındaki hataların, duruşma sırasında giderilmesinin mümkün³⁸⁸ olduğuna dikkat edilmelidir.

4. Uzlaşma teklif edilmesi koşulu.

Soruşturması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlarda, şikâyet şartı gerçekleşse bile, uzlaşma yolu (CMK 253) denenmeden kamu davası açılmaz (CMK 174/1-c)³⁸⁹

5. Önödeme, uzlaştırma veya seri muhakeme uygulanması koşulu.

CMK'nun 174. maddesine göre önödemeye veya uzlaşmaya tabi olan suçlarda önödeme veya uzlaşma teklif edilmeden ve bunun neticesi alınmadan, seri muhakemeye tabi suçlarda bu usul uygulanmadan iddianame düzenlenmesi iddianamenin iadesi sebebidir. Bu nedenle hukukumuzda yeni bir ceza muhakemesi şartı olarak uzlaşma teklif edilmesinin girdiğini saptamaktayız.

4. Ceza ehliyeti şartı.

Türk Ceza Kanunu'na göre, 12 yaşını tamamlamış olmayan kişilerin ceza ehliyeti yoktur. 18 yaşın tamamlanması ile, tam ceza ehliyeti ortaya çıkar (TCK 31). Ceza ehliyeti bulunmayan bir çocuk hakkında, ceza soruşturması ve kovuşturma yapılamaz. Tedbir sorumluluğu saklıdır.

5. Duruşma ehliyeti.

³⁸⁷ BGHSt 29, 224; Beulke, Rn. 284, aksi görüştedir; Engländer, 5.

³⁸⁸ BGHSt 29, 224; Beulke, Rn. 284, aksi görüştedir; Engländer, 5.

³⁸⁹ “Uzlaşmanın bulunmaması”, *Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan* tarafından da ceza muhakemesi şartları arasında gösterilmiştir. Bu görüş yerinde olmakla birlikte, “önödemenin” de ceza muhakemesi şartı olarak kabul edilmesi görüşüne (*Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan* 2007, 76) katılmıyoruz. Yeni Ceza Adalet Sisteminin kabul ettiği “uzlaşma” da (CMK “2006-5560” 253), mağdur veya suçtan zarar görenin zararının giderilmesi fikrine dayanmakta olup, önce Ceza Kanununda “dava ve cezayı düşüren sebepler” arasında düzenlenmişti. Daha sonra, 2006-5560 numaralı Kanun ile yapılan değişiklikle, Ceza Kanunundan tamamen çıkartıldı ve hukuki dayanaktan yoksun bırakıldı. Sadece CMK 253 vd maddelerde ile yapılan düzenleme gereği, verilen dava açmama kararının hukuki dayanağı, artık tartışmalıdır.

Şüphelinin, ileride açılacak duruşma sırasında, hakkında yürütülen muhakemeyi anlayacak akli melekelerine sahip olması gerekir.

6. *Dava zaman aşımının dolmuş olmaması.*

Dava zaman aşımı dolmuş ise (TCK 66, StGB 78), Devletin ceza verme hakkı ortadan kalktığı için, artık dava açılmaz.

7. *Şüphelinin hayatta olması şartı.*

Şüphelinin ölmesi, Devletin ceza davası açma hakkını ortadan kaldırır (TCK 64). Bu durumda, açılmış bir dava varsa, düşme kararı verilir. Ancak görülmekte olan dava “kendiliğinden” ortadan kalkmaz (BGHSt 45, 108), mahkemenin bir “düşme kararı” vermesi gerekir (CMK 223/8).

II. Ceza muhakemesi şartı sayılmayan haller.

“*Davanın uzun sürmesinin*”, muhakeme engeli sayılması görüşü, kabul görmemiştir. Sanığın **ömrünün kısa** olacağı konusundaki bir tahmin muhakeme engeli olarak kabul edilmemiştir.³⁹⁰ “*Ajan provokatörlük*” de muhakeme engeli sayılmamakta, cezanın tayini sırasında göz önünde tutulması kabul edilmektedir. Alman hukukunda işkence yapılarak elde edilen hukuka aykırı delilin varlığı halinde, diğer hukuka uygun delillere dayanılarak yargılamanın sürdürülemeyeceği konusunda içtihat bulunmaktadır. Bu içtihadın genelleştirilmesi ve “işkence ile elde edilen delil üzerine” açılan davalarda düşme kararı verilmesi gerektiğini ileri süren bireysel başvuru görüşü AHİM tarafından kabul görmemiştir.³⁹¹

İKİNCİ BÖLÜM: CEZA YARGILAMASI

6. § CEZA YARGILAMASI GÖREVİ

68. Görevin tarifi ve terminoloji. 69. Yargılama görevi. 70. Yargılama makamı. 71. Yargılamanın özellikleri. 72. Ceza yargılaması ve konusu. 73. Ceza yargılamasının sınırı. 74. Ceza yargılaması ve güvenlik tedbirleri.

68. GÖREVİN TARİFİ VE TERMINOLOJİ.

Yargılama, muhakeme denilen kolektif görevi meydana getiren üç görevden biridir ve uyumsuzluğu yargı ile yarıp atan makamın görevi olduğu için en önemlisidir. Yargılama³⁹²; Devletin belli makamlarının, taraflara da mütalâalarını bildirme imkânını sağlayarak ve Devletin egemenliğine dayanarak, hukuk normlarına uygun bir şekilde, kesin, yerine getirilebilir ve göz önünde tutulabilir bir yargı ile (No. 148-150) müşahhas olayda uygulanacak hukuk normunu belirterek çözmesi suretiyle bir olayın hukuk normları karşısındaki durumu konusunda çıkan bir uyumsuzluğa son vermesi faaliyetidir. Bu tarif yargılamanın her çeşidine uygulanabilir.

Biz, yargılamanın daima *uyuşmazlıklı*³⁹³ olduğu fikrindeyiz. *Uyuşmazlıksız yargılama*³⁹⁴ kavramını kabul etmemekteyiz. *Uyuşmazlıksız* yargılama yahut başka bir deyimle *nizasız kaza*³⁹⁵ adı verilen hallerde kanaatimizce uyumsuzluk ya vardır ya yoktur.³⁹⁶ Ancak zımnî veya mefruz da olsa bir

³⁹⁰ Engländer, 5.

³⁹¹ *Gaefgen/Almanya* kararı.

³⁹² *kaza, jurisdiction, giurisdizione.*

³⁹³ ihtilâflî, *contentieux*

³⁹⁴ *jurisdiction non contentieuse*

³⁹⁵ *Kuru: Nizasız Kaza*, Ankara, 1961. Yargılama yetkisi, sübjektif yönden bir yargılama makamını işgal eden hâkim in belli bir ceza işi ile uğraşma ve onu halletme yetkisi ve ödevi olarak, *objektif* yönden ise, hâkim in hukuken muteber bir şekilde yargılayabileceği sınırlı alan olarak tanımlanmaktadır (*Bellavista III: Toroslu 1998 57'* den naklen).

³⁹⁶ Varsa, uyumsuzluk ya zımnîdir veya mefruzdur, yani varlığı kanun tarafından farz ve kabul olunmuştur. Bu hallerde uyumsuzluk olduğuna veya olduğu kabul edildiğine göre, *uyuşmazlıksız* yargılamadan söz açılması doğru değildir. Tereke

uyuşmazlık söz konusu olduğuna göre bu sisteme *uyuşmazlıksız* yargılama denecek yerde, *zımnî* veya *mefruz uyuşmazlıklı yargılama* denilmesi daha doğru olur.³⁹⁷ Muhakeme gibi, yargılamanın da: 1) Medenî yargılama, 2) Ceza yargılaması, 3) İdare yargılaması, 4) Anayasa yargılaması ve 5) Milletlerarası yargılama çeşitleri vardır.³⁹⁸

Eski Türk Devletlerinde laik Hukuka göre uyuşmazlıkları Devlet adına yaranlara *yargıcı* veya *yargucu* denilirdi. Yargıcı (*yargıç; hâkim*) yargı denilen kesici âletle uyuşmazlıkları yaran³⁹⁹ kişidir. Yaptığı işe yargı ile yarmak manasına *yargılama* denilmelidir.⁴⁰⁰

Memleketimizde İslâm Hukukunun uygulandığı sıralarda yargılama görevine *kaza*, bu görevi yapana *kadı* (kaza görevi yapan), hâkimin yargılama yaptığı yere *mahkeme* (muhakeme yapılan yer) denirdi. Mahkemede yapılan işe muhakeme denildiği halde kadı'nın yaptığı işe kaza denilmesi dikkat çekicidir.⁴⁰¹ Tanzimat'tan sonra batı örneği laik mahkemeler kurulurken, yargılama görevini yapana, *juge* karşılığı *hâkim* denildi. Hâkim, hüküm veren, muhakeme yapan olduğundan kaza ile muhakeme aynı manaya gelir oldu. Kolektif olduğu bilinmediğinden, muhakeme sadece hâkimin işi sanılıyordu. Bu yüzdendir ki bugün pek çok kişi *muhakeme* yerine *yargılama* demekte sakınca görmemekte, ancak muhakeme ile kaza arasında bir fark olması gerektiğini de düşünerek, kazayı yargı diye farklı bir terimle karşılamak suretiyle işin içinde çıkılacağını sanmaktadır.⁴⁰² Yargı, yargıcın uyuşmazlıkları halletmede kullandığı âlet olarak tasavvur edilen kararı ifade edince, karar verip uyuşmazlıkları halletme görevini ifade eden *kazayı* karşılayamadığı aşikârdır. Diğer taraftan, *yargılama* terimi, *muhakemeyi* de karşılayamamaktadır.⁴⁰³

69. YARGILAMA GÖREVİ.

I. Devletin temel görevleri.

Devletin egemenliğine dayanan görevleri yasama, yürütme ve yargılama olmak üzere üçe ayrılır. Anayasada yasama ve yargılamadan *yetki* ve yürütmeden *yetki ve görev* diye söz edilmesi (AY 7, 8, 9), bunların hepsinin görev olmasını engellemez.⁴⁰⁴ Zira görev, görülen iştir. Tamamen objektif bir mana

mallarının idaresinde olduğu gibi uyuşmazlık yoksa, yargı ile yarılacak konu da yok demektir, o halde yargılamadan da bahsedilememesi gerekir. Bu takdirde idarî bir faaliyetten bahsedilmelidir. Bu faaliyeti yapanların hâkim olması, bu faaliyetin idarî sayılmasına engel olmamalıdır. Uyuşmazlığın zımnî veya mefruz olduğu haller, kolektif olması gereken muhakeme faaliyetinin ve bu arada yargılama faaliyetinin düzenlenmesinde bazı özelliklerin kabulüne sebep olabilir. Bu itibarla meselâ evlenme izni veya veraset senedi verilmesi gibi işlerde özel yargılama normları kabul olunabilir ve bunlar bir sisteme bağlanabilir.

³⁹⁷ *Postacıoğlu*: nizasız kaza, tâbirini kullanmakta, fakat kazaî tasarrufun mahiyetini tâyin eden ileri sürdüğü kazıye-i muhakeme kıstasının bunlarda bulunmadığını da belirtmekle, bu faaliyetin kazai tasarruftan ayrıldığını da kabul etmektedir (s. 29).

³⁹⁸ Askerlerin askeri mahkemelerde yargıldığı dönemde, askeri yargılama ceza yargılamasının bir türü olarak kabul ediliyordu. Askeri mahkemelerin kaldırılmasından sonra askeri suçlar sivil mahkemelerde yargılanmaktadır. Bununla birlikte askeri suçlarda uzmanlaşma gerektiği için Askeri Ceza Kanunu'na ek maddeler eklenerek çözüm aranmıştır (No. 83).

³⁹⁹ Yarmak, İskender'in düğümü (kılıçla yarararak) çözmesinde olduğu gibi, çözümenin (halletmenin), çözülmesi güç durumlardaki çeşididir.

⁴⁰⁰ Keza, *Tosun* (I, 256), *Erem* (No. 16) de kaza karşılığı yargılama demektir, fakat yargı (No. 12 c) dediği de vardır. *Üstündağ* da bazen yargılama demektir (I, 36).

⁴⁰¹ Mahkemede yapılan işe muhakeme denildiği halde, Kadı'nın yaptığı işe *kaza* denilmesi, belki de, muhakeme kolektif olduğu ve kazayı da içine aldığı içindir.

⁴⁰² Anayasanın bu yolu tuttuğunu görmekteyiz. Yasa yapma işine yasama dendiği gibi, yargı yapma işine de yargılama denilmeliydi.

⁴⁰³ Gerçekten muhakeme, üç görevden meydana gelen kolektif bir görevdir. Yargıcın görevi olan yargılama ise, muhakemenin sadece bir parçasıdır. Muhakeme yerine yargılama demek, muhakeme ile kazayı birbirine karıştırmak, muhakemenin kolektif mahiyetini göz önünde tutmamak, muhakemeyi sadece hâkimin faaliyeti olarak görmek demektir.

⁴⁰⁴ 1961 Anayasası bu üç görevi salahiyet manasına yetki diye adlandırmış, fakat yasama ve yargılamanın genel ve ilkel, yürütmenin müştak (*dérivé*) yetki olduğunu söylemiş ve bu farkı belirtmek için sadece yürütmeye görev adını vermiştir (Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Gereçesi, m. 5, 6, 7). 1982 Anayasası ise yasama ve yargı(lama)dan yetki olarak,

taşıyan görevin aktif sūjeye göre yetki, pasif sūjeye göre de ödev olarak ifadesi mümkündür. Yetki ve ödev, objektif olan görev madalyasının sūbjektif yüzleridir (No. 137).

Devletin bu üç görevini, kabataslak: 1) Kanun yapmak, 1) İşleri kanunlara ve diğer hukuk normlarına göre yürütmek ve 3) Hukuk konusunda çıkan uyuşmazlıkları çözmek diye tarif edebilmek de bunları daha yakından tanımalıyız.

Her şeyden önce, görevleri niteliklerine göre birbirinden ayırt etmek gerekir. Yapana bakmak, nitelik farkını açıklamaz. Aynı sūjenin yaptığı görevler her zaman aynı nitelikte olmadığı gibi aynı nitelikteki görevi farklı sūjeler de yapabilirler.

Yasama yani Devletin yasa yapma işi, toplum içindeki ilişkileri düzenleyecek yazılı normları tespit etmek, bir diğer söyleyişle genel ve objektif olan normlar koymaktır. Bu görev kaide olarak yasama organınca yapılır. Fakat yürütme organının da istisna olarak genel ve objektif normlar koyduğu vardır. Birincinin yaptıklarına *kanun*, ikincininlere *kararname*, *tüzük* veya *yönetmelik* denir. Devletin kanun yapma görevi yazılı hukuk sisteminde büyük önem taşır. Yazılı olmayan hukukta bu genel ve objektif normlar, yine vardır. Fakat bunları hâkimler veya hukuk bilginleri gösterir.

Devletin bir işi de *yargılamadır*. Yargılamanın sadece yazılı hukuk normlarını uygulama olduğu sanısı yaygındır. Yazılı olmayan hukuk sistemlerinde de yargılama olması, bu sanının yanlışlığını göstermektedir. Hâkimler, yazılı olsun veya olmasın, hukuk normlarını arayıp bularak olaya uygun olanını yani olayda uygulanması gerekenini gösteren kişilerdir. Yargılamanın esası şudur: Fert de Devlet de faaliyette bulunur. Fertler meselâ alışveriş yaparlar, Devlet örneğin tapu kütüğünü tutar. Faaliyette bulunan her sūje müeyyide ile karşılaşmak istemiyorsa, faaliyetini hukuk normlarına, daha doğrusu bu normların kural adı verilen kısımlarına (No. 305) uyduracaktır. Buna normların uygulanması da denilir. Ancak bu uygulamanın hatalı olması yani yapılan faaliyetin hukuk normlarına aykırı olması da mümkündür. Bir taraf uygun olduğunu, diğeri olmadığını söylese iki taraf arasında bir uyuşmazlık çıkmış demektir. Bu uyuşmazlığı çözmek, yani norm denilen ölçüleri, bir diğer söyleyişle kalıpları alıp olaya uygulamak, hangisinin uyduğunu açıklamak (No. 296) ve gerekiyorsa müeyyideyi belirtmek de ayrı bir iştir. Toplum içinde barış ve düzeni korumak için uyuşmazlık düğümünü, İskender'in yaptığı gibi, *yargı* denilen kılıçla yarararak çözmek şarttır. İşte yargılama budur. Yargılamanın Arapçası olan *kaza* nın çeşitli manalarından biri de uyuşmazlıkları çözmektir. Latincesi olan *jurisdictio* da *hukuku söylemek* yani *uygulanacak hukuk normunu belirtmek* demektir ki bu da çıkan uyuşmazlığı tereddüde meydan vermeyecek şekilde çözenin bir başka şekilde ifadesidir. Yargılama terimi, yarmaktan gelen yargı ile uyuşmazlığın yarılmasını, çözülmesini belirtmektedir.

Devletin yasama ve yargılama dışında kalan görevine yürütme denilmektedir. Yürütme görevinin gayesi, kamusal diğer ihtiyaçların karşılanmasıdır. Bu konudaki terimleri şöyle bir sisteme bağlayacağız: Devletin geniş manada yürütme görevi 1) Dar manada yürütme, 2) Uygulama, 3) Yerine getirme, 4) İdare görevlerinden oluşur. Dar manada yürütme, yasama organınca hazırlanan kanunların ilgililerce uygulanması için gerekli personel, yer ve malzeme gibi şartların sağlanmasıdır.⁴⁰⁵ Uygulama (*application*), genel ve objektif emirlerin gereğini yapmaktır. Buna, bir hareketi hukuk normlarına uygunluğunu araştırarak ve onlara uygun olarak yapmak da diyebiliriz (No. 296). Yerine getirme, özel ve sūbjektif emirlerin gereğini yapmaktır. Böyle emirleri memurlar gibi hâkimler de verebilir. Mahkeme kararları böyle emirleri ihtiva ettiğinden yerine getirilirler.⁴⁰⁶ *İdare* ise, dar manada yürütme, uygulama

yürütmeden de yetki ve ödev olarak söz etmiştir (AY 7-9). Halbuki görev, görülen işi yani fonksiyonu belirtmekte, görev dolayısı ile sūjelere yetki ve ödevler verilmektedir. Bu nedenle objektif olarak ele alındığında, sadece görev demek yetecektir.

⁴⁰⁵ Kanunların hangi organ tarafından yürütüleceği bizde kanunun son maddesinde belirtilmekte ise de buna hiç de ihtiyaç yoktur.

⁴⁰⁶ Eskiden kanunların da, mahkeme kararlarının da “icra”sından söz edilirdi. Bugün, gelişmiş olan hukuk bilimi emrin genel ve objektif olup olmasına göre ayırım yapmaktadır. Artık kanun veya yönetmeliğin “uygulanmasından”, emrin veya mahkeme kararının ise “yerine getirilmesinden” söz edilmektedir. Diğer taraftan, eskiden karar hukuk mahkemesinin ise “icra”, ceza mahkemesinin ise “infaz”, yabancı mahkemenin ise çok defa “tenfiz” terimi kullanılırdı. Bu farklı terimlere bakıp bunların niteliklerinin farklı olduklarını sanmamalıyız. Her üçüne de, “*exécution*” karşılığı olduğundan “yerine getirme” diyebiliriz. Ancak kısalığı yüzünden infaz demek daha kolay olmaktadır.

ve yerine getirme dışında kalan faaliyetlerin adıdır. Gerektiğinde, bir kanun konusu olmamak şartıyla genel ve objektif normlar koymak buraya girer.

II. Uyuşmazlık.

Fertlerin birbirleri ile veya Devletle olan ilişkilerini düzenleyen Hukuk normları bazen açıkça ihlâl edilir. Bazen bu normların muhteva ve şumulünü süje başka türlü anladığı için uygun hareket ettiğini sandığı halde aykırı hareket eder. Bütün bu aykırılıklar bir uyuşmazlığa yol açabilir. Bir olayın hukukî durumu, yani hukuk normları karşısındaki durumu bakımından süjeler arasında uyuşma olmadığı takdirde bir uyuşmazlıktan söz edilir. Anlaşmama demek olan uyuşmazlığın zımnî olması da mümkündür. Meselâ bir kimsenin kanun yoluna gitmesi, kararı verenle arasında bir uyuşmazlık bulunduğunu gösterir. Kararı verenin bu sefer davalı olarak tekrar mütalâası alınmaz, çünkü eski kararını tekrar edeceği kabul olunur. Bu gibi hallerde çok defa ortada davalı diye bir şahsın gözükmemesi, dâva, davalı ve dolayısı ile uyuşmazlık olmadığı manasına alınmamalıdır.

Kanun yoluna başvurma bir dâva açma olduğu gibi kanun yolu da bir dâva çeşididir. Anlaşma olmadığının kanunun iradesine dayandığı da vardır. Ceza dâvalarında durum kaide olarak böyledir. Davacının yani iddia makamının iddiasını sanık yerinde bulsa, meselâ, suçunu ikrar etse de kanuna göre, anlaşma yoktur ve ortada halli gereken bir uyuşmazlık vardır. Bu kaidenin istisnası, Devletle fert arasında bir uzlaşma niteliğinde olan önödemedir (No. 41, 427). Zira önödemedede Devletle onun ceza kararnamesini kabul edip ödeyen fert arasında uyuşmazlık olmadığı gibi kanun da onu artık var saymaktadır.⁴⁰⁷

Uyuşmazlık olduğu zaman ya hakkı olduğunu iddia eden hakkını zorla alır yahut Devletin yargılama makamlarına başvurur. Birinci şekil Devletin temelini sarsar. Devlet adına lâik toplumlarda ancak ikinci şekil söz konusu olabilir.

III. Yargılama.

Herhangi bir uzmanın hukukî durumu tespit etmesi ile, mütalâasının kabulü mecburiyeti olmasa da taraflar kendiliklerinden kabul ederlerse, uyuşmazlık sona erer. Aksi takdirde uyuşmazlık devam edecektir ve her iki tarafın da kabule mecbur tutulacakları bir çözüm şeklini bulmak için yargılama makamlarına başvurmaktan başka çare yoktur. Hukukî durumu, yargılama makamı tespit etmedikçe “muhakeme” denilen kolektif faaliyetten söz edilemez.

Bu tespitini yargılama makamınca yapılması demek, belli vasıtaların kullanılması ve kolektif bir hüküm verilmesi ve bunun neticesi olarak uyuşmazlık düğümünün *yargı* adlı kılıçla yarılması demektir. Bütün muhakeme boyunca taraflar, uyuşmazlık konusu olay üzerine projektörlerini tutup hâkimin şüphesini yenmeğe çalışırlar. Hâkim de, maddî hakikat aranan hallerde kendi projektörlerini işletir ve neticede müşterek aydınlanma mahsulü olan kararını verir. Bu karar da varsa kanun yollarından geçip kesinleşince yargı adını alır. Karar tereddüdü kesip atan, şüpheyi yenen bir hüküm olduğundan (No. 24), tez ve antitezin bir sentezini teşkil ettiğinden (No. 20), tarafların sentezde birleşmesi yani yargıyı kabul etmeleri, onun sentez oluşunun gereğidir. Hukuk da bunu destekler ve yargıya riayeti taraflara emreder. Uyuşmazlığın yargı ile çözülmesi demek, taraflarca riayeti mecburî bir şekilde çözülmesi demektir.

IV. Uyuşmazlığın mahkeme dışında halli (uzlaşma).

Uyuşmazlığı yargı ile yarıp çözüme faaliyeti olan yargılama eskiden sadece mahkemeler tarafından yapılırdı. Hatta mahkeme tabiri bile bizde yenidir. Bu işler için kadılara yani bugün hâkim dediğimiz kaza faaliyetini yapan kişilere gidilirdi. Bugün de muhakeme hukukunun fazla gelişmemiş dallarında uyuşmazlığın doğruca mahkeme önüne götürüldüğü vardır. Fakat muhakeme hukuku geliştikçe, yargılama faaliyetine katılan hâkimlerin sayısı artmakta, bunların işgal ettikleri makamlar da çeşitlenmektedir. Ceza muhakemesi, muhakeme dallarının en gelişmişidir (No. 406, 409). Artık ceza yargılamasının sadece ceza mahkemesindeki hâkim veya hâkimler tarafından yapıldığı günler çok gerilerde kalmıştır. Bugün ceza hâkimlerinin bir bölümü, yargılanmak üzere getirilen işler arasında

⁴⁰⁷ Bu nedenle malî muhakemede de rastladığımız uzlaşma terimini kullanmakta sakınca görmüyoruz. Kanunumuzda genel affın farklı düzenlenmesine rağmen, önödeme şartlı genel affa benzetmek de mümkündür. Şart yerine getirildiğinde Devletin affettim demesinin, ceza dâvasını açmamasının, açmışsa düşürmesinin ise klâsik Devlet ve ceza anlayışına daha uygun düştüğü elbet inkâr olunamaz.

mahkemelere gitmesi gerekmeyenleri ayıklamaktadır. Bunu sağlayan uzlaştırma (No. 431) Ceza Adalet Sistemimiz tarafından kabul edilmiştir (CMK 253).

Savcının yaptığı hazırlık soruşturması sırasında dahi hâkimlere başvurulmasını gerektiren haller vardır. Böylece kovuşturma evresinden önce artık bir de soruşturma yapılmaktadır. Bu evrede görevlendirilen hâkimler, denilebilir ki, yargılama binasının temellerini atmaktadırlar. Bundan sonra sıra duvarları örmeğe ve çatıyı kapatmağa gelecektir. Hâkimlerin bir bölümü de ceza muhakemesinde kovuşturma adı verilen bu evrede mahkeme adlı makamı işgal ederek uyuşmazlığın esasını çözerler. Bugün, hattâ ceza muhakemesi dışında da yargılama işi mahkemede bitmemektedir. Kanun yolları makamlarındaki hâkimler de daha önce verilmiş olan kararları denetleyerek yargılama faaliyetine katılırlar. Kesin hüküm denilegelen ve bizim, uyuşmazlığı kesip atan kılıca benzettiğimiz yargı, görüldüğü gibi bunların hepsinin ortak eseridir. O halde hepsinin yaptığının da yargılama olduğunu kabul etmek bir mantık zorunluğudur.

Kaldı ki bugün, uyuşmazlıklar arttığı halde hâkim sayısı zorunlu olarak sınırlı kaldığından, uyuşmazlıkların bir kısmının, adı hâkim dahi olmayan kişilerce çözülmesi gerekmiştir. Bunların hâkimler gibi yaptıkları da hâkimlerin yaptıklarından farksızdır, yani yargılamadır. Bizde düne, yani vergi mahkemeleri kurulana kadar malî uyuşmazlıkları çözmeye tutulan yol bu idi (No. 90). Mülga memur muhakemesinin ilksoruşturma bölümünde tutulan yol da bu idi (No. 81).⁴⁰⁸

Görülüyor ki bir görevin yargılama niteliğinde olması için onu yapanın hâkim adını taşıması gerekmez. Meselâ Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka idarî yargı(lama) merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme (doğrusu yargılama) merciidir. Kanun ile gösterilen belli dâvalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar (AY 155/1). Danıştay'da bu görevleri yapanların resmî sıfatı hâkim değildir, fakat gördükleri işe yargılamadır. Bunun gibi, *hakemlerin* yaptığı iş de yargılamadır (No. 70).

V. Yargılama görevinin kriterleri.

Yargılamanın iyisi de kötüsü de ciddisi de gayri ciddisi de tamı da tam sayılmayana da olabilir. Nitekim 1961 Anayasası yargılama manasına kullandığı yargı terimi ile 5. maddede *bağımsız*, 114'üncü maddede *ciddî ve tam*, 133'üncü maddede *iyi* yargılamayı göz önünde tuttuğunu gerekçesinde belirtmiştir.⁴⁰⁹ Bundan şu sonuçlar çıkar: 1) Bir görevin yargılama olması için, o görevi yapanın bağımsız olması gerekmez⁴¹⁰, 2) Bir görevin yargılama olması başka şey, Anayasa tarafından şu veya bu madde bakımından yargılama sayılması yine başka şeydir.⁴¹¹

70. YARGILAMA MAKAMI.

Yargılama görevi *yargılama makamına* verilmiştir. Bu makam, kaide olarak, Devletin resmî bir makamıdır. Gerçekten 1789 Fransız İhtilâlinde beri açıkça anlaşılmıştır ki yargılama münhasıran

⁴⁰⁸ Nitekim Yargıtay, Memurin Muhakematı Kanununa göre soruşturma yapan ve karar veren organların “idarî yargı organları” olduğunu belirtmiştir (CGK 24/9/1962, 64/69).

⁴⁰⁹ Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu raporunun genel gerekçe kısmının iktidarın yapısı bahsinde “kazaî denetimi yapacak organların bağımsızlığı bu denetimin ciddiyet ve müesseriyyetinin şartıdır” denilmiş, 114 ncü madde gerekçesinde de vergi itiraz ve temyiz komisyonlarının tam bir kaza organı sayılamayacağı söylenmiş ve bu madde hükmüne göre kaza organı sayılamayacağı belirtilmişti. Bundan, başka maddeler hükmüne göre bunların kaza organı sayılamayacağı mânâsı çıkmamaktadır. 133 ncü madde gerekçesinde de “iyi bir adalet, bağımsız hâkimlere ihtiyaç gösterir” denilmektedir.

⁴¹⁰ Yargılama ile idareyi karşılaştıran *Azrak*, sadece bağımsızlık farkı olduğu sonucuna varmıştır (Yargı ve idare, İHFM 68 “34”, 155). 1961 Anayasasından önce hâkimlerin bir kısmı tamamen teminatsızdı. Bunlar meselâ ceza hâki- mi olarak bir kimseyi hapse mahkûm edebiliyorlardı. Bunların mahkûmiyet kararı vermesi yargılama değil mi idi?

⁴¹¹ Anayasa Mahkemesi (30/5/63, RG. 29/7/1963), eski Avukatlık Kanunu'na göre kurulmuş olan Haysiyet Divanını “görülen iş bakımından olmasa bile kuruluş bakımından, yargı makamı olarak kabul etmemekle, mahkûmiyet bakımından yargılama ile Anayasaya göre yargılama arasındaki farka işaret etmek istemiştir. Buna karşılık *Duran* (Vergiler, İtiraz ve Temyiz Komisyonları ile Vergi İhtilâflarının Akıbeti, İktisat ve Maliye, Mayıs 1967, s. 50). Anayasa bakımından Anayasa Mahkemesince mahkeme sayılmadı diye vergi itiraz ve temyiz komisyonlarının yaptığı işi dahi kazaî değil, idarî saymıştır.

Devlet faaliyetidir ve egemenliğin bir neticesidir. Onun içindir ki yargılama görevi Devlet makamları tarafından, egemenliği haiz olan Türk Milleti adına ifa edilmektedir (AY 9).⁴¹²

Muhakemenin her safhasında hüküm verildiğinden, yargılama da sadece kovuşturma evresinde bulunmadığından (No. 69 IV), mahkemeden başka hâkim kararlarına da rastlandığından, resmî yargılama makamlarını: 1) Mahkeme, 2) Hâkimlik olmak üzere ikiye ayırıyoruz.⁴¹³

Devlet, istisna olarak, resmî Devlet makamından başka bir makamın da yargılama görevi yapmasına müsaade eder. Bu istisnaya *hakeme başvurmada* (tahkim, *arbitrage*) rastlamaktayız.⁴¹⁴ Devletçe düzenlenen hakemliğin, *Devlet mahkemesi* yanında, *hakem mahkemesi* diye adlandırılabilir⁴¹⁵ resmî bir yargılama makamı olduğunu söylemek mümkündür.

Devletin yargılama makamı, çok defa dar anlamda adlî makamın bir çeşidini teşkil eder. Bu itibarla yargılama teşkilâtı, adliye teşkilâtına nazaran daha dar bir kavramdır. Zira adliye teşkilâtının her makamı, yargılama makamı değildir (No. 73). Yargılama faaliyeti yargı ile uyumsuzluk çözülmek suretiyle sona erdiğinden, cezada infaz, hukukta icra, idarede yürütme denilen *yerine getirmeyi* (No. 69), uyumsuzluk çıktıkça halleden infaz hâkimlikleri ile icra hâkimliklerinin faaliyetleri müstesna, yargılama faaliyeti olarak kabule imkân yoktur.

Bir makamın, Anayasa öyle kabul etmese dahi (No. 69) yargılama makamı olabilmesi için, yaptığı işin “yargılama” olması şarttır. Bu nedenle meselâ, sistemde varsa, ceza kararnamesi vermesi kabul edilen bir makam, yargılama makamı değildir.⁴¹⁶

Diğer taraftan, her yargılama da geniş anlamda, yani adlî kuruluş içine giren manada *adlî yargılama* değildir. Son zamanlarda Hâkimler ve Savcılar Kurulu dolayısı ile geniş anlamda adlî yargılama haline gelmiştir. Görülüyor ki yargılama, bugünkü sistemsiz ve dağınık durumuna göre adlî ve adliye-dışı diye ikiye ayrılabilir.

Anayasamız Devletin üç temel görevinden birini oluşturan *yargılamayı* o kadar yüceltmıştır ki hiçbir organın, makamın, merciin veya kişinin yargılama yetkisini kullanmada mahkeme ve hâkimleri emir ve talimat verememesini, genelge gönderememesini ve telkinde bulunamamasını kabul etmiş ve “*yasama yürütme organları ile idare mahkeme kararlarına uymak zorundadırlar. Bu organlar ve idare, mahkeme*

⁴¹² Mahkeme kararlarında “Türk milleti adına” denilmesi, hem yargılama millet adına yapıldığı ve her mahkemenin yaptığı bu olduğu için doğru (k-m: *Erem*, 52); hem de yargılamanın demokratik temelini gösterdiği için (*Herrmann*, 79) isabetlidir. Hem de yapılan işin yüceliğine uygun düşmektedir. Buna karşılık, son zamanlarda rastlandığı üzere, evlendirme memurunun bile Türk Milleti adına diyebilmesi bu yüce kavramı sulandırmaktan başka bir şey değildir.

⁴¹³ Anayasada yargılama yetkisini kullananların sadece mahkeme olarak gösterilmesi (AY 9), hâkimlik ile mahkeme makamları arasındaki farkın gözden kaçması ile izah olunabilir. Ancak, Anayasada “mahkemelere ve hâkimlere” denilerek bunların ayrı ayrı gösterildiği vardır (AY “61” 132, “82” 138). Bu ayrım 1973’de “hâkimlik ve mahkeme kararlarından” söz edilmek suretiyle kanuna girmiştir (CMK 34). Hâkimlik ve mahkeme makamları ayırımını nazara almamış olan bir kanun uygulanırken kullanılan tâbire bakıp, meselâ sorgu hâkimlerinin kanunların Anayasaya uygunluğunun kontrolü bakımından Anayasa Mahkemesine başvuramayacağı sonucuna varmak (AY M: 12/1/1965, 64, 65-65/3, RG 16/10/1965) elbet yorum kaidelerine aykırıdır.

⁴¹⁴ *Ansay*: 404; *Postacıoğlu*, 783; *Kuru*, 979.

⁴¹⁵ *Üstündağ*, II, 133; *Alangoya*: Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul, 1973, s. 86. *Koral* da hakemliğin yargısal fonksiyon olduğu, mahkemelerdeki gibi bir yargılama düzeni getirdiği görüşündedir (Hakemliğin mahiyetini tayin kriterleri, İHFM “48-49”, 1982-1983, No. 1-4, 75).

⁴¹⁶ Yargılama yapmadan ceza kararnamesi niteliğinde bir kararla ceza veren “Gümrük memurlarından teşekkül eden komisyon”un, madde yönünden yetkili sulh, asliye ve ağır ceza mahkemeleri yanında, onlar gibi yargılama makamı imişçesine sayılması (KaçK “85-3217” 55/1) çok isabetsizdir. Aynı tutumu sürdüren 2003-4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, kaçakçılık suçlarını üçe ayırmıştı: Önödeme tabi olanlar (m.3/1 bendi (1) numaralı alt bendi, m. 13/1,2 ve m. 14); ağır cezalı olanlar (ağır hapis cezasını gerektirenler) ve asliyelik suçlar (bunlar dışında kalanlar). Önödeme tabi olan fiiller gümrük komisyonlarınca bakılacak (2003.4926 m. 26) ve verecekleri ön ödeme kararlarına tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde sulh ceza mahkemelerine itiraz olunabilecekti. 2007-5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu (KaçMK) ise, kabahat ve suç olarak düzenleme yaptı (m. 3); bunların nitelikli hallerini (m. 4) ve etkin pişmanlık hükümlerini (m. 5) düzenledi. Kabahatler hakkında Kabahatler Kanununun genel hükümleri uyarınca idarî para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı, 14 üncü madde hükümlerine göre mülkiyetin kamuya geçirilmesine ise Cumhuriyet savcısının talebi üzerine, sulh ceza mahkemesi yetkilidir. Bu kararlara karşı, Kabahatler Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir (m. 17/1).

kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez” demiştir (AY 138). Bundan çıkan sonuç şu olmaktadır ki, bir yargılama makamının kararının, *hatalı* diye, yerine getirilmemesi tasavvur bile olunamaz. Hata olduğu iddia olunuyorsa bu hata yine ancak bir mahkeme tarafından giderilebilir⁴¹⁷ ve giderilmediği sürece, kimse onun yerine getirilmesini geciktirmez. Basın Kanunu “düzeltme ve cevabın yayımlanmamasını”, yani kesinleşmiş hâkim kararına uymamayı suç olarak düzenlemiştir (BasK 18).

Mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği müracaat yolu ile Tazminat Komisyonunun önüne getirilebilir (TazKK 2/1-b). Müracaat konusunda kesinleşen karar işlemin yapıldığı adli veya idari mercie gönderilir. İşlem henüz sonuçlandırılmamışsa, ivedilikle sonuçlandırılır (TazKK 8) (No. 580/III).

71. YARGILAMANIN ÖZELLİKLERİ.

Yargılama görevinin başlıca iki özelliği vardır: 1) Mecburilik, 2) Devamlılık.

I. Yargılamanın mecburiliği.

Yargılama makamının var oluş nedeni, önüne getirilmiş olan uyuşmazlıkları çözmek olduğuna göre, bu görev, yargılama makamının ihtiyarına bırakılmazdı. Yargılama görevinin mecburî olması, bu görevi yapacak makama, daha doğrusu o makamı işgal eden süjeye, yani hâkime mecburiyet adlı ödevin (No. 184) yüklenmesi demektir.⁴¹⁸ Hiçbir yargılama makamı, kendi yetkisi içinde olan yargılama işlemlerini yapmadan kaçınmaz. Anayasa yargılamanın mecburiliğini, belli yargılama makamını göz önünde tutarak ifade etmiştir.⁴¹⁹

II. Yargılamanın devamlılığı.

Yargılamanın devamlılığı, yargılama faaliyetinin başından sonuna kadar kesiksiz bir şekilde yapılıp, uyuşmazlığın doğrudan doğruya yargılanmasının (No. 145) mecburiliği demektir. Ancak, belli bir yargılama makamının yetkisi içinde kalan ve yapılması mecburî olan işlemlerin kanunî sebepler yüzünden yapılamadığı vardır. Böyle bir sebep mevcut olmadıkça bu işlemlerin yapılacağını “devamlılık” tâbiri ile ifade ediyoruz. “Yargılamanın devamlılığı” konusunu ilk defa *Kunter* işlemiştir. Yargılamanın devamlılığına yani uyuşmazlığın doğrudan doğruya çözülüp yargılanmasına engel olan kararların şöylece sınıflandırılabilceğini düşünüyoruz:

1. Kabul edilebilirlik kararları.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHS m. 28) gibi her yargılama makamı, esasa girmeden önce kabul edilebilirlik sorununu çözmelidir ki boşu boşuna uğramış olmasın.⁴²⁰ Bu nedenle, işin başında dâvanın kabule şayan olup olmadığı bakımından bir yargılama yapılır ve gerekirse dâvanın kabule şayan olmadığı kararı verilir. Buna “dâvanın kabule değmez olduğu kararı” da denilebilecektir. Yargılamanın devamına engel olan bu karar şu hallerde verilir:

⁴¹⁷ Meselâ Yüce Divan kararı hatalı ise, yine ancak Yüce Divan tarafından düzeltilebilir bir kanunla iptal edilemez. Yine meselâ düzeltme ve cevabın yayımlanması için yanlışlıkla hâkime başvurulmuş, o da reddedecek yerde hatalı olarak yayımlanma kararı vermiş ise, bu kararın yerine getirilmemesinin mülga Basın Kanunu 29 gereğince suç sayılmaması (CGK 3/3/86 YKD 86/9, 1373), yargılama makamı kararının hatalı olduğu iddiası ile yerine getirilmeyebilmesi anlamına geliyordu ki esaslara aykırı idi. Hâkimin kararını hatalı bulanın 1988-3345 ile değişmeden önce 5 (sonra 4) gün içinde asliye ceza hâkimine başvurması gerekirdi (mülga Basın K. 19/3, sonra 19/III. 2).

⁴¹⁸ Biz “mecburilik” dediğimiz ve zaruret (zorunluluk) ile farkını belirttiğimiz halde, *Tosun* (I, 237) zorunluluk demişiz ve bunu “serbest olmama” şeklinde açıklamışız gibi göstermektedir.

⁴¹⁹ Anayasamız, kanundaki vazife ve salahiyet tâbirlerini aynen alıp Türkçeleştirdiğinden “hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki dâvaya bakmaktan kaçınamaz” demiştir (AY 36/2). Kanundaki mânâsı ile vazifeyi selâhiyeti, hattâ bunlar dışında kalan yetki çeşitlerini de içine alan ve genel olan “yetki” tâbirinin kullanılmasını daha doğru bulmaktayız (No. 185).

⁴²⁰ Kabul bakımından yapılan bu eleme, rasyonel çalışmanın temeli olup işler oldukça zorunlu hale gelir. Elemeye muhakemenin her safha ve devresinde rastlanır. Soruşturma kovuşturmayaya, olup olmadığını araştırmak için yapılır. Hatta soruşturma yapmadan, savcı yapmaya yer olup olmadığını araştırır. Kabul konusu sistemli bir şekilde incelenmediğinden kanunlarda tam düzenlenmiş değildir. Meselâ kamu dâvasının iddianame ile açılmasında, Alman sisteminden ayrılan kanunumuz, bu konuyu düzenlememiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, önce «kabul edilebilirlik» konusunu (*admissibility*) karara bağlamaktadır.

a) *Hukuka aykırılık*. Dâva açan işlemde Muhakeme Hukuku müeyyidesi gerektiren bir aykırılık (No. 286) bulunması.

b) *Muhakeme şartlarının gerçekleşmemiş olması* (No. 44). Dâvanın kabule şayan olmaması sebebi varsa, “dâvanın kabule şayan olmamak sebebiyle reddi” veya sadece *dâvanın reddi*⁴²¹ kararı verildiği vardır. Bizce, çeşitli ret kararlarını birbirinden ayırmak için, dâvanın kabule şayan olmadığı veya kabul edilmezliği kararı denilmesi isabetli olacaktır (No. 556). Dâvanın başında verildiğinden, dâva yerine dâva açan işlemin meselâ dilekçenin kabule şayan olmamasından dolayı⁴²² reddinden söz edildiği de vardır.⁴²³

Sanın ölümü ve genel af gibi dâvanın düşmesi sebepleri de işin başında dâva henüz kabul edilmemişken anlaşılırsa, sistem gereği, kabul edilmezlik kararı verilebilir. Ancak, bunun yerine, uyuşmazlığı dolayısı ile yargılayan ve bu nedenle yargı otoritesine sahip olan düşme kararı verilmesi daha uygun olur.⁴²⁴

c) *İddianamenin iadesi*. CMK’nun 174 ncü maddesinde belirtilen unsurları içermeyen iddianame iade edilir (No. 463).

2. Yargılamanın ilerlemesine engel olan kararlar.

Açık veya zımnî bir kararla dâva kabule şayan görüldükten sonra verilen yargılamanın ilerlemesine engel olan kararlar vardır. Bu kararları dört grupta toplayacağız:

a) *Muhakemenin durması kararı*. Durma, engelin kalkmasını beklemek üzere, muhakemenin olduğu yerde kalması ve engel kalktıktan sonra aynı yerden devam etmesidir.⁴²⁵ Muhakeme kolektif faaliyeti durunca, onu oluşturanlardan biri olan yargılama da elbet ilerleyemeyecektir. Durmaların hepsi geçicidir. Bir kısmına “geçici durma” (muvakkat tatil) dememizin anlamı yoktur.⁴²⁶ Durma sebebi kalkınca muhakeme durduğu yerden devam eder. Durma sebeplerinin⁴²⁷ bazılarında doğrudan doğruya durma kararı verildiği halde bazılarında önce başka karar verilir, bu karardan sonra muhakeme ya kendiliğinden durur ya ikinci bir kararla durdurulur:

⁴²¹ Meselâ bir Türk, yabancı ülkede adam öldürmekten mahkûm olmuşsa, Türk mahkemeleri yetkili olmadığından (mülga TCK 4), “dâvanın reddine karar verilmeliydi” denilmişti (1. CD 10/4/87 YKD 87/8 1238).

⁴²² Mülga CMUK 315 nci maddenin 1 nci fıkrasının 85-3206 numaralı Kanunla değiştirilmesinin gerekçesinde sadece depo parasının kaldırılması ile ilgili değişiklik yapıldığı belirtilmiş olması karşısında, metindeki “kabule şayan olmamasından dolayı” kelimelerinin de çıkarılmış olmasını yine, bu sefer daha güç de olsa, daktilonun atlamasına yoruyoruz. Gerçekten maddenin başlığı değişmemiştir ve bu madde ile yine “temyiz talebinin (yani dâvasının) kabule şayan olmamasından dolayı reddi”, düzenlenmektedir.

⁴²³ Mülga CMUK 317’nci madde değiştirilirken, temyiz dilekçesinin yetmediği görülerek temyiz beyanından da söz edilmesi (CMK “85-3206” 317) göstermektedir ki 315 nci maddede temyiz dilekçesinin kabul edilmemesinden, kanunun tâbiri ile, kabule şayan görülmemesinden dolayı reddinden söz edilmesi isabetsizdir. Kabul edilmeyen, aynı maddenin başlığında belirtildiği üzere temyiz talebidir ve daha doğrusu temyiz dâvasıdır.

⁴²⁴ Kaldı ki düşme sebebine dayanılarak verilen kabul edilmezlik kararını, meselâ mücerret muhakeme şemasının bugün artık bizde söz konusu olmayan ilksoruşturma aşamasının başında düşme sebebiyle verilen talepten reddi kararının, düşme kararı niteliğinde saymamak için hiçbir sebep göremiyoruz. Diğer taraftan, ilksoruşturma varken, savcının talepten nasıl kabul edilemeyebiliyorsa kanunun tâbiri ile kabul bakımından reddedilebiliyor idiyse, iddianamesi de keza kabul edilmeyebilmeli idi. Bu takdirde verilecek olan kabul etmeme veya kabul bakımından red kararı eğer bir düşme sebebine dayanmış ise, adı başka da olsa, ortada düşme kararı niteliğinde bir karar bulunduğu şüphe yoktu.

⁴²⁵ Anayasa değiştikten sonra (2001-4709), mahkemelerimiz “uyum yasalarını” beklemek üzere, anlaşılmaz bir şekilde, “durma” kararları vermişlerdir. Doğrudan uygulanabilen Anayasa maddeleri ve yürürlükteki mevzuata göre karar verilmesi mecburidir.

⁴²⁶ Almanlar bizim düşme dediğimize durma dedikleri için, bizim durma dediğimize geçici durma adını vermiştir. Biz onların durma dediğine düşme dediğimize göre, ötekine sadece durma demeliyiz. Geçici durma demek, kelime kelime tercüme hatasından başka bir şey değildir.

⁴²⁷ Maslahata uygunluk bakımından iddiasını sınırlayabilmesi mümkünken sınırlamaması halinde, savcının sonradan istemesi üzerine, sınır dışı bıraktığı eylemler için de durma kararı verilebilir. Buna “iddianın eksiltilmesi” denilmektedir. Savcı iddianın kararla eksiltile kısmını sonradan tekrarlar, yargılamaya devam mecburidir (*Barosio*, 119).

aa) Durma sebeplerinin başında, muhakeme şartının gerçekleşmemiş, fakat henüz gerçekleşebilir olması gelir. Bu hallerde, lehte kararın verilebilmesinde veya kanun yolu muhakemesi yapılabilmesinde olduğu gibi (No. 44. II; 45. III; 538. II) bazı istisnalar dışında, muhakeme bir kararla durdurulur.

bb) Suçun şahsi dava ile kovuşturulamayacağını duruşmada anlaşılması halinde de durma kararı verilir (No. 112).

cc) Muhakemenin ilerlemesini sağlayan bir işlemde Muhakeme Hukuku müeyyidesini gerektiren aykırılıkların bulunması (No. 286) halinde verilen işlemin reddi kararı muhakemeyi kendiliğinden durdurur, Aykırılık giderilirse, muhakeme faaliyeti durduğu yerden başlar. Mesela mücerret muhakeme şemasındaki ilksoruşturma sonunda verilmiş olan sonsoruşturmanın açılması kararının mahkemece reddinde (No. 463) durum böyleydi. Eğer müeyyide kabule şayan olmamak ise, ret kararının verilmemesi, kabul edilmesi demektir ve sonunda aykırılığın nazara alınmasına engel olur (No. 290).

çç) Bir durma sebebi de, kovuşturmanın aktarılmasıdır. Bu konudaki Avrupa Sözleşmesine göre (No, 318), dava açılmışsa aktarma kararını davayı gören yargılama makamı verecektir (77-2080 m.2). Aktarma kararı, durma kararı niteliğindedir.

dd) Yine bir durma sebebi de Uyuşmazlık Mahkemesinde dava açılmasıdır (No, 220). Mahkeme, görev yönünden yetkililik kararından sonra Uyuşmazlık Mahkemesine gidildiğini resmen öğrendiğinde davayı durdurur. Altı ay içinde karar gelmezse yargılamaya devam eder (UMK 18).

Durma sebebi ortadan kalkınca muhakemeye nasıl devam olunacağını kanun açıkça düzenlememiştir. Bizce, yargılama makamı, sebebin kalktığını hangi suretle olursa olsun öğrendiğinde, durma kararının geri alınması anlamına gelen *muhakemeye devam kararı* verilmelidir. Bu kararı ilksoruşturma 1985'te kaldırılmadan önce sorgu hâkimi de verebilirdi. Şimdi dar manada ceza muhakemesinde sadece sonsoruşturmada söz konusu olabilen bu kararı mahkeme verecektir. Tali ceza muhakemelerinde iş hangi yargılama makamının elinde ise, onun vereceğinde tereddüt edilmemelidir. Muhakemeye devam olunması kararı kesindir.⁴²⁸

b) *Davanın reddi kararı.* aa) gerçekleşmemesi muhakemenin tekrarlanmasına neden olan muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi (No.44) ile bb) dava açan işlemlerde kabul olunmazlıktan gayri muhakeme hukuku müeyyidesini gerektiren bir aykırılık bulunması (No.286) hallerinde verilen davanın reddi kararı, muhakeme faaliyetine ve bu arada yargılamaya son verirse de uyuşmazlığı dolayısıyla çözmez. Tali muhakemelerde mesela, kanun yollarında davanın esasının kabul edilmemesi halinde de red kararı verilir. Asıl muhakemelerde davanın esas bakımından kabul edilmemesi halinde davanın reddi tabiri kullanılmamalı, esası halleden bir karar verilmelidir.⁴²⁹

c) *İleri safha ve devrelere geçmeme kararı.* İsnadın kuvvet derecesine göre, muhakemenin ileri safha ve devrelere geçilmemesine karar verilir. Sorgu hakiminin verdiği son soruşturmanın açılmaması kararı bunun klasik misalidir. Yargılamanın ilerlemesine engel olan bu kararlar uyuşmazlığı, sebebe göre, bazen doğrudan doğruya, bazen dolayısı ile çözerler (No.145, 146).

ç) *Davanın düşmesi kararı.* aa) İlk defa açılan dava bakımından aranın muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi ve gerçekleşme imkanının da kalmaması (No.44) ile, bb) Zamanaşımı ve genel af gibi muhakemeye engel olup davayı düşüren sorumsuzluk hallerinde (No.41) düşme kararı verildiği gibi, cc) Kovuşturmanın başka devlete aktarılmasında (No.103), Türkiye'nin kovuşturma yetkisine yeniden

⁴²⁸ Sonsoruşturmada mahkemece verilen muhakemenin devamı kararı mülga CMUK 298'deki istisnalar arasında bulunmadığından kaide gereği itiraz mümkün değildi. Kanunun hüküm adını verdiği sonkararlardan olmadığından temyiz yolu da söz konusu olamamaktadır (CMUK 305). Burada söz konusu olan durmanın muhakemenin durması olduğuna dikkat edilmelidir. Durma sebeplerinin bazen infazı da durdurduğu vardır. Mahkûmiyet kararı kesinleştikten sonra verilebilen infazın durdurulması kararının geri alınması demek olan infaza devam kararına karşı, infaz sırasında verilen bir karar olmadığından, acele itiraz yoluna gidilebilir (mülga CMUK 405/3) (No. 498).

⁴²⁹ Asıl ceza muhakemesi sonunda savcının kamu davası reddolunamaz, sanık beraat ettirilir. Muhakemenin diğer dallarında da böyle olmalı, mesela medeni muhakemedeki kararlarda da faraza iddianın sabit ve varit görülmediği açıklanmalı ve böylece davanın yargılanmasının kabul edilmemesi demek olan davanın reddi kararından farklı bir karar verildiği belirtilmelidir.

kavuşması imkansızlaşınca da, düşme kararı verilmelidir.⁴³⁰ Sanık lehinde bir kararın derhal verilebileceği hallerde düşme kararı verilemez (CMK 253/6). Düşme kararı, durmadan farklı olarak, geçici değildir ve uyuşmazlığı dolayısı ile de olsa çözen, yargılayan bir karardır (No.146).

Düşme sebebi, bazen zamanaşımı veya genel afa olduğu gibi olayın belli bir tavsifini gerektirir. Bu tavsifi, düşme kararını verecek yargılama makamı yapacaktır (No. 296).

72. CEZA YARGILAMASININ KONUSU.

I. Ceza yargılamasının tanımı.

Ceza yargılaması, Devletin belli makamlarının müşahhas bir olayda suç isnadından çıkan uyuşmazlığı yargılaması (No. 68) yani Devletin egemenliğine dayanarak, hukuk normlarına uygun bir şekilde, kesin yerine getirilebilir ve göz önünde tutulabilir bir yargı ile çözmesi ve olay suç tiplerinden birine uyuyorsa yaptırımını belirtmesi faaliyetidir.

Ceza Yargılaması makamlarının yarararak çözdükleri uyuşmazlık cezaîdir. Bu uyuşmazlık bir kimseye bir suç isnat edilmesi ile ortaya çıkar. O kimsenin isnadı kabul etmesi, kanun nazarında uyuşmazlığın bulunmasına mâni değildir. Bu uyuşmazlığın yargı ile yarılması için, işin esasının araştırılması gerekmektedir. Neticede bu uyuşmazlık müspet veya menfi olarak fakat kesin, yerine getirilebilir ve göz önünde tutulabilir bir şekilde halledilecektir. Bütün bu faaliyet, ceza yargılaması faaliyetini meydana getirir.

İsnat edilen suç ve verilecek ceza bakımından bir özellik gözetiliyorsa, yani ceza yargılaması, ceza muhakemesinde olduğu gibi, özel ise, çeşitli ceza yargılamasından söz açılabilir. İsnat edilen suç disiplin suçu ise disiplin yargılaması⁴³¹, vergi cezasını gerektiren vergi suçu ise malî ceza yargılaması söz konusu olur.

Ceza yargılaması makamları, ceza yargılaması sebebi ile medenî bir uyuşmazlığı da birleştirerek hukuk mahkemesinin yerine geçerek çözebilirler. Fakat yargılamaya cezaî vasfını veren makamın adı değil, çözülen uyuşmazlığın mahiyetidir. Bunun içindir ki medenî uyuşmazlığın çözülmesi için yapılan faaliyetleri, ceza yargılaması makamları tarafından yapılmış olsalar dahi, ceza yargılaması faaliyeti olarak sayamayız. Buna karşılık, doğrudan doğruya bir suç isnadı üzerine hakikatin araştırılmasını istemek demek olan asıl ceza davası üzerine olmasa da yine bir suç isnadı ile alâkalı fakat talî mahiyette uyuşmazlıkların çözülmesi için açılan talî ceza dâvaları üzerine, meselâ suçluların geri verilmesi veya bir ceza hâkiminin reddi gibi mevzularda, uyuşmazlıkları çözmek üzere ceza yargılaması makamlarının yaptıkları faaliyet de ceza yargılaması kavramına girmektedir.⁴³²

II. Muhakemesiz ceza olmaz ilkesi ve istisnaları: Uzlaşma.

Fertler arasında veya fertle Devlet arasında cezaî konularda bir uyuşma yapılabilmesine kaide olarak müsaade olunmamıştır. Bunun içindir ki bu konuda daima bir uyuşmazlık olduğu kabul olunur ve bu uyuşmazlığın yargılama makamlarınca halledilmesi mecburiyeti vardır. Yine bunun içindir ki *muhakemesiz ceza olmaz* kaidesi kabul olunmuş ve Devlet de mahkemeye gidip mahkûmiyet yargısını almadan kimseyi cezalandırmamayı taahhüt etmiştir (No. 37). Ancak, mülga ceza kararnamesi (No. 427)⁴³³ ve uzlaştırma (CMK 253) bunun istisnasını oluşturur (No. 431).

⁴³⁰ Almanya'da diğer bazı hallerde de mesela önemsiz suçlarda bazı şartlarla ve bu arada mahkûmiyet bakımından kamu yararı yoksa (StPO 153/2, siyasi suçlarda başsavcının davayı geri alması ile (StPO 153d/2) düşme kararı verilebilmekte, bu yeni kararlardan yararlanan hakimlerin sayısı artmakta ve bu yol suç olmaktan çıkarmanın bir türü sayılmaktadır (*Herrmann*, 80).

⁴³¹ k-m: *Postacıoğlu*, 26.

⁴³² *Ranieri*, 69.

⁴³³ Özellikle suçların çeşitlerinin aşırı derecede artması ve işlenen suçların sayısının çoğalması yüzünden, hepsi hakkında dört başı mamur muhakeme yapmağa imkân kalmadığından, cezanın hafif ve ispatın kolay olduğu bazı hallerde hâkimin, hattâ idarenin yargılama yapmadan ceza kararnamesi ile ceza vermesi ve bunu kabul etmeyen kimsenin mahkemeye gitmesi çaresine başvurulmuştur. Kabul etmemekle uyuşmazlık hakikaten çıkmakta ve yargılama yapılmakta ise de, ceza kararnamesinin kabulü halinde yargılama yapılmadan ceza verilmiş olduğundan, Devletle ferdin ceza konusunda uyuşmalarına müsaade edildiği görülmektedir.

Uyuşmanın yani “uzlaşmanın” kabul edildiği bir diğer istisnaya da önödemenin ikinci çeşidinde rastlamaktayız. Burada dâva açılmış, iş mahkemeye gelmişken, sanık suçun karşılığı olan para cezasını ve muhakeme giderlerini ödemeğe razı olarak, yani uyuşmayı tercih ederek ceza dâvasını düşürebilmektedir (No. 430).

Ceza konusunda uyuşmazlık, ceza yargılama makamlarına başvurulması ile doğar. Bu başvurumağa dava açmak denildiğinden, uyuşmazlığın Muhakeme Hukuku bakımından dâva açılması ile doğduğu da söylenebilir. Ancak dâva açma denince sadece asıl ceza dâvasının açılması akla gelmemelidir. Faraza tutuklama kararı veya itiraz için yargılama makamlarına başvurma da talî mahiyette bir ceza dâvasıdır. Bunlarda da yargılanacak uyuşmazlıklar vardır.

73. CEZA YARGILAMASININ SINIRI.

Ceza yargılamasının görevi ceza uyuşmazlıklarının çözülmesi olduğundan, cezaî uyuşmazlığın çözülmesini hedef tutmayan faaliyet ceza yargılamasının sınırı dışında kalır. Ceza yargılaması faaliyeti, talî ceza muhakemeleri nazara alınmazsa, mücerret muhakeme şemasında karşımıza ilk defa (mülga) ilksoruşturmada çıkıyordu. Zira ancak bu aşamada ortada açılmış bir aslî ceza dâvası vardı. İddia makamı olan savcılık, bir kimseye suç isnat etmişti.⁴³⁴ Kovuşturma evresinde mahkeme uyuşmazlığın esası hakkında karar verecek, uyuşmazlığı çözecektir.

Yargılama faaliyeti, mahkemenin kararını vermesi ile de çok defa bitmez. Kararların hatalı olması ihtimali daima mevcut olduğundan imkân oldukça kanun yolları da kabul edilmiştir. Beraat veya mahkûmiyet gibi uyuşmazlığın esasını doğrudan doğruya halleden kararlar temyiz edilince Yargıtay, temyiz adlı kanun yolu mercii sıfatıyla hukukî uyuşmazlığın çözülüş şeklinin doğru olup olmadığını denetler.

Olağan kanun yollarından da geçildikten ve kararlar kesinleştikten sonra yargılama faaliyeti kaide olarak, sona erer.

Bundan sonrası cezaî uyuşmazlığın çözülmesi olmayıp, yargının yerine getirilmesidir (infazıdır) ki, TBMM tarafından yapılsa dahi⁴³⁵, idarî niteliktedir.⁴³⁶

Bununla beraber, yerine getirme safhasında yeni uyuşmazlıklar çıkması mümkün olduğuna göre bu sırada da yargılama faaliyetine rastlamak imkânı vardır.⁴³⁷ Meselâ olağanüstü kanun yollarına başvurulabilir yahut infaz edilecek cezanın hesabında tereddüt edilebilir. Bu gibi hallerde talî mahiyette ceza dâvası açılacaktır. Yargılama makamları bu dâvalar üzerine faaliyette bulunarak bu uyuşmazlıkları çözerler. Yargıların yerine getirilmesine taallük eden faaliyetler ise, hangi makam tarafından yapılsa yapılsın, idarîdir.

Asıl ceza dâvası açılmadan önce, yani önsoruşturma safhasının CMK’da *soruşturma* diye adlandırılan ve bizim başlangıç soruşturması ve kısa soruşturma diye iki ayrı aşama olarak ele aldığımız faaliyetleri, kaide olarak, yargılama faaliyeti değillerdir. Bu aşamalardan birincisi olan başlangıç soruşturması, bir kimse aleyhinde suç isnadında bulunup bulunulmayacağını araştırmak gayesiyle yapılan idarî mahiyette faaliyetleri ihtiva eder. Kolluğun faaliyetinin yargılama mahiyetinde olmadığına şüphe edilememek lâzımdır. Hattâ kolluğun CMK’da *adli kolluk* adı verilen ve bizim *suç kolluğu* diye adlandırdığımız, suç işlendikten sonra harekete geçen kısmının faaliyeti dahi idarîdir.⁴³⁸ Suç kolluğunun görevi suç ve suçluları araştırmaktır (No. 418). Suç kolluğuna başlangıç

⁴³⁴ İlksoruşturma varken, bu açılmış ise, bunun mânâsı, uyuşmazlığın mahkeme önüne gidecek kuvvette olup olmadığının araştırılması idi: Savcı, “talepname” ile bu araştırmanın yapılmasını istemiştir. İlksoruşturmayı yapan makam, uyuşmazlığın mahkeme önüne gidebilecek kuvvette olduğunu görür yani isnadı zayıf bulmazsa uyuşmazlık mahkeme önüne gidebiliyordu.

⁴³⁵ Yürürlükten kaldırılan ölüm cezalarının yerine getirilmesi için yasama organının verdiği karar (AY 87) da yasama yetkileri arasında gösterilmesine rağmen, idarî idi. Zira genel, mücerret kaideler konulmamakta, bir şahsın ölüm cezasının affedilmediği beyan olunmakta idi. Bu karar, yargılama kararı mahiyetinde de değildi. Zira uyuşmazlığın çözülmesi değil, özel af hakkının kullanılıp kullanılmaması bahis konusu idi.

⁴³⁶ k-m: *Aloisi*, 5; *Grispigni*, 80.

⁴³⁷ *Ranieri*, 85.

⁴³⁸ k-m: *Vasalli*: La potestà punitiva, 1942, s. 165, (*Ranieri*’den naklen 80).

soruşturmasında bazı görevler ve dolayısı ile yetkiler verilmiş olması, onun faaliyetine yargılama dememiz için kâfi değildir.

Başlangıç soruşturmasında savcılığın yaptığı faaliyetler dahi, bir suç isnadı dolayısı ile çıkan uyuşmazlığın çözülmesi ile alâkalı olmayıp bir kimseye suç isnat edilip edilmeyeceğinin araştırılması faaliyetleri olduğundan keza yargılama mahiyetinde değil, *adli-idari* niteliktedir.

Kanunun *soruşturma* dediği faaliyetlerin devamı sırasında, yani henüz kamu dâvası açılmadan önce, istisna olarak, yargılama faaliyetine rastlamak mümkündür. Meselâ savcılığın dâva açmayacağını belirten kovuşturama karnamesi (kovuşturmaya yer olmadığına dair karar) üzerine kovuşturma dâvası (No. 426) açılınca merci, ceza dâvasının açılıp açılmaması hususunda ortaya çıkan uyuşmazlığı çözer ki bu faaliyetin yargılama olduğunda şüphe yoktur.

Keza soruşturmanın bizim *kısasoruşturma* dediğimiz aşamasında faraza tutuklama, arama gibi hususlarda karar almak için sulh hâkimine başvurmak icap eder. Bu da bir dâvadır. Kanun ortada yargılama makamınca halli gereken bir uyuşmazlık olduğunu kabul etmiştir.

Yine kanun, istisna olarak, henüz kamu dâvası açılmadan sulh hâkimlerine bazı hâkim muamelelerini re'sen yapmak yetkisini vermiştir (CMK 163). Bu hallerde, talî ceza dâvası açıldığı ve bir uyuşmazlığın çıktığı farz ve kabul olunmuştur.

74. CEZA YARGILAMASI ve GÜVENLİK TEDBİRLERİ.

Ceza ve emniyet tedbirleri arasında fark gözetenler, suçlunun cezalandırılması sonucunu doğurabilecek yargılama faaliyeti ile suçlu hakkında güvenlik (emniyet) tedbiri alınması sonucunu doğurabilecek yargılama faaliyeti arasındaki ilişkiyi de incelemişlerdir. Güvenlik tedbiri uygulanıp uygulanmayacağını araştırmak için yapılan faaliyetleri idarî sayanlar vardır.⁴³⁹ Güvenlik tedbirleri ile cezayı ayrı şeyler saymakla beraber, güvenlik tedbirleri uygulanması bakımından yapılan faaliyeti yargılama sayanlar da mevcuttur.⁴⁴⁰ Bizim gibi, emniyet tedbirleri ile ceza arasında temelde fark gözetmeyenlere, bunların hepsini suç işleyen kimse hakkında suç işlediği için ve bir daha suç işlemesin diye uygulanan müeyyide sayanlara göre, tabîî, mesele yoktur. Güvenlik tedbirleri de bir nevi ceza olduğundan, bir kimse hakkında emniyet tedbiri uygulanmasını gerektiren bir suç işlediği iddiasının yargılama makamı önüne getirilmesi bir ceza dâvası olduğu gibi, bu dâva ile ortaya çıkan uyuşmazlığın çözülmesi de yargılama faaliyetidir. Güvenlik tedbirini, hattâ işlenmiş suçla bağlamayıp, sadece suçlunun tehlikeliliğine dayandıranlar dahi, tehlikeliliğin mevcut olup olmadığının araştırılması için yapılan faaliyetleri yargılama olarak kabul etmektedirler.⁴⁴¹

7. § YARGILAMA BİRLİĞİ

75. Yargılama birliği prensibi. 76. Yargılama birliği prensibi ve adliye-dışı yargılama. 77. Yargılama birliği prensibi ve olağanüstü yargılama. 78. Yargılama birliği prensibi ve özel yargılama. 79. Yargılama birliği prensibinin sonuçları. 80. Yargılama birliği prensibinin cezada iç istisnaları. 81. İdarece yapılan ceza soruşturması: ön inceleme. 82. İdari ceza soruşturmasının tamamen kaldırılması lüzumu. 83. Askerî ceza muhakemesi. 84. Yabancı devlet yargılaması. 85. Yargılama birliğinin dış istisnaları: Devletler üstü mahkemeler.

75. YARGILAMA BİRLİĞİ PRENSİBİ.

Devletin egemenliğine dayanarak yaptığı bir faaliyet olan yargılamanın, Devletin egemenliği gibi tek olması mantıkî bir zorunluluktur. Ya bir Devlet vardır, o halde egemenlik de tektir. Yahut egemenlik birden fazladır, o halde bir Devletten de söz edilemez. Egemenlik denilen kuvvet; yasama, yürütme ve

⁴³⁹ Leone, III, 401; Romano Di Falco, II, 10.

⁴⁴⁰ Ranieri, s. 81. Bu konuda ayrıca bakınız: Öztürk (Bahri): Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 3. Bası, Ankara 1994 ve Nuhoğlu (Ayşe): Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Ankara 1997.

⁴⁴¹ De Marsico, 292.

yargılama kuvvetlerinden oluşur. Bir Devlet içinde birden fazla yasama kuvveti veya birden fazla yürütme kuvveti olamaz. Bunun gibi, bir Devlet içinde yargılama kuvveti de tek olmalıdır.

İşte, “Yargılama Birliği” (*Unità della giurisdizione*) denilen prensibin ifade etmek istediği, her Devlet içinde yargılamanın, egemenlik gibi, tek oluşu ve o Devletin egemenliğine tâbi bütün şahısların bir tek yargılama kuvvetine bağlı bulunuşudur. Yargılama kuvveti herkesindir, kimsenin değildir. Bir diğer söyleyişle, yargılama kuvveti, kamusal (*public*) dır, yani özlük (*privé*) değildir. Yargılamanın birliği prensibi, netice itibarıyla, yargılamanın kamusalılığı demektir.

Elinde kuvvet olanlar, Devletlerin kurulma sıralarında çok görüldüğü üzere, kendileri için ayrı bir yargılama isterlerse, “*ben senin mahkemene gitmem, kendi mahkememi isterim*” derlerse, senin mahkemen benim mahkemem gibi münakaşalara yol açılırsa, bunun mânâsı Devlet egemenliğinin ve dolayısı ile yargılama kuvvetinin bölünmesi demektir ki bu da orada Devletin henüz tamamıyla teşekkül etmediğini gösterir. Ayrı bir yargılama isteği elinde bir kuvvet olmayanlardan gelmeyip, belli bir kuvvet ve kudreti elinde tutanlardan gelir. Eğer yargılama makamları bağımsız olacaksa -ki olması iyi ve ciddi bir yargılama için zarurîdir-, o zaman senin mahkemen benim mahkemem diye münakaşaya mahal yoktur. Çünkü benim dediğim mahkeme bana karşı bağımsız olduktan sonra benim-senin meselesi kalmaz. Şu veya bu kuvvet kendisi için ayrı bir mahkeme istiyorsa, bunda, bilerek veya bilmeyerek, bağımsız mahkemeye gitmek istemeyip kendi elinde ve tesiri altında olan bir mahkemeye gitmek istemek manası vardır. Eğer bu mahkeme, onu isteyenlerin elinde ve tesiri altında olacaksa, zaten ona mahkeme de demek doğru olmaz. Mahkemeler bağımsız olduktan sonra şu veya bu bakanlığa bağlı olmasının bir ehemmiyeti kalmaz.

Görülüyor ki yargılama birliğinde esas mesele, yargılamanın bağımsızlığı meselesidir.⁴⁴² Teşkilâtın bir olup olmaması ikinci derecede bir meseledir. Eğer adliye yargılaması dışında kaldığı için adliye-dışı diyebileceğimiz yargılama teşkilâtının bağımsızlığı temin edilirse, adliye-dışı yargılamanın kabulünde mantikî hiçbir engel yoktur. Yargılama makamlarının ve bu makamlardaki hâkimlerin bağımsızlığını temin için belli bir statüye ihtiyaç vardır. Böyle bir statüye bağlanmayan kişilerin bağımsızlığını sağlamak, imkânsız değilse de çok güçtür.⁴⁴³

76. YARGILAMA BİRLİĞİ PRENSİBİ ve ADLİYE-DIŞI YARGILAMA.

Adliye yargılaması kuruluşundan ayrı bir yargılama kuruluşunun mevcudiyetini ihtisas meselesi ile izah etmeğe kanaatimizce imkân yoktur. Adalet Bakanlığı kuruluşunda yer alan yargılama makamları arasında da ihtisas bölümleri yapmak mümkündür.

Adliye mahkemeleri arasında hukuk, ceza, ticaret gibi ihtisas bölümleri yapılmıştır. Bunlara idare mahkemelerini⁴⁴⁴ eklemek gerekir. Bununla beraber, adliye dışı yargılama, yargılama birliğine zarurî olarak aykırı düşmez. Zira yargılama birliği prensibi, ancak *kendi mahkememi isterim* sözünün belirttiği üzere, aynı konuda en az iki mahkeme isteyen anlayışla bağdaşamaz. Yoksa, çözülecek uyuşmazlığın farklı mahiyetine göre⁴⁴⁵ yargılama faaliyetinin ayrı ayrı makamlar tarafından ayrı ayrı muhakeme kaidelerine göre ifa edilmesine ve bu ayrı makamların ayrı kuruluşlara bağlanmasına mâni değildir. Elverir ki, bağlı oldukları kuruluşlar içinde, bağımsızlıkları temin edilsin.

Nitekim yargılamada idarî rejimin uygulandığı ülkelerde dar anlamda idare mahkemeleri, idarî uyuşmazlıkları çözdüklerinden, adliye yargılaması olmamakla beraber, kamusal bir mahkemedir. Çünkü

⁴⁴² Centel (Nur): Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996.

⁴⁴³ Tüzün, Askerî Yargıtay Başkanı iken idarî ve meslekî iki hiyerarşi içine konuldukları için, bütün askerî hâkimlerin, mahkemenin nezdinde kurulduğu komutanın emrinde olmasını yermiştir (Yargı gücü, bağımsızlık ve askerî yargı, Milliyet, 12/2/73).

⁴⁴⁴ Duran (Lütfü): İdarî yargı adlileşti. İBD 82, s. 154, 257, 312.

⁴⁴⁵ Uyuşmazlıkların niçin farklı mahiyette oldukları ise ayrı meseledir. Adliye yargılamasına hizmet yargılaması, adliye-dışı yargılamaya hizmetten doğan yargılama diyen *Yayla* (Uyuşmazlık mahkemesi ve geleceği üzerine, İHFM 968/35, 206) bu farklılığı, bazı hizmetlerin daha fazla önem kazanmasıyla izah etmektedir.

kaide olarak bütün idarî uyuşmazlıkları onlar çözer. Senin mahkemen, benim mahkemem düşüncesi yoktur. Bu kaideye Anayasa ile tanınan istisna 2016 yılında kaldırılmıştır.⁴⁴⁶

İdare mahkemeleri, tazminat konusunda karar verdikleri zaman yargılama birliğinden ayrılırlar. Zira tazminat davaları hem adliye mahkemelerinde hem idare mahkemelerinde görülmüş olmaktadır. Keza idarî yargılama makamları ceza yargılaması yaptıkları zaman da yargılama birliği prensibinden ayrılırlar.

Bazı idarî makamlara, yargılama yapmadan, ceza kararnamesi ile ceza verme yetkisinin tanındığı vardır. Yargılama yapılmadığına göre, bu istisnaî hallerde adliye-dışı yargılamadan söz edilemez ve dolayısı ile adliye yargılaması için bir sınırlanma da kabul olunamaz (No. 431).

77. YARGILAMA BİRLİĞİ PRENSİBİ ve OLAĞANÜSTÜ YARGILAMA.

Yargılama makamları bir de olağan ve olağanüstü⁴⁴⁷ diye ikiye ayrılırlar. Olağan yargılama makamı ile olağanüstü yargılama makamını ayıran kıstas, genel veya özel olmak değil, önce kurulmuş olup olmamaktır. Genel olmayan yargılama, özel yargılamadır. Özel yargılama ile olağanüstü yargılama ise farklı şeylerdir (No. 78).⁴⁴⁸

Olağan yargılama makamları olaylardan önce kurulmuş, somut olayla kuruluş bakımından ilgisi olmayan makamlardır. Bunlara tabî yargılama makamı ve bunların hâkimine tabî hâkim de denilir (No. 178). Anayasa şimdi *kanunen tâbi olunan mahkemeden* söz etmektedir.⁴⁴⁹ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi de “kanunla kurulmuş mahkeme” demektedir (İHAS 5).

Olağanüstü yargılama makamları ise belli olayları muhakeme etmek üzere sonradan kurulan makamlardır. İstisnaî mahkeme de denilen olağanüstü mahkemeler, adliye içinde ve adliye dışında olabilir, fakat çok defa adliye dışında kurulurlar. Olağanüstü mahkemeler zarurî olarak yargılama birliğine aykırılık teşkil etmezler, çünkü bir kuvvete mensup kimsenin kendi mahkemesi olmak üzere kurulmuş değildirler. Anayasa olağanüstü mahkemelerin kurulamayacağını söylemekte ve bunları *bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı(lama) yetkisine sahip olağanüstü merciler* diye tarif etmektedir (AY 37/2).⁴⁵⁰

Kurulmaktan maksat, bir mahkeme çeşidinin kanunla kabul edilmesi ve çalışmalarının düzenlenmesidir. Hâkimin olaydan sonra tayin edilmesi, mahkemenin sonradan kurulması demek değildir. Nitekim tek hâkim li mahkemeye tayin edilen hâkimin eskisinin başladığı işlere devam etmesi yerinde değilse de kimse olağan hâkim esasına aykırı bulmamıştır. Faraza bir yerde yeni bir sulh mahkemesi kurulduğunda bu mahkemenin o yerde daha önce işlenmiş suçlara bakması da sonradan kurma terimine girmez.

⁴⁴⁶ İstisna 1982 Anayasasında şu şekli almıştı: askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı(lama) denetimi, ilk ve son derece mahkemesi olarak Askerî Yüksek İdare Mahkemesince yapılır. Ancak askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda ilgilinin asker kişi olması şartı aranmaz (AY 157/1). Bu mahkeme, evvelce adliye-dışı yargılama makamı olmakla beraber yargılama birliğine ters düşmeyen idarî yargılamanın bir istisnası idi. Şimdi adliye-içi yargılamanın bir bölümü haline getirilen idarî yargılama bakımından bir istisnadır. Askerî Yargıtay’a ihtiyaç duymayan biz, askerî Danıştay niteliğindeki (Bak. 4/7/72 tarih- li, 1602 numaralı K.) bu istisnayı haklı gösterecek hukukî zorunluk görememiştik. *Ülgen* de aynı görüşteydi (Danıştay günü konuşması, TBBB 74/25-I, s. 2). *Duran* ise bu mahkemeyi, Danıştay’ın temyiz denetimi altında bir özel uzmanlık mahkemesi saymıştı (Askerî idarenin yargısal görev ve yetkisinin sınırları. Onar’a Armağan, 1977, s. 219, 251).

⁴⁴⁷ *Straordinario*

⁴⁴⁸ Anayasa Mahkemesinin, olağanüstü mahkeme ile özel mahkemeyi birbirine karıştırdığını (23/3/63 4/71 RG 18/10/63) üzülerken görmekteyiz. Buna karşılık, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, olağanüstü mahkeme tâbirini kullanmamakla beraber, bu iki çeşit mahkemeyi birbirinden ayırmıştır (25/12/63, İKİD 64, 3039).

⁴⁴⁹ 1961 Anayasası, yargılama yerine yargı terimini kullandığından, tabî hâkim yerine tabî yargı diyordu. 1971 değişikliğinde, başlıkta “kanunî yargı” denilmiş ve 1982 Anayasasında başlık “Kanunî hâkim güvencesi” biçimini almış, metinde de “Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz” denilmiştir (AY 37/1).

⁴⁵⁰ Anayasada tabî sıfatı yerine kanunî sıfatının kullanılması, bizce bir değişiklik getirmemiştir. Zira olağanüstü mahkemenin kanunla kurulması, onu Anayasa bakımından kanunî kılmamaktadır. Anayasa kanunî bir merciden başka bir merci önüne çıkarmak sonucunu doğuran olağanüstü merci kurulmasını kabul etmemiştir ki, onun kanunîliği söz konusu olabilsin. Kaldı ki mana farkı olmadığı 1971 değişikliği gerekçesinde de belirtilmiştir.

CMK 19 ncu maddeye göre muhakemenin nakli de olağandır.⁴⁵¹ Aynı şekilde olağan bir mahkemeye, yani ilerde işlenecek suçları muhakeme etmek üzere kurulan bir mahkemeye, eskiden yetkili olan mahkemelerin ilgası⁴⁵² dolayısı ile daha önce işlenmiş suçları muhakeme etmek yetkisi verilmesi o mahkemeye olağanüstü vasfını vermez.⁴⁵³ 1924 Anayasasında olduğu gibi Yüce Divanın her faaliyete geçişinde üyelerinin seçilmesinde de sonradan kurma durumu yoktu. Kaldı ki Anayasanın bir maddesi ile kabul ettiği bir mahkemenin diğer bir maddesine aykırı düşüğünü iddiaya yorum kaideleri müsaade etmez.

78. YARGILAMA BİRLİĞİ PRENSİBİ ve ÖZEL YARGILAMA.

Olağan yargılama makamları genel ve özel diye de ikiye ayrılır. Özel mahkemelerin (No. 90) özelliği yargılanacak uyuşmazlığın özelliğidir ve aynı mahiyetteki uyuşmazlıkları çözen ve genel olan yargılamaya göredir. Gerçekten özel yargılamadan söz edebilmek için aynı çeşit uyuşmazlıkları çözmek için biri genel, diğeri özel iki yargılamanın bulunması icap eder.

Özel yargılama makamları, yargılama birliğinden ayrılmak ve ayrı bir mahkeme istemek için değil, belli suçların ve suçuların daha iyi yargılanmaları için kabul edilir. Ancak bu iyi niyetin gerçekleşmesi için bu makamlardaki hâkimlerin bağımsızlığı sağlanmalıdır.⁴⁵⁴ Kaldırılan askeri mahkemeler de genel olan ceza mahkemelerine nazaran özel mahkemelerdi. Genel mahkemeler adliye içinde veya dışında olabilir.⁴⁵⁵ Özel mahkemelerde de durum aynıdır. Adliye içinde olan özel mahkemeler yargılama birliğine aykırı olmadığı, aynı kuruluş içinde iş bölümü dolayısı ile kurulmuş bir ihtisas mahkemesi mahiyetini taşıdığı halde, adliye-dışı olanlar, ikinci bir yargılama kuvveti mahiyeti taşıyorlarsa yargılama birliğine aykırı düşerler. Yüce Divan ve Anayasa mahkemesi ile tapulama mahkemeleri de özel mahkemelerdir. Bu mahkemeler senin mahkemen, benim mahkemem gibi bir ayırma zihniyetine dayanmadığından, yargılama birliği prensibine aykırı düşmez.

79. YARGILAMA BİRLİĞİ PRENSİBİNİN SONUÇLARI.

Yargılama birliğini kabul etmenin birçok sonuçları vardır. Bunlardan ceza yargılamasını ilgilendirenlerin başlıcaları⁴⁵⁶ şunlardır:

1) Ceza dâvası istisna olarak hukuk mahkemesinde görülebilir. Meselâ hukuk mahkemesindeki muhakeme sırasında bir senedin sahteliği iddia olunursa, bu cezaî uyuşmazlığı hukuk mahkemesi çözer (HMK 211) ve neticede sahte olmadığına karar verirse sahtecilikten dolayı ceza dâvası açılmaz (HMK 214). Hukuk mahkemesi senedin sahte olduğuna karar verirse, faile ceza verecek değildir. Görülüyor ki

⁴⁵¹ Muhakemenin nakledileceği merciin kanunda belirli surette gösterilmemesini tabii hâkim esasına aykırı bulanlar vardır (Yüce, 104). Yürütme ve yasama organlarının yargılamalara tesirini önlemek için başvuru tabii mahkeme kavramının bu mesele ile ilgisi yoktur. Yüksek mahkeme de, dâvaya ilk bakan gibi tabii mahkemedir. Onun seçeceği mahkemeden kuşkulanan için sebep göremiyoruz.

⁴⁵² Devlet güvenlik mahkemelerinin 2004-5190 numaralı Kanun ile kaldırılmasından sonra, önce “geniş yetkili 394a ağır ceza mahkemeleri” görevlendirilmişti. Bu mahkemeler, başkaca bir işlem yapılmasına gerek olmaksızın, buldukları aşamada dosyaların incelenmesine devam ettiler (2004-5190, geçici madde 6). Neticede önce Ceza Muhakemesi Kanununun eski 250’nci maddesi ile geniş yetkili ağır ceza mahkemeleri görevlendirilmiş, sonra da bunlar da kaldırılarak her ilde bir ağır ceza mahkemesi terör suçlarına bakmakla görevlendirilmişti.

⁴⁵³ Erem (n. 40) de olağan mahkeme çeşitli sebeplerle kurulamazsa, ilerisi için kurulan yâni olağan olan mahkemeye, eski dâvaların gördürülmesini tabii hâkim esasına aykırı bulmamaktadır.

⁴⁵⁴ Meselâ Millî Korunma Mahkemeleri, genel olan ceza mahkemelerine nazaran özel mahkemeleri idi. Karayolları Trafik Kanununun öngördüğü Trafik Mahkemeleri de özel mahiyettedir. Keza Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanununa giren suçlara ait davalara bakan mahkemeler, kuruluş itibariyle olmasa bile yer itibariyle yetki bakımından özellik arz etmektedirler. Adalet Bakanlığınca 1991 öncesinde askeri hâkimlerin de katılmasıyla kurulan ve bu nedenle adli mahkemelerden sayılan (8. CD 27/9/85 YKD 86/1 139.) “Devlet Güvenliği Mahkemeleri” de özel mahkeme niteliğinde idi.

⁴⁵⁵ Adli yargılamaya çok kere genel yargılama denilir. Ancak adliye-dışı yargılamanın da genel olabileceği unutulmamalıdır. Adli yargılamaya genel denilmesi, bütün yargılama teşkilâtının Adliye Teşkilâtı içinde toplanmasının doğru görüldüğünü gösterir.

⁴⁵⁶ Mülgâ CMUK’da hukuk dâvasının kaide olarak hukuk mahkemesinde açılması lâzım gelmekte ise de, *muhakemelerin birleştirilmesindeki fayda* (No. 155) göz önünde tutularak, suç olduğu iddia olunan fiilden meydana gelen zararın ödettilmesi için açılan şahsî hak dâvasının ceza davasını görmekte olan ceza mahkemesinde açılması ve görülmesi kabul edilmişti (No. 110, 120).

burada ceza dâvasının iki bölümünden biri, yani suçluluğun tespiti kısmı halledilmekte, hatta bu halledişin sadece menfi olması hukuken kıymet ifade etmektedir. Ceza mahkemesi suçluluğun müspet bakımdan tespitinde serbesttir.

2) Ceza dâvasına, yine muhakemelerin birleştirilmesindeki fayda dolayısı ile idare mahkemesinde de bakılabilir.

3) Ceza, hukuk ve idare mahkemelerinden verilen ve kesinleşen kararlar karşılıklı olarak diğerlerinde tesir icra ederler.

4) Ceza muhakemesinin yapılabilmesi, bekletici meselelerin başka yargılama makamlarınca halline bağlı tutulabilir.

5) Ceza muhakemeleri, bağlantı sebebi ile, yer, madde, şahıs ve görev itibarıyla yetkisiz olan makamlarda birleştirilerek yapılabilir (No. 155)

80. YARGILAMA BİRLİĞİ PRENSİBİNİN CEZADA İÇ İSTİSNALARI.

Yargılama birliği prensibi, elinde kuvvet bulunduranların kendilerine ayrı mahkeme istemelerine ve böylece mahiyeti aynı olan uyuşmazlıkların bir kısmının adli, bir kısmının adliye-dışı yargılama makamlarında halline mânidir. Meselâ bir fiilin suç olup olmadığı faile ceza verilmesi gerekip gerekmediği meselesinin halli bakımından hem adliye mahkemeleri hem memurlar bakımından idare mahkemeleri yetkili olursa yargılama birliğinden ayrılmış olur.

Yargılama birliğinin mantıkî zaruretine ve faydasına rağmen, hemen her memlekette istisnalarına da rastlanmaktadır. Bugün, memleketimizde yargılama birliğinin iç istisnalarını iki grupta toplamak mümkündür: İdarî ceza yargılaması (No. 81) ve yabancı Devlet yargılaması (No. 84). Askeri ceza muhakemesi Anayasa değişikliği ile sivilleştirilmiş, fakat bazı istisnai özellikleri korunmuştur (No. 83).

81. İDARECE YAPILAN CEZA SORUŞTURMASI: ÖN İNCELEME.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin Anayasaya ve kanunlara sadık kalma yükümlükleri bulunup, işledikleri iddia edilen görev suçlarından ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunda gösterilen idari merciin iznine bağlıdır (AY 129/6). Söz konusu iznin verilebilmesi için, 4483 sayılı *Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun* hükümlerine göre bir ön inceleme (No. 413-1/II) yapılır. İdarenin ceza muhakemesine karışması yerinde olmadığı için, bizce Anayasa değiştirilmeli ve 4483 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmalıdır.

I. Memur ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılan ön inceleme.

1. 4448 sayılı Kanunun uygulanma alanı.

a) Kapsama giren suçlar.

Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, memurlarla diğer kamu görevlilerinin sadece *görevleri sebebiyle işlediği iddia edilen suçlarda* uygulanır (4483 sK m.1).⁴⁵⁷ Diğer bir ifade ile, Devlet memurları veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından işlenen suçlarda özel olarak düzenlenmiş olan bir ön inceleme sistemi uygulanır. Görev sırasında işlenen, fakat görevle ilgili bulunmayan suçlar kapsam dışıdır. Görev sebebiyle işlenen suç, memurun görevinden doğan yetkileri kullanması veya kullanmaması

⁴⁵⁷ Kısaca, "Memur Muhakemesi Kanunu" (MmMK) diyeceğimiz mülga Memurin Muhakematı Kanunu şöyle gelişmiştir: 1871 (1288) de, yani nizamî ceza mahkemelerinin kurulmasından üç sene sonra, doğru dürüst ilk Ceza Muhakemesi Kanununun kabulünden sekiz yıl önce neşredilen, *Memurin Muhakematına dair Nizamname* memurların görevlerinden doğan veya görevlerini yaparken işledikleri suçlar dolayısı ile muhakemelerini tamamiyle idare heyetlerine vermişti. İkinci Meşrutiyette, yargılama birliğine dönülmek çok istenildi, fakat başarı tam olmadı. Gerçekten 1913 (1329) da kabul olunan *Memurin Muhakematına dair Kanunu Muvakkat* (Kunter: Memurin Muhakematı Kanunu kaldırılırken, Cumhuriyet, 26/4/1953), kovuşturma evresi bakımından yargılama birliğini sağlamakla beraber, soruşturma evresinde, yani ilksoruşturmaya da içine alan evrede, yetkiyi idare makamlarına bırakmıştı (Tafsilat için Bkz.: *Özek: Türk Hukukunda Memurların Muhakemesi*, İHFM, 1960, 34-35. İçtihatlar için, Çağlayan "81" II, s. 865-916). 1914 de intikalî olmak üzere kabul edilen bu Kanun, 4.12.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4483 sayılı Kanunun ile kaldırılmış ise de kabul ettiği ana sistem bugün, 2024 yılında hala varlığını sürdürmektedir. Yargılama birliği bu sahada henüz gerçekleşmemiştir.

yoluyla işledikleri suçlardır. Kanunda yer alan «diğer kamu görevlileri» terimi, yaptığı görev kamu görevi olanları, mesela geçici köy korucularını kapsamaktadır.

b) Kapsam dışında kalan kişiler.

Memur yargılamasına tabi olmayanlar ikinci maddede gösterilmiştir: hâkim, savcı, avukat ve üniversite öğretim üyeleri gibi, özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olan olanlarla, Kaçakçılık Kanunu, Terörle Mücadele Kanunu ve Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar gibi, «suçun niteliği yönünden» ayrı bir kovuşturma usulüne tabi olan suçlar ve ağır cezayı gerektiren suçüstü halinin genel hükümlere tabi olması, memur yargılamasının istisnasını oluşturmaktadır.

c) İzin vermeye yetkili makamlar.

Kanunun üçüncü maddesi izin vermeye yetkili mercileri göstermiştir: Atanma biçimi ile idari yapıdaki hiyerarşik sıralamaya göre izin vermeye yetkili merci belirlenmiştir.

2. Ön İncelemede Yapılan İşlemler.

a) İhbar üzerine araştırma yapılması.

Memurların görev sebebiyle işledikleri iddia edilen suçlar ihbar, şikâyet veya re'sen öğrenme biçiminde Cumhuriyet başsavcılıklarına geldiği zaman, savcılık kaybolunmasından korkulan bütün delilleri toplayacaktır. Kişi ve olay belirtilerek, müşahhas bir biçimde yapılan ihbar ve şikâyetler işleme konularak, izin vermeye yetkili mercie iletilecek, fakat «ifade» alınmayacaktır. İfade alınırsa, bu «hukuka aykırı bir delil olur».⁴⁵⁸

Kanunun 4. maddesinde ihbar üzerine yapılacak işlemler düzenlenmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunumuzun sistemine göre, «zehap» niteliğinde basit bir şüphe, suçun işlendiği izlenimini veren bir hal), savcı tarafından öğrenildiği vakit, «araştırma» yapılmaktadır (CMK 160). Savcı tarafından yapılan araştırmanın neticesinde «yeterli», yani yaklaşık %51 mahkumiyet olasılığı gösteren şüphe elde edilirse kamu davası açılmaktadır (CMK 170).

Kanaatimizce memurun görevi nedeniyle bir suç işlediği konusunda «zehap» derecesinde basit bir şüphe ortaya çıktığı zaman, savcı araştırma yapmalı, delil toplamalı ve hatta gerekli ifadeleri almalıdır. Yeterli şüphe elde edilir ve kamu davasının açılması gerektiği kanaati doğduğu vakit, kamu davasının açılıp açılmayacağı konusunda «izin» alma yoluna gidilmeli idi.

b) Ön incelemenin kapsamı.

İzni vermeye yetkili merci bizzat veya savcılıktan gelen bilgi üzerine memur suçu işlendiği şüphesini öğrenince bir «ön inceleme» başlatır. İzin vermeye yetkili kurumda görevli olan bir kişi veya bizzat yapılan ön incelemede, memurun ifadesi de alınarak, gerekli bilgi ve belgeler toplanır ve gerekçeli bir rapor hazırlanır.

Görüldüğü gibi, 4483 numaralı kanun kovuşturma organı olmayan mercilere «ifade alma» yetkisi vermiştir. Bu ifade alma sırasında CMK 147 ve 148 maddelerin uygulanacağı kuşkusuzdur. Şüphelinin susma hakkı ve müdafiden yararlanma hakkı vardır ve bu hakları kendisine bildirilmelidir.

c) İnceleme raporu.

Yetkili merci ön soruşturma raporu üzerine «soruşturma izni verilmesine» veya «verilmemesine» karar verecektir. Bu kararların gerekçeli olarak verilmesi mecburidir (4483 m. 6/2). Soruşturma izni bir ceza muhakemesi şartıdır. Kamu davasının mecburiliğini yumuşatan iznin verilmesi için, memurun

⁴⁵⁸ Malkoç, 2000, 79.

işlediği iddia edilen bu suçun kovuşturulmasında kamu yararı bulunmalıdır. Kanaatimizce, izin kriteri ve niteliği budur.⁴⁵⁹ Ön incelemeyi yapan görevliler hakkında koruyucu bir düzenleme yapılmıştır.⁴⁶⁰

3. İtiraz.

Yetkili merciiin soruşturma izni veren veya vermeyen kararına karşı *itiraz* edilebilir (4483 m. 9). Burada *itiraz* teriminin kullanılması hatalıdır. Kanun yolu olan *itiraz* ile karıştırılması mümkündür. Süre tebliğ tarihinden itibaren on gündür. İtiraz, Danıştay Birinci Dairesi veya bölge idare mahkemesi tarafından incelenir ve en geç üç ay içinde karara bağlanır. Verilen kararlar kesindir.

II. İzin Verilmesi veya Verilmemesi Üzerine Yapılan İşlemler.

1. Soruşturma izninin gönderileceği ve soruşturmayı yapan merci.

Neticede izin verilirse, yetkili ve görevli Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir (4483 sK m. 11). Ancak, bazı kişilere⁴⁶¹ ilişkin soruşturmanın il Cumhuriyet başsavcısı veya başsavcivekili tarafından yapılması gerekir (4483 sK m. 12). Cumhuriyet başsavcılığı soruşturmayı genel hükümler uyarınca yürütür ve sonuçlandırır.

“Sonuçlandırmaktan” anlaşılan, kamu davası açmak veya kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı vermektir. Kamu davasının açılması için, «yeterli» kuvvette şüphe sebeplerinin elde edilmiş olması gerekir. İzin verilmiş bulunmasına rağmen, «yeterli» şüphe yoksa, “kovuşturmaya yer olmadığına dair karar” (takipsizlik kararı) verilmelidir. Kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı genel hükümlere göre iki hafta içinde *itiraz* edilebileceği şüphesizdir (CMK 173). Böylece, memurların yargılanmalarında yapılan soruşturmada bir Danıştay veya Bölge İdare Mahkemesi, bir de en yakın ağır ceza mahkemesinin başkanlığı tarafından olmak üzere, iki kez denetim yapılmış olur.

2. Haksız isnatta bulunanlar hakkında soruşturma açılması.

Yapılan soruşturma veya yargılama sonunda memur veya diğer kamu görevlisi hakkındaki suç duyurusunun ilgiliyi mağdur etmek amacıyla yapıldığı anlaşılırsa, haksız isnatta bulunanlar hakkında re'sen soruşturmaya açılır. İlgili memurun müfteri hakkında kamu davası açılması için Cumhuriyet

⁴⁵⁹ Lüzumu muhakeme kararının kaldırılarak, izin şartının getirilmesi yerindedir. Ceza muhakemesi şartı, araştırma yapılmasını engellemeyen, fakat sadece muhakeme faaliyetinin yapılmasını engelleyen bir unsurdur. Diğer bir ifade ile, «suç isnadı» niteliği taşımayan bütün araştırma işlemlerinin yapılmasına olanak sağlayan bir müessesedir. «İzin», devlet iddia makamının sorması üzerine bir diğer devlet makamınca, somut olayda dava açılmasında kamu menfaati, yani maslahata uygunluk görüldüğünün açıklanmasıdır. İzin verildiğinde, o görev suçunun aleniye çıkmasında toplumun zarar görmeyeceği açıklanmış olur. İzin, doktrinde aktif ve pasif diye ikiye ayrılmaktadır. Aktif iznin devletin bazı organlarını görevleri bakımından korumak için kabul edildiği, pasif iznin ise fiili esas tuttuğu, uygun olmayan hallerde dava açılmasını önlediği söylenmektedir. Kanaatimizce, muhakeme şartı olan izin, sadece pasif denilen izindir. Yani belli suçlarda ceza davası açılıp yürütülmesinde kamu yararının bulunup bulunmadığı konusunda, kanun koyucunun duyduğu tereddüdü yenmek üzere yetkili kılınan makamın, her dava bakımından kamu yararını gördüğünü belirtmesidir. Yeni Ceza Kanununun 299 uncu maddesinde de Adalet Bakanının izni aranmış, Askeri Ceza Kanunu'nun 48/b maddesinde de, Milli Savunma Bakanının, izin vermesi öngörülmüştür. Türk Ceza Kanunu'nda temel sistem budur. Mesela, yurt dışında işlenen suçlar bakımından Adalet Bakanına yetki verilmiştir.

⁴⁶⁰ Bu Kanuna ya da başka kanunlara göre ön inceleme, disiplin soruşturması veya diğer idari soruşturmaları yapmakla görevlendirilenler ile teftiş ya da denetim elemanlarının bu görevleriyle ilgili olarak yaptıkları işlemlerden, yürüttükleri faaliyetlerden, düzenledikleri raporlar ile görüş yazılarında belirttikleri kanaatlerinden veya kanunla verilen yetkilere dayanarak aldıkları tedbirlerden dolayı kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere ancak idare aleyhine tazminat davası açılabilir. Ancak bu görevlilerin suç sayılan eylemleri ile kin, garaz ve hatıra dayalı olarak veya baskı veya telkinle kanaat oluşturduğu ya da değiştirdiği kesinleşmiş yargı ya da disiplin kurulu kararıyla tespit edilirse, idarenin görevliye rücu hakkı saklıdır. Ön inceleme, disiplin soruşturması veya diğer idari soruşturmalar ile teftiş ya da denetim sonucunda düzenlenen raporlara dayanarak karar verenler veya işlem tesis edenlerle, bu kararları ya da işlemleri hazırlayan ve inha ya da teklif edenler hakkında da birinci fıkra hükmü uygulanır (4483 sK Ek m. 1).

⁴⁶¹ Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, Bakan yardımcılar ve valiler ile ilgili olarak yapılacak olan ceza soruşturması Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcivekili, kaymakamlar ile ilgili hazırlık soruşturması ise il Cumhuriyet başsavcısı veya başsavcivekili tarafından yapılır. Soruşturma sırasında hâkim kararı alınmasını gerektiren hususlarda; Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, Bakan yardımcılar ve valiler için Yargıtay'ın ilgili ceza dairesine, kaymakamlar için il asliye ceza mahkemesine, diğerleri için ise genel hükümlere göre yetkili ve görevli sulh ceza hâkimine başvurulur (4483 sK m. 13).

başsavcılığına başvurma ve haksız isnatta bulunan kişi hakkında genel hükümlere göre tazminat davası açma hakları saklıdır (4483 sK m.15).

82. İDARİ CEZA SORUŞTURMASININ TAMAMEN KALDIRILMASI LÜZUMU.

I. Mülga Memurin Muhakematı Kanunundaki Sistem.

Memur Muhakemesi Kanunu, memurların görev suçları diye adlandıracağımız suçlarını ele almakta idi. Bu suçlar iki çeşitti. Birincisi “memurların vazifei memuriyetlerinden münbais”, diğeri “vazifei memuriyetlerinin ifası sırasında hâdis” olan suçlardı. Kısacası, görev suçları dediğimiz, görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlardı. Görev suçu olduğu sorsoruşturma başladıktan sonra anlaşılırsa bu kanun uygulanmıyordu (No. 463). Kanunda “cürüm” denmişti ama, o tarihteki Ceza Kanunu cürüm tâbirini bugünkü “suç” mukabili kullandığı için, kanundaki cürüm tâbirini suç mânâsına almak lâzımdır.⁴⁶² Bazı görev suçları bu Kanuna girmiyordu.⁴⁶³ Meselâ 1930-1609 numaralı kanun; irtikap, rüşvet alma, ihtilâs gibi suçlardan dolayı valinin muvafakati veya bakanın müsaadesi ile savcılarının kovuşturma yapmalarını kabul etmişti (No. 222, 301, 302). Bu Kanun (1030-1609) daha sonra yürürlükten kaldırıldı. Yerine getirilen Rüşvetle ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu yürürlüğe girdi.

Kanun o dönemde memuru tarif etmediğinden, TBMM *ceza uygulamasında kimler memursa, ceza kovuşturmasında da onlar memurdur* diyerek⁴⁶⁴, yani Ceza Kanununa bakılacağını göstererek bir açıklık getirmişti. Ceza Kanunu, “âmme vazifesi” ile “âmme hizmeti” yapanları ayırdığından ve ancak “âmme vazifesi” (kamu görevi) yapanlara memur dediğinden (mülga TCK 279), sadece kamu görevi yapanlar Memur Muhakemesi Kanununa girmekte idi.⁴⁶⁵ Diğer taraftan, özel kanunlardaki “memur gibi cezalandırılır” sözü “memur gibi mahkeme edilir” manasına alınmıyordu.⁴⁶⁶

Kanunun idarî makamlara verdiği ve bütünü ile önsoruşturma niteliğinde olan soruşturma⁴⁶⁷ iki evrede toplanmakta idi: 1) Soruşturma yapılması (iptidai tahkikat), 2) Sonuç çıkarılması (idarî tetkikat).

⁴⁶² k-m: 7. CD 13/5/80 YKD 80, 1660.

⁴⁶³ Aksine açıklık yoksa, istisnayı genişletmemek için, girmedığı yolunda yorum tercih edilmelidir. Bu nedenle Atatürk’e hakaret suçlarının (51-5816 m. 3) girmedığı tezi (CGK 28/5/79 YKD 79, 1356) isabetlidir.

⁴⁶⁴ Meclisin 8/8/41 tarihli, 1255 numaralı kararının, otobüs biletçilerini, idare kademelerini dahi mülga Memur Muhakemesi Kanununa tâbi tuttuğu iddia edilmiştir. Ceza Kanununun yanlış anlaşılması yüzünden kamu görevi ve hizmeti ayırımına dikkat edilmediği olmuştur. Son zamanlarda bu ayırımın yapıldığı görülmektedir. Meselâ CGK 20/1/69, Şekercioğlu, 103; 27/1/75 YKD 75/2, 33).

⁴⁶⁵ *Erman*: Ceza tatbikat ve takibatında memur; SBOD, 1947, 274; *Kunter*: Ceza tatbikatında, âmme vazifesi ve âmme hizmeti tefriki ve avukatların durumu, İHFM, 1947, 76; *Şekercioğlu*, 28. *Onar* (II, 1202) da, Ceza Kanununun âmme hizmetine gayet dar mânâ verdiğini, âmme vazifesi tâbiri ile âmme kudreti ile alâkalı faaliyetleri kasdettiğini söylemektedir. Yargıtay mülga TCK 279 bakımından memuru açıklayan bir kararında da (CGK 25/11/85 YKD 86/3 406) bu ayırımı yapmış, sadece kamu görevleri yapanları memur saymış ve memuru “Devlete ait hukukî bir iktidar ve selâhiyeti kullanarak hukukî tasarruf veya fiilin icrasını gerçekleştirenler ile bu hukukî tasarruf veya fiilin icrasına âmme hukuku usulüne uygun bir şekilde iştirak ve yardım edenler” diye tarif etmiş ve meselâ tanık, bilirkişi, tercüman, hakem, iflâs idaresi memuru, seçim sandığı kurulu başkan ve üyelerinin de bu tarife girdiğini belirtmiştir. Gerçi bu karar öldürülen kişinin “Devlet memuru” olup olmadığını tayin bakımından verilmiştir. Ama mülga TCK 279’a dayanmaktadır. MmMK için de bu maddeye baktığımızdan, bir kuruluşa bağlı olmayan tanık, bilirkişi gibi kişiler hakkında MmMK nasıl uygulanacak diye düşünürken, Yargıtay, belediyelerde çalışan herkesin odacı, şoför ve geçici işçiler dahil, MmMK’na göre yargılanacağına karar vermiştir (CGK 25/4/88 YKD 88/8/1135). Bu karar, 1930 da çıkarılmış 1580 numaralı Belediyeler Kanunu’nun 102. maddesinde “bilûmum belediye memur ve müstahdemleri” denilmiş olmasına dayandırılmıştır. Mülga Ceza Kanununun 279 maddesinin bu kanundan sonra 1936 da değişip bugünkü biçimini almış olduğunu ve memurları ile işçiler hakkındaki kanunların o tarihten bu yana çok değişmiş olduğunu göz önünde tutmayan, belediyelerde çalışanları, Devlet dairelerinde aynı işleri yapanlardan farklı olarak MmMK’na sokan, Belediyeler Kanununun üstü kapalı biçimde değiştiği kabul edilebilecek bir maddesinin çok şekilci bir uygulaması niteliğinde olan bu karara katılmıyor ve büsbütün kaldırılmasını istediğimiz MmMK’nın getirmiş olduğu istisnanın, böylece bu kanunun amacına da çok ters düşecek şekilde genişletilmesini doğru bulmuyoruz. Nitekim, Anayasa Mahkemesi 2.9.1993 tarih ve E.1993/44 ve K. 1993/7 sayılı kararıyla 1580 numaralı Belediyeler Kanununun 102. maddesinde yer alan “ve müstahdemler ibaresini” Anayasaya aykırı bulurak iptal etmiştir.

⁴⁶⁶ CGK 8/3/71 RKD 71, 35 (TCDD): 25/1/71, İBD 71, 886 (PTT). Tafsilât için *Önder (Ali Rıza)*, AdD 74, 605.

⁴⁶⁷ Kanun, sorsoruşturmada önceki önsoruşturmayı idarî makamlara vermişse de o zamanki gelişmeye göre hazırlık soruşturması olmadığından, sadece ilksoruşturmayı düzenlemişti. Onun için sonuç çıkarma bölümü olan “idarî tetkikat’a “ilk

Memurun görev suçu işlediği anlaşılırsa, âmirin emri ile *iptidâi tahkikat* yapılırdı. Bu soruşturma, âmir tarafından veya ekseriya soruşturmacı (yani âmirin soruşturma ile görevlendirdiği memur tarafından yapılır ve dosya fezleke ile birlikte idarî tetkikat'ı yapacak idarî kurula sunulur. İdarî tetkikat, yani soruşturma üzerine sonuç çıkarıp karar verme faaliyeti daima bir kurul tarafından yapılır. Bu kurul, sanık memura göre değişir. Ya İlçe veya il Yönetim Kurulu ya Danıştay İkinci Dairesi yahut Merkez Daireleri erkânından mürekkep kurulları idi. İdarî tetkikat sonunda memur hakkında sorsoruşturma açılması (lüzum-u muhakeme) veya açılmaması (men'i muhakeme)⁴⁶⁸ kararı verileceği kanunda yazılı idi. Bugünkü muhakeme Hukukumuz karşısında “düşme”, “durma” veya geniş mânâsı ile “yetkisizlik”⁴⁶⁹ gibi kararlar da verilmekte idi.⁴⁷⁰

Memur Muhakemesi Kanunundaki bu soruşturma ve özellikle sonuç çıkarma, Ceza Muhakemesi Kanunumuzdaki ilksoruşturmaya benzediğinden, uygulamada muhakkik denilegelmiş olan soruşturmacılar 1985 yılına kadar sorgu hâkimi durumunda sayılmışlardı. Bugün hazırlık soruşturmasını yapan savcı durumundadırlar. Savcıdan farkları, yaptıkları soruşturmada sonuç çıkaramamaları, yani işin mahkeme önüne götürülüp götürülmemesi konusunda bir karar verememeleridir. Zira bu konuda “idarî tetkikat” yapıp karar verecek olanlar, eskisi gibi, idarî kurullardır. Bizdeki ilksoruşturmanın en önemli bölümü sonuç çıkarma idi. Bu nedenle genel kanunda artık bütünü ile kalkmış olsa bile, ilksoruşturmanın bu sonuç çıkarma bölümü sayesinde Memur Muhakemesi Kanununda ve onu örnek alan kanunlarda varlığını sürdürdüğü söylenebilir.⁴⁷¹

soruşturma” “muhakeme” yerine de “yargılama” denilmesi (*Gözübüyük*: Türkiye'nin idarî yapısı, Ankara, 1969, s. 229, 230) muhakeme sistemimize uygun düşmemektedir. 65 numaralı nota da bakınız.

⁴⁶⁸ Eski muhakeme kanunundaki “men' i muhakeme karar”ına, yeni kanun “sorsoruşturmanın açılmaması kararı” adını vermişti. “Lüzum-u muhakeme”ye de “sorsoruşturmanın açılması” denilmişti. Bu iki eski tâbir ancak bu şekilde Türkçeleştirilebilirdi. Bugün ilksoruşturma ile birlikte bu kararlar kalkmışsa da, mücerret muhakeme şemasında bunlar yine vardır ve meselâ ilksoruşturmayı bütünü ile kaldırdığı sanılan Almanya'da bugün de bu kararlar verilmektedir. Bu nedenle bu terimleri bugün de kullanmamız gerekir. Yargılamanın men' i veya lüzumu (Sayıştay K. 96) diye Türkçeleştirmek, acemice bir tercümedir. Muhakeme ile soruşturma aynı şey olmadıklarından “muhakemenin önlenmesi kararı” (*Yüce*, 101) da, isabetsizdir. Men' i muhakeme, sorsoruşturma açılmamasına tekabül ettiğine göre, fiilin suç teşkil etmemesi halinde de verilir. Danıştayın bu hallerde men' i muhakeme kararını bozması ve karar ittihazına mahal olmadığı kararı vermesi (2. CD 20/1/60, “66” II, 607); 3/1/1962, *Çağlayan* “66” II, 595; 30/4/1962, *Çağlayan* “66” II, 602) hatalıdır. İlçe İdare Kurulu Kararının İl İdare Kurulunca itirazın inceleneneğine ilişkin Memurin Muhakematı Kanununun 6 ncı maddesi yürürlükten kaldırılmış ve aynı yasanın ek birinci maddesine göre, İlçe İdare Kurulu kararlarının re'sen ya da itirazın Bölge İdare Mahkemesi tarafından hükme bağlanması kabul edilmiştir. Sanığın yargılanmasına bu değişikliği yapan 1994/4005 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce başlanmış ve sanık Bölge İdare Mahkemesine dava açmamıştır. Ceza Genel Kurulu ise olayda İlçe İdare Kurulunca verilen lüzumu muhakeme kararına sanık tarafından itiraz edilmiş ve bu karar kesinleşmediği halde yargılamaya devam edilerek karar verilmesini bozma sebebi yapmıştır CGK 16.6.1998 (E. 1998/4-162, K. 1998/225 YKD 1998/1694).

⁴⁶⁹ Bu karara “görevsizlik” denilegelmektedir. Bu karardan sonra savcı iddianame ile dâva açtığında mahkeme “Memur Muhakemesi Kanununa göre sorsoruşturma açılması kararı yok” dememelidir, dâvaya bakmalıdır.

⁴⁷⁰ Böyle hallerde, karar ittihazına mahal olmadığına karar verildiği de vardır (D. 2 D: 18/4/1964, *Çağlayan* “66” II, 602). Metinde ve not 68 de belirtilen nedenlerle “idarî tetkikat” bölümü kalkmadığından, bu kararlar bugün de verilmelidir (k-m: *Öztürk*: 3206 numaralı kanunun memurların muhakemesine etkileri. YD 86/3 283).

⁴⁷¹ Memur Muhakemesi Kanunu, soruşturmacının iptidâi tahkikatı “Usulü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu”na göre yapacağını, bu tahkikat yapılırken ve bundan gerekli sonuçlar çıkarılırken, aksine hüküm olmadıkça, yine Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanununa göre hareket edileceğini bildirmektedir (m. 2 ve 6). Görülüyor ki müddei umumiye veya müstantike atf yapılmış değildir. Diğer taraftan genel kanunda tahkikat-ı iptidaiye ve tetkikat-ı idariye ayrımı da yoktu. Tetkikat-ı idariyede verilen ve o zamanki adı ile men' i muhakeme ve lüzum-u muhakeme denilen kararları da müstantik verirdi. Genel kanun müstantikin işlerini “muamelât-ı tahkikiye” (m. 56-121) ve “ikmali tahkikattan sonra ita olunacak kararnameler” (m. 122-131) başlık- lı iki fasılda toplamıştı. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 1929'da yürürlüğe girdikten sonra, iptidâi tahkikat da, idarî tetkikat da ilksoruşturmanın iki bölümüne benzediği için soruşturmacılar, tabii sadece iptidâi tahkikat bakımından sorgu hâkimine benzetilmiş ve onun yetkilerine sahip olmuşlardı. Ancak bunlar meslekten hâkim olmadıklarından, sadece meslekten hâkimlerin yapması Anayasa gereği olan işlemleri yapmaları Anayasaya aykırı idi. Anayasa Mahkemesi 14/11/67 tarihli kararı ile (RG 29/4/68) Memur Muhakemesi Kanununun 16. maddesini, bizce hatalı olarak, iptal ederken “ancak hâkim tarafından verilebilecek kararları artık soruşturmacıların veremeyeceği” gerekçesine dayanmıştı ve bu gerekçe, Anayasa Mahkemesinin “kanunların Anayasa ile zimnen tadil ve ilga edilemeyeceği görüşü ile bağdaşamamasa da bizce isabetli idi. 1985'de ilksoruşturmayı ve sorgu hâkimliğini kaldırın 3206 numaralı kanunun 83. maddesi, ilksoruşturmaya yapılan atfların, hazırlık soruşturmasına yapılmış sayılacağını kabul etmiştir. Gerçi Memur Muhakemesi Kanununda ilksoruşturmaya değil, genel olarak Ceza Muhakemesi Kanununa atf yapılmıştır. Bu nedenle 83. madde olmasa dahi soruşturmacıların delil toplama işlerini artık savcı gibi yapacaklarında tereddüt edilemezdi. Ancak soruşturmacıların genel hükümlere göre savcı gibi hareket etmeleri başka şey, Memur Muhakemesi Kanununa göre idarî tetkikat denilen sonuç çıkarma işinin idarî kurullarca yapılması yine başka

Memur hakkında sorsoruşturma, adliye mahkemelerinde yapılıyordu (No. 222). Suçun Memur Muhakemesi Kanununa girdiği duruşmada anlaşılırsa, duruşmaya devam olunuyordu (No. 463).

Soruşturmacıların 1985 öncesi sorgu hâkimi gibi yaptıkları işlemler, hele bunlardan sonuç çıkaran kurulların verdikleri kararlar, genel muhakemede sorgu hâkimlerinin yaptıkları ilksoruşturma işlemlerinden farksız olduklarından yargılama niteliğindedir. Netekim Yargıtay da bunu kabul etmişti.⁴⁷² Sadece Anayasa Mahkemesi, kendisini, Anayasanın farkında olmayarak dar tuttuğu çerçeve içinde kalmak zorunda olduğunu sandığından veya ceza muhakemesinin gelişmelerini gözönünde tutmadığından, bunların yaptıklarını yargılama saymamıştı.⁴⁷³ 1985 sonrasında artık yargılama niteliğinde olan sadece sonuç çıkarma işlemleridir. Gerçekten durum, Almanya’da dâva açıldıktan sonra mahkemenin sorsoruşturma açma veya açmama kararı vermesinden farksızdır.

Memur Muhakemesi Kanunu ve bunu örnek tutan kanunlar⁴⁷⁴ kanaatimizce, bütünü ile Anayasaya aykırı değildir. Genel kanundaki ilksoruşturmaya benzeyen sorsuşturmayı yapan kimse ile sonunda karar veren Danıştay’dan gayri makamların faaliyeti, yargılama makamlarının bağımsız olmasını isteyen Anayasanın aradığı mânâda iyi ve ciddî yargılama değildi. Bu sebeple bunları Anayasa bakımından idarî mahiyette saymak ve bunlara karşı Anayasanın 125. maddesi gereğince, bir yargılama denetimi (veya yeni tabiri ile, yolu) aramak lâzımdır. Sorsoruşturma açılması kararı üzerine iş adliye mahkemelerine gittiğinden bu denetim gerçekleşmekteydi. Bu bakımdan Anayasaya aykırılık yoktu.⁴⁷⁵ Soruşturmacıların yaptıkları savcı işlemleri haline getirildikten sonra bu bakımdan da aykırılık kalmadı. Bugün sadece sorsoruşturmanın açılmaması ve düşme gibi kararlara karşı yargılama denetiminin mevcut olmadığı haller Anayasaya aykırı idi. Bu kararlara karşı idare mahkemelerine başvurma kabul edilerek⁴⁷⁶ yargılama denetimi sağlanmıştır.

Memurun Muhakematı Kanununun 6’ncı maddesinde yer alan, lüzum ve men-i muhakemeye dair «bir meclisin kararı aleyhindeki itiraz mafevki mecliste tetkik edilir», ibaresi, Anayasa Mahkemesinin 27.2.1992 tarihli kararı ile iptal edilmiştir (RG. 23.11.1992) ve 1994-4005 sayılı Kanunla eklenen Ek madde 1, ilçe idare kurulları tarafından verilen kararların bölge idare mahkemesi tarafından ikinci derecede incelenerek karara bağlanmasını düzenlemiştir. Bu bakımdan da Anayasaya uygunluk sağlanmıştır.

şeydir. Kanun sonuç çıkarma işini kimin, nasıl yapacağını genel kanuna bırakmadan düzenlediğine göre, gerek kendi içindeki genel hükümlere atıfa, gerek sözü geçen 83. maddeye dayanarak idarî tetkikat bölümünün kalktığını söylemeğe imkân yoktur. Nitekim uygulama da bu yoldadır ve idarî tetkikat sonunda verilecek karar olmadan sorsoruşturma yapılmayacağı kabul olunmaktadır (4. CD 28/2/85 YKD 86/3 433).

⁴⁷² Bkz. No. 69.

⁴⁷³ AY M. 11/10/65 18-53 RG 29/3/66.

⁴⁷⁴ Meselâ 1973-1750 numaralı Üniversiteler Kanununun 65 nci maddesi “ilksoruşturma” sonundaki kararların öğretim üye ve yardımcıları hakkında ise Danıştayın yetkili dairesince, diğer memurlar hakkında ise Üniversite Yönetim Kurulunca verilmesini ve her iki halde de kararların denetim için Danıştaya gidebilmesini öngörüyordu (Bkz. *Kunter*: Üniversite İlksoruşturması. İHFM “43”, 1978, s. 1). Bugün Danıştayın yetkili dairesine gideceklerin sayısı çok azalmış, diğerleri hakkında oluşturulacak kurulların ve hattâ memurlar hakkında il İdare Kurulunun karar vermesi kabul edilmiştir. Fakat 1981 yılında yürürlüğe giren Yüksek Öğretim Kanununa göre sorsoruşturma açılması kararına itiraz üzerine iş yine Danıştaya gitmektedir (YÖK “1982-2653” m. 53).

⁴⁷⁵ Anayasa Mahkemesi de bu yolda karar vermiştir (11/10/1965, 18-53, RG 29/3/1966). Ancak bu kararın gerekçelerinden biri olan “yapılan işin yargılama niteliğinde olmadığı” tezi yanlıştır. Sorgu hâkimliğini, mahkemelerin bir parçası, ileri karakolu sayması imkânsız değildir. Hiç olmazsa “İş” yargılama niteliğindedir ama Anayasaya göre yargılama değildir diyebilirdi. Nitekim Anayasa Mahkemesi, kanunun 1-7, 13 ve 14. maddelerini Anayasaya aykırı bulmayan kararında (14/11/67, RG 29/4/68), işi sadece Anayasaya göre yargı (doğrusu: yargılama) yönünden ele almış, fakat burada yargılamayı, 7. maddeyi dar mânâda yorumlayarak, mahkeme faaliyeti olarak anlamıştır. Anayasa Mahkemesi 29/6/68 tarihli bir kararında (RG 18/4/70) ilksoruşturmanın hâkimlerce yapılması konusunda Anayasa hükmü olmadığını, idarenin ilksoruşturma yapabileceğini belirtmişse de, sadece bu ilksoruşturmanın Anayasa bakımından yargılama sayılmayacağı yerine bütün ilksoruşturmaların yargılama sayılmayacağı hatasını tekrar etmiştir.

⁴⁷⁶ Bunun için yasal değişiklik gereklidir.

Belediyelerin belediye suçlarında⁴⁷⁷ ceza vermesi, idarî ceza yargılaması olmayıp, ceza kararnamesi ile yani yargılamasız ceza vermek anlamında idi. Yargılama ancak bu cezaları kabul etmeyenlerin uyuşmazlığı sulh hâkimi önüne getirmesinden sonra sulh hâkimliğince yapıyordu.

II. 4483 sayılı Kanunun kaldırılması önerimizin gerekçeleri.

Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında 4483 sayılı Kanununa lüzum olup olmadığı tartışılmıştır. Bizce mesele bir lüzum meselesi değil, bir zaruret meselesidir, zira yargılama birliği prensibinden ayrılmak ancak zaruret olan hallerde caiz görülebilir. Henüz doğru dürüst nizâmî mahkemeler kurulmadığı, muhakeme kanunu çıkarılmadığı sırada, böyle bir kanuna zaruret olduğu kabul olunabilirdi. Bugün şartlar tamamen değiştiği için, Kanun aşağıdaki gerekçeler doğrultusunda bizce yürürlükten kaldırılmalıdır.

1) Memurların şeref ve haysiyetini koruma sebebi vârit değildir. Genel yargılama makamları da memur olmayanlarınkini koruduğu gibi memurların şeref ve haysiyetini de korumakla mükelleftir.

2) Adliyenin idarî mekanizmayı bilmediği yolunda ileri sürülen sebep de vârit değildir. Adliye, bilmediği hususlarda bilirkişiye başvurur. Kaldı ki bazı görev suçlarının bu kanun sahasından çıkarılması, bu sebebin haklı olmadığını açıkça göstermektedir. Yine kaldı ki suçun hukukî bir kavram olduğu ve idarecilerin bunu bilmediği haklı olarak söylenebilir.⁴⁷⁸

3) Görevin yapılmasından zarar gören halkın şikâyet ve iftiralarına karşı memurların korunması gerektiği sebebi de vârit değildir. Bir kere, iftira ve şikâyetlere karşı sadece memurların değil, herkesin korunmaya ihtiyacı vardır. Genel yargılama makamları bunu da sağlamakla mükelleftir. Diğer taraftan bu koruma, olsa olsa muhakeme şartı kabulünü haklı gösterebilir. Kamu hizmetinin iyi işlemesi için memurlara teminat tanımak görüşü de⁴⁷⁹ aynı kapıya çıkmaktadır. Genel yargılama teminatsız mı? Teminatsızsa onu da teminatlı hale getirmek gerekmez mi? Bizce, bu suçlarda ilksoruşturmanın mecburîliği kabul edilirse, koruma ihtiyacı yerine tamamen getirilmiş olacaktır. Zira, bu kanunun getirdiği sistemin “teminat” oluşundan maksat, suçluyu kayırma olmadığına ve sonsoruşturma açılması veya açılmaması kararı genel normlara dayanılarak verildiğine göre, ilksoruşturmanın teminat teşkil etmesinden başka bir şey değildir.⁴⁸⁰ Ne hazindir ki memurlara da teminat sağlanması için ilk soruşturmayı memur suçlarında mecburî kılalım diye biz çırpınırken, 1985’de, Almanya’daki değişikliğin temeli anlaşılmadan ve sanki memur muhakemesindeki sonsoruşturmanın açılması kararının savcının iddianamesi ile dâva açmaktan daha teminatlı olduğunu bize göstermek istercesine ilksoruşturma kaldırıldı.

4) Memurun işinden kalmaması, masraf etmemesi sebebi de vârit değildir. Zira adli yargılama ile idarî yargılama arasında bu bakımdan hiçbir fark yoktur.

5) İdarenin adli makamlar karşısında bağımsızlığını sağlamak lüzumundan da bahs olunmuştur. Bu da vârit değildir. Memur Muhakemesi Kanunu ile, yargılama yürütmenin değil, bilâkis yürütme yargılamanın işine karışmaktadır. Kaldı ki yargılama makamlarının tesir altında kalmaması için

⁴⁷⁷ Mülga TCK 526’ya girdiği sanılarak sulh mahkemesinde dâva açılmışsa, mahkeme belediye suçu olduğunu gördüğünde, gereken yargılamayı yapmalı idi (k-m: 2. CD 27/11/86 YKD 87/4, 628). Zira belediyeye ceza kararnamesi düzenleme yetkisi verilmesi, ona yargılama yetkisini tanımak anlamına gelmediği gibi, mahkemelerin yetkisini sınırlamak da değil, sadece onların işini azaltmak amacını gütmekte idi. Trafik kolluğunun ceza kararnamesinde de durum aynı idi (No. 429).

⁴⁷⁸ Memurların muhakemesinde idarî mekanizmadan ziyade Hukuku ve bilhassa Ceza Hukukunu bilmenin zarureti şundan da bellidir ki Üniversitenin çeşitli Fakültelerinde Memur Yargılanması Kanununa tâbi bir suç işlendiği zaman, kendi Fakülteleri mensupları değil, fakat Hukuk Fakültesindeki öğretim üyeleri ve bilhassa Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku öğretim üyeleri soruşturmaya memur edilmektedirler.

⁴⁷⁹ AY M: 14/11/67, 14-16.

⁴⁸⁰ *Kunter*: Üniversite ilksoruşturması ve memur muhakemesi sistemimiz, (İHFM 77/43, sayı 1-2). Memurların yargılanmasında özel hükümler bulunması, bir ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır: eğer sadece makul ve yeterli şüphe bulunan hallerde kamu davası açılmalı idi, memurlar için ayrı bir dava açma usûlüne gereksinim duyulmazdı. *Selçuk* (Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkatın Değerlendirilmesi, Kunter’e Armağan, 1998, 309), Anayasa Mahkemesinin memura güvence sağlamak amacı ile, hizmetin aksamaması için bu düzenlemenin yapıldığını kabul ettiğini, bu şekilde kabul etmenin ise, Anayasa Mahkemesi açısından «yetki aşımı» olduğunu açıklamaktadır. Yargıtayın da, bu yasayı özel yasa olduğu için, genişletmek eğiliminde olmadığını belirten Selçuk, Memurin Muhakematı Kanununun kaldırılmasından yanadır.

bağımsızlığından bahsolunabilir, fakat idarenin yargılama makamlarına karşı bağımsızlığından, kendine mahsus yargılamadan nasıl söz açılabilir? Bir memlekette, kaç yargılama olur. Devlet içinde Devlet mi kuruluyor?

6) İdarenin otoritesini korumak lüzumundan da bahsedilmiştir. Korunacak otorite, şunun bunun değil, Devletin otoritesidir. Bu da ancak kanunlara riayetle korunabilir. Memurlar hakkında ceza dâvası açılmasını gerektiren şartların bulunup bulunmadığını en iyi bilecek makamlar adli makamlardır. İşi ehline bırakmak lâzımdır. Suçlu olduğu sanılan memuru, âmirlerin kayırdığı kanaati uyandırılmamalıdır. Asıl bu kanaattir ki Devlet otoritesini sarsar.

7) Hâkimler hakkında da soruşturma bakımından özel hükümler olduğu ileri sürülmüştür. Hâkimler hakkında özel hükümler konulmasının sebebi, sanık hâkimin arkadaşları tarafından kayırılmasına engel olmaktır. Halbuki Memur Muhakemesi Kanununun, adli yargılama makamlarının sanık memuru kayırmasına engel olmak için kabul edildiğini iddia eden çıkmamıştır.

8) İdare tarafından yapılan ve cezai nitelik taşıyan hazırlık soruşturması «etkin» değildir. Bu konuyu açıklamak için, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 1999 yılı içinde verdiği kararı örnek olarak göstermek istiyoruz. Ölümle biten olaylarda «etkin» bir soruşturma yapılmalıdır. Olay yerinin etraflı bir şekilde incelenmesi gerekir. Olay yerinin krokisinin çizilmesi, tanık olan kişilerin ifadelerinin alınması, silah kullanılmışsa balistik incelemelerin yapılması, mağdurun yakınlarının dinlenmesi, etkin bir araştırma ve soruşturmanın temel unsurlarıdır. Memurun muhakematına tâbi olan işlerde bu tür araştırmalar idari merciler tarafından yapılmaktadır. İdari makamların suç kolluğunun sahip bulunduğu teknik bilgilerden yoksun olması nedeni ile, bu araştırmaları yeterli bir şekilde yapması mümkün değildir. İdari mercilerin yaptıkları araştırmaları yetersiz bulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine hak vermemek mümkün değildir. Mahkemenin büyük dairesi *Oğur v. Türkiye* kararında (20.5.99: No. 21594/93), köy bekçilerinden birinin 24 Aralık 1990 tarihinde öldürülmesi olayı ile ilgili olarak verdiği kararda bu noktaları vurgulamıştır.⁴⁸¹

Hülâsa, İdarenin Devlet egemenliği içinde ayrı bir egemenlik iddiasının mahsulü olan, modern Hukuk Devleti anlayışına aykırı düşen bu kanunu haklı gösterecek hiç bir sebep kalmamıştı.⁴⁸² İkinci Meşrutiyette başlanan bu inkilâbı tamamlamanın zamanı çoktan gelmişti.⁴⁸³ Kanun kaldırılmış ise de, ilksoruşturma ve sorgu hâkimlikleri tekrar kabul edilmeli ve memur suçlarında ilksoruşturma mecburî kılınarak hem memurlara, hem de fertlere teminat tanınmalıdır. Soruşturmacıların savcı gibi yaptıkları soruşturmadan sonuç çıkarma işi idarî kurullardan alınarak idare mahkemelerine verilmelidir.⁴⁸⁴

83. ASKERİ CEZA MUHAKEMESİ.

I. Askeri ceza hukukunun gelişme çizgisi.

⁴⁸¹ *Information Note* No. 6 on the case-law of the Court, May 1999, sh. 23.

⁴⁸² *Erem* (n. 389); *Özek* (s.g.m., s. 80); *Keyman* (Memurin Muhakematı Kanunu AHFM, 62, 182) ve *Tosun* (I, 401) da bu özel rejim aleyhindedirler. *Onar* da (İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1952, s. 881), bu kanunun kimseyi memnun etmediğini, hiçbir ihtiyacı karşılamadığını, kalkmasında hiç bir mahzur olmadığını, bilâkis bu kanunun mahzurları olduğunu, soruşturma yapanların bir kısmının hukukî şuurdan ve melekeden mahrum olduklarını, siyasî tesirlerin, üstlerinin nüfuzlarının ve şahsî hislerinin tesiri altında kaldıklarını söylemektedir.

⁴⁸³ *Kunter*: Tamamlanamayan İnkilâp, Cumhuriyet, 11/5/1953. Gerçekten, 1914 de yargılama birliği tamamen gerçekleştirilmemiş, sadece bir adım atılarak son soruşturmanın genel mahkemelerde yapılması kabul olunmuştu. “Meclisi Mebusan” ve “Âyan” tutanaklarının incelenmesi bu işin zamanının henüz gelmediği kanaatinin izhar edildiğini ve bu sebeple tam ilga kanununun çıkmadığını göstermektedir. Meclislerin kapalı olduğu bir sırada kanunu muvakkat olarak neşredilen “Memurin Muhakematı Kanunu” da “vatan evlâtlarına adalet muvacehesinde mümtaz sıfat olmadığını göstermek için girilen bu hareketin ileride tamamlanacağı” kanaati ile hazırlanmıştır.

⁴⁸⁴ Memur Muhakemesi Kanununun kaldırılması, idareye cezai sahada yargılama yetkisi verilmemesi mânâsına gelecek, memurların kovuşturulmasında ve yargılanmasında bazı özel hükümlerin, meselâ ilksoruşturma mecburiyetinin kabul edilmesine engel olmaz. Devlet Memurları Kanunu (1965-657 m. 24) “Devlet memurlarının görevleri ile ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması ve haklarında dâva açılması özel hükümlere tâbidir” demektedir. Bu kanun özel hükümleri kendisi tesbit etmediğinden bugünkü sistem yeni bir değişikliğe kadar devam edecek demektir. 1985-3206 numaralı kanun MmMK’nu kaldırmadığına ve memurlar hakkındaki bütün araştırmaları savcıya vermediğine göre “Osmanlı İmparatorluğundan beri sürüp giden... sakıncaların sona erdiği” görüşüne (*Öztürk*: s.g.e. YD 86/3 278) katılmıyoruz.

Asker kişiler tarafından işlenen suçların askeri mahkemelerde yargılanması geleneği Anayasa'nın 145'inci maddesinde düzenlenmiş ve 156'ncı maddesi ile de Askeri Yargıtay düzenlenmişti. 2017 yılında 6771 sayılı Kanun ile Anayasa'da değişiklik yapıldı ve askeri yargı makamları kaldırıldı. Askeri hakimlik ve askeri savcılık meslekleri de kaldırılarak sivil yargıda görevlendirme yapıldı.⁴⁸⁵ Askeri Mahkemelerin Kuruluş ve Yargılama Usulü Hakkındaki Kanun da 2021 yılında 7329 SK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece askeri suçlardaki soruşturma ve yargılama yetkisi Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre yapılı hale gelmiştir. Usul hükümleri bakımından 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'na ek 11 ve devamı maddeler eklenmiş ve askeri suçların soruşturulmasında veya yargılanmasında Askeri Ceza Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Ceza Muhakemesi Kanununun uygulanacağına ilişkin bir düzenleme yapılmıştır (AsCK Ek m.18).

II. Askeri Suçlar ve sırf askeri suçlar (AsCK Ek.11).

Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenen suçlar ile asker kişiler askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlar askeri suçtur (AsCK Ek.11/1). Buna karşılık asker kişiler tarafından işlenen söz vererek tahliye olan harp esirleri (m.60). Müstahkem mevki düşmana teslim eden kumandan m.62, vazife ve memuriyetlere gitmeme (m.65), firar (m.66), yabancı memlekete firar (m.67), mehil içinde yakalanma (m.68), sözleşerek firar (m.70), kendini askerliğe yaramayacak hale getirme (m.79), askerlikten kurtulmak için hile yapma (m.81), amir veya üstü tehdit (m.82), amir ve üstüne hakaret (m.85), itaatsizlikte ısrar etme (m.87), toplu asker karşısında itaatsizlik (m.88), büyük zarar veren itaatsizlik (m.89), mukavemet (m.90), Amire ve üste fiilen taarruz (m.91), fesat (m.97), fesadı haber vermeme (m.98), fesadı haber verenin cezadan kurtulması (m.99), askeri isyan (m.100), askeri isyanda önyak olma (m.101), düşman karşısında askeri isyan (m.102) ve dikkatsizlik etme (kendisine verilen vazifeyi yapamayacak hale koyma ve nöbet mahallini terk etme) (m.136). Bu suçlar sırf askeri suçtur (AsCK Ek.m.11/2).

Asker kişinin fiilinin askeri suç kabul edilmesinin maddi ceza hukuku ve muhakeme hukuku bakımından sonuçları vardır. Maddi ceza hukuku bakımından üst sınırı 3 ayı geçen askeri suçlarda önödeme hükümleri uygulanmaz (AsCK Ek.m.8). Muhakeme hukuku bakımından ise görevli ve yetkili mahkeme AsCK Ek.19'a göre belirlenir, sırf askeri suçlarda soruşturma izni verilmesi kararına itiraz soruşturma işlemlerini durdurmaz (AsCK Ek.15/9, kamu davasının ertelenmesi kararı verilemez (CMK 171/6-b, izne tabi olan askeri suçlarda basit yargılama usulü uygulanmaz (CMK 251/7), izin alınmadan iddianame düzenlenemez (CMK 174/3-c), uzlaştırma usulü uygulanamaz (CMK 253/2), askeri suçlarla diğer suçlar arasında bağlantı varsa, dava askeri mahkemede askeri suçlara ilişkin davaya bakmakla görevli mahkemede birleştirilir. Ancak, yetkileri genişletilmiş ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlarda bu kural uygulanmaz (Demirağ, 2022, s.517).

Sırf askeri suçların hukuki sonuçları şunlardır: Hapis cezasının ertelenmesinde AsCK 47 dikkate alınır, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi sınırlıdır, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi diğer suçlara göre daha sınırlıdır, AsCK 17 dikkate alınır, önödeme uygulanamaz (AsCK Ek.8/son), suçlu yabancı devlete iade edilemez (6706 sK m.4/1-b ve 11/1-c/2), askeri suçlarla genel suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanmaz (TCK 58/4), mahkumiyet hükümleri adli sicile kaydedilmez (Adli Sicil Kanunu m.5/1-a), sırf askeri suçların soruşturulması izne tabidir, izin verilmesi kararına itiraz soruşturma işlemlerini durdurmaz (Demirağ 2022, s.520).

III. Askeri suçların soruşturulması.

1. Soruşturma yetkisi.

Askeri suçlara ilişkin soruşturmalar suçun işlendiği yerin bağlı olduğu ildeki Cumhuriyet başsavcılığınca veya Hakimler ve Savcılar Kurulunca belirlenen ilçe Cumhuriyet başsavcılıklarında yürütülür (AsCK Ek. 19/1). Bu başsavcılıklarda askeri suçlar bürosu kurulur ve Cumhuriyet savcıları görevlendirilir. Bu büroda görev yapan Cumhuriyet savcısı suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısından soruşturmanın kısmen veya tamamen yapılmasını isteyebilir ve fakat gecikmesinde sakınca bulunan hallerde suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı gereken delilleri toplar ve o yer sulh ceza hakimliğinden hakimlik kararlarını vermesini isteyebilir.

⁴⁸⁵ 926 sayılı TSK Personel Kanunu, geçici madde 45: KHK 2017, 694 değiştirilerek kabulü 2018 7078 sayılı Kanun.

a) *Askerî mahallerde kontrol.*

Madde 56/B- (Ek: 25/7/2018-7145/2 md.)

Özel kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, asker kişiler dâhil askerî mahallere girmek veya çıkmak isteyenler duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Bu kişilerin üstleri, duyarlı kapının ikaz vermesi hâlinde, metal dedektörle kontrol edilir; eşyaları teknik cihazlardan ve güvenlik sistemlerinden geçirilir; aracı, teknik cihazlarla, **(İptal ibare: Anayasa Mahkemesi'nin 30/6/2022 tarihli ve E.: 2018/137, K.: 2022/86 sayılı Kararı ile.)** kontrol edilir. Şüpheli hâlinde veya bu cihazların bulunmadığı yerlerde, herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, kontrol elle yapılabilir. Teknik cihazların ikazının sürmesi hâlinde, bu kişiler ancak elle kontrolü kabul ettikleri takdirde askerî mahallere girebilirler. ^[10]

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Milli Savunma Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.

b) *Askerî mahallerde önleme araması*

Madde 56/A- (Ek: 25/7/2018-7145/2 md.)

Tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hâkimi kararı **(İptal ibare: Anayasa Mahkemesi'nin 30/6/2022 tarihli ve E.: 2018/137, K.: 2022/86 sayılı Kararı ile.)** üzerine, askerî mahallerde özel kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla kişilerin üstü, araçları, özel kâğıtları ve eşyası aranır, gerekli tedbirler alınır, suç delilleri koruma altına alınarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemler yapılır.

Arama talep yazısında, arama için makul sebeplerin oluştuğunun gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. Arama kararında veya emrinde; aramanın sebebi, konusu ve kapsamı ile yapılacağı yer, zaman ve geçerli olacağı süre belirtilir.

Aramanın sonucu, arama kararı veya emri veren merci ya da makama bir tutanakla bildirilir.

Konutta ve yerleşim yerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Milli Savunma Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.

c) *Askerî mahallerde adli arama*

Askerî mahallerde yapılacak arama, Cumhuriyet savcısının nezaretinde askerî makamların katılımıyla adli kolluk görevlileri tarafından yerine getirilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle de askerî makamların katılımıyla adli kolluk görevlileri tarafından arama yapılabilir (CMK '2018-7145' 119/5). Asker kişiler tarafından ülke sınırları dışında işlenen askerî suçlara ait dava ve işlere bakmaya birinci fıkra kapsamındaki Ankara mahkemeleri yetkilidir. **Yurt dışında bulunan askerî mahallerde yapılacak önleme aramasına karar vermeye de bu yer sulh ceza hâkimliği yetkilidir (AsCK Ek Madde 19/3).**

ç) *Askerî mahallerde elkoyma*

Askerî mahallerde yapılacak elkoyma işlemi, Cumhuriyet savcısının nezaretinde askerî makamların katılımıyla adli kolluk görevlileri tarafından yerine getirilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle de askerî makamların katılımıyla adli kolluk görevlileri tarafından elkoyma işlemi yapılabilir (CMK '2018-7145' 127/6).

d) *Askerî tanıkların zorla getirilmesi*

Filî hizmette bulunan askerler hakkındaki zorla getirme kararı askerî makamlar aracılığıyla infaz olunur (CMK 44/2).

e) *Kamu davası açmada takdir yetkisi ve KDEK askeri suçlarda uygulanmaz*

Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi (CMK 171/1) ve kamu davasının açılmasının beş yıl süre ile ertelenmesi kararı (CMK 171/2); a) Suç işlemek için örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt

faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar, b) Kamu görevlisi tarafından görevi sebebiyle veya kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen suçlar ile **asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar**, c) Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar hakkında uygulanmaz.

2. Yakalama ve tutuklama.

Kişiye suç işlerken rastlanırsa, suçüstü halinde izlenen kişinin kaçması olasılığı varsa veya hemen kimliği belirlenemiyorsa, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hal varsa, asker kişiyi herkes geçici olarak yakalayabilir (AsCK Ek.13/1). Cumhuriyet Savcısına derhal başvurma olanağı yoksa, asker kişinin amiri, üstü, askeri karakol, nöbetçi, devriye, askeri inzibat ve kolluk görevlisi de asker kişiliği yakalama yetkisine sahiptir (AsCK 13/1).

Yakalanan kişi ve olay hakkında hemen Cumhuriyet savcısına bilgi verilir ve emri doğrultusunda işlem yapılır. Yakalan kişiyi C. Savcısı serbest bırakabilir; bırakmazsa en yakın askeri inzibat karakoluna veya askeri makama ya da kolluk görevlilerine teslim edilmesine karar verir. Suçun TCK 4'ncü kitap, 4, 5, 6, 7 bölümlerinde tanımlanan suçlar ile terörle mücadele kapsamında suç olması halinde yakalanan kişi C. Savcısının talimatı ile adli kolluk görevlilerine teslim edilir (AsCK 13/3).

Asker kişilerin gözaltına alınması veya tutuklandığı durumlarda kıta komutanı veya askeri kurum amirine derhal haber verilir (AsCK Ek.m.13/4).

3. Suçüstü hali (AsCK m.13).

Fırar ve izin tecavüzü durumunda olanlar suçüstü halinde kabul edilir. Yakalama ile suçüstü hali sona erer. Askere Alma Kanununun 30'uncu maddesinde fırar ve izin tecavüzü durumunda olanlar, haklarında yakalama emri çıkarılmış olanlar ve yakalama emri çıkarılmamış olanlar diye ikiye ayrılmıştır.

İç Hizmet Kanununun 80 ve bunu izleyen maddelerinde karakol hizmetinde bulunan subay, astsubay, erbaş, er, karakol nöbetçisi ve devriyelerin asker ve sivil kişileri yakalama yetkisi düzenlenmiştir. Bunun gibi aynı kanununun 91 ve 95' inci maddelerinde de askeri disiplini bozan hallerde, adli bir vazifenin yerine getirilmesi halinde ve görevini yerine getirdiği sırada veya görevden dolayı tecavüz ve hakarete maruz kaldıkları takdirde yakalama yetkisi verilmiştir (Demirağ 2022, s.531).

4. İfade alma (AsCK m.14).

Askeri suçlarda subay ve astsubayların şüpheli sıfatı ile ifadesi bizzat C. Savcısı tarafından alınır (AsCK 14/1a).

Askeri amirler C. Savcısının işe elkoymasına kadar delillerin kaybolmasını önleyecek tedbirleri alır (AsCK Ek.14/1b). Ülke sınırları dışında işlenen suçlar bakımından C. Savcısı, adli kolluk tarafından yapılması gereken işlemlerin Milli Savunma Bakanlığınca yurt dışından görevlendirilen hukuk sınıfı subaylar tarafından yapılmasını isteyebilir.

Katalog suçlara ek olarak Askeri Ceza Kanununda bir düzenleme daha yapılmıştır. Buna göre askeri suçlarla ilgili olarak kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delil varsa ve sırf askeri suç nedeniyle askeri disiplinin ağır şekilde ihlal edilmesi söz konusu ise, asker kişi hakkında tutuklama kararı verilebilir (AsCK Ek.14/1-d).

Tutuklama yasağına ilişkin hükümler sırf askeri suçlarda uygulanmaz (AsCK Ek 14/1-e).

Askeri suçlarda asker kişinin işlediği suçların kabul edilen iddianamesinin bir örneği soruşturma iznini veren komutanlığa veya askeri kurum amirliğine gönderilir. Kovuşturmaya yer olmadığına karar verilirse, savcı soruşturma izni veren komutanlığa veya askeri kurum amirine bunu gönderir (AsCK Ek.14/2).

Tutuklama nedeni olarak disiplinin ağır ihlali mülga 353 sayılı Kanunun 71' nci maddesinden esinlenerek düzenlenmiştir (Demirağ 2022, 540). Ancak her disiplin ihlali tutuklama nedeni değildir. İhlalin ağır olup olmadığına hakim takdiren karar verecektir. Sırf askeri suçların toplu asker karşısında veya hizmet esnasında ya da silahlı iken veyahut silahla işlenmesi ağırlatıcı neden kabul edildiği için bu veya AsCK 51' de gösterilen genel ağırlatıcı sebeplerin bulunduğu hallerde askeri disiplinin ağır şekilde

ihlal edildiği kabul edilebilir. Ancak, amirin haksız tahriki neticesinde oluşan eylemlerde hakim in disiplin in ağır şekilde ihlal edilmediği kanaatine varması mümkündür (Demirağ 2022, s.541).

Katalog suçlarda tutuklama kararı verilmesine kaçma şüphesi ve delil karartma şüphesine dayandırmayan hallerin sözleşme ihlali olduğunu kabul eden Buzadji kararından sonra, tek başına askeri disiplin in ağır şekilde ihlal edilmesinin tutuklama nedeni sayılması sorgulanır hale gelmiştir. Diğer taraftan bu şekilde verilen tutuklama kararlarının deliller toplandıktan sonra da devam edebilmesi düşündürücüdür. Demirağ hakim in takdir yetkisini yerinde kullanmasını ve tutuklamanın ceza infazına dönüşmemesi gerektiğini vurgulamaktadır (Demirağ 2022, s.542).

5. Soruşturma izni (AsCK Ek m. 15).

Asker kişilerin işledikleri iddia edilen askeri suçların soruşturulması izne tabidir. Ancak, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hallerinde genel hükümler uygulanır (AsCK 15/1). Soruşturma izninin hangi makam tarafından verileceği AsCK 15/4'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İzin vermeye yetkili merci, ihbar veya şikâyetin işleme konulması halinde bir ön inceleme başlatır (AsCK 15/8). Kural olarak hakkında ön inceleme yapılan kişinin ifadesi alınır. Ancak bu kişinin bulunamaması nedeniyle ifade alma imkansız hale gelirse, zorunlu hallerde ifade alınmaz (AsCK Ek m.15/9).

Soruşturma izni konusundaki karar suçun işlendiği iddiasının öğrenilmesinden itibaren ön inceleme dahil 30 gün içinde verilir. Zorunlu hallerde süre 15 günü geçmemek üzere bir defa uzatılabilir (AsCK Ek m.15/10).

Soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi hakkındaki karar C. Başsavcılığına, hakkında inceleme yapılabilecek ve şikâyetçiye bildirilir. Bunlar 10 gün içinde karara itiraz edebilirler. İtiraz idari makamlarca incelenir; general ve amiraller için Danıştay 1. Dairesine, diğer askerler için Bölge İdare Mahkemesine itiraz edilebilir ve en geç üç ay içinde karara bağlanır. Verilen kararlar kesindir (AsCK Ek. 15/10).

Soruşturma izni verilirse, general ve amiraller hakkındaki soruşturmayı Yargıtay C. Başsavcısı veya Başsavcı Vekili yapar.

Soruşturma ile ilgili hakim kararı verilmesi gerekiyorsa, Söz konusu suç yargılamakla görevli ceza dairesini numara itibariyle izleyen ceza dairesi başkanı hakim kararının verir. Bu karara itirazı numara itibariyle izleyen ceza dairesi başkanı inceler (AsCK Ek.15/11).

Mal bildiriminde bulunulması Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanununun 17'nci maddesinin 1. Fıkrasında yer alan suçları işlediği iddia edilen asker kişilerin hakkındaki soruşturma ve kovuşturma genel hükümlere göre yapılır (AsCK 15/12).

Asker kişilerin işlediği askeri suçlarda soruşturma izni konusunda AsCK Ek.15'de hüküm bulunmayan hallerde 4483 sayılı Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun hükümleri uygulanır (AsCK Ek.15/13).

Asker kişilerin işledikleri askeri suçların tabi tutulduğu izin bir ceza muhakemesi şartıdır. Silahlı kuvvetlerde disiplin in sağlanıp korunması, devam ettirilmesi ve askeri hizmetin kesintisiz ve eksiksiz bir şekilde sürdürülmesi askeri birlik komutanı veya kurum amirlerinin en önemli görevlerinden biri olduğu için, asılsız suç ihbar ve şikâyetleri ile hizmetin aksamaması gerekçeleri ile asker kişilerin işlediği iddia edilen askeri suçların soruşturulması izne bağlanmıştır. Bu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmadığı Anayasa Mahkemesinin 1.2.2018 tarihinde verdiği Dilek Genç bireysel başvurusunda da vurgulanmıştır (Demirağ 2022, s.553, dip not: 363).

Askeri Ceza Kanununun 3'üncü maddesinde tanımlanan asker kişi kapsamına giren kişilerin işlediği iddia edilen askeri suçların soruşturulması izne tabidir. Ancak, Milli Savunma Bakanlığı ile Silahlı Kuvvetler kadrolarında görevli devlet memurlarının işlediği iddia edilen suç Askeri Ceza Kanununda yazılı suçlardan değilse, soruşturma izni konusundan 4483 Sayılı Kanun uygulanır. Kişisel suçlar ise, genel hükümlere göre soruşturulur.

Askeri suçun tanımı, Askeri Ceza Kanunun Ek.m.11/1'de yapılmıştır. Şikâyet konusu fiilin izne tabi olup olmadığı belirlenirken bu tanım dikkate alınacaktır. Ancak, soruşturma izni verilirse C. Savcısı sonraki araştırmalarında bu nitelendirme ile bağlı değildir (Demirağ 2022, s.554).

Soruşturma izninin iki istisnası vardır. Birinci istisna, ağır ceza mahkemesinin görevi kapsamındaki suçüstü halidir. Bu düzenleme 4483 sayılı Kanunun 2'nci maddesi ile paraleldir. Kanun koyucu bu gibi hallerde ceza soruşturmasını başlatan başlangıç şüphesinin çok üstünde, kuvvetli bir şüphe bulunduğu için doğrudan soruşturma yapılmasını uygun görmüştür (Demirağ 2022, s.557).

Diğer istisna 3628 sayılı Yolsuzlukla Mücadele Kanunu kapsamındaki suçlardır. Bu Kanunun 17'nci maddesine göre, soruşturma ve kovuşturma asker kişiler hakkında genel hükümlere göre yapılır. 17'nci maddede sayılan bazı suçlar irtikap, rüşvet, zimmet gibi suçlardır.

Seferberlik ve savaş halinde işlenen suçlarda askeri suçların soruşturulması izne tabi tutulmamıştır. Zira Ek 15'inci maddede barış veya savaş hali ayrımı yoktur. Ancak, Askeralma Kanununun 55'inci maddesinde sözü geçen kişiler hakkında açılan kamu davaları ile ilgili olarak durma kararı veya mahkum olunan cezanın infazının terhis sonrasına bırakılması düzenlemesi yer aldığından iddianame düzenlenip kabul edilebilmekle birlikte duruşma günü belirlenemeyecektir. Bu kişiler hakkında muhakeme engeli bulunması nedeniyle askerlik hizmetinin bitimine kadar, basit yargılama usulü ve seri muhakeme usulü uygulanamayacaktır (Demirağ 2022, s.560).

IV. Askeri suçlarda kovuşturma evresi.

1. Askeri suçlarda görevli mahkeme.

Kovuşturma evresi bakımından askeri suçlarda görevli mahkeme prensip olarak suçun işlendiği yerin bağlı bulunduğu ilin adıyla anılan asliye ve ağır ceza mahkemelerinde görülür. Bunun dışında Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hakimler ve Savcılar Kurulu askeri suçlara bakacak olan mahkemeleri belirleyebilir. Askeri suçlara ilişkin dava ve işler acele işlerden sayılır. Bu nedenle adli tatilde de adli tatilde de görülür (AsCK Ek m.19).⁴⁸⁶

2. Duruşmadaki özellikler; HAGB.

kk

V. Yaptırımlarla ilgili özellikler.

1. Seçenek yaptırımların uygulanması (AsCK Ek m.8).

Askerlik hizmetini yerine getiren yükümlüler ile yükümlü erbaş ve erler hakkında verilen kısa süreli hapis cezaları TCK 50/1'de belirtilen seçenek yaptırımları, diğer askeri şahıslar hakkında ise aynı fıkranın a, b ve d bentlerinde belirtilen seçenek yaptırımları çevrilebilir. Ancak, sırf askeri suçlardan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan netice cezanın 4 ay veya daha fazla hapis cezası olması, fiilin disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi veya fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi hallerinde kısa süreli hapis cezaları seçenek yaptırımları çevrilemez.

Anayasa mahkemesi 5.7.2012 tarih ve 2012/103 karar sayılı kararı ile ve daha sonra da 17.1.2013 tarih ve 2013/16 sayılı kararı ile ek 8'inci maddenin 2'nci fıkrasında yer alan "kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile" ibaresinin iptaline karar vermiştir. Böylece uygulanabilir hale gelen TCK hükümleri şunlardır: TCK 50, TCK 51, TCK 66/1 ve 6, TCK 58. Ancak, askeri suçların şikayete tabi olmadığını belirten AsCK m.48 uyarınca TCK 73 askeri suçlarda uygulama alanı bulamaz (Demirağ, Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu, 5. Baskı, Seçkin Ankara 2022, sh.506).

2. Önödeme Hükümlerini Uygulanması.

Sırf askeri suçlar ile hapis cezasının üst sınırı 3 ayı geçen askeri suçlar hakkında önödeme hükümleri uygulanmaz (AsCK Ek.8/2). Buna göre AsCK Ek.11/1'de tanımlanan askeri suçlar ile 2'nci fıkrasında sayılan sırf suçlar bakımından bir değerlendirme yapmak gerekir. Askeri suçlarda önödeme hükümlerinin uygulanması, askeri suçun kanunda gösterilen hapis cezasının üst sınırının üç ay veya

⁴⁸⁶ Balcı 2023, 27.

daha az olmasına bağlıdır. Buna karşılık sırf askeri suçlar için kanunda öngörülen hapis cezasının üst sınırı üç aydan az olsa bile önödeme uygulanamaz (Demirağ 2022, sh.510).

VI. Askeri ceza muhakemesi hakkında genel değerlendirme.

1. Askeri mahkemelere ihtiyaç bulunup bulunmadığı sorunu.

Askerî ceza yargılamasının zarureti meselesi, savaş veya sıkıyönetim hali bulunup bulunmadığına göre asker ve siviller için ayrı ayrı mütalâa edilmelidir. Birincisi askerlerin kendi mahkemelerinde, ikincisi sivillerin askerlere ait mahkemelerde yargılanmalarına ihtiyaç olup olmadığı meselesidir.

a) Askerler bakımından.

Ordu teşkilâtının mevcut olması ve ordu birliklerinin bulunduğu her yerde genel mahkemelerin bulunmaması, suçun işlenmesi ile bozulan disiplini yeniden ve süratle kurmak için ordu içinde bir mahkemeye ihtiyaç duyulması, savaş zamanında genel mahkemelerin çalışamaz hale gelmeleri ihtimaline karşı, bu durumda görev yapabilmek üzere daha barış zamanında kurulup çalışmaya başlamanın gerekmesi askerlik camiasının kendisine has bir takım kaideleri bulunup bunların ancak bu camiaya mensup kişilerce değerlendirilebileceği, askerî mahkemelerin varlığını haklı gösteren sebeplerdir.⁴⁸⁷ Biz bunlara, son yılların tecrübesi ile, barış zamanında da genel mahkemelerin görevlerini gereği gibi yapamaz hale gelmesi ihtimalini de ekleyeceğiz. Buna karşılık, bizce, adî suçlardan ayrı askerî suçların bulunması, askerî mahkemeyi haklı göstermeğe yetmez.⁴⁸⁸ Nitekim, askerî suç ve ordu da bulunduğu halde bazı memleketlerde askerî mahkemenin bulunmaması bunu göstermektedir.

Anayasa bu konuyu şöyle düzenlemiştir: Savaş veya sıkıyönetim dışında asker kişilerin askerî olan suçları ile bunların asker kişileri aleyhine veya askerî mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait dâvalara askerî mahkemeler bakar (AY 145/1).

2009 yılında 5918 numaralı kanunla yapılan CMK 3. maddeye yapılan ekleme ve CMK 250. maddede yapılan “tek kelime” değişikliği yapılmıştır. CMK 3 üncü maddeye eklenen ikinci fıkra ile asker kişilerin birlikte suç işleyen sivillerin adliye mahkemelerinde yargılanması öngörüldü. Asker kişilerin CMK 250 inci madde kapsamına giren terör suçu ve örgütlü suç isnadı ile yargılandıkları durumlarda hem Anayasa’nın 145 inci maddesi hem de 353 numaralı Kanununun 21 inci maddesi ile çelişecek biçimde özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde yargılanmalarına ilişkin bir değişiklik yapıldı. Gerçekten Ceza Muhakemesi Kanunu ile Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanununu yan yana koyduğumuzda, CMK’nun genel kanun olduğunu diğerinin ise özel kanun olduğunu söyleyebiliriz. Bizce genel kanunda yapılan değişikliğin özel kanundaki hükmü etkilememesi gerekir. Bu nedenle yapılan değişikliğe rağmen 353 numaralı Kanununun 21 inci maddesinin yürürlükte olduğu görüşündeyiz.

b) Siviller bakımından.

Siviller için askerî mahkemelerin zarureti ancak genel adli mahkeme bulunmayan savaş bölgelerinde işlenen suçlarda bahis konusu olabilir. Barışta ise, hattâ sıkıyönetim bölgelerinde bile, adli mahkemelerden ayrılmayı haklı gösterecek bir zorunluk yoktur. Meğerki adli mahkemeler işleyemez hale gelsin. Sıkıyönetim ilânını gerektiren sebepler, muhakemelerin sür’atle yapılmasını gerektirebilir. Fakat bu sür’at, Genel Muhakeme Kanununda ayrı bir fasılda tesbit edilecek hükümlerle pekâlâ adli mahkemelerde de sağlanabilir. Gerekiyorsa, sıkıyönetim savcılarının adli mahkemelerde dâva açmaları da kabul edilebilir. Adli mahkemelerin işlemez hale geldiği durumlarda elbet yine askerî mahkemelere ihtiyaç duyulacaktır.

Anayasanın sistemi ise şudur: Savaş veya sıkıyönetim dışında askerî mahkemeler asker olmayan kişileri ancak özel kanunda⁴⁸⁹ belirtilen askerî suçlar ile kanunda gösterilen görevlerini yaptıkları sırada

⁴⁸⁷ Erman: Askerî Ceza, n. 223.

⁴⁸⁸ k-m: Erman: Askerî Ceza, n. 223.

⁴⁸⁹ Suça askerî vasfını muhakeme kanunları veremez (AY M: 10/3/65, RG 25/6/65), ancak özel ceza kanunu verebilir. Meselâ askerî kuvvetleri tahkir ve tezyif suçu AsCK Ek 2 de belirtilmiş, askerî güç olmuş ve askerî mahkemelerin yetkisine girmişti (mülga AsMK 11/D). Basın Kanunu buna engel değildi. Bunda bizce Anayasaya da aykırılık yoktu. Anayasa, sivilin askerî mahkemede yargılanması için “özel kanunda belirtilen askerî suçu işlemek” şartını aramış, fakat özel kanunda

veya kanunda gösterilen askerî mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlardan dolayı yargılar (AY 145/2).⁴⁹⁰ Sıkıyönetim askerî mahkemelerinin görmekte oldukları dâvalara, sıkıyönetim kalktıktan sonra da bakmaları Anayasa değişikliği niteliğinde bir kanunla kabul edilmişti (SK “1980-2301” 23).

1982 Anayasasında sivillerin savaş veya sıkıyönetim dışında sıkıyönetim mahkemelerinde yargılanmaları ile ilgili buna benzer bir açıklama yoktur.⁴⁹¹

Askerî Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanununun 21 nci maddesi 2006 yılında değiştirilerek asker olmayan kişilerin asker kişilerle müştereken işledikleri suçlarda yetkili askeri mahkeme asker kişiler yönünden yetkili olan askeri mahkeme olarak belirlenmiştir.

Savaş halinde asker olmayan kişilerin askeri mahkemelerde yargılanmalarını gerektiren diğer suçlarda ise, suçun işlendiği yere en yakın askeri mahkeme yetkili kılınmıştır. Suçun işlendiği yer belli değil ise, yetkili askeri mahkeme Ceza Muhakemesi Kanununda gösterilen usullere göre tayin edilecektir (353 “2006-5530” 8).

c) Savaş veya sıkıyönetim hallerinde.

Askerî mahkemelerin zarureti, bu hallerin ihtiyaçlarına göre elbet farklı olacaktır. Anayasa bu konunun düzenlenmesini kanunlara bırakmıştır: “Askerî mahkemelerin savaş veya sıkıyönetim hallerinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları, kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargı(lama) hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir” (AY 145/3).

2. Askerî mahkemelerin kuruluşu.

İhtiyaç ve dolayısı ile zaruret duyulan hallerde askerî mahkemeler istisna olarak kabul edileceğine göre, askerî hâkimlerin, askerliğin yapısı nedeniyle mutlaka bağımlı olacakları tezi⁴⁹², istisnanın da kabulüne ters düşer. Ne yapıp yapıp askerî hâkimleri bağımsız kılmaktan ve o da yetmeyip bundan şüphe de duyurmamak gerektiğinden, zaruret olmadıkça askerî hâkimlere başvurulmamalıdır.

Askerî mahkemelerin zorunluğu başka şeydir, askerî mahkemelerin sadece askerlerden, askerî hâkimlerden teşekkül etmesi başka şeydir. Askerî mahkemeleri haklı gösteren sebep, ancak orduyu takip

belirtmeyi, yani hangi suçun askerî suç sayılacağını, ihtiyaca göre hareket etsin diye kanunkoyucuya bırakmayı tercih etmiştir. Gerçekten “millî savunmayı sağlamak ve korumak, askerlik hizmetinin aksamadan yerine getirilmesini temin etmek maksadı ile yani askerî bir menfaati korumak gayesiyle kabul edilmiş olan kanunlarda yer almış” (*Erman: Askerî Ceza*, n. 84) bulunan askerî suçların siviller tarafından işlenebilenlerin sayısı barışta, olağanüstü hallerde ve hele savaşta değişmektedir (*Erman: a.g.e. n. 49*). Bu da ihtiyacın göz önünde tutulduğunu ve tutulması gerektiğini göstermektedir. Fakat Anayasa Mahkemesi, sözü geçen iki normu “bu suç niteliği bakımından askerî suç değil, askerî menfaati ihlâl etmiyor” diye, isabetsiz olarak, iptal etti (14/2/78 RG 1/6/78). Ortalığın biraz karışması halinde yardıma çağırduğumuz askerî kuvvetlerin halk gözünden düşürülmesinin, saygınlığını kaybetmesinin, hele olağanüstü zamanlarda, askerî menfaati ihlâl etmediği nasıl söylenebilir? Kaldı ki bugünkü ihtiyaç yarın kalmadığında kanun değiştirilecektir. O zaman bunu, ihtiyaç kalmadı diye Anayasa Mahkemesi yapamayacağına göre, bugün de ihtiyaç vardır veya yoktur diyememesi gerekir. Mülga AsMK’nun 2006.5530 sayılı Kanunla değişik 11. maddesine göre, uluslararası anlaşmalar gereğince yabancı asker kişilerin askeri mahkemede yargılanmalarını gerektiren suçları hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması Millî Savunma Bakanının iznine bağlıdır.

⁴⁹⁰ Anayasa, 1971’den önce, sivillerin özel kanunlarda belirtilen askerî suçlardan dolayı askerî mahkemelerde yargılanmasını kabul ettiğinden, askerî mahallerde ve görevlerini yaptıkları sırada veya görevlerinden dolayı asker kişilere karşı suç işleyen sivillerin askerî mahkemelerde yargılanmasını öngören hüküm (mülga AsMK 11: B) iptal edilmişti. Bu hüküm 1971 de hem de genişletilerek Anayasaya girdi. Artık, askerî mahallerde işleme şartı aranmamaktadır. Asker kişilere karşı görev sırasında fakat askerî olmayan mahalde işlenen suçundan dolayı sivilin askerî mahkemece yargılanmasının, askerî kişilere âdeta dokunulmazlık sağladığı, genel mahkemelere güvensizliği belirttiği, askerî mahkemelerin varlık nedenleriyle, sivil idareye üstünlük tanıyan demokratik esaslarla bağdaşmadığı haklı olarak belirtilmiştir (*Erman: Askerî Ceza ve Yargılama Usulleri İçin*, Milliyet, 2/2/1972).

⁴⁹¹ Kanunlara bazı atflar yapılmış olması (AY 122/5 ve 145/3) bizce yetersizdir. Zira bu atflar sıkıyönetim halini öngörmektedir. Sıkıyönetimin kalkması hali elbet bu atfların dışında kalmaktadır. Sıkıyönetim Kanununda değişiklik yapan 80-2301 numaralı Kanun, Anayasa niteliğinde olduğu için bir sorun çıkmıyordu. 82 Anayasasından sonra bu kanunun Anayasa niteliği sözkonusu olamaz. Sıkıyönetim Kanununda 1933 yılında yapılan değişiklikle, sıkıyönetimin kaldırılmasında, sıkıyönetim askeri mahkemelerinin görev ve yetkilerinin sona ereceği hüküm altına alındı (sK. “93-3953-23). Soruşturma ve dava dosyaları karar verilmesine gerek olmaksızın durumlarına, mahiyetlerine ve kanun hükümlerine göre, buldukları aşamada soruşturmaya ve yargılamaya devam edilmek üzere görevli ve yetkili mercilere gönderilecektir.

⁴⁹² *Coşar (Ahmet): 1988-89 Adalet yılını açış konuşması. YD 88/4 387.*

eden bir mahkemeyi haklı gösterir, yoksa bu mahkemenin askerlerden teşekkül etmesi, hattâ bu mahkemede hâkimlerin dahi askerî teşkilâtta yer alması, tâyin ve terfilerinin Millî Savunma Bakanlığına bağlı olması, bizce zorunlu değildir. Orduyu takip eden malî teşkilât gibi, adli ceza yargılamasının da orduya takip eden bir bölümü teşkil olunabilir.⁴⁹³ Sıkıyönetim mahkemelerinde sivil hâkim ve savcılardan yararlanılmış olması, askerî mahkemelerin sadece askerlerden ve askerî hâkimlerden kurulması gerekmediğini göstermektedir. Askerî mahkemeyi haklı gösteren sebep zorunluk olduğuna göre, askerî mahkemelerin görevi bu ölçü içinde kalmalıdır. Askerî yargılamayı yapan gerek askerî hâkimlerin gerek subayların, iyi bir yargılama yapmaları için bağımsız hareket etmeleri gerekir.⁴⁹⁴

3. Askeri ceza mahkemeleri konusundaki kanaatimiz.

Ülkemizde “özel” yargılama makamı olan mahkemeler sadece kaldırılın askerî mahkemeler değildir. Sistematik bir değişiklik yapılmak isteniyorsa özel yargılama makamlarının tümünün kaldırılması düşünülebilir. Benimsemediğimiz bu görüş kabul edilirse, özel yargılama makamı yaratmadaki ihtisaslaşma, yargılama birliği prensibine uygun bir şekilde uzmanlaşma gibi ihtiyaçlar giderilemez. Askerî kişilerin askerî mahallerde veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakma görevi askerî mahkemelere ait olmaya devam etmelidir. Asker olmayan kişilerin Askerî Ceza Kanunu’nda belirtilen askerî suçları ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askerî mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlar da askerî mahkemelerde görülmelidir.

84. YABANCI DEVLET YARGILAMASI.

Bir Devlet ülkesinde yabancı bir Devletin yargılama hakkının tanınması da o ülkede yargılama bakımından ikilik teşkil eder.

Bu hal iki suretle meydana gelir: 1) Kapitülasyon rejiminden faydalanan Devletlerin vatandaşları, bazı suçlarından dolayı yerli yargılamaya tâbi olmazlar.⁴⁹⁵ 2) Müttefik askerî kuvvetlerin askerî yargılamayı diğer müttefik Devlet ülkelerinde yapabilmesi, askerî zorunluklarla kabul edilmektedir. Meselâ 54-6375 numaralı Kanunla kabul edilen “NATO Devletleri Arasında Kuvvetler Statüsüne Dair Sözleşme” gereğince (m. 7), gönderen Devletin askerî makamları ceza ve disiplin yargılaması yetkisini kendi askerî kanunlarına tâbi bütün şahıslar hakkında kabul eden Devlet ülkesinde kullanmak hakkını haizdir. Her iki yargılamanın çatışması halinde, üstünlüğü haiz Devlet yargılama yetkisini kullanmazsa, diğeri yargılama yetkisini kullanır (No. 57 B).

85. YARGILAMA BİRLİĞİNİN DIŞ İSTİSNALARI: DEVLETLER ÜSTÜ MAHKEMELER.

Egemenliğin biri içi, diğeri dış olmak üzere iki yüzü olduğundan, yargılama birliğinin Devlet içinde egemenliğin bölünmesi mahiyetinde olan iç istisnalarından başka, dış istisnaları da söz konusu olabilir.

Bugün gerek Kamu Hukukunda gerek Devletler Umumî Hukukunda çoğunluk, dış mânâsı ile egemenliği, Devletin bir kıstası olarak kabul etmemektedir.⁴⁹⁶

Monarşik ve merkezîyetçi Devletlerin vücuda gelmesi ile ortaya çıkan egemenlik kavramı, bugünün ihtiyaçlarına yetmemektedir. Artık Devletler, toplum hayatının son merhalesi değildir.

⁴⁹³ Erman: Askerî Ceza, n. 252.

⁴⁹⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Engel* dâvasında verdiği 8/6/76 tarihli kararında, Hollanda Yüksek Divanının organik bakımdan mahkeme olduğunda tereddüt edilmediğini belirtmiş ve onu, kurulun iki sivil hâkimle, dört asker üyeden oluşmasına ve bu sonuncuların siviller gibi teminatlı olmayıp görevden alınabilmeleri mümkün bulunmasına rağmen, “yemin ile göreve başlıyorlar, kurul halinde görev yapıyorlar” diyerek, sözleşmenin anladığı mânâda mahkemenin gerektirdiği bağımsızlıktan yararlandıkları gerekçesiyle “bağımsız mahkeme” olarak kabul etmiştir. Türkiye aleyhine verilen *Incal ve Çıraklar* kararlarında ise, dürüst yargılama (*fair trial*) ilkesinin zedelenmesi asker üyenin kurulda bulunmasına bağlanmıştır.

⁴⁹⁵ Bizde kapitülasyonlar kaldırılıncaya kadar, konsolosluk mahkemeleri bazı ceza dâvaları bakımından yargılama yetkisine sahipti (*Taner*, 191; *Bilsel*: Lozan, II, 1933, s. 44).

⁴⁹⁶ *Kunter*: Hâkimiyet ve İstiklâl Mefhumları ve Avrupa Birliği, Cumhuriyet, 5 Nisan 1953.

Bunun içindir ki dış egemenlik mutlak değildir. Devlet toplulukları üzerinde bugün Devletler topluluğu vardır. Devletler anlaşarak egemenlik haklarını kısmakta hattâ federasyon halinde birleşmektedirler.

I. Uluslararası Adalet Divanı.

Uluslararası Adalet Divanı (*International Court of Justice, ICJ*) Birleşmiş Milletler'in yargı organıdır. Genel Kurul ve Güvenlik Konseyinden seçilen 15 yargıçtan oluşan ve 26 Haziran 1945 tarihinde kurulan Uluslararası Adalet Divanının merkezi Hollanda'nın Lahey kentindedir. 2024 yılında İsrail'in Hamas'a karşı yürüttüğü askeri faaliyet ve Rusya ile Ukrayna arasındaki uyuşmazlıkta verdiği kararlar ile dikkat çekmiştir.

II. Avrupa Adalet Divanı.

Avrupa Adalet Divanı (AAD), (*Court of Justice of the European Union CJEU*) 27 hâkim ve 11 hukuk sözcüsünden oluşur. Avrupa Birliği Hukukunu ilgilendiren konularda karar veren bu mahkeme 1952 yılında kurulmuştur ve Lüksemburg'da faaliyet göstermektedir.

Devletler federasyon halinde birleşmek suretiyle de yargılama haklarından kısmen fedakârlık etmektedirler. Bugün federal Devletlerde hem federasyonun hem federasyona dahil Devletlerin yargılama makamları vardır. Henüz federasyon halinde birleşmeyen Devletler dahi, yargılama birliği bakımından dış istisnalar kabulüne başlamışlardır. Türkiye'nin de 49-5456 numaralı kanunla katıldığı Avrupa Konseyi'nin statüsünde, Avrupa Devletlerini daha sıkı bir topluluk içerisinde birleştirecek bir teşkilâtın vücuda getirilmesinin elzem olduğu bildirilmektedir. Bugün Avrupa'nın üç topluluğunun ortak bir mahkemesi vardır.⁴⁹⁷

III. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Avrupa Konseyinin kurduğu Devletler üstü bir mahkemedir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine riayeti sağlamak üzere Devletler üstü bir mahkeme kurulması sözü geçen Sözleşme ile kabul edilmiştir.

IV. Uluslararası Ceza Divanı.

Uluslararası Ceza Divanı (*The International Criminal Court, ICC*) Birleşmiş Milletler tarafından Roma Statüsü ile kurmuş olan Devletler üstünde bir ceza mahkemesidir.⁴⁹⁸ Devletler bugün birçok anlaşmalar yaparak egemenliklerinden fedakârlık etmekte ve bu arada Devletlerarası mahkemelerin yargılamasını tanımaktadırlar.⁴⁹⁹

⁴⁹⁷ İlk defa 1953 yılında Batı Avrupa'nın altı Devleti kömür ve çelik konusunda egemenlik haklarından vazgeçmişler ve hepsinin üstünde bir Devlet mahiyetinde olan bir teşkilât kurmuşlardır. Kömür ve Çelik Avrupa Topluluğu adlı bu teşkilâtın "Adalet Divanı" adlı mahkemesi de vardı. Bu mahkeme 1957 yılında Atom Enerjisi Avrupa Topluluğu ile Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) kurulunca bu üçünün ortak mahkemesi olmuştur (*Tezcan/Erdem/Sancakdar: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2002).

⁴⁹⁸ *Dönmezer/Erman*, III, n. 2471; *Bouzat*, II, n. 1796. *Grebing*: La création d'une Cour pénale internationale: bilan et perspectives, RIDP 1974, s. 435. Ceza Hukuku Milletlerarası 11. Kongresi de (Budapeşte 1974), uçak kaçırılarda milletlerarası mahkeme önermiştir (RIDP 1974, s. 690). Birleşmiş Milletlerin 25 Mayıs 1993 tarih ve S/Res/827 (1993) numaralı kararı ile Bosna-Hersek de işlenmiş olan Bosna Hersek, eski Yugoslavya da harp suçları, kitle imhası ve irza geçme ile etnik temizleme suçlarının yargılanması amacıyla milletlerarası bir mahkeme kurulmuştur. Bu mahkeme halen görevini sürdürmektedir. Bunun yanı sıra gene Birleşmiş Milletlerin s/RES 955 (1994) numaralı ve 6 Kasım 1994 tarihli kararı ile Ruanda da İnsan Hakları aleyhine işlenen suçları yargılamak amacıyla bir uluslararası mahkeme kurulmuştur. Avusturya *Federal Law on Cooperation with the International Tribunals Act* adı altında bir yasa yürürlüğe koymuş, Avusturya *Federal Law on Cooperation with the International Tribunals* adlı, Birleşmiş Milletler ile Hollanda arasında da bu konuda bir ikili sözleşme imzalanmıştır (*Agreement Between U.N. and The Kingdom of the Netherlands*). 1998 yılında Roma'da imzalanan anlaşma ile de, devamlı statüde bir Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmuştur.

⁴⁹⁹ Bu yolda ilk adım 1937 de Cenevre'de kabul edilen *Tedhişçiliğin Önlenmesi Hakkındaki Sözleşmedir*. Ancak araya İkinci Dünya Harbi'nin girmesi yüzünden bu sözleşme yürürlüğe girememiş ve tasarlanan Milletlerarası Ceza Mahkemesi de kurulamamıştır. Harpten sonra Milletlerarası mahiyette olan Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri büyük harp suçularını muhakeme etmiştir.

8. § CEZA YARGILAMASI MAKAMLARI

86. a) Ceza yargılaması makamları. 87. Genel ceza yargılaması makamlarının ve kanunlarının tarihçesi. 88. Ceza yargılaması makamlarının teşkilâtı, b) Hâkimlikler. 89. c) Mahkemeler. 90. Özel ceza yargılaması makamları. 91. Yargılama makamlarındaki hâkim sayısı.

86. a) CEZA YARGILAMASI MAKAMLARI.

Ceza yargılaması makamları, diğer yargılama makamları gibi (No. 70), 1) *Hâkimlik*, 2) *Mahkeme* olmak üzere iki çeşittir. *Mahkeme*, ceza muhakemesinde kaide olarak kovuşturma evresinde ve bilhassa onun duruşma ve sonuç çıkarma aşamalarında yargılama görevini yapan makamdır. *Hâkimlik* ise, mahkemenin görevi dışında kalan yargılama faaliyetlerini yapmakla görevlendirilen makamdır. Hâkimliğin de başkanlık, asliye hâkimliği, sulh hâkimliği, naiplik gibi çeşitleri vardır, zira belli yargılama görevleri her hâkimlik makamına değil, bunlardan birine veya bazalarına verilmiştir.

Hâkimlik ve mahkeme makamları genellikle birbirine karıştırılmaktadır (No. 505, 516). Hatta mahkeme yerine “yargıçlık” yani “hâkimlik” diyenler de vardır. Hâkimlik makamı yerine kısaltmak için o makamı işgal edenden bahsedildiği, meselâ sulh hâkimliği kararı yerine sulh hâkimi kararı denildiği vardır. Unutulmamalıdır ki görev, yetki ve karar; makamı işgal edenin değil, makamındır.

Hâkimlik ve mahkeme makamları arasındaki fark, sadece görev bakımındandır. Makamı işgal edenlerin sayısının önemi yoktur. Tek hâkimli mahkeme olduğu gibi, faraza toplu sorgu hâkimlikleri yani kurulları da olmuştur.

Eskiden, mahkeme huzurunda olmayan ve ilksoruşturmaya tekabül eden bir yargılama faaliyeti bulunmadığından hâkimlik ve mahkeme arasında bir fark gözetilmiyordu. Bugün bazı yargılama faaliyetlerinin mahkemeden başka makamlarca yapılması kabul edildiğinden, hâkimlik ve mahkeme makamları ayrılığı ortaya çıkmıştır.

Bugün duruşma yapıp yargı ile asıl uyumsuzluğu doğrudan doğruya çözen makam, tek hâkimli de olsa, mahkemedir. Kovuşturma evresinde herhangi bir işlem bakımından yargılama makamının mahkeme mi, hâkimlik mi olduğunu belirlemek için, mahkemenin toplu olduğunu düşünmek lâzımdır. Mahkeme toplu olsaydı, başkan veya naip hâkimin yapacağı işlemleri, mahkeme tek hâkimli de olsa, mahkeme değil, hâkimlik yapacaktır. Toplu mahkemede kurulun yapacağı faaliyet ise, isterse mahkemeyi teşkil eden tek hâkim tarafından yapılsın, hâkimlik makamının değil, mahkeme makamının faaliyetidir.

87. GENEL CEZA YARGILAMASI MAKAMLARININ VE KANUNLARININ TARİHÇESİ.

I. Ceza muhakemesi makamlarının tarihçesi.

Kazaskerlik (kadıaskerlik) makamı⁵⁰⁰ istisna edilirse, denilebilir ki, Tanzimat’a kadar genel ceza yargılaması ve makamı tek hâkimli şer’iye mahkemeleri idi. Şer’î mahkemelerde hukuk ve ceza ayrımı yoktu.

Tanzimat’ın ilânından sonra, şer’iye mahkemelerinin yanında yer alan nizamiye mahkemeleri kuruldu. İlk nizamiye mahkemeleri Ticaret Mahkemeleri olup İstanbul’da 1840, vilâyetlerde 1847 de kurulmuşlardır. Nizamiye mahkemelerinin Ceza ve Hukuk kısımları ilk önce tecrübe mahiyetinde Tuna vilâyetinde 1864 de kurulmuş, 1865 de bütün memlekete teşmil edilmiştir. Ceza bakımından teşkilât şöyle idi: Kaza merkezlerinde (Dâva Meclisi), sancak merkezinde (Meclis-i Cinayet), vilâyet merkezinde (Meclis-i Kebir-i Cinayet) vardı. Bu mahkemeler, adlarındaki meclis tabirinden de anlaşıldığı üzere, toplu hâkim esasına göre kurulmuşlardı. Başkan kadı, yani şer’î mahkemenin hâkimi idi. Üye olarak Devlet tarafından tayin edilenler ve halk tarafından seçilenler vardı. Temyiz Mahkemesi

⁵⁰⁰ Eski Müslüman Türk Devletlerinde ve daha sonra Selçuklularda ve Osmanlılarda şer’î Hukuk yanında, Türk Devlet telâkkisinin tesiriyle hükümdarın idaresine dayanarak şeriatın şumulüne girmeyen sahalarda koyduğu normlardan meydana gelen ve Örf de denilen bir Devlet Hukuku meydana çıkmıştır. Kadıların şer’î mahkemeleri yanında yer alan yargı mahkemeleri, laik olan bu Örf Hukukuna göre yargıydı. Bu mahkemelere Anadolu Selçukluları ve Osmanlılar kazaskerlik adını vermişlerdir. Tafsilât için *İnancık (Halil)*: Osmanlı Hukukuna Giriş: Örfi-Sultanî Hukuk ve Fatih’in Kanunları SBFM., 1958, 102.

görevini yapmak üzere “Meclis-i Ahkâm-ı Adliye” yerine, 1868 de “Divan-ı Ahkâm-ı Adliye” kurulmuştur.⁵⁰¹ 1870 de “Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nizamnamesi” kuruluş ve görev bakımından değişiklikler yapmıştır. İstanbul’daki nizamî mahkemeler teşkilâtına 1870 de yeni bir şekil verilmiş, bu teşkilât da 1871 de tâdil edilmiştir. 1871 sonlarında yayınlanan “Mehâkim -i Nizamiye Hakkında Nizamname”, nizamiye mahkemelerini iki dereceli olarak belirlemiştir. Nihayet 1879 da “Mehâkim -i Nizamiyenin Teşkilâtına Dair Kanun” kabul edilmiş ve bu kanun memleketimizi uzun zaman idare etmiştir.

1879 Teşkilât Kanununun Temyiz Mahkemesi faslı 1885 de genişletilmiştir. İkinci Meşrutiyetten sonra kabul edilen 1907 tarihli bir kanun vilâyetlerin adli teşkilâtını tâdil etmiştir. 1913 de “Sulh Hâkimlikleri Hakkında Kanun” sulh hâkimliklerini tesis eylemiştir. Bu kanun da çeşitli tâdiller gördükten sonra 2005 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Yine 1913 de Edirne vilâyetine ait mahkeme teşkilâtı tecrübe için değiştirilmiş, tek hâkim sistemi kabul olunmuştur. Altı ay sonra kabul olunan bir diğer kanun ile tâdile uğrayan bu Kanun hükümlerinin diğer mahallerde de tatbiki hususunda aynı yıl çıkarılan bir diğer kanunla Adliye Nazırına yetki verilmiştir.

Teşkilât kanunları Büyük Millet Meclisi tarafından da müteaddit defalar tâdil edilmiştir. 1924 yılında (1340) bazı mahallerde toplu hâkim teşkilâtı iade edilmiş, bazı istinaf mahkemeleri ilga olunmuştur. Yine aynı yıl içinde, eski Teşkilât Kanununu tamamen kaldırmamakla beraber, yeni bir Mahkemeler Teşkilâtı Kanunu (MTK) sayılabilecek bir kanun (1340-469) çıkarılmış ve bu kanunla şer’iye mahkemeleri ile istinaf mahkemeleri ilga edilmiştir. Teşkilât kanunlarını ve özellikle 1340-469 numaralı kanunu değiştiren kanunlar arasında 26-825 numaralı olup Yürürlük Kanunu diyeceğimiz Ceza Kanununun Mevki-i Mer’iyete Vaz’ına Dair Kanun da vardır. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMUK) diyeceğimiz mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun kabul tarihi olan 1929’dan beri, teşkilatta esaslı bir değişiklik yapılmamıştır.⁵⁰²

Genel olan hâkimlikler ya sulh hâkimliği, asliye hâkimliği, ağır ceza başkanlığı, naip hâkimlik gibi bir mahkemeye mensup hâkimler tarafından işgal edilen ve mahkeme kuruluşu ile sıkı sıkıya ilgili olan ve ondan ayrılamayan, ayrı tayin gerektirmeyen makamlar yahut sorgu hâkimliği gibi, mahkeme yanında olmakla beraber ondan ayrılabilen bir makamdır.⁵⁰³ 2005 yılında, *Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun* yürürlüğe girmiştir.

II. Ceza muhakemesi kanunlarımızın tarihçesi.

Bizde ceza muhakemesini düzenleyen ilk kanun, 1879 (1296) tarihli “Usul-ü Muhakemeatı Cezaiye Kanun-u Muvakkatı”dır.⁵⁰⁴ 1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Kanununun tercümesi ve kısmen

⁵⁰¹ Tafsilât için bkz. *Seçkin (Recâi): Yargıtay, Tarihçesi, Kuruluş ve İşleyişi* Ankara, 1967. Aynı görevi daha önce, müstakil olmasa da “Meclis-i Ahkâm-ı Adliye” yaptığundan (*İnal: Osmanlı Devrinde Son Sadrazamlar*, c. I, s. 319 daki tezkere) Yargıtayın kuruluşu daha geriye götürülebilir.

⁵⁰² *Kunter*, 25 Cumhuriyet Yılıın Ceza Tarihçesi İstanbul Barosu Dergisi, 1948, Sayı 10.

⁵⁰³ Anayasanın sadece mahkeme makamlarını göz önünde tutması karşısında, mahkemelere tanınan haklardan meselâ dolayısı ile iptal dâvası açma hakkından mahrum etmemek için, sorgu hâkimliğini, yanında bulunduğu mahkemenin, ayrılabilen de olsa parçası sayarak mahkeme tâbiri içine sokmak hiç de hatalı olmayacaktır.

⁵⁰⁴ 1862 (1278) de “Meclis-i Valâ-yı Ahkâm-ı Adliye” kurulurken bu Meclisin Muhakemat dairesinin cinayetler hakkındaki görevlerinin hazırlanmak üzere olan “Muhakemat-ı Cezaiye Kanunnamesi”nde yazılacağı, o zamana kadar eski usulde devam edileceği geçici madde ile belirtilmişti. 1864 ve 1865’de nizamiye muhakemelerinin ceza bölümü kurulurken de elde bir kanun yoktu. 1868 de Meclis-i Valâ lâgvedilmiş ve Şûrayı Devlet ile Divan-ı Ahkâm-ı Adliye kurulmuştur. Divan-ı Ahkâm-ı Adliyenin 1876 (1286) tarihli Dahilî Nizamnamesinin üçüncü faslında, muhakemeye ait lâik hükümlere rastlanmaktadır. Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Heyet-i Umumiyesi, 1870 (1286) tarihinde, “mevaddi cürmiyenin muhakemat ve teferruatına dair nizamata mahsusa”nın hazırlanmak üzere olduğunu ve bunun zaman istediğini belirterek, “talimatı muvakkate” olmak üzere bazı “tenbihat ve vesaya”da bulunmuştur. Bu geçici talimat mahiyetindeki hükümlerle, mevcut kaideler bir araya getirilmiş, âdeta yeni bir kanunun çekirdeği hazırlanmıştır. (Bu talimat hakkında tafsilât için bk. *Antopulos (Kostaki): Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye, Medrese-i Hukuk*, sayı 49, 31 Kânunuevvel 1327, s. 7). Bu talimattan sonra, yine 1870 (1286) yılında “Dersaadet ve Mülhakatı İdare-i Zabta ve Mülkiye ve Mehâkim Nizamnamesi”nin dördüncü faslında ve 1871 (1288) de neşrolunan “Mehâkim -i Nizamiye Nizamnamesi” ile “Dersaadet Hukuk-u Âdiye ve Cezaiye Nizamnamesi”nde de muhakemeye ait dağınık hükümlere rastlanmaktadır. Sait Paşa’nın Adliye Nazırlığı zamanında Kanun hazırlanmış, ilk önce Edirne vilâyetinde tecrübe mahiyetinde tatbik olunmuş, bazı yanlışlıkları düzelttikten sonra 25 Haziran 1879 (5 Recep 1296) tarihinde, bütün

tâdili suretiyle meydana getirilmiş olan bu kanun, yürürlükte kaldığı 50 yıl içinde gerek doğrudan doğruya gerek başka kanunlarla pek çok defa tâdil görmüştür.⁵⁰⁵

İkinci kanun, 1929 tarihli ve “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu” adlı olup 1877 tarihli, fakat 1926’da son bir tâdil görmüş olan Alman Ceza Muhakemesi Kanunu⁵⁰⁶ örnek tutularak hazırlanmıştır. Bu kanun, Alman Kanununun esaslarını muhafaza etmiştir. Ancak teşkilatımıza uymayan maddeleri terkedildiğinden kanunumuz, mehzazının aynı olmaktan çok uzaktır. Bu kanun da 1929’dan yürürlükten kaldırıldığı 2005 yılına kadar çok defa doğrudan doğruya tâdil edilmiştir.

Kanunda en önemli değişikliklerden biri 1936 da yapılmış, 116 madde değiştirilmiş, 6 madde ilga olunmuştur. Bu tâdillerin başında karar hâkimliklerinin kaldırılması vardır. 1936 tâdilleri ile kanunumuz, bilhassa teminat azalması bakımından mehaz kanundan hayli ayrılmıştır. Bakanlık 1966 yılında da oldukça esaslı bir değişiklik tasarısı hazırlamıştı. Özellikle ilksoruşturmanın kaldırılması aleyhindeki tenkitler⁵⁰⁷ haklı bulunarak tasarı geri alındı. 1972 de hazırlanan yeni bir değişiklik tasarısı⁵⁰⁸ 1973 de kanunlaştı.⁵⁰⁹ Bu kanunda 50 madde değişti, 9 madde eklendi, fakat ilksoruşturma kurtulmuştu. Bunu 1997, 1981 ve 1983 değişiklikleri takip etti. 1985 değişikliği ise ani esen bir fırtına gibi 35 maddeyi kısmen veya tamamen ilga ederek ilksoruşturmayı söktüp görürürken 80 maddeyi de değiştirdi ve 1 madde eklendi. Nihayet 1992 yılında 3842 sayılı kanunla yapılan değişiklikler, demokratikleşme paketinin bir parçası idi. Bu değişiklikler için, kanunu Anayasa değişikliklerine uydurmak gibi haklı nedenlerle hareket edildiği olmuştur. Fakat çoğunlukla uygulama esas tutulmuştur. Bunda da çok defa, hatalı olan uygulama düzeltilen yerde kanun değiştirilerek prensiplerden fedakârlık edilmiştir. Bu değişiklikler kanunun sistemini bozmuş, 1929 Kanununu âdeta tanınmaz hale getirmiştir.

Dolayısı ile tâdiller de olmuştur. Meselâ Ceza Kanununu 1953 de değiştiren kanunla Ceza Muhakemesi Kanunu da tâdil edilmiştir. Ticaret Kanununu yürürlüğe koyan kanun ile de bazı maddeler değiştirilmiştir. Anayasa, Ceza Muhakemesi Kanununu değiştirmiştir. Maddelerin tâdili veya ilgası şeklinde olmasa da *Meşhut Suçların Muhakemesi Kanunu* gibi özel kanunlar da değişiklikler yapmıştır.

III. Ceza Muhakemesi Kanunu ve yapılan değişiklikler.

memlekete şâmil olmak üzere Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-u Muvakkatı adı altında yeniden neşir ve ilân edilmiştir (Düster I. tertip, c. 4, s. 131).

⁵⁰⁵ İlk önce “istintak daireleri” kısmı iyi işlemediğinden “müstantiklerin bazı kararlarının tasdik ile tekemmül edeceği” hakkında 1885 (1301) de bir ilâve yapılmıştır. Esaslı tâdillerden biri 1910 (1326) tarihinde yapılmak istenilmiştir. Bu tâdil tasarısının gerekçesinde, yeni bir kanuna lüzum olduğu, fakat bunu hazırlamanın zamana mütevakıf bulunduğu söylenerek tâdil ile yetinilmiş, fakat nedense bu tasarı kanunlaşmamıştır. 1914 (1330) yılındaki bir tâdilde, müddeiumumisi bulunmayan kaza bidayet mahkemelerinde müddeiumumilik vazifesinin mahkeme başkâtipleri tarafından ifa edilebilmesi kabul olunmuştur. Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanununda asıl büyük değişiklik Büyük Millet Meclisi tarafından yapılmıştır. 1924 (1340) da şer’iye mahkemeleri lâğvedilmiş, istinaf mahkemeleri kaldırılmıştır. Yine aynı yıl içinde “Tesri-i Muhakemat Kanunu” neşredilmiştir. “Mahkeme-i Temyiz Teşkilâtı”nın tevsiine dair 1926 yılında kabul edilen kanun Başmüddeiumumiye itiraz etme ve karar tashihi isteme yetkilerini vermiştir. Bu arada yeni baştan kanun hazırlama faaliyetine 1923 de başlanmış bulunuyordu. Bu konuda müteaddit komisyonlar faaliyete geçmiş, fakat hepsi yarıda kalmıştır. Nihayet *Mahmut Esat Bozkurt*’un Adalet Bakanlığı sırasında yeni bir komisyon kurulmuştur. Başkanı *Prof. Tahir Taner* olan bu komisyon evvelâ 1913 tarihli İtalyan Kanunu üzerinde durmuşsa da 1877 tarihli olup 1926 da son bir tâdil görmüş olan Alman Kanununun daha sade olduğunu, daha çabuk muhakeme yapılmasını mümkün kıldığını göreyerek, Bakanlığın da tensibi ile, bu kanunu esas tutmuştur. Komisyonun lâyihası 1928 de Adalet Bakanlığına sunulmuştur. İstanbul Komisyonunun “Esbabı Mucibesi”, Adalet Bakanlığı tarafından 1937 de, “Müzekkere Zabıtları” İstanbul Üniversitesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü tarafından 1953 yılında neşredilmiştir. Ankara’da kurulan ikinci bir komisyon lâyihada bazı tâdiller yapmış ve kanun 4/4/1928 de kabul edilmiştir. Tafsîlât için Bk. *Kunter*: 25 Cumhuriyet yılının ceza tarihçesi, İBM, 1948, X, s. 539.

⁵⁰⁶ Mehaz kanun diye adlandırılan bu kanun pek çok değişiklikler görmüştür ve görmektedir. Değişikliklerin çoğu bir arada 1965 ve 1975 yılı başında yürürlüğe girmiştir. 1965 ve 1975 reformu dediğimizde bu tarihlerde yürürlüğe giren çeşitli kanunları kast ediyoruz. Alman Kanununun 1979 başındaki metni, Dr. Feridun *Yenisey* tarafından Türkçeye çevrilmiş ve Adalet Bakanlığınca yayımlanmıştır (Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Muhakemesi Kanunu - Strafprozessordnung, Ankara, 1979). Mehaz Kanununun 1994 yılındaki şekli için Bkz. *İçel ve Yenisey*, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 4. Bası, İstanbul 1994, sh. 1256 vd. Mehaz Kanunda en son köklü değişiklik 2021 yılında yapılmıştır.

⁵⁰⁷ İstanbul Üniversitesi’nin I ve II numaralı Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Kürsüleri öğretim üyelerinin bu öntasarı hakkındaki müşterek raporu İstanbul Üniversitesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü tarafından 1966 yılında neşredilmiştir

⁵⁰⁸ *Kunter*: Ceza Muhakemesi Kanununun Değiştirilmesi Tasarısı Hakkında Düşünceler, İstanbul, 1972.

⁵⁰⁹ *Kunter*: Ceza Muhakemesi Yazılı Hukukumuzda önemli değişiklikler, İstanbul, 1973.

1. Hazırlık çalışmaları.

Yeni bir kanun hazırlama çalışmalarına ilk defa 1946 da başlanmış, fakat bakan değişince arkası gelmemiştir. Daha sonra 1951 de bir tasarı hazırlanarak Meclise sunulmuştur. Adalet Komisyonundan geçerek Genel Kurula kadar gelmesine rağmen, seçimlerin yenilenmesine karar verilince hükümsüz kalmıştır. Ondan sonra hep değişiklik kanunları çıkarılmıştır, 1997 yılında Dönmezer Başkanlığında kurulan komisyonun hazırladığı tasarı yeni bir ceza muhakemesi kanunu doğurmuştur. 2004.5271 numaralı *Ceza Muhakemesi Kanunu*. Bu Kanun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

2. Ceza muhakemesi Kanununda yapılan değişiklikler.

Ekk

88. b) HÂKİMLİKLER.

I. Mahkeme başkanlığı.

Mahkeme başkanlarının verdikleri kararlar hakimlik makamı kararı sayılır (No. ??).

II. Sulh ceza hakimliği.

1. Sulh ceza hakimliğinin kuruluşu.

aa

2. Sulh ceza hakimliğinin soruşturma evresindeki görevleri.

aa

3. Sulh ceza hakimliklerinin diğer görevleri.

a) Trafik mahkemeleri.

Trafik suçlarında KTK'da yapılan değişikliklerle sulh ceza mahkemesinin görevine giren hafif hapis cezaları kaldırıldığından bu mahkemeler kanunda kalmış fakat içi boşaltılmıştır.⁵¹⁰ Fakat sürücü belgesinin geri alınması kararını bugün sulh ceza mahkemelerinin vermesi gerektiği kabul edilmektedir. Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 16.04.2007 tarihli kararına göre (E. 2006/13754, K. 2007/2674) "2918 sayılı Kanunun 112. maddesi gereğince sürücü belgesinin sulh ceza mahkemesi tarafından geri alınması gerektiği gözetilmelidir."

b) Kabahatlerdeki görevler.

KK

II. İnfaz hakimliği.

89. c) MAHKEMELER.

I. İlk mahkemeler.

Asıl ceza dâvalarına ilk defa baktıkları için *ilk mahkemeler* de denilebilecek olan *olay mahkemelerini*, *Adli Yargı Mahkemeleri Kanunu* (5235 sK) tarafından iki basamaklı⁵¹¹ olarak kurulmuştur: asliye ceza, ağır ceza mahkemeleri ve özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemeler (AdYMK 8). Ceza mahkemelerinin yargı çevresi, buldukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idari sınırlarıdır (AdYMK 15/1).

⁵¹⁰ Bu iki halin dışında kaldığı için büyük çoğunluğu oluşturan suçlardaki idarî para cezalarını içeren ceza karnamesi niteliğindeki ceza tutanakları kesindir. Cezalı hiçbir mahkemeye gidemez. Haklı da haksız da olsa verilen cezayı ödemek zorundadır. Ya derhal sözle bildirme üzerine makbuz karşılığı öder, yahut, derhal ödemezse, düzenlenecek ceza tutanağı üzerine 10 gün içinde öder. Ödemezse ceza iki katına, ikinci 10 gün içinde de ödemezse üç katına çıkar. Meselâ yüzbin lira iken üçyüzbin lira olduktan sonra maliyece kamu alacakları hakkındaki 1958-6183 numaralı kanuna göre zorla tahsil edilir (KTK "1988-3493" 114, 115). Yargılamasız kesin ceza verilmesi, verilen ceza idarî de olsa, muhakeme hukuku esaslarına ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine aykırıdır.

⁵¹¹ Basamak kavramı bizde çok defa derece ile karıştırılmaktadır. Başka hâkimin aynı işe tekrar bakması demek olan "derece" söz konusu olmadığından meselâ CMK 14 de "aynı derecede" yerine "aynı basamakta (veya düzeyde)" denilmelidir.

1. (Mülga) Sulh ceza mahkemesi.

Sulh ceza mahkemeleri kaldırılmıştır. Bu mahkemeler alt basamaktaki tek hâkimli mahkeme idi. Kaide olarak her ilçede vardı. Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi⁵¹² içinde idi (2004-5235 m.10). Kabahatlerin Yeni Türk Ceza Kanunu'na alınmaması nedeniyle de sulh ceza mahkemelerinin bunlara ilişkin görevleri de⁵¹³ sona ermiş ve Kabahatler Kanunu (KK; 2005-5326) uyarınca, kabahati düzenleyen kanunun gösterdiği idari makama geçmişti.⁵¹⁴

2. Asliye ceza mahkemesi.

a) Kuruluş.

Asliye Ceza Mahkemesi (AsCM), genel yetkilidir. Sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere tek hâkimli mahkemelerinde bakılır (AdYMK 11).⁵¹⁵

Asliye mahkemeleri her ilçede mevcuttur (AdYMK 15/1). İcap eden yerlerde asliye mahkemeleri birden fazla dairelere bölünür. Bu daireler arasında “görev itibariyle yetki” bölüşülmesi yapılabilir. Bunların içinde ceza işlerine bakanlar da birden fazla olabilir. Fakat bu hal orada birden fazla asliye ceza mahkemesinin bulunması demek değildir. Asliye mahkemesi tektir, sadece daireler birden fazladır. Onun içindir ki birden fazla asliye mahkemesi varmış gibi bir mânâ ifade eden “İstanbul Birinci Asliye Ceza Mahkemesi” yerine, İstanbul Asliye Birinci Ceza Mahkemesi” denilmelidir. En doğrusu, “İstanbul Asliye Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi” denilmesidir.

Her ilçede bir asliye mahkemesinin bulunmasının, birden fazla olanların daire olmasının önemi, özellikle, muhakemenin nakli ve hâkimin reddi bahislerinde kendisini göstermektedir.

b) Görev.

Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır (AdYMK 11).

c) Kaçakçılık suçlarında görev.

2007-5607 numaralı kanunun 17 inci maddesinin 2 inci fıkrası, kaçakçılık suçlarının Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine HSK'nca belirlenen *asliye ceza mahkemelerinde*, kaçakçılık suçlarıyla bağlantılı olarak işlenen resmî belgede sahtecilik suçunun *ağır ceza mahkemelerinde* görülmesini amirdir.

3. Ağır ceza mahkemesi.

⁵¹² Mülga Meşhut Suçların Muhakemesi Hakkındaki 1936-3005 numaralı Kanunda (m. 15) bu konuda hüküm vardı: “Sulh mahkemelerinin göreceği meşhut suçların muhakemesi, sulh hâkim i bulunmadığı zaman asliye mahkemesinde görülebileceği gibi, asliye mahkemesinin çalışmadığı zamanlarda bu mahkemeye aid işler sulh hâkimi tarafından da görülebilir.” Sulh mahkemelerinin görevi düzenleyen mülga 1926.825 sayılı Ceza Kanununun Mevkii Mer'iyetine Vaz'ına Müteallik Kanunun 25, 26, 27, 28 ve 29'uncu maddeleri 2004-5235 numaralı Kanunun 54 üncü maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵¹³ Bunlar sözü geçen maddenin 2 inci bendinde sayılmış olup mülga TCK 538, 553/1, 557, 559 ve 577 de yazılı kabahatlerdir.

⁵¹⁴ Ancak, “idari yaptırım kararına karşı başvuru yolu” bakımından, “diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde” (KK “2006-5560” 3/1-a), sulh ceza mahkemesi yetkili kılınmıştır: idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, tebliğ tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, “sulh ceza mahkemesine” başvuru yolu vardı (KK 27/1). Mahkemenin verdiği son karara karşı “ağır ceza mahkemesine” *itiraz* edilebiliyordu (KK 29/1).

⁵¹⁵ Asliye Ceza Mahkemesi, Mülga Yürürlük Kanununa göre bir başkan ve iki üyeden oluşurdu. 1927-952 numaralı Kanunla yapılan değişiklikte, ağır ceza işlerine bakan asliye mahkemelerinin yani ağır ceza mahkemelerinin üç kişiden oluşacağı açıklanmakla, ağır cezalı olmayan işlere bakan asliye mahkemelerinin tek hâkimli olabileceği zimnen kabul edilmişti. Adalet Bakanlığı önce 1933 de İstanbul müstesna olmak üzere asliye ceza mahkemelerini tek hâkimli yaptı. 1939 da bu sistem İstanbul mahkemelerinde de uygulandı. 1960 da İstanbul ve Ankara'da bazı asliye ceza mahkemeleri toplu hale getirildi. 1969 da tekrar tek hâkime döndü. 5235 sayılı AdYMK'nun 9. maddesine göre, asliye ceza mahkemeleri tek hâkimlidir.

Adli Yargı Mahkemeleri Kanunu 2005 yılında ilk yürürlüğe girdiği sırada, ağır ceza mahkemesinin görevi⁵¹⁶ şöyle idi: “*Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir*” (AdYMK 12).

Daha sonra madde iki defa değiştirildi. Karışık görev kriterleri uygulandı ve hem sayma yöntemi hem de cezanın ağırlığı ölçütü ile görev şöyle belirlendi: “*Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikap (m. 250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflas (m. 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmak ağır ceza mahkemeleri görevlidir*” (AdYMK “2005-5348” 12).

Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur (AdYMK 14). Suçun vehamet derecesine göre, farklı ceza tespit edilmişse, en vahim hal varmış addolunur ve onun cezası esas tutulur. Bir suçun cezasında indirme veya artırma yapılmasını gerektiren sebepler yetki tayininde nazara alınmamalıdır.

Kanunun bu düzenlemesi, yurt dışında işlenen suçlarda “soruşturma koşulu olan cezanın hesaplanması konusundaki, Türk Ceza Kanunu’nun 15’nci maddesindeki kural ile ters düşmektedir. Burada, “*miktarının soruşturma koşulu oluşturduğu hallerde ceza, soruşturma evresinde ileri sürülen kanuni ağırlaştırıcı nedenlerin aşağı sınırı ve kanuni hafifletici sebeplerin yukarı sınırı gözönünde bulundurulur*” hesaplanmaktadır.

Madde yönünden yetki bakımından asliye mahkemelerine göre yüksek sayılan ve dolayısı ile üçüncü basamakta yer alan ağır ceza mahkemesinin de birden fazla dairesi bulunabilir.

4. Ağır ceza mahkemesinin özel yetkili daireleri.

İhtisaslaşma⁵¹⁷ bakış açısı ile, bazı suçların belli mahkemelerde toplanması uygulaması yapılmaktadır.

a) Terör ve örgütlü suç mahkemeleri.

i) Yürürlükte olan mevzuat.

Ceza Muhakemesi Kanununun 161’nci ?? maddesinde sayılan örgüt suçları, yargı çevresi birden çok ili kapsayan ağır ceza mahkemelerinde görülür. Bu mahkemelerin yapısı ve görevleri terör suçları ve örgütlü suçların muhakemesi bahsinde ele alınmıştır (No, ??).

ii) Mülga Devlet Güvenlik Mahkemeleri.

Devlet güvenlik mahkemeleri (YAZ sh. 178-181)

b) Bankacılık suçları mahkemeleri.

⁵¹⁶ Mülga CMUK na göre ağırceza mahkemesinin görevi şöyle idi: Ölüm, ağır hapis ve on seneden fazla hapis cezasını gerektiren cürümlere karşı dâvaların sonsoruşturmasında yargılama görevi Ağır ceza mahkemesinindi (CMUK 421). Ağır ceza mahkemesinin görevini tâyinde esas tutulan ceza, yukarı haddeki ceza idi. Eğer suçun vehamet derecesine göre farklı ceza tesbit edilmiş ve vehamet derecesinin takdiri mahkemeye bırakılmışsa en vahim hal varmış addolunacak, onun cezası esas tutulacaktı. Madde itibariyle yetkiyi tâyinde, başlı başına bir varlığı olan ve cezası başlı başına tâyin edilmiş olan *mevsuf suçlar*’da bu suçun cezasına bakıyordu. Basit olsun mevsuf olsun, bağımsız nitelikte bir suçun cezasında belli bir nisbette indirme veya artırma yapılmasını gerektiren hafifletici ve ağırlatıcı sebepler, ağır ceza mahkemesinin yetkisini tâyinde nazara alınmazdı.

⁵¹⁷ Eskiden uygulamada *döviz mahkemesi* adi altında bir mahkeme yoktu. Sadece Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanununa giren suçlara ait dâvalara bakacak özel mahkemeler vardı. Bunlar Adalet ve Maliye Bakanlıklarınca birlikte tayin ve ilân olunmakta idi (TPKKK mülga 2008-5827 4/1). Sözü geçen Bakanlıklara yetki verilmesi (TPKK 4) bizce, mahkemelerin yargılama çevrelerinin değiştirilmesini Yüksek Hâkimler Kurulunun uygun görmesine bağlı tutan 61 Anayasasının 144’üncü maddesine aykırı idi. Anayasa Mahkemesi, esasen mevcut genel mahkemeler arasında seçim yapıldığı, *ihtisaslaşmanın isabetli karar vermek için faydalı olduğu gerekçeleri* ile bu mahkemelerin olağanüstü olmadığı ve dolayısı ile sözü geçen dördüncü maddenin Anayasasının 32’nci maddesine aykırı düşmediği sonucuna varmış ve maddeyi iptal etmemişti (Any M: 28/3/63, RG 18/10/63). Anayasa Mahkemesi 10/12/63 tarihli kararında da (RG 21/2/64) bu maddeyi Anayasasının 144 ncü maddesine aykırı bulmamıştır. 1982 Anayasasından sonraki çevre değişikliklerinin HSYK kararına bağlı olduğunda (AY 159/3, HSYK 4) tereddüt yoktu.

2005-5411 sayılı Bankacılık Kanununun 164 ncü maddesi ile, bankacılık suçlarının 1 numaralı ağır ceza mahkemelerinde görülmesi kabul edilmiştir.

c) Basın mahkemeleri.

Basın mahkemeleri asliye ceza ve ağır ceza olarak iki çeşitlidir. Özel kanunlarda aksine bir kural bulunmadığı için genel mahkemelerde görülecek suçlardan olup da Basın Kanunu'nda yazılı olan veya basın yolu ile işlenmiş bulunan suçlardan ağır cezalı olan veya basın yolu ile işlenmiş bulunan suçlardan ağır ceza Mahkemesinde, Asliye Ceza Mahkemesinde yargılanır (5187 sayılı BasK m. 27). Bir yerde birden fazla ağır ceza veya asliye ceza mahkemesi varsa⁵¹⁸ iki numaralı mahkemede bakılır (BasK. 2004-5187 27). (Mülga Basın Kanunu'na göre, görevi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu belirliyordu; "1983-2950" numaralı Kanunla değişik m. 36/2).

II. Bölge Adliye Mahkemeleri.

Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun (2004-5235; AdYMK) 25 ve devamı maddeleri ile kurulması öngörülen "Bölge Adliye Mahkemeleri", istinaf mahkemesi olarak görev yapacaklardır. *Kanımızca*, istinaf mahkemesi, maddî meseleyi inceleyen bir esas mahkemesi olduğu için, suçun işlendiği yere ve ilkmuhakemenin yapıldığı mahkemeye yakın bir yerde kurulmalıdır. Temyizde olduğunun aksine, merkezî bir yerde tek mahkeme şeklinde kurulması istinafin mahiyetine aykırıdır.

1. Bölge Adliye Mahkemelerinin kuruluşu.

a) Yasal düzenleme.

Bölge Adliye Mahkemeleri 2004-5235 numaralı kanun (AdYMK) ile düzenlenmiştir. Bölge mahkemesi özelliği taşıyan ve aslında "istinaf mahkemesi" adı verilmesi gereken bu mahkemeler, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alındıktan sonra, Adalet Bakanlığı'na kurulacaktır (AdYMK 25). Ağustos 2010 itibariyle hakimlerin görevlendirilmesi beklenmektedir. Bölge Adliye Mahkemesinin Hukuk ve Ceza Daireleri olacaktır.

Ceza Daireleri, a) adli yargı ilk derece ceza mahkemelerince verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı yapılabilecek başvuruları inceleyebilecek; b) yetki ve görev uyumsuzluklarını çözecek; ve c) davanın nakline karar verecektir (AdYMK 37).

Bu mahkemelerin, Kanunun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren iki yıl içinde kurulması öngörülmüştü (AdYMK Geçici Madde 2). Kanunda öngörülen kuruluş şöyledir:

Bölge adliye mahkemeleri, bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen yerlerde, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak, Adalet Bakanlığınca kurulur (AdYMK 25). Bölge adliye mahkemelerinin yargı çevrelerinin belirlenmesine, değiştirilmesine veya bu mahkemelerin kaldırılmasına Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir. Alınan kararlar, Resmî Gazetede yayımlanır.

b) Mahkemenin kuruluşu.

Bölge adliye mahkemeleri, başkanlık, başkanlar kurulu, daireler, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı, bölge adliye mahkemesi adalet komisyonu ve müdürlüklerden oluşur (AdYMK 26).

Her bölge adliye mahkemesinde bir başkan bulunur. Başkanlık, başkan ile yazı işleri müdürlüğünden oluşur (AdYMK 27).

Bölge adliye mahkemesi başkanlar kurulu, bölge adliye mahkemesi başkanı ile daire başkanlarından oluşur (AdYMK 28/1). Bölge adliye mahkemesi başkanının bulunmadığı hâllerde kurulun başkanlığını daire başkalarından kıdemli olanı yerine getirir. Daire başkanının mazereti hâlinde, o dairenin kıdemli üyesi kurula katılır.

⁵¹⁸ Mülga Kanunda birden fazla mahkemeden söz edilmesi sisteme uymamakta idi. Bunlar orada tek olan asliye veya ağır ceza mahkemesinin daireleri olarak kabul edilmelidir. Nitekim Yeni Basın Kanunu birden fazla daireden söz etmektedir.

Bölge adliye mahkemeleri, hukuk ve ceza dairelerinden oluşur. Her bölge adliye mahkemesinde en az üç hukuk ve en az iki ceza dairesi bulunur. Gerekli hâllerde dairenin sayısı, Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca artırılıp azaltılabilir (AdYMK 29). Dairelerde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur.

c) Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı.

Her bölge adliye mahkemesinde bir Cumhuriyet başsavcılığı bulunur. Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı, Cumhuriyet başsavcısı ve yeteri kadar Cumhuriyet savcısından oluşur (AdYMK 30). En kıdemli Cumhuriyet savcısı, Cumhuriyet başsavcıvekili olarak görev yapar.

ç) Bölge adliye mahkemesi adalet komisyonu.

Her bölge adliye mahkemesinde bir bölge adliye mahkemesi adalet komisyonu bulunur (AdYMK 31). Komisyon, bölge adliye mahkemesi başkanının başkanlığında, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca daire başkanları arasından belirlenen bir asıl üye ile bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcısından oluşur. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ayrıca daire başkan veya üyeleri arasından bir yedek üye belirler. Başkanın yokluğunda en kıdemli daire başkanı, Cumhuriyet başsavcısının yokluğunda Cumhuriyet başsavcıvekili ve asıl üyenin yokluğunda yedek üye komisyona katılır. Komisyon eksiksiz toplanır ve çoğunlukla karar verir.

d) Müdürlükler.

Bölge adliye mahkemesi başkanlığında, dairelerinde, Cumhuriyet başsavcılığında ve adalet komisyonunda birer yazı işleri müdürlüğü, Cumhuriyet başsavcılığında ayrıca bir idarî işler müdürlüğü ile ihtiyaç duyulan diğer müdürlükler kurulur (AdYMK 32). Her müdürlükte bir müdür ile yeterli sayıda memur bulunur. Müdürlüklerde çalışanların atama, disiplin ve diğer özlük işlerinde adli yargı ilk derece mahkemelerinde görevli personelin tâbi oldukları hükümler uygulanır.

2. Bölge Adliye Mahkemelerinin Görevleri.

a) Bölge adliye mahkemelerinin görevleri.

Bölge adliye mahkemelerinin görevleri şunlardır (AdYMK 33/1):

a) Adli yargı ilk derece mahkemelerince verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı yapılacak başvuruları inceleyip karara bağlamak,

b) Adli yargı ilk derece mahkemesi olarak yargı çevresi içerisindeki adli yargı ilk derece mahkemesi hâkimleri aleyhinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre açılacak tazminat davalarına bakmak,

c) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

b) Başkanın görevleri.

Bölge adliye mahkemesi başkanının görevleri şunlardır (AdYMK 34):

a) Mahkemeyi temsil etmek,

b) Bölge adliye mahkemesi başkanlar kuruluna ve adalet komisyonuna başkanlık etmek, başkanlar kurulu ile komisyon kararlarını yürütmek,

c) Mahkemenin uyumlu, verimli ve düzenli çalışmasını sağlamak, genel yönetim işlerini yürütmek ve bu yolda uygun göreceği önlemleri almak,

ç) Bölge adliye mahkemesi memurlarını denetlemek veya denetletmek, personelden kendisine doğrudan bağlı olanlar hakkında ilgili kanunda belirtilen disiplin cezalarını uygulamak,

d) Hükme bağlanan işlerde adli yargı ilk derece mahkeme hâkim ve savcılarına verilen not fişlerini mercilerine göndermek,

e) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

c) Başkanlar kurulunun görevleri.

Başkanlar kurulu eksiksiz toplanır ve çoğunlukla karar verir. Bölge adliye mahkemesi başkanlar kurulunun görevleri şunlardır (AdYMK 35):

a) Bölge adliye mahkemesi hukuk ve ceza dairelerinin numaralarını ve aralarındaki işbölümünü belirlemek, daireler arasında çıkan iş bölümü uyuşmazlıklarını karara bağlamak,

b) Hukukî veya fiilî nedenlerle bir dairenin kendi üyeleri ile toplanamadığı hâllerde ilgisine göre diğer dairelerden kıdem ve sıraya göre üye görevlendirmek,

c) Re'sen veya bölge adliye mahkemesinin ilgili hukuk veya ceza dairesinin ya da Cumhuriyet başsavcısının, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu veya Ceza Muhakemesi Kanununa göre istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların, benzer olaylarda bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında ya da bu mahkeme ile başka bir bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında uyuşmazlık bulunması hâlinde bu uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, kendi görüşlerini de ekleyerek Yargıtay Birinci Başkanlığından istemek. Bu bende göre yapılacak istem hakkında Yargıtay Kanununun 45 inci maddesi kıyas yoluyla uygulanır.

ç) Kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek.

ç) *Hukuk dairelerinin görevleri.*

Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin görevleri şunlardır (AdYMK 36):

a) Adlî yargı ilk derece hukuk mahkemelerinden verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı yapılan başvuruları inceleyip karara bağlamak,

b) Adlî yargı ilk derece mahkemesi olarak; yargı çevresi içerisindeki adlî yargı ilk derece mahkemesi hâkimleri aleyhine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre açılan tazminat davalarına bakmak,

c) Yargı çevresi içerisinde bulunan adlî yargı ilk derece hukuk mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek,

ç) Yargı çevresindeki yetkili adlî yargı ilk derece hukuk mahkemesinin bir davaya bakmasına fiilî veya hukukî bir engel çıktığı veya iki mahkemenin yargı sınırları kapsamının belirlenmesinde tereddüt edildiği takdirde, o davanın bölge adliye mahkemesi yargı çevresi içerisinde başka bir hukuk mahkemesine nakline veya yetkili mahkemenin tayinine karar vermek,

d) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

d) *Ceza dairelerinin görevleri.*

Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin görevleri şunlardır (AdYMK 37):

a) Adlî yargı ilk derece ceza mahkemelerince verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı yapılacak başvuruları inceleyip karara bağlamak,

b) Yargı çevresi içerisinde bulunan adlî yargı ilk derece ceza mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek,

c) Yargı çevresindeki adlî yargı ilk derece ceza mahkemeleri hâkimlerinin davayı görmeye hukukî veya fiilî engellerinin çıkması hâlinde, o davanın bölge adliye mahkemesi yargı çevresi içerisinde başka bir adlî yargı ilk derece ceza mahkemesine nakli hakkında karar vermek,

ç) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

e) *Daire başkanlarının görevleri.*

Bölge adliye mahkemesi daire başkanlarının görevleri şunlardır (AdYMK 38):

a) Dairelerinde uyumlu, verimli ve düzenli bir çalışmanın gerçekleşmesini ve işlerin makul süre içinde incelenmesini ve karara bağlanmasını sağlamak, dairenin kendi kararları arasında meydana gelen farklılık ve uyumsuzlukların giderilmesi için tedbirler almak, dosya hakkında rapor hazırlayacakları tespit etmek ve kararların yazılmasını sağlamak,

b) Personelin sicil raporlarını düzenlemek, izin isteklerini düşünceleriyle birlikte adalet komisyonuna aktarmak,

c) Dairede görevli yazı işleri müdürlüğünün işleyişini denetlemek ve personel hakkında ilgili kanunda belirtilen disiplin cezalarını uygulamak,

ç) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

f) *Üyelerin görevleri.*

Bölge adliye mahkemesi üyelerinin görevleri şunlardır (AdYMK 39):

a) Daire başkanı tarafından verilen dosyaları gerekli şekilde ve zamanında inceleyerek heyete sunmak, rapor hazırlamak ve kararlarını yazmak,

b) Dairelerindeki duruşma ve müzakerelere katılmak,

c) Dairenin uyumlu, verimli ve düzenli çalışmasının sağlanmasında ve işlerin makul süre içinde incelenip karara bağlanmasında daire başkanına yardım etmek,

ç) Bu Kanun uyarınca daire başkanı tarafından verilen diğer görevleri yapmak.

g) *Toplantı ve karar nisabı.*

Her daire, bir başkan ve iki üyenin katılımıyla toplanır. Görüşmeler gizli yapılır, kararlar çoğunlukla verilir (AdYMK 46).

Hukukî veya fiilî nedenlerle bir daire toplanamazsa, başkanlar kurulunun kararıyla diğer dairelerden, bu da mümkün olmazsa, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca diğer bölge adliye mahkemelerinden yetkili olarak görevlendirilen üyelere eksiklik tamamlanır.

Daire başkanının hukukî veya fiilî nedenlerle bulunamaması halinde dairenin en kıdemli üyesi daireye başkanlık yapar.

3. *Cumhuriyet başsavcısı, savcılar ve adalet komisyonunun görevleri.*

a) *Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcısının görevleri (AdYMK 40).*

a) Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığını temsil etmek,

b) Cumhuriyet başsavcılığının verimli, uyumlu ve düzenli bir şekilde çalışmasını sağlamak,

c) Bölge adliye mahkemesinin genel yönetim işlerini yürütmek,

ç) Bölge adliye mahkemesine gelen ceza davalarına ilişkin hüküm ve kararlara ait dosyaların incelenerek yazılı düşünce ile birlikte ilgili daireye gönderilmelerini ve duruşmalara katılmayı sağlamak,

d) Ceza dairelerinin kararlarına karşı gerektiğinde kanun yollarına başvurmak,

e) Dairelerin benzer olaylarda kesin olarak verdikleri kararlar arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi için başkanlar kuruluna başvurmak,

f) Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet savcılarının ilerleme belgelerini düzenlemek,

g) Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet savcılarını üzerinde gözetim ve denetim yetkisini kullanmak,

ğ) Cumhuriyet başsavcılığı müdürlüklerini ve personelini denetlemek veya denetletmek,

h) Cumhuriyet başsavcılığında görevli personel hakkında ilgili kanunda belirtilen disiplin cezalarını uygulamak,

ı) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

b) *Cumhuriyet savcılarının görevleri.*

Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet savcılarının görevleri şunlardır (AdYMK 41):

a) Bölge adliye mahkemesine gelen ceza davalarına ilişkin hüküm ve kararlara ait dosyalardan kendilerine verilenleri inceleyerek yazı düşüncesiyle birlikte ilgili daireye göndermek ve duruşmalara katılmak,

b) Ceza daireleri kararlarına karşı gerektiğinde kanun yollarına başvurmak,

c) Cumhuriyet başsavcısının vereceği diğer görevleri yapmak,

ç) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

c) Bölge adliye mahkemesi adalet komisyonunun görevleri.

Bölge adliye mahkemesi adalet komisyonunun görevleri şunlardır (AdYMK 42):

a) Bölge adliye mahkemelerinin hâkim ve savcılarını dışında kalan personeli hakkında, kanunlarla adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonuna verilen tüm görevleri yerine getirmek,

b) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

4. Yer bakımından yetki.

Bölge adliye mahkemeleri bölgenin coğrafi durumu ve iş yoğunluğu dikkate alınarak, HSYK'nın olumlu görüşü alındıktan sonra, Adalet Bakanlığı tarafından kurulur (AdYMK 25). Bölge adliye mahkemesi istinaf ön incelemesini yaparken, istinaf edilen hükmün yer itibarıyla yetkisi dışında bulunduğunu belirlerse, yetkisizlik kararı vererek dosyayı yetkili BAM'a gönderir (CMK 279/1-a).

Bir bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi içinde bulunan mahkemeler arasındaki yetki ihtilafları CMK 17/2 uyarınca çözülür.⁵¹⁹

5. Hakimlerin nitelikleri ve atama.

a) Bölge adliye mahkemesi başkanı, daire başkanları ve üyelerin nitelikleri ve atanmaları.

Bölge adliye mahkemesi başkanı birinci sınıfta; daire başkanı birinci sınıfa ayrılmış ve Yargıtay üyeliğine seçilme hakkını yitirmemiş, daire üyeleri birinci sınıfa ayrılmış adli yargı hâkim ve savcılarını arasından Hâkimler v Savcılar Yüksek Kurulunca atanır. Bunlar, dört yıldan önce başka bir yere veya göreve atanamazlar, ancak meşru mazeretleri durumunda muvafakatleri alınarak veya haklarında yapılacak soruşturma sonunda görev yeri veya görevlerinin değiştirilmesine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilebilir (AdYMK 43).

b) Cumhuriyet başsavcısı ve savcılarının nitelikleri ve atanmaları.

Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılarını birinci sınıfa ayrılmış ve Yargıtay üyeliğine seçilme hakkını yitirmemiş; bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet savcılarını hâkimlik ve savcılık mesleğinde fiilen en az sekiz yıl görev yapmış ve üstün başarısı ile bölge adliye mahkemesinde yararlı olacağı anlaşılmış bulunan adli yargı hâkim ve savcılarını arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atanır. Bunlar, dört yıldan önce başka bir yere veya göreve atanamazlar, ancak meşru mazeretleri durumunda muvafakatleri alınarak veya haklarında yapılacak soruşturma sonunda görev yeri veya görevlerinin değiştirilmesine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilebilir (AdYMK 44).

c) İstek üzerine atama.

Yargıtay daire başkanı ve üyeleri, bu görevlerinden dolayı kazanılmış hakları ile üyelik hukukları saklı kalmak kaydıyla, istekleri üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bölge adliye mahkemesi başkanlığına, daire başkanlıklarına veya Cumhuriyet başsavcılığına atanabilirler (AdYMK 45). Bu şekilde ataması yapılanların başka bir bölge adliye mahkemesine atanmasında da aynı usul uygulanır.

Adli yargı hâkim sınıfından olan Adalet Bakanlığı yüksek müşavirleri, müsteşar yardımcıları, Teftiş Kurulu Başkanı ve genel müdürleri, bağımsız daire başkanları istekleri üzerine Hâkimler ve Savcılar

⁵¹⁹ Öztürk 2009, 578.

Yüksek Kurulunca bölge adliye mahkemesi başkanlığına, daire başkanlıklarına veya Cumhuriyet başsavcılığına atanabilirler.

6. Bölge adliye mahkemesi hakimleri hakkında soruşturma ve kovuşturma usulü.

Bölge adliye mahkemesi başkanı, daire başkanları, üyeleri, Cumhuriyet başsavcısı ve Cumhuriyet savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları ile şahsî suçlarından, sıfat ve görevleri gereklerine uymayan tutum ve davranışlarından dolayı haklarında yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda özel kanunlarında yazılı hükümler uygulanır (AdYMK 47).

Şu kadar ki, bunların görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar nedeniyle soruşturma ve kovuşturma mercii olarak kanunda yazılı ağır ceza mahkemesi ile bu mahkeme nezdindeki Cumhuriyet başsavcısına verilen görevler, en yakın bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin suç türüne göre görevli ceza dairesi ile bu mahkeme nezdindeki Cumhuriyet başsavcısı tarafından yerine getirilir. Kovuşturma mercii Yargıtayın görevli ceza dairesidir.

Bölge adliye mahkemesi başkan ve üyeleri ile Cumhuriyet başsavcısı ve Cumhuriyet savcılarının şahsî suçları hakkında genel hükümlere göre yapılacak soruşturma ve kovuşturma görevi, en yakın bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcısı ile bu bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin suç türüne göre görevli ceza dairesine aittir.

Bölge adliye mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri Cumhuriyet başsavcılıkları ile bölge adliye mahkemeleri adalet komisyonlarının denetimleri, adalet başmüfettişlerince yapılır (AdYMK 48).

7. Bölge adliye mahkemeleri kararları arasında içtihat birliğinin sağlanması sorunu.

Yukarıda Bölge Adliye Mahkemeleri incelenirken görüldüğü gibi, bu mahkemelerin kararları arasında uyumsuzluk bulunması durumunda Yargıtay Kanununun 45. maddesinin uygulanması suretiyle bu uyumsuzluğun giderilmesi öngörülmüştür (AdYMK 35). Bunun dışında Bölge Adliye Mahkemesi Daire Başkanlarına verilen görevler arasında dairenin kendi kararları arasında meydana gelen uyumsuzlukları giderme görevi de vardır (AdYMK 38).

Görüldüğü gibi kanun koyucu Bölge Adliye Mahkemeleri (istinaf yargılaması yapıp) (içtihat mahkemesi olmadıkları halde bunlar arasında çıkabilecek karar farklılıklarını gidermek açısından yetersiz de olsa bazı tedbirler öngörülmüştür. Ayrıca CMK 309 ve 310'daki kanun yararına bozma kurumunun da Bölge Adliye Mahkemeleri arasında çıkabilecek farklı kararları sonradan gidermeye hizmet edebileceği söylenebilir. Bizde istinafin yeniden işlemeye başlaması aşamasında en kuvvetli gerekçe olarak ileri sürülen, Bölge Adliye Mahkemeleri arasında farklı kararlar çıkma olasılığı, kanun koyucu tarafından yeterince önlenmemiştir. Kanaatimizce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde ve Alman hukukunda olduğu gibi mahkemelerin verdikleri kararları sadece birbiriyle çelişme açısından inceleyen ayrı bir mahkeme dairesi kurulması düşünülmelidir. Bu dairenin Yargıtay'da yapılandırılması bizce daha yerinde olur.

III. Yargıtay.

Yargıtay kaide olarak, olay mahkemelerinden verilen ve kanunun, "hüküm" adını verdiği son kararları hukukî bakımdan inceleyen bir mahkeme olup bir tanedir ve Ankara'dadır.

Hukuk normlarının mahkemelerce uygulanmasını denetleyen, içtihatlar arasında böylece bir birlik sağlayan Yargıtay'ın bir tane olması bir zaruretin ifadesidir. Yargıtay, istisna olarak meselâ itiraz mercii ve olay mahkemesi olarak da yargılama yapar.⁵²⁰

1. Dairelerin yaptığı yargılama.

⁵²⁰ Yargıtay'a kanunların başka görevler verdiği vardır. Bu nedenle Anayasa Yargıtay'ı "Adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı(lama) mercii'ne bırakmadığı karar ve hükümleri son inceleme mercii" diye tarif etmiş ve kanunla gösterilen belli dâvalarda ilk ve son derece mahkemesi olarak bakacağını belirtmiştir (AY 154/1). Yargıtay Kanunu da, Yargıtay'ı "adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı(lama) mercii'ne bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii olup, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile bu kanunun diğer hükümlerine göre görev yapan bağımsız bir yüksek mahkeme" diye tarif etmiştir (YK 1).

Yargıtay adına yargılamayı normal olarak “daire” yapar. Yargıtay’ın göreceği işe göre birden fazla dairesinin bulunması da mümkündür. Hatta işlerin çokluğu karşısında bu da zaruridir. Yargıtay Kanununa göre, 21 hukuk ve 11 ceza dairesi vardır. Her dairede bir başkan ve yeteri kadar üye bulunur (YK “94-4053” 5). Daireler başkan ve dört üye katılımıyla toplanır (YK 40).⁵²¹ Daire başkanlarına Yargıtay İkinci Başkanı da denir. Hepsinin üstünde Birinci Başkan vardır.

2. Yargıtay’daki kurulların yargılaması.

Yargıtayda, dairelerden başka yargılama görevi de yapan şu kurullar vardır:

Hukuk ve Ceza Daire Başkanları Kurulları (HDBK, CDBK). Bunlar hukukta veya cezada daireler arasında çıkan görev itibariyle yetki uyuşmazlıklarını çözerler (YK 17/1-2 ve 3).

Yargıtay Başkanlar Kurulu (YBK). Birinci başkan ile birinci başkanvekillerinden ve daire başkanlarından oluşan (YK 9/1) Başkanlar Kurulu, hukuk ve ceza daireleri arasında çıkan görev (kanunun terimiyle görev ve iş bölümü) uyuşmazlıklarını yargılar, imkânsızlık sebebiyle bir dairenin bir işe bakamaması halinde başka bir daireyi görevlendirir, daireler arasında iş dengesini sağlar. Birinci başkanlık kurulu, yüksek disiplin kurulu ve yönetim kurulu kararlarına karşı itirazları inceler (YK 17/1).

Hukuk ve Ceza Daireleri Başkanları Kurulları (CDBK, HDBK). Birinci başkan ile hukuk veya cezadan seçilen birinci başkanvekili ve hukuk veya ceza daireleri başkanlarından oluşur (YK 9/2 ve 3). Bu kurul, hukuk veya ceza daireleri arasında çıkan uyuşmazlıklar çözer (YK 17/2 ve 3).

Birinci Başkanlık Kurulu (YBBK). Birinci başkanın başkanlığında dört daire başkanı ve dört üyeden olmak üzere sekiz asil ve ikisi daire başkanı, ikisi üye olmak üzere dört yedek üyeden oluşur (YK. 10). Bu kurul yeni gelen üyelerin yerlerini belli eder, zorunlu hallerde daire başkanı ve üyelerinin dairelerini değiştirir. Yargıtay başkanları ve üyeleriyle başsavcı ve başsavcıvekilliğinin kişisel ve görevle ilgili suçlarından dolayı ön veya ilksoruşturma yapar ve yapacakları görevlendirir (YK 18).

Hukuk ve Ceza Genel Kurulları (HG, CG). Görevi yargılama olan Ceza Genel Kurulunu⁵²² kuruluş bakımından dörde ayırmak mümkündür:

Direnme kararlarını inceleyen genel kurulda bütün ceza daireleri kurulları bulunur.

İcra mahkemelerinin uymama kararları cezaya ilişkin ise, icra işlerine bakan 12. Hukuk Dairesi de ceza genel kuruluna katılır (İİK 366, YK 7/9).

Bu genel kurulda ilgili daireden beşten fazla üye bulunmamak şartı ile daire sayısının en az iki katı üye bulunur (YK 7/2).

Direnme kararı üzerine Yargıtay’ın daha çok hâkimden kurulu bir şekilde yargılama yapmaması söz konusu olduğundan, ilk bozma kararını veren dairenin katılmasında bir aykırılık yoktur.

⁵²¹ Eski daire başkanlarından *İsmail Doğanay*, iş çokluğu yüzünden beş kişilik kurul halinde çalışan daire sayısının bir elin parmakları kadar az olduğu, çok defa iki veya üç kişilik gruplar halinde inceleme yapıp karar verildiği acı bir gerçektir demiştir (Milliyet 26/11/88). Yargıtay’ın da, bütün diğer yargılama makamları gibi, uyuşmazlığı çözen “yargı”nın yapılmasına katıldığı için yargılama yaptığı açık iken, yaptığına inceleme denilmekte direnilmesini, biz, sadece mahkemelerin daha doğrusu kadıların yargılama yaptığı eski zamanların sürüp giden alışkanlığı ile açıklamaktan başka çare göremiyoruz.

⁵²² Gerek Hukuk ve gerek Ceza Genel Kurullarında ve gerek Büyük Genel Kurulda dairelerin tam kadro ile hazır bulunması mecburiyetinin genel kurul günlerinde dairelerin çalışmamasına sebep olduğu, bu kadar kalabalık bir kurulda faydalı bir müzakere yapılamadığı ileri sürülmüş ve Yüce Divanın 15 hâkimle çalıştığı da göz önünde tutularak Genel Kurulun toplanma yeter sayısının azaltılması teklif edilmişti. *Bozer (Fevzi):* 1951-52 Adalet yılı açış konuşması, AdD 1951, s. 1548; *Seçkin (Recai):* 1962-63 Adalet yılı açış konuşması, AdD 1962, s. 928; *Bilge (Necip):* Yargıtay kurullarında gelişme ve reform zorunluğu, AdD 67/2, 120). 1963 yılında hazırlanan Adliye Mahkemeleri Kuruluşu hakkındaki tasarı, her daire beş kişi itibar edilerek bulunacak sayının çoğunluğunu yeter görmüştür. Ancak bu hüküm dairelere çalışmak imkânını veremekteydi. Her daireden başkan dahil iki kişi sistemini (*Bozer: sözü geçen konuşma*, s. 1548) daha sâde ve daha kolay olacağı için tercih ediyoruz. 1972 Yargıtay Kanunu Tasarısı da bu yolda idi. Ancak, Genel Kurulun yetiştirici görevi kaybolmasın, üyelerin Genel Kurulla ilgisi kopmasın diye bütün üyelerin katılması kabul edildi. Sadece toplantı nisabı daraltıldı (YK 16). Halbuki Fransa aynı ihtiyaçla, 1967 Yargıtay Kanunu ile Genel Kurula bütün üyelerin katılmamasını kabul etmiştir. 1983-2797 numaralı Yargıtay Kanunu da nisap daraltma yolunu tutmuştur (YK 7).

Ceza dairelerinin olay mahkemesi olarak çalışmaları halinde itiraz ve temyiz gibi olağan kanun yolu yargılaması yapan ceza genel kurulunda (YK 15/3), dairedeki duruşma ve karara katılanlar bulunamaz (CMK 23/1, YK 41/2).

Ceza daireleri kararlarına karşı başsavcının olağanüstü itirazını yargılayan ceza genel kurulunda ilgili daire (İİK 366), hattâ müzakere ve karara katılmamak şartı ile ve sadece görüşünü açıklamak üzere başsavcı veya başsavcıvekili de genel kurula katılır (YK 7/5). Burada maddî mesele hakkında karar verilen itiraz durumu bulunmadığından, hukukî bir meselede en üst seviyede bir görüş arandığından, ilk kararı veren daire hâkimlerinin böyle bilimsel bir konuda söz sahibi olmamaları için sebep yoktur.⁵²³

Yargıtay başkan ve üyelerine, başsavcı ve başsavcıvekiline, özel kanunlarına göre ceza genel kurulunda yargılanması gereken kişilere ait dâvalara ilk mahkeme olarak bakan ceza genel kurulu (YK 15/3) asgarî nisapla toplanır ve karar verir. Yeniden inceleme yaparken bu kurul, hukukî engeli olmayan ceza dairelerinin diğer başkanları ile her daireden en az ikişer üyenin katılmasıyla oluşur (YK 7/10).

3. İçtihat birleştirme.

Kanun Yargıtay'a belli bir uyuşmazlığın çözülmesinin üstüne çıkarak, bütün uyuşmazlıklarda uygulanacak normu belirten ve dolayısı ile yasama görevi niteliğinde olan ve kanundan da farklı olarak hâkimleri bağladığı için hâkimlerin bağımsızlığı esasına ters düşen "içtihat birleştirme kararı verme" görevini de vermiştir. Bu görevi yapan kurullar şunlardır:

Hukuk ve Ceza Genel Kurulları. Bunların her biri kendisini oluşturan daireler arasında çıkan içtihat uyuşmazlıklarını çözer (YK 15). Dairelerden biri yerleşmiş içtihadından dönmek isterse veya benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunursa içtihatları birleştirir (YK 15/2). Bu kurullara başsavcı veya başsavcıvekili katılabilir (YK 7/4). Katılma ve oy nisabı bakımından özellik taşıyan bu genel kurullara uygulamada İçtihadı Birleştirme Ceza veya Hukuk Genel Kurulu (İçBCG, İçBHG) denilmektedir.

Yargıtay Büyük Genel Kurulu (YBG). Birinci başkan, birinci başkanvekilleri, daire başkanları, üyeler ve başsavcı ile başsavcıvekilinden oluşan (YK 8) bu kurul, hukuk genel kurulunun içtihatları arasındaki aykırılıkları, veya hukuk genel kurulu ile ceza genel kurulu; hukuk genel kurulu ile bir hukuk dairesi; hukuk genel kurulu ile bir ceza dairesi veya ceza genel kurulu ile bir ceza dairesi; ceza genel kurulu ile bir hukuk dairesi veya bir hukuk dairesi ile bir ceza dairesi arasındaki içtihat uyuşmazlıklarını giderir ve içtihatları birleştirir (YK 16/5).⁵²⁴ Büyük Genel Kurulun aday belirlemek, seçimler yapmak, iç yönetmelik yapıp değiştirmek gibi idarî görevleri de vardır.

90. ÖZEL CEZA YARGILAMASI MAKAMLARI.

Adlî mahkemeler içinde bulunmakla beraber özel (No. 78) olan ceza mahkemelerinin madde yönünden yetkileri şöyle belirlenmiştir:

I. Yüksek Mahkemelerin esas mahkemesi olarak görevleri.

1. Yüce Divan.

Yüce Divan, belli kişileri görev suçlarından dolayı yargılar. Ayrı bir kuruluşu yoktur. Anayasa Mahkemesi, sözü geçen yargılamayı yaparken Yüce Divan adını alır (AY 148).

2. Anayasa Mahkemesi.

Anayasa Mahkemesi, kapatma cezasını gerektiren suçlarından dolayı siyasî partileri de yargıladığından, ceza yargılaması makamı niteliği de taşımaktadır (AY 146).

3. Uyuşmazlık Mahkemesi.

⁵²³ *Kunter*: Semp. II, 273. Olağanüstü itirazı derinlemesine inceleyince, uygulamanın isabetini anlayarak, ilk dört basıdaki görüşü değiştirdik.

⁵²⁴ Görülüyor ki Ceza Genel Kurulunun iki kararı veya ceza genel kurulu ile bir ceza dairesi arasında bir içtihat uyuşmazlığı çıksa, cezacıların bir araya gelip çoğunlukla bir karar vermeleri yerine cezacı olmayanlar da söz sahibi kılınmışlardır.

Uyuşmazlık Mahkemesi, adli ve idari yargılama makamları arasında yetki (Anayasa tabiriyle *görev*) ve esas (Anayasa tabiri ile *hüküm*) bakımlarından çıkan uyuşmazlıkları çözer (No. 220). Ayrı bir kuruluşu olan bu mahkeme⁵²⁵ ceza konularında uyuşmazlıklarını çözerken bir ceza yargılaması makamı olmaktadır.⁵²⁶

4. Danıştay

Danıştay, çeşitli bakımlardan ceza yargılaması makamıdır. 1999-4483 numaralı *Memurların Yargılanması Hakkında Kanuna* göre, memur hakkında soruşturma izni verilmesi hakkındaki karara karşı yapılan itirazlar Bölge İdare Mahkemesinde incelenecek, istisnai hallerde Danıştay 1'nci Daire yetkili olacaktır (m. 9).

Danıştay, diğer taraftan, vergi mahkemelerinden verilen kararlara karşı açılan temyiz dâvalarını da yargılar. Bu görev yedi dâva dairesi arasında vergi türüne göre bölüşülmüştür (DK 27-33). Vergi mahkemelerinden verilen uymama (ısrar) kararlarını inceleme yetkisi de Vergi Davaları Daireleri Genel Kuruluna verilmiştir (DK 38). Nihayet Danıştay, İmar Kanunu gibi bazı kanunlarda Belediye Meclisi ve encümenlerinin cezalarına karşı, mahkemeye itiraz hükmü bulunmaması yüzünden, ceza yargılaması makamı sayılmıştı.⁵²⁷ Bugün bu görev genel olarak vergi mahkemelerine verilmiştir (BİİVMK 6:a).

II. Diğer özel yargılama makamları.

1. Çocuk mahkemeleri.

Çocuk Mahkemeleri, Ülkemizde ilk defa 1979 yılında kurulan çocuk mahkemeleri halen 5 ilde faaliyet gösterilmekte iken, 2005 yılında yürürlüğe giren 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 25. maddesi ile her il merkezinde tek hâkimli “çocuk mahkemesi” ve bir başkan ve yeteri kadar üyeden oluşan “çocuk ağır ceza mahkemesi” (ÇKK 25/2) kurulacağı hüküm altına alınmıştır.

2. Aile mahkemeleri.

Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, Aile Mahkemelerini kurmuştur.

3. Fikri haklar ceza mahkemesi.

Doğru adı ne?

4. İcra tetkik mercii.

İcra Mahkemesi, icra suçlarında yargılama makamıdır (İİK 348). Mahkeme gibi ceza verdiği için, hâkimlik makamı değil, mahkeme makamıdır.⁵²⁸ Bu nedenle ceza işlerinde ceza mahkemeleri gibi yetkili kılınmalıdır.⁵²⁹

5. Vergi mahkemesi.

Vergi Mahkemesi, 1982-2576 numaralı *Bölge İdare Mahkemesi, İdare Mahkemesi ve Vergi Mahkemesi Kanunu* ile kurulmuş olup genel bütçeye, il özel idarelere, belediye ve köylere ait vergi,

⁵²⁵ Anayasa bu mahkemenin kuruluşunu ve işleyişini göstermemiş bunu kanuna bırakmıştır. Anayasadaki hüküm sadece başkanlığı, Anayasa Mahkemesince kendi üyeleri arasından görevlendirecek bir kimsenin yapacağından ibarettir (AY 158). 1979.2247 numaralı Kanunun 2018 değişikliğine göre 6 asıl ve 6 yedek üyesi bulunmaktadır.

⁵²⁶ 1979-2247 numaralı kanuna göre, adli ve idari yargı yerleri arasında çıkan hukuk ve ceza uyuşmazlıklarını çözmek için kurulmuş olan Uyuşmazlık Mahkemesinin çözeceği *ceza uyuşmazlığından* maksat, konusu *ceza* olan *dâvalar* dolayısı ile adli ve idari yargılama makamları arasında çıkan uyuşmazlıktır.

⁵²⁷ İçBK: 13/6/69, 2-6; D. 6, D: 9/3/63, 6549-850; 12/5/66, 858-2044.

⁵²⁸ Anayasa Mahkemesi de icra tetkik merciiinin Anayasanın 151. maddesindeki terimine girdiğini kabul etmiştir (30/5/67 RG 4/11/67).

⁵²⁹ İİK 68'deki durumda merciiin belge ile bağlı olduğuna karar verilmiştir (CGK 28/5/79 YKD 80 103). Yorum imkânı yoksa kanun, değiştirilmelidir.

resim ve harçlarla benzeri malî yükümler ve bunlara ilişkin zam ve cezalar ile tarife uyumsuzluklarını yargılar (BİİVMK 6-a).

Vergi mahkemeleri nisbeten hafif işlerde tek hâkimlidir. Bu hallerde verilen kararlara itiraz edildiğinde yargılama makamı Bölge İdare Mahkemesidir (BİİVMK 8). Eski kanunlardaki “Vergiler İtiraz Komisyonu” - “Gümrük Hakem Kurulu” yerine “vergi mahkemesi” geçmiş, “vergi ihtilâfı” da “vergi dâvası” olmuş, “itiraz” terimi de “vergi mahkemesinde dâva açılması” terimi ile karşılanmıştır (BİİVMK 13). Bu makamların evvelce yaptıkları işlerin niteliğinin yargılama olduğu yolundaki görüşümüz böylece kanunla desteklenmiş olmaktadır.⁵³⁰

6. Tüketici mahkemeleri.

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun (23.2.1995-4077) 23 ncü maddesi ile, Tüketici Mahkemeleri Kurulmuştur. Ekonominin gereklerine ve kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemler almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek gibi hususları düzenleyen bu kanun ayıplı mal ve hizmetler (m. 4), satıştan kaçınma (m. 5), taksitli satışlar (m. 6), kampanyalı satışlar (m. 7), kapıdan satışlar, tüketici kredisi gibi konularda idari cezalar öngörmektedir. Bu cezaların uygulanması açısından yargı çevresi hâkim ler ve savcılar yüksek kurulunca belirlenen tüketici mahkemeleri kurulmuştur. Tüketici mahkemelerinde görülecek davalar hukuk usulü muhakemeleri kanununun 7 babı, 4. faslı hükümlerine göre yürütülür (m. 23/3). İdari para cezaları belediye encümenlerince, bakanlık veya yerel mülki amir tarafından tertiplenip, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içerisinde yetkili idare mahkemesine itiraz yolu açılmıştır (m. 26). İtiraz üzerine idare mahkemesince verilen kararlar kesindir.

7. Patent mahkemeleri.

Patent mahkemesi (1995/551 KHK “2004.5194” 146).

8. Marka mahkemeleri.

Marka mahkemesi (1995/556 KHK “2004.5194” 71).

9. Endüstri tasarım mahkemeleri.

Endüstriyel tasarım mahkemesi (1995/554 KHK “2004.5194” 58).

10. Coğrafi işaretlerin korunması mahkemeleri.

Coğrafi işaretlerin korunması mahkemesi (1995/555 KHK “2004.5194” 30).

11. Kadastro mahkemeleri.

Kadastro mahkemesi, 1987-3402 numaralı Kanunun 42. maddesinde yazılı cezaları verebilen kadastro mahkemesini⁵³¹ de özel ceza mahkemesi saymak gerekmektedir.

91. YARGILAMA MAKAMLARINDAKİ HÂKİM SAYISI.

I. Hâkim sayısı.

Yargılama makamlarının en mühimi olan mahkemelerdeki hâkim sayısı tartışmalıdır.⁵³²

Tek hâkim sisteminin faydası bilhassa ucuzluğu ve hâkimleri dikkate sevk edışıdir. Bütün sorumluluk tek hâkimin omuzları üstünde olduğundan hâkim dikkatli çalışmağa mecburdur. Bu sistemin sakıncaları şunlardır: Tek hâkim işlerin çokluğu ve çeşitliliği altında ezilebilir. Bu yüzden kararlar isabetsiz olabilir, muhakemeler uzayabilir. Tek hâkimin tesir altında kalma ihtimali daha fazladır.

⁵³⁰ 8. maddede vergi mahkemesi kararına itirazdan söz edilmesi yanlış olmuştur. İtiraz ara kararlarına karşıdır. Mahkemenin hükme karşı başvuru kanun yolu ceza muhakemesinde ya istinaf ya temyizdir. Burada sadece hukukî sebeplere dayanılmadığından istinaf denilmeliydi.

⁵³¹ Hâkimlik-mahkeme ayrımı henüz yerleşmediğinden, hâlâ mahkeme yerine hâkimlik denildiğine rastlamaktayız.

⁵³² *Ansay*, 36; *Taner*, 30; *Erem*, n. 42; *Bilge/Önen*, 29.

Toplum hâkim sistemini faydaları ise, 1) Hükümün bu bakımdan da kolektif olması sayesinde hâkimlerin birbirlerini aydınlatmaları ve kanunları daha iyi uygulamaları, 2) Hâkimleri tesir altına almanın kolay olmaması, 3) Birinin değişmesi halinde işlerin aksamamasıdır. Bu sistemin başlıca sakıncaları da şunlardır: Hâkimler sorumluluğu birbirine atmağa çalışabilir, gereken dikkat ve alâkayı göstermeyebilirler. İşler çok defa başkanın omuzlarına yüklenir. Ancak üyeler iyi seçilirse, başkan da bunları iyi çalıştırırsa, uygulamaya ilişkin bu sakıncaların çoğu ortadan kalkar. Memleketimizde tek hâkim sistemi uzun müddet uygulanmıştır.⁵³³

Hepsi yetmişmiş, bilgili, bağımsız hâkimler olmak şartı ile toplu mahkemeler, elbet, daha teminatlıdır. Bundan şüphe edilmemelidir.⁵³⁴ Ancak yeter sayıda iyi hâkim bulmak imkânsızlığı karşısında nisbeten hafif suçlara bakan mahkemeleri tek hâkimden oluşturmak da bir zorunluktur. Çok hafif suçlarda daha fazla teminata da ihtiyaç olmadığından, pahalı olana toplu sistem çok defa söz konusu dahi edilmemiştir. Meselâ dünyanın hemen her yerinde sulh mahkemeleri tek hâkimlidir.

II. Oy nisabı.

Bir makamda fazla hâkim bulununca, kurulda kararların nasıl verileceğini belirlemek gerekir. Oybirliği aramak işleri çıkmaza sokacağından⁵³⁵, kaide olarak basit oyçokluğu ile yetinilir. İstisna olarak daha fazla oy arandığı vardır.⁵³⁶

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: CEZA İDDİASI

9. § CEZA İDDİASI ve KOVUŞTURMA

92. İddia görevi ve dava. 93. İddia hakkı ile uyuşmazlık konusu hak arasındaki ilişkiyi açıklayan nazariyeler. 94. İddia hakkının uyuşmazlık konusu haktan farklı olmadığı nazariyesi. 95. İddia hakkının uyuşmazlık konusu haktan farklı olduğu nazariyeleri. 96. Ceza davası. 97. Ceza iddiası. 98. Ceza Kovuşturması. 99. Kovuşturmasız asıl ceza yargılaması yapılamaması. 100. Kovuşturmanın bütünlüğü. 101. Kovuşturmanın kamu yararına olması.

92. İDDİA GÖREVİ ve DAVA.

İddia, müdafaa ve karar makamlarının kolektif faaliyeti olan muhakemede iddia makamının görevi (fonksiyonu) olan “iddia”, yargılama makamının yargılayacağı uyuşmazlığı yargılama makamı önüne getirmek ve orada tutmaktır. Uyuşmazlık önüne gelince yargılama makamı harekete geçeceğinden, iddia görevini, yargılama makamını harekete geçirmek ve hareket halinde tutmak diye tarif etmek de

⁵³³ Gerçekten, *şer’iye mahkemeleri* tek hâkimli idi. *Nizamiye mahkemelerinde* toplu hâkim sistemi kabul olundu. Kadılar başkanlık eder, üyelerin bir kısmı halk arasından seçilirdi. Hukuk ile alâkası olmayan bu üyelerin faydalı olmaması yüzünden memleketimizde tek hâkim taraftarları çoğalmış ve bu usul ilk defa 1913 de sulh mahkemelerinde tatbik olunmuştur. Bidayet mahkemelerinde tek hâkim usulü ile yine 1913 de Edirne’de tecrübe edilmiştir. Edirne’ye iyi hâkimler gönderildiğinden netice iyi olmuş ve bunun üzerine tek hâkim sistemi memleketin her tarafına yayılmıştır. Bunun da sakıncaları görüldüğünden 1924 de bazı yerlerde, hepsi hâkim olmak üzere toplu sisteme dönülmüştür. 1926 yılında 825 numaralı Yürürlük Kanunu, toplu hâkim sistemini asliye mahkemelerinde kaide olarak kabul etmiştir. Fakat hâkim sayısının yetersizliği sebebi ile bu hüküm yerine getirilememiş, asliye mahkemeleri tek hâkimli olmuş, ağır ceza mahkemelerindeki hâkim sayısı da beşten üçe indirilmiştir. 1960 yılında asliye mahkemelerinin bazı daireleri bazı şehirlerde toplu hale getirilmişti. 1969 da tekrar tek hâkime dönülmüştür.

⁵³⁴ *Erem*, “toplular hâkim sisteminde oylama gerekir oylama ise adaletle ulaşturmaz” diyerek (N. 42) ve başkanlık ile yargılamanın bağdaşmayacağını sanarak (N. 157 ç), toplu sistemin terkedilmesini istemektedir (N. 278).

⁵³⁵ İngilizler jüride oybirliği aramaktan 1972 de bu nedenle vazgeçtiler. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de yargılama makamlarının kararlarında oybirliği aranmamasını, yalın veya ağırlıklı çoğunlukla yetinilmesini tavsiye etmiştir (Karar No. R (87) 18 n. III. D. 4).

⁵³⁶ Meselâ, Yargıtay Genel Kurullarının, her halde kararlar sık değişmesin diye, kaide olarak, 2/3 çoğunlukla karar vermesi kabul edilmiştir (YK 41, 42). 1975 Alman reformunda, cezalar daha çok ertelensin diye ertelemem için 2/3 çoğunluk aranmıştır (*Grauhan*, n. 8).

mümkündür. Bunun bir adı da *dava açmak ve yürütmektir*. Gerçekten, yargılama makamının harekete geçirilmesi yetmemektedir. Bu makamın hareket halinde tutulması, yani muhakeme sırasında davacıya düşen faaliyetlerin de yapılması lâzımdır.

Dava (*action, azione, Klage*), uyuşmazlığın çözülmek üzere yargılama makamı önüne getirilmesidir.⁵³⁷ Böylece yargılama makamı harekete geçirilir ve davacı ile davalı arasında bir dava ilişkisi doğar. Bazı defa kısaca dava da denilen dava ilişkisi ise, muhakeme hukuku ilişkilerinden biridir. Muhakeme Hukukunun düzenlediği ilişki sadece bu değildir. Muhakeme hukuku hâkim ile davacı, hâkim ile davalı arasındaki ilişkileri de düzenler. Hatta diğer tali sùjeler arasındaki ilişkiler de muhakeme ilişkisi kavramı içine girer. Bir uyuşmazlığın çözülmek üzere yargılama makamları önüne getirilmesi ile, yani davanın açılması ile bütün bu bileşik olan muhakeme mekanizması harekete geçer.

Muhakeme mekanizmasının ve bu arada yargılama mekanizmasının ancak dava açılması ile harekete geçmesi, Muhakeme Hukukunun “davasız yargılama olmaz” diye ifade edilebilecek olan temel prensiplerinden birini teşkil eder. Ceza Muhakemesi Hukukunda da durum aynıdır. Bugün medenî dünyada benimsenen iş birliği veya itham sistemlerinde, hâkimler kendiliklerinden harekete geçemezler ve bir ceza davasının açılması şarttır (No. 35, 37).

Dava ile kolektif muhakeme mekanizmasının harekete geçmesi yüzündendir ki modern hukuk, sadece taraflar arasındaki dava ilişkisini ikinci plânda bırakmış ve daha genel ve bileşik olan muhakeme ilişkisini ele almıştır. Bugünkü anlayışa göre iddia görevi sadece davacı bakımından kabul edilmiş bir görev değildir. Bu görev, kolektif olan bir faaliyetin bir parçasını teşkil etmektedir.

Hülâsa, sadece ceza muhakemesinde değil, fakat her çeşit muhakeme faaliyetinde mevcut olan ve tezin ileri sürülmesi diyebileceğimiz görev *iddiadur*⁵³⁸ ve bu görevi yapan makamın adı *iddia makamıdır*.

İddia görevi gerek fert gerek toplum bakımından çok önemli olduğundan anayasalarla ve İnsan Hakları Sözleşmeleriyle teminat altına alınmışlardır. *İddia ve müdafaa bağışıklığı* da iddiaya taalluk eden kısmı bakımından, bunun için kabul edilmiştir.

İddia görevi gerek fert gerek toplum bakımından çok önemli olduğundan anayasalarla ve İnsan Hakları Sözleşmeleriyle teminat altına alınmışlardır. *İddia ve Müdafaa bağışıklığı* da (No. 125), iddiaya taalluk eden kısmı bakımından, bunun için kabul edilmiştir.

93. İDDİA HAKKI ile UYUŞMAZLIK KONUSU HAK ARASINDAKİ.

Davacının muhakemedeki görevi iddia olduğuna göre, bir kimsenin bu görevi yapabilmek yetkisi de iddia yetkisidir. Buna, fertler bakımından iddia hakkı da denilmektedir (No. 136). İddia görevini yapan kimse, iddia dolayısı ile dava açtığından, iddia hakkı yerine çok defa dava hakkın da denilmektedir.⁵³⁹

İddia hakkı ile uyuşmazlık konusu olan hak arasındaki ilişki son yüzyıl içinde, bilhassa Medenî Muhakeme Hukuku sahasında birçok münakaşalara sebep olmuş⁵⁴⁰, iddia hakkının uyuşmazlık konusu olan haktan farklı bir hak olduğunun keşfedilmesi, Muhakeme Hukukunun büyük bir hızla gelişmesine yol açmıştır.

Uyuşmazlık konusu haktan farklı olduğu anlaşılan iddia hakkının, bu hakla olan münasebeti hâlâ çok tartışmalıdır.⁵⁴¹ Bu konudaki fikirleri dört nazariyede ve bunları da iki grupta toplamak mümkündür (No. 94, 95).

⁵³⁷ İçBK (Hukuk Bölümü) hemen hemen aynı tarifi vermiştir: *Dava mahkemeden verilecek bir hükümlle bir iddia üzerinde hukuki korunmanın sağlanması dileğidir* (7/5/64; RG 12/12/64).

⁵³⁸ Medenî Muhakeme Hukukunda da davacı tarafın görevine iddia, davalı tarafın görevine müdafaa denilmektedir (*Postacioğlu*, 427; *Kuru*, 301, 325; *Bilge/Önen*, 464).

⁵³⁹ *Belgesay*: Dava teorisi, 1943, s. 7; *Postacioğlu*, 179; *Üstündağ*, I, 216.

⁵⁴⁰ Bir fikir edinmek için Bk. *Schwab*: İhtilâf konusu hakkındaki doktrinin durumu, IHFM., 1968, 288.

⁵⁴¹ *Carnelutti*: Lezioni, II, 10.

94. İDDİA HAKKININ UYUŞMAZLIK KONUSU HAKTAN FARKLI OLMADIĞI GÖRÜŞÜ.

Tarih bakımından en eski olan bu nazariyeye göre, iddia hakkı uyuşmazlık konusu olup, teyidi bahis konusu olan hakkın kullanılmasından ibarettir.

Bu nazariye taraftarlarına göre, hak sahibi olmak, hakkını tanımayanlara hakkını tanıtmaya imkânına da sahip olmayı gerektirir. Böylece iddia hakkı, esas haktan farklı bir şey olmamakta, onun teminat altına alınması vasıtası olmaktadır.

Roma Hukukunun ve İslâm Hukukunun da kabul ettiği bu nazariye 19 ıncı yüzyılın ikinci yarısına kadar kanunlara ve doktrine hâkim olmuştur. Zamanaşımı ile iddia hakkının değil de esas hakkın meselâ alacak hakkının düştüğünün kabul edilmesi bu nazariyenin bir neticesidir.⁵⁴² Bilhassa eski zamanlarda Ceza Hukukunda zamanaşımı ile suçun ve cezanın düştüğünün kabul edilmesi de iddia ile uyuşmazlık konusu arasında fark gözetilmemesinden ileri gelmiştir.

95. İDDİA HAKKININ UYUŞMAZLIK KONUSU HAKTAN FARKLI OLDUĞU GÖRÜŞÜ.

İddia hakkını uyuşmazlık konusu hakla bir tutan nazariye aleyhindeki fikirler 19 ıncı yüzyılın ikinci yarısında meydana çıkmış ve iddia hakkı ile uyuşmazlık konusu hakkın farklı şeyler oldukları ileri sürülmüştür. Aynı olmadıkları kabul edilen iddia hakkı ile uyuşmazlık konusu hak arasındaki ilişkiyi inceleyen fikirleri üç nazariyede toplayacağız.

I. Esas hakkın parçası (veya müşahhas iddia) nazariyesi.

İddia hakkının esas haktan farklı olduğunu ileri sürenler önceleri, onu esas hakkın varlığına bağlı tutmuşlar yani esas hakkın bulunmasını, dava hakkı için bir şart⁵⁴³ sayılmışlardır.⁵⁴⁴

Müşahhas iddia nazariyesi de denilen bu teze göre, iddia hakkı, hak sahibinin hakkıdır. İddia hakkı, bir hak sahibinin, hakkını tanımayan, bir makama başvurarak hakkını tanıtmaya hakkıdır. Bir hak, sahibine belli yetkiler verir. Bunlardan biri de adli himayeyi isteme yetkisi, yani iddia hakkıdır. Uyuşmazlık konusu hak ile iddia hakkı aynı şeyler değildir, çünkü uyuşmazlık konusu hak bir bütün, iddia hakkı ise onun bir parçasıdır. Bu sebeptendir ki bu nazariyeye göre iddia hakkının uyuşmazlık konusu haktan ayrı bir varlığı yoktur.

Bu nazariye taraftarlarına göre, iddia hakkının meselâ zamanaşımı ile düşmesi, esas hakkın düşmesi demek değildir. Esas hak, tabii bir borç olarak kalmaktadır. Esas hakkın karşı-iddia (defi) olarak kullanılması da mümkündür. Zira, parçalardan biri düşmüşse de geri kalan parçalar vardır ve bunlar esas hakkı ayakta tutabilirler. Yine bu nazariye taraftarlarına göre muhakeme sırasında uyuşmazlık konusu hak devredilince, iddia hakkı da devredilmiş olur.⁵⁴⁵ Bu nazariyeye göre iddia hakkı, esas hakkın muhtevasına kaide olarak uygun bir mahiyet arz eder. Esas hak ile iddia hakkının ayrı haklar olmasının neticesi, bunların ayrı hükümlere tâbi olabilmesidir. Meselâ iddia hakkı temsil bakımından ayrı hükümlere tâbi tutulabilir. Esas hak, meselâ akdin yapıldığı yer kanununa tâbi olduğu halde, iddia hakkı mahkemenin bulunduğu yer kanununa tâbidir.⁵⁴⁶

⁵⁴² *Sabatini*, I, 294. “Devletin cezalandırma hakkına, faile nisbetle ceza iddiası diyoruz” diyen *Keyman* da bu nazariye taraftarları arasındadır (s. 88, 90).

⁵⁴³ Buradaki şart, “*sine qua non*” (olmazsa olmaz) anlamına şart olup şüpheli (meşkük, *incertain*) olayın söz konusu olduğu dar ve teknik anlamda şart değildir. İslâm hukuku bakımından da şart olmayıp “sebeb”tir. (*Ebu Zehra: İslâm Hukuk metodolojisi*, Ankara, 1973, s. 68). Zira esas hak yoksa iddia hakkı da yoktur ama esas hakkın varlığı iddia hakkını da gerektirir.

⁵⁴⁴ *Wach: Handbuch I, § 2 (Sabatini’den naklen, I, 295)*. Türk doktrininde bu nazariye taraftarları arasında *Postacıoğlu* vardır (s. 180). *Bilge/Önen* de (S. 385), kaide olarak bu nazariyeden yanadır. *Erem* de bu arada sayılabilir, zira Devletin cezalandırmak hakkının mevcudiyetini aramakta ve davanın, mevzuu olan haktan ayrı ve mücerret bir varlığı olduğunu söylemektedir (n. 106, 117).

⁵⁴⁵ Mesela mülga Medeni Muhakeme Kanununda (m. 186) durum böyle idi. Devredenin davacı olması halinde, sakıncaları görüldüğünden bu madde uygulanmamakta idi (*Postacıoğlu*, 474).

⁵⁴⁶ Dava hakkını, esas hakkı tanımayan tanıtmak hakkı yapan bu teori, Medeni Muhakemede tespit davasının kabulüne uzun zaman engel olmuştur.

Bu nazariyeye göre ceza iddiası hakkı, bir diğer söyleyişle itham hakkı veya kovuşturma hakkı, Devletin suçluları, cezalandırılmaları için mahkemeye sevk etme hakkından veya Devletin ceza vermek hakkını tanıma hakkından başka bir şey değildir. Görülüyor ki bu nazariye suçu ve mahkûmiyeti önceden kabul etmektedir.⁵⁴⁷

II. Esas hakkın iddiası nazariyesi.

İddia hakkının esas haktan farklı olduğunu kabul edenlerin, bir kısmı, bu hakkı başka bir hakkın varlığına bağlı tutmağı doğru bulmamışlar ve bir hakkı olduğunu sadece iddia edenlere iddia hakkını tanımışlardır.

Bu nazariye taraftarlarına göre, esas hakkın mevcut olup olmadığı yargılama faaliyeti sonunda anlaşılacağından iddia hakkı, sonradan meydana çıkacak bir şeye bağlı tutulmamalıdır. Bu manada iddia (*pretesa*, *Anspruch*) kavramını ilk defa ortaya atan *Windscheid* olmuştur.⁵⁴⁸ Bu nazariyeyi ceza muhakemesi sahasında kabul edenlerin başında gelen *Manzini* ceza iddiasını, yani cezaî uyuşmazlığın yargılama makamı önünü getirilmesini “Devletin suçtan doğan ceza verme iddiası hakkında hâkimin bir kararını elde etmek gayesi ile yapılan faaliyet” olarak tarif etmektedir.⁵⁴⁹

Bu nazariye, müşahhas olayda sabit olmasa dahi, iddia hakkını, bir başka hakkın mevcudiyeti iddiasına bağlı tutmakta ve böylece iddia ile konusunu yine birbirine karıştırmaktadır.⁵⁵⁰

III. Bağımsız (veya mücerret) iddia nazariyesi.

İddia hakkını uyuşmazlık konusu haktan farklı bir hak olarak kabul edenler, en son olarak, iddia hakkının uyuşmazlık konusu haktan sadece farklı değil, tamamen ayrı ve bağımsız olduğunu ileri sürmüşlerdir.⁵⁵¹

Bizim de benimsediğimiz bu nazariyeye göre, iddia hakkı esas hakka bağlı değildir, yani varlığı için esas hakkın ne bulunması ne de bulunduğu iddia edilmesi şart değildir. İddia hakkı esas haktan ayrı olup tamamen muhakeme hukuku hakkıdır. Davacı, Devlete başvurup yargılama faaliyetinde bulunmasını istemektedir. Bu faaliyet sonunda verilmesi istenilen yargı, muhakkak davacının kendi hakkı lehinde bir karar değildir. İddia hakkı, yargılama makamlarını harekete getirmek hakkıdır.

Dava hakkının esas haktan tamamen ayrı olması, dava açmada hiçbir menfaati olmayanın dava açabileceği manasına gelmez. Zira bunda kamu menfaati yoktur. Mahkemeleri boşu boşuna yormamak için şahsî menfaat şartının aranması, Muhakeme Hukukunun her dalında, yine kamu menfaati bakımından kabul edilmiştir. Ancak kanunun bu şartı var saydığı ve kimlerin dava açabileceğini gösterdiği hallerde bu şartın ispatına lüzum yoktur. Şahsî menfaat şartının kabulünden, iddianın şahsî menfaate dayandığı ve davacının belli bir hakkı lehine yapıldığı manası çıkarılmamalı, menfaat ile hak birbirine karıştırılmamalı, “hakkı olmayanın menfaati de yoktur”⁵⁵² denilmemelidir. Menfaat, uyuşmazlık konusu haktan ayrılabilir. Menfaatin bir hakkın tanınmamasından veya çiğnenmesinden doğması yani ona şu veya bu şekilde bağlı olması şart değildir;⁵⁵³ iddia, şahsî menfaate dayanmayıp,

⁵⁴⁷ *Sabatini*, I. 296.

⁵⁴⁸ *De Marsico*, 19.

⁵⁴⁹ *Manzini*, IV. 118.

⁵⁵⁰ *Sabatini*, I. 297.

⁵⁵¹ *Rocco (Alfredo)*: La sentenza civile, 1906, s. 90 (Leone'den naklen, I. 119; *Sabatini*, I. 297; *Üstündağ*, I. 216.

⁵⁵² *Postacıoğlu* 198. Ancak yazar “sübjektif hak karakteriyle taazzuv etmemiş kolektif menfaatlerin himayesi mevzuunda hak aranmayacaktır” (sh.194), “hak henüz ihlali uğramadığı halde hakkın varlığını tespit hak sahibi için menfaat bulunabilir” (sh. 253) diyerek klasik nazariyeden ayrılmaktadır. Yazar klasik nazariye sonucu olan 186. maddenin sakıncaları gideren ve bağımsız iddia nazariyesini kabul eden içtihat ile tasarının 235 maddesini benimsemiştir (sh. 475). *Bilge Önen* de (sh. 385) tespit davalarında olduğu gibi bazı hallerde, istisna olarak, bir hakkın korunmasının söz konusu olmadığını kabul etmektedirler. Halbuki bu nasıl üyeler birbirlerini ret ve cerh ederler. Daha hakkı şarta bağlıdır ya da değildir bir diğer söyleyişle ya bağımsızdır ya değildir. Eğer bağımlı ise bu şart gerçekleşmeden iddia hakkından söz edilemez. Edilebiliyorsa, bağımlı olmadığını kabullen başka çare yoktur.

⁵⁵³ Medeni Muhakemede tespit davasının son zamanlarda kabulü bizce bağımsız iddia nazariyesinin benimsendiğini gösterir. Hele eda davası imkanına rağmen tespit davasının kabulü yolundaki cereyan (*Postacıoğlu* 261) bağımsız iddia görüşünün yayıldığı delilidir.

yargılama faaliyeti gibi, kamu yararına dayanmaktadır. Çünkü iddianın da yargılamanın da gayesi, hukuk düzeninin sağlanmasıdır. İddia hakkının, kaide olarak, muhakeme ile teyit edilmek istenilen şahsî menfaat sahibine tanınmış olması, bizi aldatmamalıdır. Bunun sebebi, kamu menfaatinin, şahsî menfaat sahibi tarafından daha iyi korunacağına kabul edilmesidir.⁵⁵⁴

İddia hakkının ve uyuşmazlığa konu olan hakkın birbirlerinden tamamen ayrı oldukları kabul edilince, iddia hakkı esas haktan tecrit edilmelidir. Onun için bu nazariyeye mücerret (tecrit edilmiş) iddia nazariyesi de denir. Meselâ muhakeme sırasında bir hak temlik edilirse, dava ilişkisinin ilk taraflar arasında devam ettiği kabul olunmalıdır.⁵⁵⁵ Kaldı ki iddia hakkının konusu ile esas hakkın konusu aynı şey değildir. İddianın konusu, müşahhas bir olayın hukuk normları karşısındaki durumunun tespiti. Bunun için ilk önce olayın mevcut olup olmadığı, sonra hukuk normunun unsurlarını göstererek belirttiği belli bir tipe uyup uymadığı araştırılacak, bu sorulara müspet cevap verildiği takdirde, hukukî neticelerin nelerden ibaret olduğu tayin edilecektir.⁵⁵⁶

96. CEZA DAVASI.

I. Dava.

Ceza davası (*action pénale, azione pénale*) cezaî bir uyuşmazlığın çözülmek üzere yargılama makamı önüne getirilmesidir. Yeni bir hukukî durumun mahkeme kararı ile yaratılması için açıldıklarından muhakeme hukukunda “inşâî dava” diye adlandırılan sınıfa giren ceza davaları gayeleri ve iddia makamları bakımından, önce: 1) Asıl ceza davası, 2) Talî ceza davası, olarak ikiye ayrılır.

1. Asıl ceza davası.

Bir kimseye bir suç isnat edilir ve bu isnadın muhakeme yapılarak tahkiki istenilir. Buna asıl ceza davası diyeceğiz. Ceza davasındaki iddiaya itham denilmesi bu çeşit davalar bakımındandır (No. 97). Asıl ceza davası açılması demek, suç hukuku normları bakımından bir olayın hukukî durumunun tespiti için kolektif şekilde muhakeme yapılmak üzere ceza yargılaması makamlarını harekete getirmek demektir. Ceza davası denince akla gelen asıl ceza davasıdır.

Asıl ceza davasının suçtan doğduğu fikri yaygın olmasına rağmen⁵⁵⁷, doğru değildir. Gerçekten bu fikir, ceza davasını mahkûmiyet kararı almak üzere mahkemeye başvurma olarak kabul eden görüşün bir sonucudur. Kanaatimizce suç ve mahkûmiyet önceden kabul edilemez. Suç sabit olmadan suçtan söz edilemez ki davanın suçtan doğduğu söylenebilin.⁵⁵⁸ Aynı sebeple, Devletin ceza vermek hakkından da söz edilemez.⁵⁵⁹ Kaldı ki bağımsız iddia nazariyesi ile böyle bir *hak* yaratmağa da ihtiyaç kalmamıştır (No. 41).

Asıl ceza davası, cezaî müeyyidenin dar manada ceza veya güvenlik tedbiri olmasına göre a) Dar manada ceza davası, b) Güvenlik tedbiri davası olmak üzere ikiye ayrılır.

Bizce ceza ile güvenlik tedbiri arasında nitelik farkı yoktur. İkisi de geniş manada cezadır. Ancak kanunlarımız ceza tabirini umumiyetle dar manada kullanmaktadırlar. Ceza ehliyeti olmayan suçlular hakkında alınan tedbirlere mülga Adlî Sicil Kanunu güvenlik tedbiri adını vermişti (m. 4). Türk Ceza Kanunu da “güvenlik tedbiri” terimini benimsedi (TCK 53).

⁵⁵⁴ Sabatini, I. 298.

⁵⁵⁵ Medeni Muhakeme Kanunu Tasarısı (m. 235) bu nazariyeyi benimsememişti. Bu sonuç, yeni malikin diğer tarafa rağmen eski davaya katılmasına veya eski davacının yerine geçmesine engel olmayacaktır. Mesele ilk davacının bu sıfatı kaybedip kaybetmeyeceğidir.

⁵⁵⁶ Kimlerin dava hakkına sahip olacağını tayinde yine esas hakka bakıldığını söyleyen ve klasik teze taraftar olan *Postacıoğlu* dahi, klasik nazariyenin bazı halleri izah edemediğini itiraf etmekte ve bu halleri kaideden ayrılmak zarureti kabul etmemektedir (bakınız not 16).

⁵⁵⁷ Garraud (R.): I. 162; Taner, 84.

⁵⁵⁸ Sabatini, I. 296; Vannini, 19. 1913 tarihli İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu ceza davasının suçtan doğduğu tezini kabul etmişti. 1930 Kanununda bu hata tekrar edilmemiştir (CPPI 1).

⁵⁵⁹ Devletin ceza verme hakkından söz eden *Keyman*, suçu önceden kabul etmediğini söylemektedir (s. 90). Ceza vermek hakkı işlenen suçta dayandığına göre suçun mahkûmiyetten önce kabul etmeden bu haktan söz edememek gerekir.

Muhakeme kanunlarımızda düzenlenen muhakemeler de dar manada ceza davaları ve dolayısı ile dar manada ceza muhakemeleridir. Güvenlik tedbiri davaları ve dolayısı ile emniyet tedbiri muhakemeleri hakkında kanunlarımızda pek az hüküm vardır. Olanlar da sistemsizdir (No. 487-490).

Güvenlik tedbiri davası ile dar manada ceza davası arasında iddia makamı bakımından da fark vardır. Birincilerde iddia görevini daima toplum makamı yapar. Dar manada ceza davasında iddia görevini toplum makamının yapması kaidedir. Toplum makamının açtığı asıl ceza davasına kamu davası denilmektedir. İstisna olarak, fertlerin de iddia makamını işgal edebilmesi kabul olunmuştur. Kanunumuzda buna iki halde rastlamaktayız: 1) CMUK uyarınca şahsî davada iddia görevini yapmak sadece ferde bırakılmıştı 2) Kamu davasına katılmada toplumsal iddia makamını savcı, ferdi iddia makamını ise katılan (müdahil) sıfatı ile suçtan zarar gören fert işgal etmektedir (No. 119).

2. Talî ceza davası.

Bir malî müsadere etmek veya bir ceza mahkemesinin kararının hatalı olup olmadığını tespit etmek için bir mahkeme kararına ihtiyaç vardır. Bu kararın elde edilmesi için mahkemeye başvurulur. Bu da iddia görevinin yapılmasıdır. Bu da bir dava açılmasıdır. Bu dava bir suçlu ve suç dolayısı ile uygulanan geniş manada ceza ile ilgili olması sebebi ile bir *ceza davasıdır*. Ancak suç isnadının tahkiki söz konusu olmadığından aslî ceza davası olmayıp talî ceza davasıdır.

Talî ceza davalarının bu niteliği üzerinde kanunumuz fazla durmamış, hatta bunların bir dava olduğunu belirtmemiştir. Bunlardan kanunumuzun en esaslı şekilde düzenlediği, “kanun yolları” adı verilen davalar (No. 510). Bunların dışında kalanlara dar manada talî cezası davası adını vereceğiz. Bunları da hâdise davası ve infaz davası olarak ikiye ayıracağız. Hâdise davası, asıl muhakeme içinde olsa da ayrı muhakemeyi gerektiren ve muhakeme organik bünyesi içinde hususî tipte ve ayrı bir organik bünyesi olan *hâdise muhakemesine* (No. 491) yol açan talî davadır. İnfaz davası da mahkûmiyet kararındaki hukuka aykırılığın giderilmesi niteliği arz etmeksizin, cezanın infazı sırasında infazla ilgili olarak meydana çıkan uyuşmazlıkların halli için yargılama makamlarına başvurmadır (No. 497).

Hâdise davalarının bir kısmı duruşmanın başında açılmalıdır. Bunlara çok defa “iptidâî itiraz” denilir. İtiraz ceza muhakemesinde kanun yolu adı olduğundan, başka manalarda da kullanıldığından, Hukuk genel nazariyesine aydınlık getirmek üzere, *ilk talî dava* demeyi tercih ediyoruz (No. 27, 283, 475).

II. Muhakeme.

Ceza davasının cezaî uyuşmazlığı yargılama makamı önüne getirmekten başka manada kullanıldığı vardır. Meselâ kanunumuzdaki kamu davası tabirlerinde dava sadece savcının yargılama makamına başvurusu değildir. Kanunun kamu davası bahsinde savcı ile sanık arasındaki ilişki yani dava ilişkisini ele almakla yetinmediği açıktır. Kamu davası ile ilgili normlar, savcının veya ferdin başvurusu üzerine kolektif olarak üç makamın yaptığı faaliyeti düzenlemektedir. Görülüyor ki burada davadan maksat, muhakemedir.

97. CEZA İDDİASI.

I. Ceza iddiasının türleri.

Muhakeme Hukukunda, yani her çeşit muhakemede uyuşmazlığı yargılama makamı önüne getirme ve orada tutma görevine iddia denildiğinden, ceza muhakemesinde de iddia makamının görevi iddiadır. Ceza-dışı muhakemelerdeki iddiadan ayırt etmek için, ceza muhakemesindeki iddiaya ceza iddiası adını vereceğiz.

Ceza iddiası, ceza davasının (No. 96) ve dolayısı ile, ceza muhakemesinin (No. 408) bölümlerine uygun olarak, 1) Asıl ceza muhakemesindeki iddia ve 2) Talî ceza muhakemesindeki iddia olarak ikiye ayrılır.

1. Asıl ceza muhakemesindeki iddia.

Asıl ceza muhakemesindeki iddia, iddia görevinin niteliğine uygun olarak, asıl ceza davasının açılması, yani bir kimseye suç isnat edilerek ceza muhakemesinin kolektif bir şekilde yapılabilmesini sağlamak üzere yargılama makamına başvurulması ve isnadın soruşturulmasının (sanığın cezalandırılmasını değil, o ancak duruşma sonunda esas hakkında mütalâa bildirme sırasında, eğer mahkûmiyet kararı verilmesini isteyecekse söz konusu olacaktır) istenilmesi ile başlar ve davayı

yürütmekle devam eder. Gerçekten iddia, sadece davayı açmak değildir. İddia makamı, muhakeme boyunca, mütalâa mahiyetindeki hükümleri ile hâkime ışık tutacak, muhakemede tez ileri sürüp sentez elde edilmesine çalışacaktır.

Asıl ceza davasının açılması ile başlayan faaliyet bir bakıma da kovuşturmadır. Fakat sanığa suç isnadı faaliyeti demek olan kovuşturma, asıl ceza muhakemesindeki iddiadan farklı olarak, asıl ceza davasının açılmasından önce başlayabilir (No. 98).

Asıl ceza davasındaki iddiaya, itham (*accusation, accusa*) da denilmektedir. Bu terim, ceza muhakemesinin gayesinin suçluyu cezalandırma olduğu ilk devirlerin kalıntısıdır⁵⁶⁰ ve sanığın suçlu olduğunun hiç olmazsa iddia makamınca kabulü manasına geldiği için isabetli değildir. Hakiki itham, iddia makamının duruşma sonunda esas hakkında mütalâasını bildirirken sanığın cezalandırılmasını istemesinde söz konusudur. Daha önce savcının bu kadar esaslı bir mütalâaya varmış olması aranmamaktadır.

2. Tali ceza muhakemesindeki iddia.

Talî ceza muhakemesindeki iddia, talî ceza davasının (No. 96) açılması ve yürütülmesidir. Talî ceza muhakemesindeki iddia her zaman kovuşturma değildir. Gerçekten, talî ceza davalarının konusu olan meseleler her zaman bir kimseye bir suç isnadını gerektirmez. Suç isnadı olmayınca da kovuşturma söz konusu olamaz. Meselâ mahkûmiyet kararını hatalı bulan ve beraat kararı verilmeliydi diye temyiz eden savcının kanun yolu davası açması bir kovuşturma sayılamaz. Ancak bu dava, asıl ceza davası ile ilgili olduğundan bir talî ceza davasıdır.

II. İddia bağışıklığı.

İddianın gereği gibi yapılabilmesi için “İddia bağışıklığı” kabul olunmuştur. Bu bağışıklık, “müdafaa bağışıklığı” kavramı içinde ele alınır (No. 125).

98. CEZA KOVUŞTURMASI.

I. Kovuşturma kavramı.

Ceza muhakemesinde kovuşturma (*poursuite*, takip), toplumsal ve ferdi iddia makamının şüphesinin kuvvetlenip sanı (zan, kuvvetli şüphe) haline gelmesi üzerine şüphelinin sanık olması ile başlayan ve bu şüphenin yenilmesine kadar devam eden iddia faaliyetidir.⁵⁶¹ Ceza Muhakemesi Kanunu “kovuşturma” kavramını iddianamenin kabulü ile başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar süren evre olarak tanımladı (CMK 2). Bizce bu evre *ara soruşturmayı* oluşturur. Ancak iddianamenin mahkemeye verilmesiyle kamu davası açılmış sayılmalı, mahkeme işin duruşmaya geçip geçmemesi konusunda ayrı bir karar verecek şekilde kanun değişikliği yapılmalıdır. Kitaptaki açıklamalarımızda Kanunun kabul ettiği iki evreli ceza muhakemesi şemasına bağlı kalmayı tercih etmemiz nedeniyle bilimsel görüşümüz olan “başlangıç soruşturması, kısa soruşturma, ara soruşturma ve son soruşturma” ayırımını kitabın her yerine yansıtmadık. Bununla birlikte biz yazımda (ğ) harfinin doğru olduğunu düşünüyoruz, Kanun (v) harfini tercih etti: “kovuşturma”.

⁵⁶⁰ İlk zamanlarda muhakeme bugünkü kovuşturma evresinden ibaret olduğundan Fransa'da hala eski alışkanlıkla kovuşturma evresine geçmeye itham (*accusation*) denilmekte ve “*inculpe*” o andan itibaren “*accuse*” adını almaktadır. Ağır cezalı olmayan işlerde ise “*prevenu*” denilmektedir.

⁵⁶¹ Kanunlarımızda önceleri kovuşturmanın tanımı yoktu. CMK 2/1-f kovuşturmayı tanımladı: *Kovuşturma iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder.* Anayasadaki kovuşturma (Any 20/1) takip karşılığıdır. Kanunumuzda takip veya takibat denildiği vardır (CMUK 151, 164). Yabancı kanunlar da kovuşturmayı ve dolayısıyla bir kişiye sanık sıfatı veren isnadı tarif etmemiştir. İtalya'da bizdeki gibi sanık oluş ile bunun hâkim tarafından sanığa bildirilmesi (*contestazione*) ayrı şeylerdir. Fransa ve İsviçre'de sanık sıfatının, yine suç isnadı diyebileceğimiz *inculpation* ile başladığı kabul edilmekte istedi bunu sorgu hakiminin aşına sanığa bildirilmesi şeklini anlayanlar çoktur (*Merle/Vitu*, n. 1142). Bunun sebebi bizce bir zamanlar savcının yardımcısı gibi kabul edilmesinin kalıntısı olarak sorgu hakiminin sanığı belirleyebilmesi, yani ilk soruşturmanın sanıksız açılabilmesidir. İlave edelim ki *inculpe* Fransa'da sadece ilk soruşturmadaki sanığın adıdır. Bu nedenle *inculpationun* sadece ilksoruşturma bakımından özel bir manası vardır. Bu yüzden ki sorgu hakiminin sanığı önce tanık olarak dinlenmesi ve sanıklık teminatından faydalandırılmaması durumuna “*inculpation tardive*” denilmiştir. Buna Erem (sh. 264) “gecikmeli itham” demektedir. Bizde isnadı iddia makamı yaptığından soruşturma evresinde tanık dinlenmesi kaide olmadığından sanık olabilecek kişi tanık da olsa ifade vermeyeceğinden, zaten bunlara yemin verilmediğinden, bu sorun ortaya çıkmamıştır.

Suç işlediğinden şüphelenilen kimsenin, suç işlediği sanılan kimse, bir kelime ile sanık olması demek, ona bir suç isnat edilmesi demektir. Meselâ savcı, kamu davası açmaya yer olup olmadığını anlamak için bir soruşturma yapar. Kamu davası açmaya yer olduğu sonucuna varmak için de bir kimse hakkındaki şüphelerin kuvvetlenmesi ve ona bir suç isnat edilmesi gerekir. Şu hâlde kovuşturma, bizce kamu davası açmaya yer olduğunun anlaşılması ve bunun açıklanması ile başlar.

Ferde bir başkasına suç isnat etme yetkisinin verildiği istisnâ hallerde, yani kovuşturma davası (No. 426) açılmasında da durum aynıdır. Şikâyet ve izin gibi muhakeme ve dolayısı ile kovuşturma şartları gerçekleşmeden hazırlık soruşturmasında, yani kamu davası henüz açılmadan önce bir kimse hakkında tutuklama kararı elbet verilmeyecek, yani ona suç isnat edilemeyecek, kovuşturmaya başlanamayacaktır.

II. Davanın açılmasından önceki kovuşturma.

Kamu davası açmaya yani kovuşturma yapmaya yer gören savcı, çok defa derhal iddianame düzenlediği ve bunun arkasından iddianame kabul edilerek kamu davası açıldığı için, kovuşturmanın kamu davasının açılması ile başladığı sanılır.⁵⁶² Kanunlar da çok defa böyle düşünmeği haklı gösterecek şekilde kaleme alınmıştır. Halbuki kanunun soruşturma dediği aşamada, yani CMK 175 inci madde doğrultusunda kamu davası açılmadan önce bir kimsenin meselâ sorguya çekilmesini veya tutuklanmasını savcı sulh hâkiminden isterken ona bir suç isnat eder. Artık o kimse bizce şüpheli olmaktan çıkıp, sanık olmuş sayılmalıdır. Henüz kamu davası açılmamıştır, diye kovuşturmanın başlamadığı nasıl söylenebilir? Onun içindir ki biz, kamu davası açılmadan önceki soruşturmayı ikiye ayırmayı ve kovuşturma başlamadan önceki kısmına başlangıç soruşturması (No. 414) ve kovuşturma başladıktan sonraki kısmına kısa soruşturma (No. 437) demeyi uygun buluyoruz. Kovuşturmaya dava açmakla başladığı haller de olabilecektir. Bu takdirde kısa soruşturma aşaması atlanmış olmaktadır. Muhakemede aşama ve bölümlerin atlanması mümkündür ve bu atlama, morfolojik uygunluk prensibinin uygulanmasından başka bir şey değildir.

III. Kovuşturmadan önce ceza indirimi.

Kovuşturmanın dava açılmadan da başlayabilmesinin kabulü, dolayısı ile, kovuşturmanın kararı ile kovuşturmaya son verme kararının farklı olması, etkin pişmanlığa bağlı birçok suçta, özellikle iftira suçu bakımından önemlidir. Çünkü iftirayı geri alma, kovuşturmanın başlamasından önce veya sonra olmasına göre cezayı farklı oranlarda hafifletmektedir (TCK 269/1 ve 2) (No. 444). Türk Ceza Kanunu uyuşturucu madde suçlarındaki cezasızlık hali için suçun resmi makamlar tarafından haber alınması kriterini kabul etmiştir. Resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce uyuşturucu suçunu haber vererek bunların yakalanmalarını veya elde edilmelerini kolaylaştıranlara ceza verilmezken (TCK 192/1), cürüm haber alındıktan sonra cürümün meydana çıkmasına veya suç ortaklarının yakalanmasına hizmet ve yardım eden kimseler hakkında verilecek ceza yarısı oranında indirilmektedir (TCK 192/3).

IV. Kovuşturmanın sona ermesi.

Kovuşturma, iddia makamının sanı halini alan yani kuvvetlenen şüphesinin yenilmesi ile sona erer. Bu da samimî inanişle yahut kanun zoru ile olur. Gerçekten iddia makamı da muhakeme boyunca yapılan faaliyetlerden şüphesinin yersizliğini anlayıp isnadını lehte bir mütalâa beyanı ile geri alır. Meselâ sistemde ilksoruşturma da varsa, sonsoruşturmanın açılmamasını, sonsoruşturmada sanığın beraatını ister veya sanık mahkûm olmuşsa, beraat kararı verilmeliydi diye temyiz eder. İddia makamı, yargılama makamının kararının yargı halini alması ile de şüphesini kanun zoru ile yener ve yargıda tezinin sentezini bulmuş sayılır. Yargı halini alan beraat kararı ise, savcı şüphesinin yersizliğini anlamış olacaktır. Kesinleşen karar mahkûmiyet kararı ise savcının şüphesi yine yerini belliliğe bırakacaktır. Artık ortada sanık değil, hükümlü vardır.

Kovuşturmanın sona ermesi dava görülmekte iken de söz konusu olabileceği halde, “kovuşturmaya son verme kararı” sadece dava açılmadan önce verilebilir. Gerçekten, savcı ancak iş kendi elinde iken, yani kamu davasını açmadan önce, başlamış olduğu kovuşturmaya son verebilir (No. 544). Davayı

⁵⁶² İçBK: 30/1/46, 31-3. İlk basında biz de genellikle kabul edilen görüşü benimsemiştik. İlave edelim ki bu karar, sadece bir suç şüphesi üzerine yapılan ve belli bir kişiyi hedef almayan hazırlık soruşturmasında değil (k-m: *Yenisey*, Hazırlık Soruşturması, n. 104), herhangi bir hazırlık soruşturmasına kovuşturma başlamış olamayacağı yolundadır.

açtıktan yani iddianame kabul edildikten sonra, kovuşturmaya son veremez. Zira, sistemimize göre artık iş hâkimin eline geçmiştir ve yargılamaya, daha doğrusu muhakemeye son verip vermemek yargılama makamının işidir. Dava açtıktan sonra savcının yapabileceği, sadece yargılama makamından bu yolda duruma göre bir istekte bulunmaktır. Meselâ düşme veya beraat kararı verilmesini istemektir. İstisna olarak maslahata uygunluğun kabul olunduğu hallerde, davayı geri aldığını (mülga CMUK'nın tabiri ile sarfinazar ettiğini) ileri sürerek durma kararı verilmesini de isteyebilecektir (CMUK 149/2) (No. 51). Savcının bu istekleri hâkimi bağlamaz. Şahsi davanın kabul edildiği dönemde, şahsi davacının isteğinde de durum kaide olarak aynı idi. Yalnız bu kaidenin bir istisnası da kabul edilmişti: Şahsi davacının davasını geri alması, yani kovuşturmaya son vermek istemesi üzerine, yargılama makamı, şikâyetin de geri alınıp alınmadığına göre davanın düşmesi veya davanın reddi kararı vermeye mecburdu (No. 117).

99. KOVUŞTURMASIZ ASIL CEZA YARGILAMASI YAPILAMAMASI.

I. Kanunumuzdaki durum.

Asıl ceza yargılamasının bir iddia ile yani dava açılması ile başlaması, mülga kanunumuzun kabul ettiği bir prensiptir (CMUK 147). Ceza Muhakemesi Kanunu ise, bu çok önemli ilkeyi “örtülü” şekilde düzenlemiştir (CMK 175). İddia makamının kovuşturmaya başlaması ve davayı açması lâzımdır. Kovuşturma olmadan yani bir kimseye bir suç isnat edilmeden asıl ceza yargılaması makamlarının yargılama faaliyetinde bulunamayacağını ifade eden bu prensibe *kovuşturmasız asıl ceza yargılaması yapılmaması* adını vereceğiz.⁵⁶³ Yargılama makamlarının harekete geçmek için iddiayı beklemeleri, iddia makamının hukukî tavsifi ile bağlı olması manasına gelmemektedir.

II. Tali ceza muhakemesindeki durum.

Talî ceza muhakemelerinde de yargılama makamlarının faaliyette bulunması için bir iddia faaliyetine yani dava açılmasına ve yürütülmesine ihtiyaç olması kaidedir. Fakat bu iddianın her zaman suç isnadı mahiyetinde yani kovuşturma şeklinde olması zarurî değildir (No. 98). İddiasız yargılama yapılmaması kaidesinin de otomatik kanun yolu muhakemesinde veya sulh hâkiminin talep olmadan hazırlık soruşturmasında tutuklama kararı vermesinde olduğu gibi bazı istisnaları vardır.

100. KOVUŞTURMANIN BÜTÜNLÜĞÜ.

Ceza muhakemesinde kovuşturma, birden fazla makamlar tarafından yapılsa da bir bütün teşkil eder. Bu itibarla bir makamın başladığı kovuşturmaya diğer makam devam edebilir. Bunun sebebi, yargı bulunmamasının veya aynı davaya bakılmakta olmamasının muhakeme şartı sayılmasında olduğu gibi, aynı kişinin aynı eyleminden dolayı birden fazla ceza davası açılmaması ilkesidir.

Bir makam kamu davası açtıktan sonra o iddia makamının yanında bulunduğu makamın yargılama yetkisi olmadığı anlaşılırsa, başlayan muhakeme faaliyeti yetkili yargılama makamı önünde devam edecektir. Dava açılmış olduğundan, yeniden açılmasına ve dolayısı ile soruşturmanın tekrar yapılmasına gerek yoktur. Meselâ askerî mahkemeler varken, adliye mahkemeleri yetkili olduğu gerekçesi ile yetkisizlik kararı vermişse, adliye mahkemesi bu karara dayanarak muhakemeye devam edecek, savcılığın bir iddianamesine ihtiyaç duymuyordu.⁵⁶⁴ Aynı şekilde memur muhakemesi kanununa göre sorgu hakimi gibi karar verebilen kurulların bu kanuna girmedikleri düşüncesiyle son soruşturma açmaya kendini yetkili görmeyerek verdiği yetkisizlik kararından sonra sorgu hakiminin açılmış olan davayı görmeye devam etmesi için bir talepname ihtiyaç yoktu. Aynı şekilde bu makamların kendilerini yetkili sanıp verdikleri son soruşturma açılması kararı üzerine yargılama yapılması için de yeniden dava açılması gerekmez.⁵⁶⁵ Uygulamada da iddianame yerine geçen belge (CMK 191/3-b) olarak görevsizlik kararının okunduğunu görmekteyiz. Kamu görevlilerinin yargılanmasıyla ilgili olarak benzer bir uygulama vardı. Bu hallerde yeniden dava açılması demek, davanın yeniden açılmasının sırf şekil sebebi ile istenmesinin manasızlığı açık olduğuna göre, dava

⁵⁶³ Buna daha genel olarak davasız yargılama olmaz ilkesi de denilebilir (*Tosun*, I, 356). İlk beş basıda “kovuşturmanın zorunluluğu” demiştik. Mecburiyet yerine, yanlış olarak, *zorunluluk* denilmesi (No. 137, V) yüzünden karışıklık yaratan bu terimden vazgeçtik.

⁵⁶⁴ AsYtDK 16/10/64 (AAD 65, 16).

⁵⁶⁵ CGK 27/1/84 YKD 84/5, 184.

açmağa yer olup olmadığının yeniden incelenmesi demektir. Şüphe sebepleri ve delil toplama işi bitmiş, sonuç çıkarma sırası gelmiş, hatta bazen duruşma aşaması sona ermiş ve belki mahkûmiyet kararı verilebilecek hale gelmiş bir işte, hâlâ, kamu davası açılınsın mı, açılmasın mı diye araştırma yapılmayacağı açıktır.

Savcılıktan gayrı bir makam tarafından açılması gereken bir davanın yanlış tavsif yüzünden savcılık tarafından açılması halinde de durum aynıdır. Sorgu hâkimi talepname ile reddetmemiş ise ilk soruşturmayı açmış ve yargılamaya başlamıştır demektir. Artık bundan sonra yargılamaya başlansın mı başlanmasın mı sonucunu doğuracak olan dava açılınsın mı açılmasın mı meselesi söz konusu olmamak gerekir. Askeri mahkemenin yetkili görülmesi sebebiyle adliye mahkemesince yetkisizlik kararı verilmişse, askeri mahkeme askeri savcının iddianamesi olmadan yargılama faaliyetine devam etmelidir. Bu gibi hallerde iddia makamının birden fazla gözükmesi zahiridir. Aslında iddia makamı tefsir. Bu makamı savcı veya askeri savcı gibi farklı memurların işgal etmesi bizi aldatmamalıdır.

Aynı suçtan dolayı şahsi dava açmaya yani bir isnat ile kovuşturmaya başlamaya yetkili ikinci bir kimsenin yeni bir dava açmaması ve ancak açılmış olan davaya bulunduğu yerden itibaren girmesi de (No. 113) kovuşturmanın bütünlüğünü göstermektedir. Bunun gibi şahsi dava muhakemesi sırasında savcı toplum adına kovuşturma yapmak üzere işin her halinde bir beyan ile iddia makamını işgal edilebilir. Bu halde daha önce yapılmış olan işlemler tekrar edilmez ve muhakeme bulunduğu yerden devam eder. Bu da şahsi davacının kovuşturmasına savcının devam ettiğini göstermektedir. Savcının iştirak etmediği şahsi davada duruşma sırasında suçun şahsi dava ile kovuşturulamayacağı ancak kamu davası ile kovuşturulabileceği anlaşılırsa şahsi dava reddedilmemeli, savcının kamu davası açması sonucunu doğuran iştirakini beklemek üzere durma kararı verilmeli ve savcı iştirak edince işe kaldığı yerden kamu davası olarak devam olunmalıdır. Kovuşturmanın bütünlüğü kaidesi bunu gerektirir. Nitekim kanunumuz da bu hallerde muhakemenin durması kararı verilmesini kabul etmiştir (No. 109).⁵⁶⁶

101. KOVUŞTURMANIN KAMU YARARINA OLMASI.

Asıl ceza muhakemesi, suç işlenip işlenmediğini araştırma, işlenmiş ise kanunî neticeleri tâyin etme, bu arada suçluları cezalandırma gibi kamuya ait bir menfaati korumak için yapılır. Asıl ceza muhakemesi gibi, onun yapılabilmesi için zarurî olan kovuşturma da kamu yararına yapılmaktadır. Ceza muhakemesindeki iddia makamında sadece şahsi davacı bulursa dahi, bundan şahsi menfaat dolayısı ile ceza davası açıldığı manası çıkarılmamalıdır. Şahsi davacıya toplum adına, kamu menfaati mülahazaları ile, iddia makamını işgal etme yetkisi verilmiştir (No. 114). Ceza davası açılmasının kamu yararına olması kaidesinin istisnası olarak kanunda, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebi olarak öngörülmüştür (CMK 171).

Kovuşturmanın kamu yararına olması veya başka bir deyişle *maslahatta uygun bulunması* (No. 103) başka şey, kamu yararını davacı durumundaki savcının belirlemesi yine başka şeydir. Kamu yararını kanun koyucunun görüp savcıyı kovuşturma yapmağa mecbur tutması mümkündür.

Kovuşturmanın kamu yararına olması, bazı hallerde kovuşturmanın şarta bağlı tutulmasına da engel değildir. Meselâ şikâyet şartının kabul edilmiş olması, kovuşturmanın kamu yararına yapılmadığı anlamına gelmez. Şikâyet, suçtan zarar görenlerin zararını artırmamaktaki toplumsal fayda ile kabul edilmiştir (No. 47). Şikâyet şartı gerçekleşince, kovuşturma, yine kamu yararına açılacaktır.⁵⁶⁷ Bunun içindir ki şikâyetin geri alınması kabul edilmemelidir. Geri alınmanın kabul edilmesi ve davanın düşmesi sonucunu doğurması, şikâyetin mahiyetinin yanlış anlaşılmasından ileri gelmiştir (No. 47 VII).

⁵⁶⁶ Aynı nedenle süre şartı (No. 46) bakımından, ilk açılan şahsi davaya bakılıyordu.

⁵⁶⁷ *Sabatini*, I, 302.

10. § DEVLETİN KOVUŞTURMASI

102. Kamu davası. 103. Kamu davasının mecburiliği. 104. Kamu davasının kendiliğindenliği. 105. Kamu davasının devamlılığı. 106. Devletin ceza iddiası makamları. 107. Savcılık makamı teşkilâtının tarihçesi. 108. Bugünkü savcılık kuruluşumuz.

102. KAMU DAVASI.

Asıl ceza yargılamasının yapılabilmesi için, kovuşturma zarurîdir, yani suç isnadı yargılama makamı önüne getirilmelidir. Bu kovuşturma görevinin, Devlet adına yapılmasına, Devletin Kovuşturması diyeceğiz. Buna, Devlet ithamı, toplumsal itham da denildiği vardır. Uyuşmazlığın yargılama makamı önüne getirilmesine dava denildiği için, Devletin kovuşturmasına “kamu davası” da denilmektedir.⁵⁶⁸ Nitekim kanunumuzda Devletin mahsus makamının açtığı davaya kamu davası (CMK 175/1) (âmmе davası, *action publique*, *azione pubblica*) adı verilmiştir. Nasıl hükmün başına “Türk Milleti adına” verildiği yazılacaksa (CMK 232/1), kamu davalarında davacı olarak “Devlet” gösterilmelidir.⁵⁶⁹

Fertler tarafından kovuşturma yapılması ve asıl ceza davası açılması çok istisnâ olduğundan, sadece “ceza davası” denilince akla “kamu davası” gelmektedir. Kaldı ki her suçta, Devlet, zarar gören taraflardan biridir (No. 167). Bu sebeple her suçtan dolayı ceza davası açmak, toplum yararına olduğundan, Devlet dediğimiz siyasî toplumun bir görevidir. Bir kısım suçların kovuşturulmasında kamu yararı görmemek, bazı suçların sadece fertleri ilgilendirdiği fikrinin hâkim olduğu ve suçların kamu suçları-özel suçlar diye ayrıldığı eski devirlerin kalıntısıdır.⁵⁷⁰

103. KAMU DAVASININ MECBURİLİĞİ.

I. Sistemler.

Bir sisteme göre, ceza davası açmakla görevli resmî makam, dava açmak için aranan kanunî şartlar gerçekleşince, ceza davasını açmağa mecburdur. Bu mecburîlik vasfı, kanundan ileri geldiği için kanunîlik diye de anılmaktadır. Buna karşılık bazıları, ceza davalarının açılmasında maslahata uygunluk (*opportunit *) veya bir diğеr söyleyişle “kamu yararı” (No. 51)⁵⁷¹ sistemini daha elverişli bulurlar. Dava açmada mecburiyeti değil, *ihtiyarı* (No. 137 V) kabul eden bu sisteme göre dava açılması için kanunî şartların bulunması yetmez, her dava için maslahata uygunluk diye ifade edilen “lüzum” şartı da araştırılmalıdır. Yani, her olayda kamusal fayda düşüncesi ile “lüzum” takdir edilecektir. Eğer dava açılması suçtan meydana gelen zarardan veya suçlunun cezasız kalmasındaki toplum zararından daha büyük bir zarar doğuracaksa veya suçlunun şahsiyeti bakımından işlediği suçta göz yummak daha faydalı ise dava açılmayabilecektir. Kanunumuz sınırlı bir *takdirilik sistemi* kabul etmiştir (CMK 171).

Kamu davasının açılmasında mecburiliği benimseyen bir sistemin, açma gerekip gerekmeyeceğini tayin için yapılan soruşturmanın da (No. 414) mecburî olmasını kabul etmesi mantık zorunluluğudur. Bu nedenledir ki Alman Kanunu, CMK 160. maddenin karşılığı olan maddede, bizimkinden farklı olarak, savcının kamu davası açması değil, *harekete geçmesi*, yani soruşturmanın araştırma işlemlerini

⁵⁶⁸ Devlet kovuşturmasına kamu davası denilmesi, ceza davasının çoğunlukla kamu davası açılmasıyla başlamasından kaynaklanır. Ancak Devlet kovuşturmasının suç isnadı ile başladığı, kamu davası açılmadan da bir kişiye suç isnat edilebileceği bir kelime ile Devlet kovuşturmasının kamu davası açılmadan da başlayabileceği hatırlanmalıdır (No. 98, II).

⁵⁶⁹ Uygulamada *hukuku umumiyenin* tercümesi olarak *kamu haklarının* gösterilmesi yersizdir. Davacının bir kişi olması gerekir. Bu da savcı olmayıp onun temsil ettiği Devlettir. Nitekim şahsî davada da davacı “hukuku şahsiye” değil, suçtan zarar gören kişi olarak fert idi.

⁵⁷⁰ *Sabatini*, I, 302.

⁵⁷¹ Buna takdirilik (*discrezionalit *) diyenler de vardır. (*Tosun*: II, 39; *Keyman*, 95). Bir kere “*discrezionalit *” karşılığı “tam takdir”dir. Kaldı ki burada tam takdir yoktur. Mecburiliğın zıddı olan ihtiyarilik vardır. Bu ihtiyarilikte lüzum şartı, kamu yararı olup olmadığına göre araştırılacaktır. Maslahata veya kamu yararına uygunluk beğenilmiyorsa, ihtiyarilik denilmelidir. Ancak Kanun “takdir yetkisinden” söz etmektedir (CMK 171).

yapması mecburiyetinden söz etmektedir (StPO 152/II).⁵⁷² CMK 170/2'nci maddede ise, savcının *iddianame düzenlemesi* gereğinden söz edilmekte ve *toplana deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa, Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler*, şeklinde emir kipi kullanılmaktadır. Böylece, Türk Kanununun *mecburilik sistemini* tercih ettiği, ancak sınırlı bir *takdirilik istisnası* tanıdığı görülmektedir. Mecburilik sisteminin mi, maslahata uygunluk sisteminin mi daha iyi olduğu münakaşalı bir meseledir.⁵⁷³

II. Mecburilik sisteminin istisnaları.

1. Takdirilik sistemi.

Takdirilik veya maslahata uygunluk sistemi, cezanın suçluya uydurulması tedbirleri gibi ileri⁵⁷⁴ bir sistemdir. Suçların sayısının artması karşısında hafifleri ile mahkemeleri uğraştırmamak gibi faydası da vardır.

Ancak kötü kullanılmasındaki büyük tehlike karşısında, 2005 yılında yapıldığı gibi, istisnaları Kanunda gösterilerek, mecburilik sisteminin kabul edilmesinin, memleketimiz bakımından bugün için daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

Kaldı ki, bu sistemin sakıncalarını giderme imkânsız değildir: a) Suçtan zarar görenin şikâyetinde⁵⁷⁵ resmî makamların ve özellikle Adalet Bakanının izin ve talebinde olduğu gibi, istisna olarak, savcıdan daha iyi takdir edebilecek kimselere yetki verilebilir. b) Mecburiliğin sertliğini yumuşatmak üzere, muhakemenin veya cezanın ertelenmesi, adlî af, (adlî tevbih) gibi çarelere başvurulabilir. c) Çocuklar için istisna kabul edilebilir.

Çocuk Koruma Kanunu ise, çocukların işledikleri suçlarda *takdirilik sistemini* kabul etme yerine, *kamu davasının açılmasının ertelenmesini* (CMK 171/2, ÇKK 19) ve *hükümün açıklanmasının geri bırakılmasını* (CMK 231/5, ÇKK 23) benimsedi ise de bunların yetişkinlerde olduğu gibi uygulanmasını kabul etti. Çocuklar için farklı bir sistem kabul edilmelidir.

⁵⁷² Mülga CMUK 148. maddenin ilk günden beri, savcının kamu davası açması mecburiyetinden söz etmesi, kaynaktan ayrılmanın kasdî olduğunu gösterecek hiçbir delil olmadığına göre, bir tercüme hatası olarak kabul edilmelidir. Savcının harekete geçmesi ile dava açması mecburiyeti arasındaki fark, *Daguin* tercümesinde harekete geçme denmesine rağmen, *Schwarz* tercümesinde dava açma denilmesi ve Alman hukukçuların dava açma mecburiyetinin kaynağı olarak bu maddeyi göstermeleri ve başlama mecburiyetinin 153. maddemizde ayrıca açıklanması yüzünden olacak, hep gözden kaçmıştır. Bu nedenden ki 148. maddenin basit şüphe konusunda aradığı, bizim yeterli şüphe sebepleri denilmesini uygun bulduğumuz “kâfi emare”, 1985’ten sonraki tabirle “yeterli delilin” hazırlık soruşturmasına başlamak için değil, suç isnadı için arandığı sanılmıştır. Nitekim biz de 8. basıda dahi bu görüşte idik. *Yenisey*’in 148. maddedeki tercüme hatasını belirtmesi (I. n. 99) gözümüzü açtı. Artık hazırlık soruşturmasının başlaması ile kovuşturmanın başlamasını ayrı ölçülerle ele alıyoruz.

⁵⁷³ Tafsilât için 1-4. basılara bakınız. Ceza Hukuku Milletlerarası 5. Kongresi (Cenevre 1947) bu meseleyi tetkik etmiş, fikirlerin ayrılığı karşısında esas hakkında bir karara varamayarak, meselenin 6. kongrede yeniden ele alınmasını kararlaştırmıştı (Bk. *Kunter*: Ceza Hukuku Milletlerarası 5. Kongresi, İHFM, 1947, 845). Fakat 6. ve daha sonraki kongrelerde bu mesele gündeme alınmamıştır. Sadece 1964 de Lahey’de toplanan 9. kongrede, kovuşturma organlarının ceza muhakemesindeki rolü dolayısı ile bu meseleye de temas edilmiş ve iki sistemin de, iyi bir adalet dağıtımını sağlayacak tedbirler alınması şartıyla, kabul edilebileceği ve bu tedbirlerin de değerinin iyice araştırılmasının zorunlu olduğu sonucuna varılmıştır (RIDP, 64, 1138). Sistemler hakkında daha fazla tafsilât için bak. *Treyvaud*: *Legalité ou opportunité de la poursuite pénale?* Lausanne, 1961 (thèse).

⁵⁷⁴ Bu sistemin demokratik anlayış içinde kabulünün imkânsız olduğu tezini (*Erem*, 227; *Leone*: I, 144). Anglosakson ve Kuzey Devletleri ile Fransa’da uygulanmakta oluşu çürütmektedir.

⁵⁷⁵ Almanya’da şikâyet üzerine kovuşturulan suçların çoğunun, zarar görenin ilgilenmemesi yüzünden Fransız savcısının uygun görmeyerek dava açmadığı suçlar olduğu belirtilmiştir (*Clerc*, N. 82).

Ceza Muhakemesi Kanunu, mülga Kanun⁵⁷⁶ gibi⁵⁷⁷, kamu davasının mecburiyetini ifade etmek için, soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda *yeterli şüphe* oluşturmasını aramaktadır (CMK 170/2). Şüphenin kuvvet dereceleri farklıdır; a) başlangıç şüphesi (*Anfangsverdacht*), b) yeterli şüphe (*hinreichender Verdacht*) ve kuvvetli şüphe (*dringender Verdacht*) ayrımları vardır. Failin suçu işlemiş olma olasılığının, mevcut olgulara yapılarak değerlendirilmesinde, 0 ile 100 arasında bir skalada, yüzde elli ile yüzde yüz arasında bir değer bulunuyorsa, “yeterli şüphe” vardır, denilebilir.⁵⁷⁸ Yüzde ellinin altındaki, somut olgulara dayanan şüphe kuvvetli (*dringender Verdacht*) ise, Devletin koruma tedbirlerinden tutuklamaya karar vermesinin sebebi olur.⁵⁷⁹

Delil ancak mahkeme bakımından yani kovuşturma evresinde söz konusu olduğundan, CMK 170/3-j maddede, *delil değil, olaya ilişkin şüphe sebepleri* (No. 328) denilmeli idi. Nitekim Alman Kanunu *maddî hakikate ilişkin araştırmaların yeterli* olmasını aramıştır (StPO 170).

Şüphe sebeplerinin dava açmak için yeterli olup olmadıklarının takdiri başka şeydir, davanın maslahata uygunluğunun takdiri yine başka şeydir. Türk Kanunu savcıya birinciyi vermiş, ikinciyi vermemiştir.⁵⁸⁰ “Delillerin” takdiri yetkisi, mahkemeye aittir.

2. Kovuşturma mecburiyetinin istisnaları.

a) Etkin pişmanlık halleri.

Cumhuriyet savcısı cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gereken hallerde (mesela rüşvette, TCK 254) kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir. Bunun gibi,

⁵⁷⁶ Mülga CMUK’da öngörülen istisnalar. i) Muhakeme sonunda sanığa verilecek ceza, onun diğer bir suçundan dolayı mahkûm olduğu veya olacağı cezaya “tesiri olmayacaksa” (CMUK 149/1), daha doğrusu ölüm cezasına çarptırılan kimseye hürriyeti bağlayıcı ceza vermek için dava açılmasında olduğu gibi, gördüğü veya göreceği ceza sebebiyle tesirsiz kalacaksa, savcı dava açmayabiliyordu (5. CD. 4.2.92 (E. 1992/2, K. 1992/166)). 3713 sayılı Yasanın Geçici 1-A maddesine göre ölüm cezasının infazının mümkün olmadığı ve hürriyeti bağlayıcı ceza olarak infazı gerektiği göz önüne alınarak CMUK 149. madde sarahatine göre hükümlü hakkında her bir ceza için ayrı ayrı 3713 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Durum ilk veya sonsoruşturmada anlaşılırsa, savcının isteği üzerine, durma kararı veriliyordu (CMUK “85-3206” 149/2). Şahsi davaya konu olabilen suçlarda savcının kamu menfaati görmüyorum diyerek dava açmayabilmesi de maslahata uygunluk görmüyorum manasında idi.

⁵⁷⁷ Mülga Kanunumuz da, yeni Kanunda ve Almanya’da olduğu gibi, mecburilik sistemini kaide olarak kabul etmişti ve kamu davasının açılması mecburiyeti için, hazırlık soruşturması sonunda “kamu davasını açmağa yeterli delil elde edilmiş olmasını aramakta idi (CMUK 163). Yenisey’den (Hazırlık soruşturması, n. 99) öğreniyoruz ki CMUK 148/2 de “savcının kamu davası açma mecburiyeti” denilmesi bir tercüme hatasıdır. Zira karşılığı maddede (StPO 152. II) savcının harekete geçmesi denilmekte ve bununla hazırlık soruşturması araştırmalarına, bizim tabirimizle başlangıç soruşturmasına başlanması kast olunmaktadır. Harekete geçen savcı sonunda kovuşturma yapmayabileceğine göre bu iki kavram farklı şeylerdir. Bu hataya rağmen, sonuçta fark yoktur. Zira Almanya’da kamu davası açmak da mecburîdir ve mecburîlik anlamına gelen kanunilik prensibi maddenin başlığında yer almıştır. Ama bu mecburiyet asıl onların 170. maddesinde (bizde mülga CMUK 163) düzenlenmiştir. Bundan çıkan sonuç şu oluyor ki önümüzde iki yol vardır: Ya 148. maddeyi 163 ün tekrarı pahasına, kamu davasını açma mecburiyetini önlemek için harekete geçme mecburiyetini ayrıca düzenleyeceğiz. Ya da dava açma mecburiyetini 163. madde düzenliyor deyip 148’i harekete geçme mecburiyeti düzenleyen madde olarak ele alacağız. Bu takdirde maddede değişiklik yapmamız gerekecek. Biz ikinci yolu tercih ediyoruz (No. 141, 415, 433).

⁵⁷⁸ Kühne, NJW 1979, 622.

⁵⁷⁹ Benfer 2005, 23.

⁵⁸⁰ Dava açma mecburiyetini koyan CMUK 163. maddede, hattâ bir an için konuyu düzenlediğini kabul edebileceğimiz 148. maddede dava açmanın da takdire bırakıldığı gösterilmiş değildir. Bununla beraber CMUK 148. maddenin 1985 değişikliğinin sadece gerekçesini okuyanlar, bizim mecburîlik sisteminden ayrıldığımızı sanabilirler. Zira gerekçede “artık birçok ülkede sözü edildiği” ileri sürülen “savcıların takdir yetkisi”ne dayanılmıştır ve bizde de ihtiyarilik veya maslahata uygunluk yerine takdirilik denildiği de vardır. Takdir bu anlamda kullanılmışsa, “birçok ülkede sözü ediliyor” denilmesi doğrudur. Ancak ikinci fıkra sonunda “mükelleftir” denilmiş olması açıkça gösteriyor ki, mecburîlik sisteminden ayrılmış değildir. Beraat kararı almak için dava açılmasının düşünülmeceği nedeniyle savcılara bu değişiklik ile takdir hakkı tanındığı sözleri şaşırtıcıdır. Kanun bugüne kadar beraat kararı almak için dava açılmasını mı istiyordu? 148. madde “ceza takibini istilzam edecek hususlarda kâfi emareler teşkil edecek vakıalar mevcut ise” demekle savcılara emarelerin kâfi olup olmadığının takdirini savcıya vermiyor muydu? Hata, bizce değişiklikte emare yerine delil denmesinden kaynaklanmaktadır. Kaldı ki takdir bu anlamda da anlaşılmalı gerekçe yanlıtıdır. Okuyan pek çok ülkede savcının dava açması ile sonsoruşturmanın açılmış olduğunu sanabilir. Durum tamamen tersinedir. Dava açmada mecburîlik de ihtiyarilik de kabul edilse sonsoruşturma, bir iki önemsiz istisna dışında, ancak hâkim kararı ile açılmaktadır.

şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde de (TCK 167) KYOK verilebilir (CMK 171/1).⁵⁸¹ Kanaatimizce, Kanunlarımızdaki istisnaların ihtiyaç nispetinde artırılması ve bu arada kovuşturmayaya şartlı olarak son verilmesinin de kabul edilmesi, yararlıdır ve AKBK tavsiyesine de (R (87)18) uygundur.

b) *Cumhuriyet savcısının kendiliğinden dava açmadığı haller.* Kanunlarımızda kovuşturma mecburluğunun istisnaları vardır.⁵⁸² Kamu davasını savcının kendiliğinden (doğrudan doğruya, re'sen) açmaması halleri de istisnalar arasında sayılabilir. Kanunların dava açılmayacağını açıkladığı haller de vardır. Meselâ Trafik Kanununa göre, maddî hasarla sonuçlanan kazalarda taraflar anlaşırsa ve başka suç oluşmuyorsa trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu (TCK 179/2; mülga TCK 565'deki kabahat) uygulanmaz (KTK 83/3).

III. Soruşturma ve kovuşturmanın devri.

Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu (6706 sK m. 23 vd) soruşturma ve kovuşturmanın devri ve devredilmesi konularını düzenlemiştir. Üst sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yürütülen soruşturma veya kovuşturmalarda şüpheli veya sanığın yabancı devletin vatandaşı olması nedeniyle Türkiye'de hazır bulundurulamaması veya adli yardımlaşma yoluyla savunmasının alınamaması veya Türk vatandaşı olan şüpheli veya sanığın yabancı devlette mutad olarak bulunması veya delillerin bu devlette olması nedeniyle devrin, gerçeğin ortaya çıkarılmasına imkân vermesi hâllerinde Türkiye'de açılmış olan bir soruşturma veya kovuşturma yabancı Devlete devredilebilir.

Kamu davasının açılmasının ve yürütülmesinin mecburluğu kuralının bir istisnasına da, hakikatın araştırılması ve en elverişli müeyyidenin uygulanması amacı ile kabul edilen "Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi" (No. 318) ile düzenlenen kovuşturmanın aktarılmasında rastlıyoruz. Diğer Devletten kovuşturma yapmasını isteme imkânı vardır ve bu imkân her olayda göz önünde tutulmalıdır (No. 425, 444).

⁵⁸¹ Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK 171/1) önce, hiç beklenmedik ve Türk doktrininde bilinmeyen, tartışılmamış türden bir *takdirlik sistemi* yarattı ve bu sistemi daha sonra 2006-5560 sayılı Kanun ile değiştirdi. İlk kabul edilen sistem şöyle idi: "Cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların", ya da "şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde" C. Savcısına kamu davasını "açmayabilme" yetkisi verdi. Buna göre; i) Cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların varlığı halinde Cumhuriyet savcısı kamu davası açmayabiliyordu; ii) Ceza Kanununda öngörülen şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde (TCK 167) kamu davası açılmıyordu; iii) Uzlaşmaya tabi suçlarda, uzlaşma önerilmeden iddianamenin hazırlanması iddianamenin reddi sebebi yapıldı (CMK 174). Daha sonra, 2006-5560 sayılı Kanun ile CMK 171 in hem birinci fıkrasının cümle yapısı değiştirildi, hem de "kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu" kabul edilerek, bunun içine gerçek takdirlik sistemi (yani kamu yararı bulunup bulunmadığının savcı tarafından takdir edilmesi) yerleştirildi. CMK 171/1'deki değişikliklere göre, "cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık" yerine, "ceza kaldırılan şahsi sebep olarak etkin pişmanlık" yazıldı; "Cumhuriyet savcısı kamu davası açmayabilir" yerine de, *Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilir*, denildi. 2006 yılında eklenen fıkralarla kabul edilen *kamu davasının açılmasının ertelenmesi* koşulları (mahkûm olmamış olma, suç işlemekten çekinme kanaati doğması ve zararın tamamen giderilmesi) arasına, diğerleri ile birlikte gerçekleşmesi gereken, *kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması* şartı eklendi (CMK "2006-5560" 171/3-c). Benzer bir kurum olan *hükümün açıklanmasının geri bırakılması* için, Kanun hemen hemen aynı koşulları öngörürken, *kamu yararı şartını* (CMK 231/6) eklemedi.

⁵⁸² Almanya'daki gelişme kanunîlik istisnalarının artması yolundadır. 1965'den önce bu istisnalar üç grupta toplanmıştı: 1) Kovuşturma yapılamayan haller (meselâ kovuşturmada kamu yararı olmıyan önemsiz kabahatler), 2) Hâkimin muvafakati ile kovuşturma yapılmayabilen haller (meselâ kovuşturmada kamu yararı olmıyan önemsiz cünhalar), 3) Savcının kendiliğinden kovuşturma yapmayabileceği veya davasını geri alabileceği haller (meselâ bizim CMUK 149 daki haller). Bunlara, istisna sayılmamakla beraber, ilksoruşturma veya sonsoruşturma açılmadan talepname veya iddianamenin geri alınması da eklenmelidir. 1965 reformu yeni istisnalar getirdi ve müteselsil suçlarla fikrî içtimada ayrılabilen ve önemsiz olan suçun iddia ve müteselsil suçlarla fikrî içtimada ayrılabilen ve önemsiz olan suçun iddia sınırı dışında bırakılabilmesi yani iddianın 'sınırlanabilmesi" kabul edildi (*Barosio* 117). 1968 de Ceza Kanunundaki bütün kabahatler, Düzene Aykırılık Kanunu ile "idarî suç" niteliğine geçince bunlarda da maslahata uygunluk sistemine geçilerek istisna genişletildi (Düzene Aykırılık Kanunu 47). 1975 reformunda da basit hırsızlık ve dolandırıcılık gibi suçlarda, zarar ve kusur azsa ve kovuşturmada kamu yararı yoksa savcının kendiliğinden kovuşturmayaya son verebilmesi hatta kovuşturmada kamu yararı olsa da müeyyidenin ceza olması gerekmiyorsa savcının belli ödevler yüklenmesi ve belli sürede ödevler yerine getirilirse kovuşturma yapmaması kabul edildi (*Grauhan*, 293).

Uluslararası Ceza Divanı kabul edilince, ülke içinde “etkin” bir muhakeme yapılmadığı durumlarda, davanın UCD’de görülmesi gerekecektir. Bu da, *kovuşturma aktarılmasının* bir türüdür.

104. KAMU DAVASININ KENDİLİĞİNDENLİĞİ.

Kovuşturma kamu yararına dayandığından, ceza davasını açmakla görevli resmî makamların kendiliklerinden (re’sen), yani haricî bir tahrike lüzum olmadan, dava açmaları gerekmektedir. Gerçekten ceza davasını açmakla görevlendirdiğimiz makam, bunun için başka bir iradenin izharını beklerse, eli kolu bağlanır ve görevini yapamaz. Ancak bazı hallerde, savcının davayı kendiliğinden açamaması kamu yararına daha uygun olabilir. Bazı suçlardan dolayı kovuşturmanın doğrudan doğruya yapılamaması ve kovuşturmanın, talep, şikâyet, izin gibi şartlara bağlı tutulması bu yüzdendir (No. 47-50). Bu istisnalarda da bir maslahata uygunluk aranmaktadır. Ancak, bu geniş manadadır. Zira, dar manada maslahata uygunluk takdiri, sadece savcı bakımındandır.

105. KAMU DAVASININ DEVAMLILIĞI.

Görevi ceza davasını açmak olan makamlar ceza davasını açmağa mecbur oldukları gibi bu davayı yürütmeğe de mecburdurlar⁵⁸³, yani kamu davasını geri alamazlar.⁵⁸⁴ Ancak, “uzlaşma” (CMK 253), “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” (CMK 171/2) ve “hükümün açıklanmasının geri bırakılması” (CMK 231) ile, Çocuk Koruma Kanunundaki “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” (ÇKK 19) ve “hükümün açıklanmasının geri bırakılması” (ÇKK 23) kurumları ile, bu ilkeye istisnalar getirmiştir.

Yargılamanın devamlılığına (No. 71) engel olan bir sebep bulunmadıkça, mahkemeden mahkûmiyet veya beraat gibi uyuşmazlığı doğrudan doğruya çözen bir hüküm alınca kadar iddia görevini yapmaya mecburdurlar.

Mahkemenin sentez niteliğindeki hükmü iddia makamını tatmin etmiş ise mesele yoktur. Kanun yoluna gitmeğe mecbur değildir. Kamu davasının devamlılığı demek, iddia makamının isnatta muhakkak ısrar edeceği demek değildir. Devam mecburiyeti iddia görevi bakımındandır. Savcı, isnadının yersiz olduğunu anlamışsa, ısrara ve ille mahkûmiyeti istemeğe elbet mecbur değildir.

Beraat istemek de kovuşturmaya girmemekle beraber, iddia görevini yapmak demektir. Zira iddia, mütalâa ile hâkime ışık tutmaktır ve tez, işin sonunda sentez haline geleceğinden bunun hâkimin hükmünden önce olması da mümkündür.

Savcı, bir kararı hatalı buluyorsa, kanun yolu davası açacaktır. Açtığı bu davayı geri de alabilir; meğerki sanık lehine kanun yoluna müracaat etmiş olsun ve geri almağa sanık muvafakat etmesin (CMK 266) (No. 512 III).^{44.1}

106. DEVLETİN CEZA İDDİASI MAKAMLARI.

I. Savcılık.

Devletin ceza iddiası görevini yapan resmî makamı, kaide olarak, adli teşkilâta dahil olan savcılıktır (No. 108, 226).

II. Devletin başka iddia makamları.

İstisna olarak ceza iddiası görevi Devletin başka makamlarına da verilmiştir. Örnek olmak üzere şunları gösterebiliriz:

1. Genel yargılama bakımından.

⁵⁸³ Erem, n. 117 b.; 4. CD 18/12/48, (Çağlayan (66) II, 211); 9/5/1946, 5117-6042. (Şahin 2005, 563): Hüküm kolektif bir faaliyetin sonucunda verilir. Savcılık makamı açtığı davayı yürütmek ve delilleri ikame etmekle yükümlüdür.

⁵⁸⁴ Almanya’da mahkeme iddianame üzerine sonsoruşturmanın açılması kararı verinceye kadar savcı kamu davasını gerilabilmektedir StPO 156). Yenisey (I. n. 595) maslahata uygunluğun istisna olarak takdir edildiği hallerde, savcıya bu yetkinin tanınabileceği görüşündedir. Biz kamunun bunu ters karşılayacağını düşünerek savcının önceden her ihtimali göz önünde tutmasını istiyor, davayı sonradan geri almamasının yargılamanın devamlılığının da gereği olduğunu düşünüyoruz.

^{44.1} Mülga Kanunda kanun yolu davasının geri alınması, duruşma yapılacaksa müracaat sanık aleyhine olsa da, sanığın muvafakatine bağlı idi (CMUK 296).

a) Kabahatlerde *idari yaptırım kararı* (KK 22), başvuru yolundan (KK 27) geçerken, sulh ceza mahkemesinde incelenebilmesi için, ayrıca bir iddianame düzenlenmesine lüzum yoktur. Hafta Tatili Kanununa göre de kolluk, tutanağı mahkemeye vermek suretiyle kamu davası açabilir. İddianameye lüzum yoktur.

b) Karayolları Trafik Kanununa göre yetkililerin düzenlediği tutanaklar trafik mahkemesine verilir. İddianameye lüzum yoktur (No. 434).

2. Özel Yargılama bakımından.

a) Yüce Divanda iddia görevini Başsavcı veya Başsavcivekili yapar (AY 148/4). Başsavcı yardımcılardan birkaçı da onlarla beraber duruşmaya katılabilir (AYMK 36). Bu hüküm, kıyas yolu ile, ceza yargılama makamı olduğu zaman Anayasa Mahkemesinde de uygulanır (No. 90).

Başsavcının rolü, iş kovuşturma evresine geldikten sonra başlayacaktır. Gerçi Yüce Divana sevk kararı, ortada İddia Makamı ve İddianamesi olmadığı için, bir ithamname gibi gözükmekte ise de Ceza Muhakemesi Kanununun esas prensibine aykırı olmayan bir izah da mümkündür ve o da bu kararı kovuşturmanın açılması (CMK 175'teki "iddianamenin kabulü") kararı niteliğinde kabulden ibarettir. İsnadı yapan, önerge ile Meclis soruşturmasını isteyendir. Eğer iş mahkemelerinin yetkisizlik kararı ile gelmişse, zaten isnat daha önce yapılmış demektir. Nitekim bizde tatbikat da bu yoldadır (No. 222).

b) İddia faaliyetini yapması gereken idarenin bazen doğrudan doğruya ceza verdiği ve buna karşı ferdin çok defa itiraz adı altında yargılama makamına başvurduğu da vardır. Bu hallerde cezalandırılan kimse davacı gibi gözükmekte ise de hakikatte iddia, kabul şartına bağlı olarak idareden gelmekte ve iddianın mahkemede sabit olması gerekmektedir. Bu hallere mülga ceza kararnamesi ile ceza verilmesinde rastlanmakta idi (No. 427).⁵⁸⁵ Yukarıda belirtildiği gibi, kabahatlerde, C. savcısı dışındaki idari makamların verdikleri idari yaptırım kararına karşı sulh ceza mahkemesine yapılan "başvuru yolundaki" durum da budur (KK 27).

c) Memurin Muhakematı Kanunu, bazı idare âmirlerine kamu davası açma yetkisi vermiştir. Bunlar iptidaî tahkikat adı verilen soruşturmayı bizzat yapabilirler veya soruşturmacılara yaptırabilirler. Bu soruşturmada, idarî tetkikatı yapan idarî kurullar, kovuşturma evresine geçip geçmeme bakımından sonuç çıkarırlar. Bu sonuç çıkarma, ilksoruşturmadaki sonuç çıkarma niteliğinde olduğundan, davanın daha önce, ilksoruşturmanın delil toplama bölümüne benzediği halde 1985'ten beri savcının hazırlık soruşturması gibi yapılan "iptidaî tahkikat" denilen soruşturmaya başlanmakla açılmış olduğunu kabul etmek gerekir (No. 81). Bu sistem Fransa'da Büyük İhtilâl kadar uygulanan tahkik sisteminden kaynaklanmaktadır (No. 409). İlksoruşturma mahiyetindeki iptidaî tahkikattan sonra karar veren kurulların iddia makamının mütalâası yerine, yargılama faaliyetini yapan soruşturmacıların mütalâasını almasının sebebi de budur.

107. SAVCILIK MAKAMI TEŞKİLÂTININ TARİHÇESİ.

Fertlerin kovuşturma yapmasının kâfi görülmeğe başlandığı zamanlarda Devletin muhtelif daireleri başında bulunanlar bizzat veya avukatları vasıtası ile ceza davası açarlardı.⁵⁸⁶ Bugünkü modern savcılık teşkilâtı, 1789 İhtilâlinde sonra Fransa'da Napolyon kanunları ile kurulmuştur.⁵⁸⁷ Savcılar ilk zamanlarda kralların menfaatlerini korurlardı. Gittikçe, krallarla beraber savcıların da yetkileri arttı. İş birliği sistemi (No. 37), tahkik sisteminin yerini almaya başlayınca, iddia görevini savcıların yapması kabul olundu. Demokratik gayelerle kurulan savcılıklar da vardır. Meselâ 1873 tarihli Avusturya Ceza

⁵⁸⁵ Mülga Memurin Muhakematı Kanunu, bazı idare âmirlerine kamu davası açma yetkisini vermişti. Bunlar iptidaî tahkikat adı verilen soruşturmayı bizzat yapabilirler veya soruşturmacılara yaptırabilirdi. Bu soruşturmada, idarî tetkikatı yapan idarî kurullar, sonsoruşturmaya geçip geçmeme bakımından sonuç çıkarırlardı. Bu sonuç çıkarma, ilksoruşturmadaki sonuç çıkarma niteliğinde olduğundan, davanın daha önce, ilksoruşturmanın delil toplama bölümüne benzediği halde 1985'den beri savcının hazırlık soruşturması gibi yapılan "iptidaî tahkikat" denilen soruşturmaya başlanmakla açılmış olduğunu kabul etmek gerekir. Bu sistem Fransa'da Büyük ihtilâl kadar uygulanan tahkik sisteminden kaynaklanmaktadır. İlksoruşturma mahiyetindeki iptidaî tahkikattan sonra karar veren kurulların iddia makamının mütalâası yerine, yargılama faaliyetini yapan soruşturmacıların mütalâasını almasının sebebi de bu idi.

⁵⁸⁶ Üçok: Savcıların Avrupa Hukukunda gelişmesi ve Türkiye'de kuruluşu, Ansay'a Armağan, Ankara, 1964, 35.

⁵⁸⁷ Manzini, II, 257, no. 2; Üçok: a.g.e., 42; Rassat, 32, 34.

Muhakemesi Kanununun gerekçesinde hâkimin hem savcılık hem hâkimlik yapmasının kişi hürriyeti bakımından tehlikeli olduğu, bunu önlemek üzere savcılık müessesinin kurulduğu belirtilmiştir (No. 231).⁵⁸⁸ İngiltere’de dahi 19 ncü yüzyıl sonlarında kamu kovuşturması müdürlükleri kuruldu, “*Director of public prosecution*” adlı müdürler, ağır suçlardaki kovuşturmaları merkezden idare ederlerdi.⁵⁸⁹ İngiltere 1986 da kabul ettiği “Suçların Kovuşturulması Kanunu” ile Krallık Savcılığı teşkilâtını kurdu. Anglo-Sakson memleketlerinde, “kamusal kovuşturmacılar” (=public prosecutor) da vardır.⁵⁹⁰ Yargıtay yanında bulunan ve ona mütalâalarıyla ışık tutan Başsavcılık ise daha yeni bir kuruluştur ve başsavcılık kuruluşu bulunmayan Devletler bugün bile vardır.⁵⁹¹

Memleketimizde şer’î mahkemeler zamanında savcılık teşkilâtı yoktu. Kovuşturmayı fertler yaparlardı. Allah Haklarına ilişkin bir suçta her Müslüman ve suçu haber alırsa kadı da dava açabilirdi. Kolluk da suçluyu mahkemeye sevk ederdi.⁵⁹² Laik mahkemeler, yani nizamiye mahkemeleri kurulduğu ilk zamanlarda da daimî bir teşkilât mevcut değildi. Bazı mahkeme üyelerine savcılık görevi de verilmişti. Bunlara “hasm-ı mansup” denilmesi teklif edilmişti. Fakat “Kamu namına iddia eden” mânâsına “Müddeiumumî” tâbiri tercih edildi. Müddeiumumîlik teşkilâtı fiilî surette 1879 senesinde tamamlandı.⁵⁹³ Artık savcılık terimi kullanılmaktadır.

108. BUGÜNKÜ SAVCILIK KURULUŞUMUZ.

I. Savcılıklar.

Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri Kanunu, mahkeme kuruluşu bulunan her il merkezi ve ilçede oranın adı ile anılan bir Cumhuriyet Başsavcılığı kurulmasını öngörmüştür. Her savcılık kuruluşunun başında bir Başsavcı⁵⁹⁴ ile yeteri kadar savcı bulunur (AYMKK 16). Bunlardan herhangi biri, birkaçı veya hepsi, savcılık makamını işgal edebilir. Bütün savcılık makamlarını koordine eden makam Adalet Bakanlığıdır. Ancak bu koordinasyon suçu araştırmak ve kovuşturmak anlamında değildir.

Cezada iddia görevini kaide olarak yapan (No. 106) savcılıklar⁵⁹⁵, mahkeme makamı yanında görev yaparlar. Hâkimlik makamı yanında ayrıca savcılık yoktur. Bu işi hâkimin bağlı Hâkimlik makamı yanında ayrıca savcılık yoktur. Bu işi hâkimin bağlı olduğu veya yanında bulunduğu mahkemenin savcılığı yapar.

Cumhuriyet savcılığı diye adlandırılan kuruluş üç sınıfa ayrılabilir: 1) Bir mahkeme yanında olanlar. Bunlar her türlü iddia görevini yaparlar. 2) Bir mahkeme yanında durumdaki olanlar. Bunların mahkeme yanındakilerden farkı, duruşmada hazır bulunmamalarıdır. 3) Üst savcılık olarak mahkeme

⁵⁸⁸ Guarneri, 69.

⁵⁸⁹ Duhamel/Smith: De quelques piliers des institutions biritanniques, Paris, 1953, s. 62.

⁵⁹⁰ Köksal (Ayhan): Anglosakson Hukuku Ceza Muhakemesinde İtham Fonksiyonu, İHFM, 1963, s. 135.

⁵⁹¹ Meselâ Fildişi Cumhuriyeti’nde, 1961 de bağımsızlığa kavuşulduktan hemen sonra kurulan Yargıtay yanında başsavcılık yoktur ve bu ülkede Yargıtayın istekle bağlı olmadan yargılamaya yapmasının (*Boni/Goudot*: Les nouveaux pouvoirs de la chambre judiciaire de la Cour Suprême de la République de Côte d’Ivoire en matière pénale. Mélanges Bouzat, Paris, 1980, s. 409) sebebi de bizce budur.

⁵⁹² Üçok: a.g.e., 36, 46.

⁵⁹³ Ansay, 63; Üçok: a.g.e., 48.

⁵⁹⁴ Cumhuriyet Savcılığı yerine, kısaca savcılık dememiz yadırganmamalıdır. Eskiden “Krallık savcısı” denilen yerlerde, Cumhuriyete geçilince “Cumhuriyet savcısı” denilmesini anlıyoruz. Fakat bizde “saltanat müddeiumumîliği” veya buna benzer bir ad yoktu ki bugün müddeiumumîliğin veya savcılığın başına cumhuriyeti ilâveye ihtiyaç olsun. Hâkimlere cumhuriyet hâkimi demediğimiz gibi, savcılara da demeyebiliriz.

⁵⁹⁵ 12.2.1989 tarih ve 360 sayılı KHK’nin geçici maddesi ile 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ve bu kanuna ekli bir sayılı cetvel ile diğer kanunlarda yer alan Cumhuriyet savcılığı unvanı, İl ve İlçe Cumhuriyet Başsavcılığı, Cumhuriyet Başsavcı Yardımcılığı unvanı, “Cumhuriyet Savcılığı; Yargıtay Cumhuriyet savcı Yardımcılığı unvanı, “Yargıtay Cumhuriyet Savcılığı”, Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcılığı unvanı, “Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı”, Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı unvanı, Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcılığı” olarak değiştirilmiş ve Cumhuriyet Savcı Başsavcılığı ile Yargıtay Cumhuriyet Başyardımcılığı unvanları kaldırılmıştır.

yanında sayılanlar. Bunlar yanında sayıldıkları mahkemenin kararlarına karşı kanun yoluna gidebilirler. Diğer savcılıklar üzerinde nezaret ve murakabe yetkileri de vardır (No. 234, 512).

II. Mahkeme yanında savcı.

Bir mahkeme yanında olan savcılıklar şunlardır: 1) Her asliye mahkemesi yanında bir savcılık vardır. Bir yerden birden fazla asliye mahkemesi olmadığından, bir yerde birden fazla savcılık olmaz. Mülga sulh mahkemesi yanında savcılık kuruluşu yoktur.⁵⁹⁶

2) Her ağır ceza mahkemesi yanında bir savcılık vardır. Ağır ceza mahkemesi asliye mahkemesinin bir dairesi olduğundan orada birden fazla savcılık olmaz. O savcılık aynı zamanda oradaki asliye mahkemesinin de yanındadır (No. 227, 512).

III. Mahkeme yanında durumunda savcı.

Bir mahkeme yanında durumunda olan savcılıklar şunlardır (CMK 260/2) (No. 512): Asliye mahkemesi yanında olan savcılık dava açma ve kanun yoluna gitme bakımlarından asliye çevresindeki mülga sulh mahkemelerinin yanında durumunda idi.

IV. Üst savcı.

Üst savcılık olarak bir mahkeme yanında sayılanlar, daima ağır ceza yanındaki savcılıklardır. Bunlar, çevrelerinde bulunan diğer savcılık kuruluşlarına göre üst olup onların yanında buldukları veya yanında durumunda oldukları mahkemelerin de sadece kanun yolu bakımından üst savcılık olarak yanında sayılırlar (CMK 260) (No. 512, 533).

V. Bölge Adliye Mahkemesi Başsavcılığı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı.

Her bölge adliye mahkemesinde bir Cumhuriyet başsavcılığı bulunur. Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı, Cumhuriyet başsavcısı ve yeteri kadar Cumhuriyet savcısından oluşur (AdYMK 30).

Yargıtay'ın yanında Başsavcılık vardır. Kanundaki adı "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı" ise de, kısaca Başsavcılık diyebiliriz.⁵⁹⁷ Yargıtay'daki Başsavcılık kuruluşunun başında başsavcı vardır. Onun da vekili, başyardımcısı ve yardımcıları bulunmaktadır (YK 6).

Yargıtay Başsavcılığı, Yargıtay'ın istisna olarak olay mahkemesi gibi hareket ettiği hallerde, diğer savcılıklardan farksızdır. Fakat Yargıtay çok defa, temyiz muhakemesinde yargılama faaliyetinde bulunur. Bu hallerde başsavcılığın özel bir durumu vardır: Temyiz edilen her işte, tarafların istekleri ile bağlı kalmadan, dosyayı baştan aşağı inceleyip gördüğü hukuka aykırılıklardan dolayı temyiz yargılaması yapılmasını ister.

Başsavcılık olay mahkemelerinin hükümlerine karşı olağan temyiz yoluna gidemez. Ancak, Yargıtay'ın verdiği kararlara karşı olağanüstü kanun yolu olarak, Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının itiraz yetkisi (CMK 308) ile, hâkim ve mahkemelerin kanun yolundan geçmeden kesinleşen karar ve hükümlerine karşı, Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının kanun yararına başvurması (CMK 310) yolları vardır (No. 537).

VII. Özel ceza mahkemelerinde savcılık.

İddia makamı kuruluşu olarak savcılık sadece adli genel ceza mahkemeleri yanında bulunmamaktadır. Adli özel ceza mahkemeleri yanında da savcılık teşkilâtı vardır. Fakat çok defa bunlar ayrı kuruluş halinde değildir. C. Başsavcılıklarındaki basın bürolarında olduğu gibi, savcılardan biri veya birkaçı bu iş için görevlendirilmek suretiyle mesele halledilmektedir.

⁵⁹⁶ Bunun sakıncaları başka savcılıkları sulh mahkemesi yanında durumunda kabul etmek veya üst savcılık sıfatı ile yanında saymak sureti ile giderilmeğe çalışılmıştır. Personel kıtlığı yüzünden İsviçre'de özellikle sulh mahkemelerinde savcı bulunması ihtiyaridir ve uygulamada istisna olarak bulunmaktadır (*Clerc*, n. 93). Sulh ceza mahkemesinde açılan davalara ait iddianameler sanığa tebliğ edilmiyordu (CMUK 208/2). Anayasa Mahkemesi yerinde olarak, bu hükmü 14.7.1998 tarihli karar ile iptal etti.

⁵⁹⁷ Zira diğer savcılıklarda olduğu gibi, cumhuriyetten söz etmeğe gerek yoktur. mülga Askerî Yargıtay'ın ve 1982 Anayasasından beri Danıştay'ın yanında da başsavcılık varsa da, onlar genele nazaran özel olduklarından, onların Danıştay Başsavcıları olduklarının belirtilmesi yetecektir.

11. § FERDİN TEK BAŞINA KOVUŞTURMASI: ŞAHSİ DAVA

109. Ferdin tek başına iddia makamını işgal etmesi: Şahsî dava. 110. Şahsî dava ve şahsî hak davası. 111. Şahsî davanın gereği meselesi. 112. Şahsi dava ve savcılık makamı. 113. Şahsi davada iddia ve müdafaa makamları. 114. Şahsi davanın özellikleri. 115. Şahsi davanın ve duruşmanın açılması. 116. Şahsi davada kovuşturma evresi. 117. Vazgeçme ve geri alma. 118. Karşılıklı dava.

109. ŞAHSİ DAVA.

Ceza Muhakemesi Kanunu şahsi davayı kaldırmış, fakat suçtan zarar gören ferdin haklarını güçlendirmiştir. Aşağıda mülga Kanundaki düzenleme açıklanmaktadır.

Dar mânâda ceza muhakemesinde iddia makamının, suçtan zarar gören toplum olarak Devletin iddia makamı olması kaideyi teşkil eder (No. 102). Ceza Muhakemesi Kanunu kaideyi uygulamış ve şahsi davayı tamamen kaldırmıştır. Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz iddia makamını suçtan zarar gören ferdin işgal etmesi de kabul edilmişti.⁵⁹⁸ Şahsî dava kamu davasına oranla istisna olduğundan, biz *zarar gören teriminin* dar yorumlanması ve şahsî dava sahasının genişletilmemesi görüşünde idik.⁵⁹⁹ Şahsî davada iddia görevini suçtan zarar gören fert yapardı. Dava açıldıktan sonra şahsî davacının ölmesi halinde mirasçılarının da iddia makamını işgal etmesi kabul edilmişti (CMUK 363).⁶⁰⁰

Ferdin tek başına iddia makamını işgal edebilmesi her suçta kabul edilmemişti. Kanun hangi suçlardan dolayı şahsî dava açılabilirliğini mülga 344. maddede tahdidi bir şekilde göstermişti.⁶⁰¹ Bunların hepsi, kovuşturması şikâyeti bağlı suçlardı.⁶⁰² Fakat kovuşturması şikâyete bağlı suçların hepsi

⁵⁹⁸ Ceza davasını açmanın Devlet görevi olduğu anlaşılmeden önce, toplumun bir üyesi olarak fertler “halk davası” (*azione popolare, action populaire*) adlı ceza davası açardı. Bu sisteme, kamu davasının kabulünden sonra da bazı Devletlerde bazı suçlar bakımından, çok defa sadece davanın açılması şeklinde, tarihi bir kalıntı olarak rastlanmaktadır.

⁵⁹⁹ *Tosun* da (I, 190) doğrudan doğruya zarar aramaktadır. *Yurtcan* (1996, 206) ise kimin doğrudan doğruya, kimin dolayısı ile zarar gördüğü sorununun çözülmediği görüşündedir ve istisnanın suç bakımından olduğu, zarar bakımından genişletmenin istisnayı genişletmeyeceği, hattâ bu suçların kovuşturmasız kalmasını önleyeceği düşüncesi ile geniş yoruma taraftardır. Geniş yorum şahsî davanın uygulama alanını genişletmeyecek mi? Şahsî dava açılmaması kamu davası açılmasına engel mi ki suçların cezasız kalacağından korkalım?

⁶⁰⁰ Bu demektir ki suçtan zarar gören dava açmadan ölmüşse, mirasçılar açamaz. CMK 363/2 de hakaret ve söğme bakımından Ceza Kanununun, yine şahsî dava ile şikâyetin karıştırılması yüzünden, saklı tutulmasının değeri yoktur. Çünkü Ceza Kanununda şahsî dava bakımından hüküm yoktur (*Kantar*, 450; *Tosun*, I, 192; *Yurtcan*, 1996, 208). Yine bu demektir ki şahsî davacı ölürse, mirasçılarının devamını beklemek üzere, durma kararı verilecektir. Alman Kanunundaki 2 aylık süre bizde kabul edilmediğinden, zamanışımına kadar davaları durdurmamak için, kanunla süre kabul edilmelidir. Biliniyorsa mirasçılara mahkeme sorabilir, fakat mirasçıları araştırmasını istemek (*Yurtcan*, *Tez*, 112) mahkemeyi gereksiz yere uğraştıracaktır.

⁶⁰¹ Bu maddede sayılanlar, mülga Ceza Kanununun 191/son, 193/1, 195, 197, 456/4, 459/1, 480 ve 482 (Şu kadar ki, bu suçlar mülga Ceza Kanununun 164 ve 166 ncı maddelerinde yazılı mahiyette olursa veya neşir yolu ile veya radyo ve televizyon veya benzeri kitle haberleşme araçları ile işlenmişse, usulü dairesinde C. Savcılar tarafından takip olunuyordu). Mülga CK 516/1 ve 518. maddeleri ile Türk Ticaret Kanunu'nun 64. ve 65 inci maddelerinde yazılı suçlarla sınaî mülkiyetlere ve fikir ve sanat eserlerine müteallik suçlardı. 2004 yılında FSEK'de yapılan değişiklikten sonra, bu Kanunun 71, 72, 73 ve 80. maddelerinde sayılan suçlardan dolayı soruşturma şikâyete bağlı tutulmuştur. Ancak aynı maddede (m. 75) CMUK 344/1. fıkrasının 8. bendinin uygulanmayacağı kabul edilmişti. Mülga CK 525a'daki suçlar ise, re'sen kovuşturulabilen suçlardır). Bu suçların cezaları diğer sebeplerle meselâ CK 273, veya CK 457 ile artırılırsa 344 uygulanmamakta idi (4. CD 5/12/64, Çağlayan (66), III, 315; 2. CD 26/10/62, Çağlayan (66), III, 316; CGK 24/9/62, Çağlayan (66), III, 362). Buna karşılık, nedense, müessir fiil cezasının akrabalık (CK 449/1) yüzünden artırılmasında, bu artırma silâh gibi 457/1 de öngörülmesine rağmen, 344 uygulanacağı kabul edilmişti (2. CD 10/9/76 YKD 78, 1205).

⁶⁰² Şahsî davanın ve şikâyetin çok defa karıştırılmasının sebebi burada, yani şahsî davalık suçların hepsinin şikâyete bağlı olmasında aranabilir. Fertlere kendi başına ceza davası açma yetkisi ancak savcının re'sen kovuşturma yapamayacağı, Devlet kovuşturmasının şikâyete bağlandığı suçlarda tanınabilir. Nitekim Almanya'da şikâyet olmadıkça savcı bu suçlardan dolayı kamu davası açamamaktadır (*Triffterer*, 46). Bizde de mülga CK 480 ve 482 deki suçlar neşir yolu ile veya radyo, televizyon ve benzeri kitle haberleşme araçları ile işlenmişse, şahsî davaya değil, kamu davasına yol açacağı 88-3445 numaralı kanunla değişiklik yapılarak belirtilmişti (mülga CMUK 344/5). Şahsî dava ile şikâyet arasındaki sıkı ilişki yüzünden, savcının kendiliğinden dava açabilmesi ile ferdin kendiliğinden dava açabilmesi bir arada düşünülemez. Re'sen kovuşturulabilen bir

şahsî davaya imkân vermemekte idi. 344 ncü maddede yazılı suçlardan dolayı şahsî dava açılabilmesi için, mülga Meşhut Suçların Muhakemesi Kanununda, Memurların Yargılanması Hakkında Kanunda, Hâkimler Kanununda ve Çocuk Mahkemeleri Kanununda⁶⁰³ rastlananlar gibi özel bir muhakeme şeklinin kabul edilmemiş olması da lâzımdı. Bununla birlikte, icradaki ceza davaları (İİK 349-352) da şahsî davanın özel bir çeşidi⁶⁰⁴ olduğu için, şahsi davanın devam ettiği söylenebilir.⁶⁰⁵ Şahsî davaya imkân veren suçlardan dolayı kamu davası açılabilirdi.⁶⁰⁶

Şahsî davaya konu olan eylemin 344 ncü maddeye giren suçlardan olmadığı duruşma açılması kararından sonra anlaşılırsa, muhakeme durdurulur, mülga kanunumuzun tâbiri ile, “usule ait muamelelerin durdurulmasına hükmedilirdi” (CMUK 359).⁶⁰⁷ Durma kararı üzerine dosya savcılığa gönderilecek, savcılık durdurulmuş olan muhakemenin kaldığı yerden başlaması için⁶⁰⁸, bir beyan ile iştirak eder ve böylece kamu davasını açmış olurdu. Bu durumda savcılık iştirake mecburdu.⁶⁰⁹

110. ŞAHSÎ DAVA ve ŞAHSÎ HAK DAVASI.

Şahsî dava ile birlikte “şahsî hak davası” da kaldırılmıştır. Alman Kanununda ise, 1986 yılında “Suç Mağdurunun Korunması Kanunu” ile yapılan değişikliklerle, iki yeni bölüm eklenmiştir. Eklenen 4. Bölüm, “Mağdurun Zararının Karşılanması”, 5. Bölüm ise, “Mağdurun Yetkileri” başlıklarını taşımaktadır (StPO § 403-406h).

Şahsi davacı, şahsi hakların da hüküm altına alınmasını istediği takdirde, ortada yargılanacak daha hâkimin önüne getirilmiş demektir. Yani bir ikinci dava açılmış ve ikisi birleştirilmiş (No. 155) olmakta idi. Mülga Kanunumuz şahsî davacıya, şahsî haklarının hüküm altına alınmasını, ceza yargılaması makamlarından istemek ihtiyarî yetkisini vermişti.⁶¹⁰ Bu isteme şahsi dava açıldıktan sonra da mümkündü (No. 120). “Şahsî hak”, malın geri verilmesini⁶¹¹, suç eserlerinin ortadan kaldırılmasını,

suç açıkça gösterilmedikçe -ki bu sisteme ters düşecekti- şahsî davalık olarak kabul edilemezdi. Kanunumuzda böyle bir açıklık yoktu. Mülga 344. maddede, meselâ “sınâî mülkiyet suçları” denilmişse, bu suçların şikâyete bağlı olanları kastedilmiştir diye yorumlanmalı idi (k-m; *Yurtcan*, 96, 645).

⁶⁰³ Mülga Çocuk Mahkemeleri Kanunu, şahsî dava açılmayacağını belirtmişti (ÇMK 23). Açılan davalar reddedilmemeli, gereği yapılmak üzere savcılığa gönderilmeli idi (2. CD 22/10/86 YKD 87/4 624).

⁶⁰⁴ Savcı kararı temyiz edebilir (İK 353; CGK 2/3/64, *Çağlayan* (66), II, 373).

⁶⁰⁵ Kanaatimizce, şahsi dava usulü tekrar kabul edilmelidir.

⁶⁰⁶ Bu suçlardan dolayı sadece şahsî dava açılabileceği yolundaki hatalı kanaat, muvafakat müessesesinin kabulü için bir gerekçe olarak ileri sürülmüştür. Şahsî davaya imkân verebilen suçlar yerine, “şahsî dava ikamesine bağlı suçlar” tâbirinin kullanılması da (*Alicanoğlu*, Türk Ceza Hukukunda Dava, 1954, s. 13) bu suçlardan dolayı kamu davası açılmayacağı intibamı uyandırdığı için doğru değildir. 1995/551 sayılı “Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK” ve 1995/554 sayılı “Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK” uyarınca şikâyete bağlı olarak açılan davalar şahsi dava yolu ile görülemez (1995/551 KHK “2004.5194” 73/A) ve (1995/554 KHK “2004.5194” 48/A).

⁶⁰⁷ Bu durma kararı, eğer yeni tavsife göre madde itibariyle yetkili yüksek mahkeme bahis konusu olacaksa, bir çeşit “madde itibariyle yetkisizlik kararı”dır. Meselâ iş sulh mahkemesinden çıkacak ve asliyeye gelecektir. Ancak bu hallerde durma yerine madde itibariyle yetkisizlik kararı verilse de bunu durma gibi kabule engel yoktur. Savcının asliyede iddia faaliyetini yapması da iştirakini ve dava açtığını gösterdiğinden “usulü dairesinde açılmış dava olmadığı halde davanın görülmesi yolsuzdur” (4. CD 5/5/59, 1944-6141; *Dönmezer ve Şensoy*: Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda İçtihatlar, Kararlar ve meseleler, 1961, s. 17) denilememek gerekir.

⁶⁰⁸ *Erem*, n. 382; *Yurtcan*, Şahsî dava, 241; k-m: 4. CD 21/4/59. 2234-6922.

⁶⁰⁹ *Yurtcan*, mecburiyeti açıkça kabul etmişken (Şahsî dava, 240) şimdi, konunun tartışmalı olduğunu söylemekte ve mecburiyet tanınmazsa davanın nasıl sona ereceği sorusuna da cevap aramak zorundayız, demekte ve kovuşturmanın kararı verilebilmesini istemektedir (s. 502). *Erem* mecburiyeti kabul etmemektedir (n. 382).

⁶¹⁰ *Taner* (s. 107) ve *Yurtcan* (s. 96, 761) aynı görüşte olup, *Kantar* (s. 430), şahsî hakkın ödettilmesini istemenin mecburî olduğu kanaatindedir. Her ne kadar İstanbul Komisyonu mecburîliği kabul etmiş ve ve maddeyi ona göre kaleme almış ise de, Ankara Komisyonunda mecburîliği ifade eden (hukuku şahsiye talep etmek suretiyle) kelimeleri kaldırılmıştır.

⁶¹¹ Malın geri verilmesi için çok defa davaya lüzum duyulmaz. Gerçekten, mağdurun suç sebebi ile alınmış (doğrusu: suç teşkil eden olay sonucu olarak mağdurun zilyedliğinden çıkmış) eşya, soruşturmanın neticelenmesi ile birlikte ve hattâ daha önce, üçüncü şahsın aksine itiraz ve iddiası olmamak şartı ile re’sen ve bu hususta ayrıca bir karara hacet kalmaksızın kendisine verilir. İlgili şahısların medenî dava açmak suretiyle haklarını alma yetkileri saklı idi (CMUK 103).

tazminat⁶¹² ve muhakeme masraflarının ödetirilmesini istemek şeklinde tecelli ederdi. Bunlara İtalyan Ceza Kanunundaki gibi (CPI 185, 188) hükmün ilanı da eklenebilir. Böylece, ceza mahkemesi, medeni (hukuki) bir uyuşmazlığı da istisna olarak yargılayabilmekte idi. Ancak bu imkân, hem neticede sanığın mahkûm olmasına⁶¹³, hem de şahsî hak muhakemesinin ceza muhakemesini uzatmamasına bağlı idi (CMUK 358)⁶¹⁴. Bu şartlar gerçekleşmezse, ceza mahkemesi şahsî hakka hükmedilmezdi.⁶¹⁵ Bu sebeple sadece şahsi hak kısmı bozulan hükümden sonra ortada ceza muhakemesi kalmadığından şahsi hak muhakemesi ceza mahkemesinde yapılamaz (No. 542).

Şahsî davacı, şahsî hak davası açmamış ise, ceza mahkemesinin kendiliğinden şahsî hakka hükmetmesine imkân yoktu, meğerki davanın açıldığını Kanun farz ve kabul etsin.

111. ŞAHSİ DAVANIN GEREĞİ MESELESİ.

Ceza muhakemesinde iddia görevini yapmak Devlete düşer. Zira Devlet her suçtan zarar görendir ve ceza kanunlarının uygulanması bir kamu hizmetidir. Bununla beraber bu işin bazen suçtan zarar gören ferde bırakılması kabul edilmiş ve bunu izah için çeşitli sebepler ileri sürülmüştü.

Biz de bu sebepleri varit görmediğimizden şahsî davanın aleyhinde idik: 1) Artık suçlar kamusal-özlük diye ayrılmıyor ki davalar kamusal ve özlük (şahsî) diye ayrılsın. 2) Vatandaşa teminat tanımak istiyorsak, kamu davasını açtırabilme veya ona katılma yetkisini vermeliyiz. 3) Mecburilik sistemini yumuşatmak için gerekli olan şahsî dava değil, şikâyetdir. 4) Şikâyetten vazgeçme, şahsî dava kabul edilmeyen suçlardaki kamu davasını da düşürüyor. 5) Savcının işini azaltacağız diye⁶¹⁶ vatandaşa Devlet işini yüklemeye hakkımız yoktur. 6) Bu suçlarda, vatandaş zarar görmüşse Devlet de görmüştür. Görmeseydi suç saymazdı.⁶¹⁷ 7) Kamu davası açılmadığında şahsî dava açılması üstünlük sayılmaz. Marifet, bu yükü ferde yüklemek değil, davayı haksız olarak açmamış olan savcuyu açmağa mecbur etmektir. 8) Şahsî davanın daha önce kaldırılmayışı, kaldırılmaması gerektiğini değil, kaldırma isteyenlerin bugüne kadar azınlıkta olduğunu gösteriyordu.⁶¹⁸ Ferdi ikinci plânda sayan otoriter Devletlerin şahsî davayı kabul etmedikleri, demokratik ve liberal Devletlerde kişinin şahsî dava hakkına

⁶¹² Tazminat, norm olmadığı takdirde, Borçlar Kanunu'na göre hesaplanmalıdır (İçBK: 10/6/68 RG 6/8/68). Davacı tazminat miktarını belirtmelidir (1. CD 18/12/63 İKİD 64, 2873). Tazminat, manevî de olabilir. Manevî tazminat, borçlar hukukuna girdiğinden, suç da haksız fiil olduğundan, müdahale için şartlar arıyan 365. maddede de 1936 da değiştiğinden, Borçlar Kanunu'na göre tayin edilmelidir. Ceza Kanunundaki dar hükümlere dayanmak (CGK 10/5/65, Çağlayan 66. III, 393; 26/10/64, Çağlayan 66. III, 396); 5/4/76 YKD 76, 1211; 5/3/79 YKD 79, 1481), hele "ceza mahkemesi CK sınırları ile bağlıdır, bu sınırlar dışındaki manevî tazminat talebine ancak hukuk mahkemesi bakar" demek (CGK 24/11/75 YKD 75, 1202) hem şahsî hak davasına ceza mahkemesinin bakmasındaki amaca hem de daha geniş hattâ sonradan kabul etmiş olan kanun koyucunun maksadına aykırı düşmektedir. İki çeşit norm arasında genellik-özellik münasebeti yoktur. Ceza Kanunu, genel hükümden ayrılmak için bu normları sevk etmiş değildir. Aslında Ceza Kanunundaki normlara ihtiyaç yoktu. Bu iş Borçlar Kanunu'na bırakılmıyordu. Fakat İtalyan Kanunu esas tutulup tasarı hazırlanırken Borçlar Kanunu'nun ne hükümler getireceği henüz bilinmemekteydi. Manevî tazminatla ilgili CK normları, sonraki kanunla (BK 47, 49) ilga edilmiş sayılmaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (75) 7 sayılı 4/3/75 tarihli kararı ile ölüm ve yaralama hallerinde zararların nasıl ve ne ölçüde hesaplanıp ödetirileceği konusunda 17 prensibi Hükümetlere tavsiye etmiştir (CE: Coopération juridique en Europe, 1975/12, 24).

⁶¹³ Mahkûm olma, dar mânâda anlaşılmalıdır. Suç sabit olduğu için, beraat kararı verilmeyip emniyet tedbiri hükmolunması (k-m: 3. CD 11/5/68 İKİD 68, 6342; 4. CD 18/10/67 İKİD 68, 5892) veya ceza düşürme de denen sorumsuzluk kararı verilmesi k-m: 4. CD 18/2/77, YKD 77, 1477) halinde şahsî hakka karar verilmemesi için hiçbir sebep yoktur. Kaldı ki beraat halinde de, karar verilebilecek durum varsa, işleri uzatmamak için şahsî hakka hükmedilmesi kabul edilmelidir.

⁶¹⁴ Ceza hâkiminin başlangıçta tazminat miktarı bakımından delil toplamaması, sonunda da ceza davasını uzatacak diye işin hukuk mahkemesine yüklemesi yüzünden 358. maddenin uygulanmadığı, maddî tazminatın sadece hukuk mahkemesinden istenmesi gerektiği ileri sürülmüştür (Aslan: YD 80, 300).

⁶¹⁵ İlk dört basıdan farklı olarak, 358. maddedeki "şahsî hak talebi hakkında da hüküm verme" "tâbirini, "şahsî hakka hükmetme" mânâsına almayı tercih ediyoruz. Gerçekten, meselâ eylemin sabit olmaması sebebiyle beraat kararı verildiğinde, şahsî hak davasını reddetmek mümkün olmalıdır. Zira böyle bir beraat kararı hukuk hâkim ini bağlayacağından, ret kararının hukuk mahkemesine bırakılmasının anlamı yoktur.

⁶¹⁶ Tosun (s. 212): Maslahata uygunluk sisteminde şahsî davaya ihtiyaç olmadığı, sadece kanunilik sisteminde savcıların yükünü hafifletmek için şahsî dava gerektiği görüşündedir.

⁶¹⁷ Tafsilât için Bak. Kunter: CMK Ön-Tasarının 5. kitaba müteallik maddeleri hakkında mütalâalar, İHFM., 1948, 567.

⁶¹⁸ k-m: Yurtcan: Şahsî dava, 305.

sahip olduğu tezi⁶¹⁹ isabetsizdir. Avrupa’da Almanya’dan başka demokratik ve liberal devlet yok mu? Almanya’da naziler iktidara gelince şahsî davayı kaldırdılar mı?

Biz, kamu davasının açılmasında ister mecburîlik ister maslahata uygunluk sistemi⁶²⁰ kabul edilmiş olsun, şahsî davanın aleyhindeyiz. Zira şahsî davanın lehinde söylenenler varit olmadığı gibi, aleyhinde söylenecek çok şey de vardır:

1) Şahsî dava lüzumlu ve zarurî bir yol değildir. Faraza İtalya’da ve Fransa’da yoktur.⁶²¹ Demek ki zarurî ve lüzumlu değildir.⁶²²

2) Savcının da kamu davasını açabileceği bir teminat olarak ileri sürülemez. Zira savcılar “kamu menfaati görmedim” deyip işi başından atabilirler.

3) Nispeten hafif suçlarda hem kamu davası hem de şahsî dava yolu tanındığı halde ağır suçlarda sadece kamu davası yolu tanımak, hafif suçtan zarar görene kadar fazla teminat tanımak gibi garip bir durum da meydana getirmektedir.⁶²³

4) Şahsî dava külfetli bir yoldur. Davacı sonuna kadar duruşmada bizzat bulunacak veya vekil tutacaktır. Aksi halde davadan vazgeçmiş sayılır. Suçtan zarar görene bir de bu külfetleri yüklemeye, toplum olarak, hakkımız yoktur.⁶²⁴

5) Şahsî davanın, suçluyu cezalandırma yetkisinin şahsî davacıya verildiği mânâsına gelecek şekilde düzenlenmesi⁶²⁵ ise asla kabul edilemez.⁶²⁶

112. ŞAHSİ DAVA ve SAVCILIK MAKAMI.

Şahsî davayı, toplumun resmi temsilcisi olan savcı değil, fakat suçtan zarar gören şahıs açmakta ve yürütmektedir. Ancak, şahsî davaya imkân veren suçlarda savcılarının da kamu davası açma yetkileri vardır. Şahsî dava yolunun kabul edilmesi, hatta şahsî davanın açılmış olması, Devlete ait olan kovuşturma görevine engel olmaz.

Suçtan zarar gören şahıs isterse, savcıya şikâyet edebilir. Savcı, kanunumuza göre, kamu yararı bulunduğu takdirde, kamu davasını açar (CMUK 346). Savcı, kamu davası açılmasında kamu yararı olup olmadığını araştırmadan önce, kamu davası açılmasına yer olup olmadığını araştırmalı, yani hazırlık soruşturması yapmalıdır. Zaten savcı buna mecburdur (CMUK 153). Yer olduğunu gördükten sonradır ki sıra kamu yararı da olup olmadığına gelecektir. Bunu da ona yine hazırlık soruşturması sonuçları gösterecektir. Savcı, kamu davasının açılmasında kamu yararı görmediği takdirde, bunu şikâyetçiye bildirmeli, isterse şahsî dava açabileceğini ona hatırlatmalıdır. Bizce her kovuşturmada

⁶¹⁹ *Yurtcan: Şahsî dava*, 300.

⁶²⁰ Bizce, şahsî dava aleyhindeki sebepler sadece mecburîlik sisteminde kendisini göstermez. Bu nedenle bir ayırım yapmıyoruz (k-m: *Tosun*, 212).

⁶²¹ Fransa’da suçtan zarar görene, ağır cezalı olmayan işlerde şahsî hak davasının ceza mahkemesinde görülebilmesi için, kamu davasını sadece açma imkânı verilmiştir. Aslında o kamu davasını açmaz, şahsî hak davasını açar. Bu hallerde kamu davası açılmış sayılır. Ancak kamu davasının iddia makamında sadece savcı vardır ve o da iddiasında serbesttir. Davayı açmak başka, muhakeme boyunca iddia makamını tek başına işgal etmek yine başka şeydir. İsviçre’de ceza davasının yürütülmesinin ferde bırakılması doğru bulunmamakla beraber kantonların yetkileri kaldırılmak istenmediğinden bugün bazı kantonlarda şahsî dava sistemi vardır, fakat eleştirmekte ve sakıncaları giderilmeğe çalışılmaktadır (*Clerc*, n. 86).

⁶²² Almanya’da şahsî davalık suçların çeşidinin gittikçe hattâ ağır müessir fiile varıncaya kadar artması, eski cermen zihniyeti ve alışkanlığı ile açıklanmalıdır. Bununla birlikte, Alman Kanunu; şahsî dava açmadan önce “barıştırma teşebbüsü” yapılmış olmasını ve bunun başarısız kaldığının belgelenmesini şart koşmuştur (StPO § 380).

⁶²³ *Yurtcan* (Şahsî dava, 305) “aynı anda iki yol yok, şahsî davada savcı perde arkasında yardıma hazır bekliyor” diyor. Şikâyet üzerine kamu davası açtırmayan, şahsî dava açamıyor mu? Bu ona ikinci bir yol tanımak değil mi?

⁶²⁴ *Yurtcan* (Şahsî dava, 304) “parası varsa vekil tutması büyük külfet değil, yoksa adli yardımdan faydalandırılmalı” diyor. Yük az da olsa niye yükleyelim? Adli yardım ise kolay işlemeden bir makine. Yardımın burada en iyi şekli, bu işi savcıya bırakmaktır.

⁶²⁵ Sanıklardan bazıları hakkında dava açmayabilmek, bazıları hakkında davayı geri alabilmek, geri almayı sanığın kabulüne bağlı tutmamak gibi.

⁶²⁶ *Erem*, n. 376.

kamu yararı vardır ve ceza davasının açılmasını haklı göstermeye kâfi sebepler varsa savcı kamu davasını açmaya mecbur olmalıdır. Ancak kanunun açık ibaresi karşısında, kamu yararı tabirinin daha dar manada kullanıldığını kabul ediyoruz. Bu mana, bizce, maslahata uygunluk sisteminin bu hallerde kabul edilmesidir (No. 103).⁶²⁷ Kamu bakımından maslahata uygunluk varsa savcı açmaya mecburdur, yoksa açmaz. Kanundaki bu dar mananın sınırları çizilmediğinden, iş savcının keyfine kalmıştır. Savcı işi başından atabilmek için «kamu yararı görmedim» diyebilir. Onun bu şekilde hareketlerini önleyebilmek için, «kamu yararı görmedim» demesini kovuşturamama (takipsizlik) saymak ve itiraz imkânı tanımak lazımdır.⁶²⁸ Yorum yolu ile bunun mümkün olduğu kanaatindeyiz. Zira, «kamu yararı görmedim» demek, kamu davası açmamak demektir ki kovuşturamamak da bundan başka bir şey değildir ve hukukun gelişmesi, ihtiyari de olsa, yapılan değerlendirmelerin denetimi yönündedir (No. 137, IV).

Şahsi dava açıldıktan sonra da kamu yararı görülebilir. Mesela savcı şahsi davacının iddia görevini gereği gibi yapmadığını görüp işi kamu davası haline getirme ihtiyacını duyabilir. Bu takdirde bir beyanda bulunmakla, uyuşmazlık yargılanmamış olmak şartı ile, işin her halinde, davaya iştirak ederek kovuşturmaya başlayabilir (CMUK 347/2). Savcının bu iştiraki, ceza davasına katılmasının bir çeşididir ve taraf ortaklığını meydana getirmektedir (No. 161). Kanun yoluna başvurma da bir iştirak şeklidir (CMUK 347/3). Burada iştirak, mevcut şahsi davaya katılmaya değil, fakat muhakemede, iddia makamında bulunan ferdin yanına gelmeyi ifade eder. Bu sebeptir ki muhakemeye iştirak için suçun şahsi davaya konu olan suçlardan biri olması gerekmez. Eylemin 344. maddeye girmediği anlaşılması üzerine muhakemenin durması kararı verildiği zaman dahi, iştirak mümkündür. İştirak üzerine, muhakeme yeni baştan başlamayacak, işe, kalındığı yerden, kamu davası olarak devam olunacaktır (No 109). Zaten durmadan söz edilmesi de bunun içindir (No. 71).

Şahsi davaya savcının iştirakinin mecburi olduğu istisnai haller de vardır. Mesela: 1) Suçun şahsi dava yolu ile görülemeyeceğinin anlaşılıp durma kararı verilmesinde savcı iştirake mecburdur (No. 109). 2) Şahsi dava ile kamu davasının birleştirilmesine karar verilmişse (CMUK 353) (No. 195), birleştirme, kamu yararına dayandığından, savcı yine iştirake mecburdur.

Savcının iştiraki üzerine kamu davası açılmış olduğundan, şahsi davacının durumu, kamu davasına katılanın (müdahale edenin) durumuna kendiliğinden döner (No. 123, III).

113. ŞAHSİ DAVADA İDDİA ve MÜDAFAA MAKAMLARI.

I. Şahsi davada iddia makamı.

Şahsi davada iddia makamını savcı değil, suçtan zarar gören fert (No. 168-172) işgal eder (No, 109). Suçtan zarar gören ferdin iddia makamını işgal edebilmesi için reşit ve mümeyyiz olması gerekir. Kanuni temsilci varsa iddia makamını o işgal eder. İddia makamını işgal eden kişi ölürse, mirasçıları kovuşturmaya devam edebilirler (CMUK 363), fakat açılmamış davayı açamazlar.⁶²⁹

Aynı suçtan zarar gören kişi birden fazla olsa da *ne bis in idem* prensibi gereğince sanık aleyhine, ancak bir dava açılabileceğinden zarar gören fert tarafı (No. 169) tektir. Bu sebeple kovuşturma yapan ferdi iddia makamı da tek olup bir bütün teşkil eder. Kanun gerçi her birine iddia hakkı vermiştir (CMUK 345/1). Fakat bunlar tek olan ferdi iddia tarafının ortakları olduğundan (No. 161), davayı birlikte açabildikleri gibi tek başına içlerinden biri de açabilir. Dava açmamış olanlar, isterlerse⁶³⁰, ayrı

⁶²⁷ Keza Tosun, I, 147; Yurtcan, 478.

⁶²⁸ Kunter: Şahsi dava, AdD 44, 156; Yurtcan, 480; 1. CD 29/4/57, Çağlayan 66. III, 329. k, -m: 7. CD 29/9/44, 6857/6716; 4. CD 6/6/41, 1040/5785; 1CD 16/11/65, İKİD 66, 4322; 25/2/67, AdD 71, 263. Yenisey (I. n. 577) de kovuşturma davasını kamu davasının mecburiliğini koruyan bir çare; kabul ederek, mecburi olmayan hallerde onun kapalı olması gerektiği, ancak, savcının takdir yetkisinin dışında kaldığı için, fiilin şahsi davalık olmaması nedeni ile kovuşturma davasının açılabileceği görüşündedir.

⁶²⁹ Şahsi dava ve şikâyet ayrı şeyler olduklarından, düzenlenmeleri de ayrıdır. Belli mirasçılara şahsi dava hakkı tanınmamasına rağmen şikâyet hakkı tanınmıştır. 363. maddenin mülga TCK hükümlerini saklı tutması Ceza Kanunu şahsi davayı değil, şikâyeti düzenlediğine göre, şahsi dava bakımından bir istisna getirmez. Zira, Ceza Kanununu saklı tutmadan maksat, bu kanunun şahsi davaya imkân verdiğinin sanılması dolayısı ile iki kanun arasında uyum sağlamaktır (Esbabi Mucibe, 323). Bu sebeple, kabul edile gelen görüşten 5. basıda ayrıldık (Bk. not 57).

⁶³⁰ Yurtcan (s. 152) «şahsi davacıların bağımsızlığı» adını verdiği bir ilke ile şahsi davacıların birbirlerine bağlı olmaksızın davranabilmelerini belirttiğini söylemektedir. Bir kere, davranmak içinde dava açmak da varsa, şahsi davacılar değil, henüz davacı olmadıklarına göre, aynı suçtan zarar görenlerden söz edilmelidir. Sonra, biri dava açınca diğeri açamayıp ancak

bir dava açamazlar ama açılmış olan davaya olduğu yerde girebilirler (CMUK 345/2). Açılmış olan davada esas hakkında verilmiş olan karar (No. 150), aynı durumda olan ve davaya girmemiş olan diğerlerine karşı sanık lehine tesir edendir (CMUK 345/3).⁶³¹ Davaya girmeyenler, ancak esasa dokunmayan bir sebeple davanın sona ermesi halinde esas davayı yeniden açabilirler.

Suçtan zarar gören diğerlerinin açılmış olan şahsi davaya girmesine, kanun bazan iştirak demiştir (CMUK 345/2). Bizce bu iştirak, savcının şahsi davaya iştirakinde ve ferdin kamu davasına katılmasında olduğu gibi, ceza davasına katılmanın bir çeşididir (No. 161). Buna, bu sebeple, şahsi davaya katılma demek uygun olacaktır. Kanun, şahsi davaya katılmayı düzenlememiştir. Kamu davasına katılma hükümleri kıyas yolu ile uygulanmalıdır.⁶³²

Şahsi davacı yardım için yanında bir avukat bulundurabilir veya kendisini onunla temsil ettirebilir (CMUK 348). Bu avukat vekil olup müdafî değildir (No. 130). Temsilci vekile yapılan bildirme davacıya, yapılmış gibidir (CMUK 348). Mahkeme, gerektiğinde, davacının bizzat bulunmasını emredebilir (CMUK 361).

Kanuni temsilcinin seçtiği vekilin yetkisi, kanuni temsilcilik sıfatı ile birlikte sona erer. İşî kolaylaştırmak için, aksi belirtilmedikçe, yeni vekaletin zımnen verildiği kabul edilmelidir.

II. Şahsi davadaki davalı.

Şahsi dava, suçtan cezaen sorumlu olduğu sanılan fert tarafı (No. 175) aleyhine açılır. Şahsi dava ile birlikte «hukuk» davası olan şahsi hak davası da açılmış ise, bu ikinci davada davalı yine ceza davasının sanığı olan kimsedir. Fakat fazla olarak, eğer varsa, medeni sorumluluğu olan sair kimseler aleyhinde de şahsi hak davası açılabilir (No. 176, 177).

III. Sorumluların birden fazla olması.

Suçtan cezaen sorumlu olduğu sanılanlar birden fazla ise, hepsi aleyhinde şahsi dava açmak gerekip gerekmeyeceğini kanun göstermemektedir. Gerçi şahsi dava, aynı zamanda şikâyet mahiyetindedir. Şikâyet ise diğerlerine sirayet eder. Ancak savcı dava açmaya mecbur olduğu halde şahsi davacı için böyle bir mecburiyet yoktur. Onun içindir ki şahsi davacının istemedikleri aleyhinde şahsi dava açmayabileceği sonucuna varmaktayız. Fakat bu sonucun da suçluyu cezalandırmak imkanını suçtan zarar gören ferde vermek gibi bir durum yarattığımız, bunun da kabul edilemeyeceğini itiraf etmek lazımdır. Bu hallerde kanun, bütün şerikler hakkında dava açmak mecburiyetini kabul etmelidir.

IV. Şahsi davada savunma.

Şahsi davadaki sanık ise müdafî tutabilir. Hatta bu müdafî onu istisna olarak temsil de edebilir (No. 128). Şahsi dava ile birlikte açılan şahsi hak davasının müdafaa makamında bulunanlar ise kendilerini, medeni muhakemede olduğu gibi, «vekil» ile temsil ettirebilirler. Aynı avukat şahsi davada müdafî, şahsi hak davasında ise, vekil sıfatını taşır (No. 130).

ötekini açtığı davaya katılabildiğine ve birinin açtığı davada verilmiş olan son karar sanık lehine diğerlerine tesir edebildiğine göre, bağlı (daha doğrusu bağımlı) olmaktan başka, duruma daha uygun bir terim bulunmalıdır.

⁶³¹ Mehaz kanunda, esas hakkındaki kararların sanık lehine tesir edeceğine dair kısım bizde «esasa ait olsa bile» diye yanlış tercüme edilmiş ve bunun mahzurunu önlemek için davacının şahsi durumu yüzünden verilen kararın tesir etmeyeceğini göstermek üzere aynı durumdakiler tabiri kullanılmıştır (Hazırlık çalışmaları, 312). Mesela karşılıklı hareket sebebiyle ceza düşerse veya davacı gelmedi diye vazgeçmiş sayılırsa, diğerleri dava açabilecektir.

⁶³² Temyiz yoluna başvurarak şahsi davaya girme (*Yurtcan*, Şahsi dava, 133), katılmada olduğu gibi (n. 123), kabul edilmemelidir. Katılmadaki hükmün burada bulunmaması, oradaki amaca uygun yorum yapılmasına engel olmamalıdır. *Yurtcan* (s. 154), görüşünü desteklemek üzere, kanun yoluna giderek katılmayı kabul eden Alman kanunundan sadece kamu davasında ayrıldığımızı, şahsi davada böyle bir durum olmadığını ileri sürmektedir. Alman kanunu şahsi davada böyle katılmayı açıkça kabul etmemiş ki bizim burada açıkça ayrılmamız söz konusu olabilsin. Bizim kanun koyucu da ben sadece kamu davasına katılma bakımından bir istisna tanıyor diyebileceği halde «Kanun yoluna başvurarak katılma davası açma bizim sistemimize uymaz» demiştir. Sistemimize kamu davasında uymayan elbet şahsi davada da uymaz. Alman yazarların görüşleri de bize bu konuda ışık tutmaz, çünkü onların kamu davasında kabul ettiklerini şahsi davada kabul etmemeleri için haklı bir sebep yoktur.

114. Şahsi davanın özellikleri.

Şahsi dava, şahsi davacının yaptığı bir kovuşturma olduğundan, kovuşturmanın bütün özelliklerini haizdir: a) Ferdi kovuşturma da yargılama faaliyeti için zaruridir (No. 99). b) Ferdi kovuşturma Devlet kovuşturması ile bir bütün teşkil eder (No. 100). Yani, savcı bir beyan ile şahsi davaya iştirak ederse, başlamış olan kovuşturmaya devam edecektir. Dava ve muhakeme yeni baştan başlamayacak, kalındığı yerden devam olunacaktır. c) Şahsi dava da her kovuşturmada olduğu gibi, kamu yararınadır (No. 101). Şahsi menfaati koruma şeklindeki dış görünüş bizi aldatmamalıdır. Bir kimsenin suçlu olup olmadığının araştırılması ve suçlu ise müeyyidesinin uygulanması kamu yararınadır.

Şahsi dava, kamu davası olmadığından, onun yani Devlet kovuşturmasının özelliklerine malik değildir. Daha doğrusu, ceza davası olmak bakımından haiz olması lazım geldiği halde, ferdin tek başına kovuşturmasında istisna olarak aranmayan vasıflar da vardır. Bunlar mecburilik (No. 103) ve devamlılık (No. 105) vasıflarıdır. Gerçekten suçtan zarar gören, kanuni şartlar olsa bile, savcının aksine, dava açmaya mecbur olmadığı gibi davasını geri de alabilir (No. 117).

115. ŞAHSİ DAVANIN ve DURUŞMASININ AÇILMASI.

I. Şahsi davanın açılması.

Suçtan zarar gören fert (No. 168-171), şahsi dava açmak için bir talepte, bulunacaktır. Bu talep dilekçe ile olabileceği gibi zabıt katibine yapılacak bir beyanla da olabilir. Dilekçe iddianame gibi yazılacak⁶³³ ve iki suretle birlikte, verilecektir. Bunların biri sanığa, diğeri savcıya⁶³⁴ gönderilecektir. Dilekçe sanık sayısından bir fazla olarak verilecektir (CMUK 350/1). Sanıkla birlikte medeni sorumluluğuna aleyhine de şahsi hak davası açılmışsa (No. 113, II), onun için de bir suret eklenmelidir.

Talep, dava sulh mahkemesinde görülecekse, sulh hakimliği 'ne, asliye mahkemesinde görülecekse⁶³⁵ asliye hakimliği' ne yapılacaktır.⁶³⁶

Talebin yapılması için kanun bir süre tayin etmemiştir. Şikâyet için konulan süre dava açma süresi demek değildir. Şikâyet süresinde yapılmış olmak şartı ile, şahsi dava, kamu davası gibi, daha sonra da açılabilir.⁶³⁷

Şahsi dava dilekçesi iddianame gibi yazılacağından delillerin gösterilmesi gerekmektedir. Suçtan zarar görenin bu delilleri toplayabilmesi, sanığın kendi lehindeki delilleri toplaması kadar (No. 126) güçtür. Gerçi, şahsi dava dilekçesi üzerine sulh veya sorgu hâkimi, yapacağı bir çeşit ilk soruşturmada delil toplayabilir (No. 115, II). Fakat bu, daha ziyade son soruşturmaya geçiş bakımındandır ve hiçbir delil olmadan açılan bir şahsi dava büyük bir ihtimalle reddedilecektir. Onun için, bizce, şahsi dava açmak isteyen, fakat yeter delili olmayan kişi, herhangi bir suçtan zarar gören gibi, savcıya başvurmalıdır. Savcı, kamu davası açılmasında, kamu yararı olup olmadığına karar verebilir ama bunun için önce kamu davasının açılabilip açılmayacağını araştırmaya, yani hazırlık soruşturması yapmaya

⁶³³ Madde gösterilmemişse kabul edilmemeli, yani reddolunmalıdır (No. 290) (CGK 19/1/70 A, 688). İddianamede gösterildiği halde, işe hangi mahkemenin bakacağıının gösterilmesinin uygulanmayacağı, zira buna sulh veya sorgu hakiminin karar vereceği görüşüne (Yurtcan, 484) katılmıyoruz. Maksat, hâkime ışık tutmaktır. Nitekim kararı hâkim verdiği halde savcı, son soruşturma iddianamesinde mahkemeyi göstermektedir (No. 453).

⁶³⁴ Savcıya göndermeden dava düşürülemez (CGK 12/7/76 YKD 77, 992).

⁶³⁵ Davanın sulh mahkemesinde mi, yoksa asliye mahkemesinde mi görüleceğinin kanundan anlaşılmadığı, açıklık olmadığı görüşüne (Erem, n. 331; Yurtcan, 504) katılmıyoruz. Madde yönünden yetkiyi gösteren normların açıklığı acaba neden yetmiyor?

⁶³⁶ Başvurulan sulh veya asliye hâkimi, diğerinin yetkili olduğunu anlarsa işi ona göndermelidir. İlk soruşturma niteliğindeki soruşturmayı asliye hâkimi tamamlamışsa, gerekiyorsa, sulh hakimine nazaran daha yüksek yetkili olduğundan sulh mahkemesinde duruşma açabilmelidir (k-m: Yurtcan, Şahsi dava, 186). Şahsi dava dilekçesi yanlışlıkla savcıya verilmişse, savcı dilekçeyi reddetmeyip yetkili makama göndermelidir. Dilekçe asliye hakimliği yerine asliye mahkemesine verilmişse, asliye hakimliğine verilmişçesine işlem yapılmalıdır (No. 292, b).

⁶³⁷ Kunter: Şikâyet ile şahsi dava arasındaki münasebet, İHFM., 1950, 462; Taner, 110; Tosun, I, 196; CGK 14/1/1944 1-17; 3/4/44 (YK 1944, 7); 4.CD 25/6/48, 442-6058; 2. CD 31/12/49, 13433-14119 k-m: Kantar: 432; Aydın ve Yazman: Şahsi dava yolu ile takip olunabilen suçlar, 1950, s. 20; CGK 11/7/40 (TK 1939-40, s. 63). k-m: 2. CD 6/7/84 YKD 84/10 (Bu kararda, gerekçe gösterilmeden, süre hem kabul edilmekte hem de savcının kovuşturamaya kararından başlatılmaktadır).

mecburdur (No. 112). Savcı kamu yararı görmediği için kamu davasını açmasa bile kamu davasını açacak kadar delilleri de elde etmiş olacak, bunlardan da şahsi davacı yararlanabilecektir.

Talep üzerine, sulh veya asliye hâkimi ya «*duruşmanın açılması*» veya «*şahsi davanın reddi*» kararı verir (CMUK 352).

Şahsi dava ile birlikte şahsi hak davası da açılmış ise, bu ikinci dava tamamen hukuk davası olduğundan, medeni davacının teminat vermeye mecbur olduğu hallerde: (HMK 96-100, 159, 465-472) şahsi davacı da teminat vermeye mecburdur (CMUK 349) (No. 401).

II. Şahsi dava duruşmasının açılması.

Şahsi davanın açılması başka şeydir, şahsi davanın duruşmasının açılması başka şeydir. Duruşmanın açılması, en gelişmiş muhakemedeki son soruşturma açılması kararına benzer. Böyle muhakemelerdeki son soruşturma açılması kararı verilmeden önce yapılan ilk soruşturmaya benzeyen bir soruşturma, şahsi dava açılması, yani talebi üzerine de yapılır. Şahsi dava, dilekçesi savcının talepnameşi gibidir. Talepname üzerine nasıl ilk soruşturma yapılıyorsa, şahsi dava dilekçesi üzerine de bir soruşturma yapılır. Bundan maksat, bir ferdin talebi ile bir şahsi otomatik olarak son soruşturma safhasına geçirip mahkemede aleni duruşmada onu herkese sanık olarak tanıtmamaktır. Bu ilk soruşturma şöyle olmaktadır: Sulh veya asliye hâkimi, dilekçenin veya dava tutanağının suretlerini sanığa, savcıya ve varsa şahsi hak davalısına gönderir, diyeceklerinin bildirmeleri için bir süre tayin eder. Bu suretle haberdar olan savcı lüzum görürse kamu davasını açar. Süre geçince cevaplar gelmişse, incelenir. Hâkim bazı delillerin toplanmasını da emredebilir.⁶³⁸ Neticede hâkim ya duruşmanın açılmasına veya şahsi davanın reddine karar verir. Duruşmanın açılması kararı kesindir.

Şahsi davanın reddine çeşitli sebeplerle karar verilebilir: a) *Dilekçenin kabulüne engel sebepler varsa*. Bunlar arasında yer itibariyle yetkisizlik ve şahsi davanın mümkün olmaması da vardır. Bu ret, kabul bakımındandır. Bu karar karşı itiraz yolu açıktır (No. 516). b) *son soruşturmanın açılmamasını gerektiren sebepler varsa*. Bu red, şahsi davanın esas bakımından reddidir. Bu red kararlarına karşı, bunlar son soruşturmanın açılması kararı niteliğinde olduklarından, acele itiraz kabul edilmelidir (No. 456). İkinci sebeplerle verilen red kararları kesin hale gelince yeni deliller ve olaylar meydana çıkmadıkça yeniden ceza davası açılmamalıdır.

116. ŞAHSİ DAVADA KOVUŞTURMA EVRESİ.

Kanun, duruşmanın açılmasına karar verildikten sonra⁶³⁹, şahsi davanın kamu davası gibi görüleceği kaidelerini koymuş (CMUK 353) ve kovuşturma evresini düzenlerken kamu davasından farklarını istisna olarak belirtmiştir.

Farkların başlıcaları şunlardır:

1) Savcı yerine iddia makamında şahsi davacı bulunur (No. 235).⁶⁴⁰ Şahsi davacı, en az bir hafta önce tebliğ edilecek davetiye (celpname) ile duruşmaya çağrılır (CMUK 354). Daha kısa bir süre önce çağırılmışsa, sanık duruşmaya ara verilmesini isteyebilir (Kıyas ile, CMUK 210/2). İsterse, kabulü

⁶³⁸ *Kantar* (s. 435) ve *Yurtcan* (s. 492) açıkça, *Tosun* (I. 196) ilk soruşturmaya benzetmekle delil toplamayı kabul etmektedir. *Erem* de bunu kabul etmektedir. Ancak sulhlük işlerde sulh hakiminin duruşma açmasına karar vermesini, ithama karışmak oluyor gerekçesiyle ilkelere aykırı bulmakta idi (5. bası, s. 116 ve 685). Altıncı basıda bu kısmı çıkarmış olmasının (n. 381), artık ilkelere uygun bulunduğu anlamına geldiğini sanmıyoruz. Zira yine *tahkikatın aydınlatılması için yapılan en ufak bir muamele buraya dahildir*, diyerek hazırlık soruşturmasında yapılan her tahkik işini savcılık saymakta devam etmektedir (n. 47). Delil toplamayı, kanunda açıkça gösterilmemiş olması sebebiyle, kabul etmeyenler de vardır. Mesela *Alicanoğlu*, 677.

⁶³⁹ Görülüyor ki duruşmanın açılması kararından önce, kamu davası normlarına yollama yapılmamıştır. Bu nedenle, yer yönünden yetkisizlik iddiası da duruşmada söz konusu olabilecektir (*Aydınöz A.*: Şahsi davada yetki itirazı zamanı. AdD 84/3, 531). Şahsi davanın açılması kararı vermek üzere yapılan soruşturma, son soruşturmaya hâkim kararı olmaksızın geçmemek garantisini bakımından ilk soruşturmaya benzerse de, ilk soruşturmaya göre çok yalın yapılan, hatta uygulamada pek yapılmayan bu soruşturmanın her bakımdan, bu arada yer yönünden yetki sorunları bakımından ilk soruşturma sayılması görüşüne (*Yurtcan*: Şahsi dava, 190), amacı çok aşacağı için katılmıyoruz.

⁶⁴⁰ İddia makamının toplumsal olanı ile ferdi olanı ayrıldığından, şahsi davacı savcının yerinde değil, davacının yerinde oturacaktır. Doğrusu da budur. Doğru olmayan, savcının davacı yerinde değil de kürsünün bir köşesinde yer almasıdır (No. 231).

mecburidir. Davacı, ölmüşse, davaya devam haklarını (CMUK 363) kullanabilmeleri için mirasçıları çağırılmalıdır.⁶⁴¹

2) Gerek davacı gerek sanık kendilerini bir avukatla temsil ettirebilirler. Ancak mahkeme, bunların bizzat hazır bulunmalarını emredebilir ve sadece, sanık hakkında zorla getirme müzekkeresi verebilir (No. 247).

3) Mahkeme, delillerin ortaya konmasını istekle, geri alma ile, hatta kendi eski kararı ile bağlı olmadan kararlaştırır (CMUK 238)

4) Şahsi dava üzerine yapılan muhakeme, sadece ağır ceza mahkemesindeki bir diğer muhakeme ile birleştirilmez (No. 195).

117. VAZGEÇME ve GERİ ALMA.

I. Vazgeçme (feragat).

Şahsi dava ferde tanınan ihtiyari bir yetki olduğundan, fert bu yetkiyi kullanmayabilir. Buna vazgeçme denir (No. 137, V). Henüz dava açmadan bahis konusu olabilen vazgeçme, açık veya üstü kapalı olabilir.⁶⁴²

II. Geri alma (rücu).

Şahsi davayı açmak yetmez, yürütmek de gerekir. Bu da şahsi davacının muhakeme boyunca faaliyette bulunmasını gerektirir. Şahsi davacı duruşmada da bizzat bulunacak yahut bir avukat ile kendisini temsil ettirecektir. Mahkeme davacının bizzat hazır bulunmasını emrederse gelmeğe mecburdur. Fakat bütün bunlar, bu iddia faaliyetinde bulunmaya şahsi davacının mecbur olduğu manasına gelmez. Şahsi davacı isterse, şahsi davasını geri alabilir. Kanunumuz şikâyetle olduğu gibi, vazgeçme ile geri almayı birbirine karıştırmıştır (CMUK 361).

Açılmış olan şahsi davanın geri alınması, kural olarak, son kararın tefhimine kadar mümkündür. Bunun bizce istisnası yoktur. Mülga TCK 460 ve 489 un saklı tutulması (CMUK 361/1), şikâyetin bu suçlarda son karar kesinleşinceye kadar geri alınabileceği hükmünün değişmediğini belirtir. O kadar. Şahsi dava ve şikâyet farklı kavramlar olduklarından bu saklı tutmanın zaten anlamı yoktur. Meğerki bu ikisi karıştırılmış olsun (Bk. not 105).

Şahsi dava ya açıkça geri alınır yahut kanun onu geri alınmış sayar. Şahsi dava yargılama makamları önünde açıldığından, açıkça geri alma da yine onlar önünde olmalı ya dilekçe verilmeli ya da tutanak düzenlenmelidir.⁶⁴³ Şahsi davacı duruşmaya gelmezse veya vekil ile kendisini temsil ettirmese, mahkeme hazır bulunmasını⁶⁴⁴ emretmişken hazır bulunmazsa, süre tayin edilmiş ve riayet etmemenin şahsi davayı geri alma neticesini doğuracağı kendisine bildirilmiş iken⁶⁴⁵ süreye riayet etmezse, geri almış sayılır. Ancak, bunun için, tebligat yapılmış olmalı, davacı bir haftadan az süre verdiniz diye talik istememiş, gelmeyenler (yani davacı veya vekili) eski hale getirmeyi haklı kılan bir sebep ileri sürmemiş

⁶⁴¹ 2. CD 22/4/65 (Alicanoğlu, 724).

⁶⁴² Uygulamada şahsi davadan ve şikâyetten vazgeçmenin resmi makam önünde veya ona yönelik olması gerektiği, tanıkla ispat edilemeyeceği görüşüne rastlanmaktadır. Bunun sebebi CK 99 da CMK 361 de olduğu gibi, açılan şahsi davanın veya yapılan şikâyetin geri alınması ile kullanılmamış şahsi dava veya şikâyet haklarından vazgeçmenin birbirine karıştırılması ve geri alma denecek yerde vazgeçme denilmiş olmasıdır (No. 137 V). Mesela Ceza Genel kurulunun 19/3/84 tarihli kararındaki {YKD 84/9 1419} vazgeçme, olaydan da anlaşılacağı üzere, karakolda tutanağa geçirilmiş bir şikâyetin yine karakolda sözle geri alınmasıdır. Bu manada kabul edilince karar doğrudur. Anlaşmazlık aynı kavram için farklı terimler kullanılmaktan çıkmaktadır. 96 numaralı nota da bakınız.

⁶⁴³ Kanunlarımızda vazgeçme ve geri alma farkına dikkat edilmediğinden, birbirleri yerine kullanıldıklarından, uygulamada mesela vazgeçmenin tanıkla ispatına müsaade edilmediğinden söz edildiğinde, bundan geri almanın tanıkla ispat edilemeyeceği anlaşılmalıdır.

⁶⁴⁴ Mahkemenin temsilciye rağmen, bütün oturumlarda hazır bulunmasını emredebilmesi (Yurtcan, Şahsi dava, 179) kanuna aykırı olur. Maksat, belli işlemlerin yapılmasında temsilcinin hazır bulunmasının yetmeyeceği hallerde sanığın çağırılmasıdır.

⁶⁴⁵ Kanun sonucun davette bildirilmesini süreye riayetsizlik dışında açıkça aramamışsa da (2. CD 11/1/60, Çağlayan 66. III, 374) bu boşluk, içtihatla ve kıyas yolu ile doldurulabilir.

olmalıdır.⁶⁴⁶ Geri alma, kaide olarak son kararın tefhimine kadar mümkündür. İstisna olarak, şikâyet ile şahsi dava birbirine karıştırıldığından, müessir fiillerle hakaret ve sövmelerde son karar kesinleşinceye kadar geri alma mümkün imiş gibi bir ibare kullanılmış, mülga TCK 460 ve 489 saklı tutulmuştur (CMUK 361). Maksat, şahsi davanın değil, şikâyetin geri alınmasının mümkün olduğunu belirtmektir.⁶⁴⁷

Şahsi davanın geri alınması, şikâyetin de geri alındığının kabul edildiği hallerde ve mesela İİK 349/5 de⁶⁴⁸ sanığın kabulüne bağlıdır.⁶⁴⁹

Şahsi davada ferdi iddia makamında gerek birlikte dava açılması gerek sonradan katılma sebepleri ile birden fazla davacı varsa her birinin şahsi davayı geri alması ancak kendi bakımındandır. Geri almayanlar şahsi davayı yürütebilirler. Çünkü taraf yardımcılığı değil, taraf ortaklığı söz konusudur (No. 161).

III. Kısmi vazgeçme.

Suç ortaklarından bir kısmı hakkında vazgeçme veya geri alma mümkündür. Gerçi bu hal suçluyu cezalandırma yetkisini mağdura vermek gibi bir durum yaratırsa da bunun sebebi şahsi davacıya hepsi hakkında dava açmak mecburiyetinin tanınmamasıdır. Önceden böyle bir mecburiyet tanımadığımızı göre, sonradan da istediği hakkında şahsi dava hakkından vazgeçmesini veya davasını geri almasını kabul etmeliyiz (No. 111). Şikâyet ile geri alınmışsa, bu geri alma mülga TCK 99 ile diğerlerine sirayet edecektir.⁶⁵⁰

IV. Tercih hakkı.

Şikâyet ile şahsi dava ve şahsi hak aynı şeyler olmadıklarından, vazgeçme veya geri alma bunların her biri bakımından ayrı ayrı söz konusu olabilir. Mesela sadece şahsi hak bakımından vazgeçme şahsi dava bakımından vazgeçme sayılmaz. Keza sadece şahsi dava bakımından vazgeçme, şikâyet hakkı saklı tutulmuşsa, şikâyet bakımından vazgeçme sayılamayacağı için savcı dava açabilecektir. Davanın açıkça geri alınmasında şikâyet hakkı saklı tutulmamışsa, şikâyetin de geri alındığı kabul edilmelidir. Davanın geri alınmış sayıldığı hallerde, muvafakat meselesini ortaya çıkarmamak için, şikâyet saklı tutulmuş sayılmalıdır. Şikâyet bakımından vazgeçme veya geri alma halinde ise, şahsi dava bakımından da vazgeçme veya geri alma vardır, çünkü bu suçlarda muhakeme şikâyete bağlıdır. Birini geri alırken

⁶⁴⁶ Şahsi davacının en az bir hafta önce çağrılmış olması, gelmemesinin geri alma sayılması için şart değildir (k-m: CGK 8/6/64, Çağlayan 66. III, 352, 2. CD 26/10/68, İKİD 70, 8613). Zira sürenin kısa olması, gelmeme hakkını değil, talik isteme hakkını verir (No. 116).

⁶⁴⁷ Şahsi dava ve şikâyet aynı şey olmadıklarından, geri alınmaları farklı olabilir. Nitekim Almanya'da farklı idi (*Daguin*: Şerh, m. 431, not 2). Fakat şikâyette daha uzun imkân tanımak isabetsizdir. Zira şahsi davacı bu sefer şikâyetini geri alır (mülga TCK 99). Bizdeki bu farklı durumun sebebi, İtalya'da şikâyetin Almanya'dan farklı olarak, tefhimden sonra da geri alınabilmesi idi. Yargıtay şikâyetin geri alınmasının fiili suç olmaktan çıkardığı, mülga TCK 99'daki 1936 tadilinin CMUK 361 hükmünü değiştirdiği hatalı gerekçeleri ile fiilin cezalandırılmaz olduğu sonucuna varmıştır (CGK 16/12/68 İKİD 69, 7849). Bizce, «temyiz yolunda geri alınan şahsi dava değil, şikâyettir, mülga TCK 99'daki kamu davasından maksat da aslında olduğu gibi, ceza davasıdır» denilmeliydi. Bu yoruma göre CMUK 361'deki mülga TCK 460, 489 istisnalarının anlamı yoktur. İstanbul tasarısında olmayan bu yersiz istisnalar, her halde şahsi dava ile şikâyetin karıştırılması yüzünden, Ankara'da eklenmiştir.

⁶⁴⁸ İİK, şikâyet dilekçesi dediği şahsi dava dilekçesini vermiş kişinin çağırıldığında gelmemesi veya vekil göndermemesi halinde, şikâyet hakkının düşeceğini kabul etmiştir. Bu durumda, bizce, İİK 354 sanığın muvafakatini aramadığından, davanın düşmesine karar verilmelidir (k-m: 8. CD 21/1/88 YKD 88/6 866).

⁶⁴⁹ (*Erem*, n. 384); k-m: *Aydınöz*: Şahsi dava, 1974, s. 95; *Yurtcan*: Şahsi dava, 167. Yargıtay sadece CMK 361 de istisna edilmiş diye CK 460 ve 489 için kabul aramamaktadır (CGK 5/2/51, Çağlayan 66. III, 77). Hiç aramadığı da vardır (2. CD 7/8/59, Aydınöz, s. 96. Biz de 6. basıda, şahsi davacıyı zorlayamayacağız diye kabule bağlı tutmama görüşünü benimsemiştik. Ancak, hep aksi sanılagelmiş olmasına rağmen, sulh mahkemesinde savcısız duruşma yapılması örneğinde olduğu gibi, gerekirse davacının yokluğunda duruşmaya devam edilememesi için hiçbir engel olmadığını düşünerek, ilk görüşümüze yani sanığı güç durumda bırakmamak için, şikâyete kıyasla, kabule bağlı tutma tezimize döndük.

⁶⁵⁰ *Yurtcan*, Şahsi dava, 171; İİK 354'teki geri alma, şahsi davanın geri alınması olduğundan, kaide olarak, diğerlerine sirayet etmeyecekse de burada şikâyetin de geri alındığı kabul edildiğine göre, kaide sirayet etmemek ise de İİK'nın şikâyetin sirayeti bakımından bir istisna kabul ettiği söylenebilecektir (8. CD 28/1/88 YKD 88/6 868 ve bu kararda s.g. CGK 7/12/77 tarihli karar).

diğerini saklı tutabilmenin bir istisnası vardır. O da şahsi dava geri alınırken şahsi hak davasının saklı tutulmaması ve açılmış olan bu davanın da geri alınmış sayılmasıdır.⁶⁵¹

V. Sonuçlar.

Şahsi davacının vazgeçmesinin ve geri almasının sonuçları şunlardır: 1) Şahsi dava açma hakkı olan diğer kimselere tesir etmezler. Zira bunlar «aynı durumda» değildirler (No. 113). 2) Şikâyet hakkı saklı tutulmuşsa, savcı dava açabilir. 3) Vazgeçen, şahsi dava açamaz. 4) Geri alan, bir daha şahsi dava açamaz (CMUK 362). 5) Şahsi hak saklı tutulmamışsa, hukuk mahkemesinde dahi dava açılmaz (mülga TCK 111). 6) Geri almada düşme kararı verilmektedir. Bizce, bir ayırım yapılmalı ve: a) Şahsi dava ile birlikte şikâyet de geri alınır ve sanık da şikâyetin geri alınmasına muvafakat ederse, mülga TCK 99 da gözönüne alınarak «davanın düşmesi». b) Şikâyet geri alınmazsa (yani saklı tutulursa veya üstükapalı geri almalarda saklı tutulduğu sayılırsa) «davanın reddi» kararı verilmelidir. Şikâyet de gerilindiği halde sanık. Muvafakat etmezse, sulh mahkemesindeki duruşmada savcının hazır bulunmamasında olduğu gibi, şahsi dava duruşması da davacı yokluğunda devam edebilmelidir. Bu tez kabul edilmediği takdirde, yine davanın reddi kararı verilmelidir.⁶⁵²

118. KARŞILIKLI DAVA.

Şahsi davadaki sanık, davacıya karşı, muhakemenin bittiği bildirilinceye kadar karşılıklı dava açabilir.⁶⁵³ Bu takdirde asıl dava ile karşılıklı dava birleştirilerek birlikte hükmolunur. Asıl davadan vazgeçilmesi, karşılıklı davanın görülmesine mâni olmaz (CMUK 357).

Kanun karşılıklı davada sadece mahkûmiyetten bahsediyorsa da sanığın şahsi hak isteyebileceği şüphesizdir. İsterse, teminat aranmaz.

Karşılıklı dava açılması için şu şartlar aranmaktadır: 1) Şikâyet hakkı düşmemiş olmalıdır (bu şart karşılıklı davanın ceza bakımından olması halinde aranır).⁶⁵⁴ 2) İsnat olunan suç, şahsi dava ile, kovuşturulabilen bir suç olmalıdır. Şahsi davada isnat olunan suçun aynı olması şart değildir.⁶⁵⁵ 3) Karşılıklı davacı da ehil olmalıdır (No. 172). 4) Mahkeme madde, itibariyle yetkili olmalıdır.⁶⁵⁶ Karşılıklı davanın açıldığı, asıl davada olduğu gibi, savcıya bildirilecektir.⁶⁵⁷

⁶⁵¹ Önceleri bu istisnaya temas etmemiştik. Katılma davasında bu konudaki yeni görüşümüzün ışığı altında (No. 123), burada da benzer bir sonuca vardık. Gerçekten, şahsi hak davasını şahsi dava ile birlikte açma mecburiyetini kanunumuz kabul etmediğine göre, ceza veya hukuk mahkemelerinden birinde açma bakımından kendisine tanınan seçim yetkisini kullandıktan ve ceza mahkemesini seçtikten sonra, şahsi davacının şahsi davasını geri almak suretiyle şahsi hak davasını bu sefer hukuk mahkemesine götürebilmesi, seçim yetkisinin ona bir kere ve istisna olarak tanınması esasına aykırı düşmektedir. İlave edelim ki şahsi hak davasının geri alınması, ceza mahkemesi, hukuk mahkemesi yerine geçtiğinden, oradaki geri almanın sonuçlarını doğuracaktır.

⁶⁵² Altıncı basıdan farklı olan bu görüşümüzün gerekçeleri şunlardır: 1) Şikâyetin geri alınmasında davanın düşeceği ana kuralı yine uygulanmaktadır ama şikâyetin geri alınması durumu olmadığından CMK 253/5 uygulaması elbet söz konusu olmayacaktır. 2) Şikâyete dokunmadan sadece şahsi davanın geri alınmasını kanun düzenlememiştir. 3) Şahsi davanın reddedilme si sanığın isnattan kurtarılması sonucunu doğuracağı için, davacının bir nevi affı ile verilecek düşme kararının sakıncası kalmayacaktır. 4) Şikâyete dokunulmadığından ve ortada ret kararı dolayısı ile yargı da bulunmadığından (No. 65, 146) kamu davası açılabilir. 5) Sanık şikâyetin geri alınmasını kabul etmediğinde «şahsi davacıyı devama zorlayamayız» diye düşme kararı verilmesi yolundaki, sanığı güç durumda bırakan tezin kabulüne de ihtiyaç kalmayacaktır. Şahsi davacı zorlanamaz ama, şahsi davanın geri alınmış sayılması halinde şikâyetin saklı tutulmuş sayılmasına da hiçbir engel yoktur.

⁶⁵³ Önder, 'karşılık dava' (İHFM, 64, 29); Yurtcan ise, 'karşı dava' (s. 507) demektedir.

⁶⁵⁴ Bu kaideye bazı istisnalar tanınabilir. Birbirlerine karşı ayrı suçlar bakımından şikâyet hakkına sahip kişilerden birinin şahsi davasını ötekinin şikâyet hakkının düşmesini beklemeden sonra açmasında kısa bir ek süre verilmelidir. Kaldı ki şikâyet hakkı düşmemiş kişi şahsi davayı ayrıca açabileceğine göre, karşılıklı davanın kabulünün anlamı bir bakıma bu istisnada kendisini gösterecektir.

⁶⁵⁵ Bu suçlar arasında ayrıca bir ilgi aramak (Yurtcan: Şahsi dava, 257) bizce amaca uymaz. Karşılık oluş ceza isteme bakımındandır. Ben ona karşı açmadığım herhangi bir şahsi davamı, o benim aleyhimde açtı diye açabilmeliyim. Amaç, bizce bu imkânı vermektir.

⁶⁵⁶ Erem, n. 380; Önder: İHFM, 64, 29; Yurtcan: 513.

⁶⁵⁷ Kantar, 453; Yurtcan, 514; 2. CD 22/6/44 Alicanoğlu, 697.

12. § FERDİN SAVCI İLE BİRLİKTE KOVUŞTURMASI

119. Ferdin savcı ile birlikte iddia makamını işgal etmesi. 120. Katılanın hakları ve şahsî hak davası meselesi. 121. Katılmanın gereği meselesi. 122. Katılanı bulunan kamu davasında iddia ve müdafaa makamları. 123. Kamu davasına katılma davasının açılması ve yürütülmesi.

119. FERDİN SAVCI İLE BİRLİKTE İDDİA MAKAMINI İŞGAL ETMESİ.

Suçtan fertlerin de zarar görmüş olması, ferdin de kovuşturma görevinde bir rol alabilmesini mümkün kılmaktadır. Her ne kadar kovuşturmayı, hukuken teşkilâtlanmış toplum olan Devletin mahsus makamları ile yapması kabul edilmiş ise de Devletin makamlarının kovuşturmasının yeter görülebilmesi mümkündür. İddia makamını savcı ile birlikte ferdin de işgal etmesi, kamu davasına suçtan zarar gören ferdin katılması (müdahalesi) demektir. Kanunumuz bunu, “kamu davasına katılma” olarak ifade etmektedir (CMK 237).

Kamu davasına katılmada, diğer katılmalarda olduğu gibi, birden fazla asıl ceza davası var gibi gözükmesine rağmen, asıl ceza davası taktır.⁶⁵⁸ Çünkü bir kişi aleyhine bir eyleminden dolayı birden fazla ceza davası açılmış ise, iddia makamına geçebilecekler, ancak açılmış olan davaya katılabilirler. Katılma durumunda ortada tek asıl ceza davası olması, katılma isteğinin talî bir dava olmasına engel değildir. Zira katılma isteği, kabul veya reddi yargılamadan yargılama makamının kararını gerektirdiğinden, elbet bir davadır, fakat talî davadır.

Davaya katılmanın (No. 161) bir çeşidi olan “kamu davasına katılmayı” kanun, asıl ceza davasını göz önünde tutarak düzenlemiş, güvenlik tedbiri davasına katılma meselesini açık bırakmıştır. Bu davanın özelliği itibarıyla katılmanın kabul edilmemesi mümkündür. Keza kanun, genel muhakemeyi düzenlemiştir. Muhakemesi veya hükümleri özel olduğu için, özel muhakemelerde duruma göre, kamu davasına katılma kabul edilmeyebilir. Meselâ çocuk mahkemelerinde veya duruşmasız yapılan küçüklerin muhakemesinde katılma isabetli olmaz. Bizde, istisnalar arasında gösterilmediğinden, genel kanuna yollama (ÇKK 42) ve birleştirilen davaların genel mahkemelerde görülmesi kuralı (ÇKK 17/3) dolayısı ile çocuk mahkemelerinde katılma kabul edilmiş demektir (No. 488).

Kanun, müdafaa makamını işgal etmek üzere medenî sorumlunun ve ek ceza sorumlusunun kamu davasına katılmasını düzenlememiştir (CMK 237) (No. 128, 175).

120. KATILANIN HAKLARI ve ŞAHSİ HAK DAVASI.

I. Genel bilgiler.

Yürürlükten kaldırılan CMUK 365 müdahale şahsi haklarının hüküm altına alınmasını isteme hakkını veriyordu. 2004-5271 CMK katılma ile ilgili maddelerinde şahsi haktan bahsetmediği gibi, suç mağduru ile şikayetçinin haklarını düzenlediği 233 ve sonraki maddelerinde de şahsi haktan bahsetmemektedir. Bununla birlikte adli kontrol suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynı veya kişisel güvence yükümlülüğüne tabi tutulabilmektedir (CMK 109/3-h). Ayrıca CMK 113’de katılanın yaptığı masraflar ile suçun neden olduğu zararların giderilmesi için güvence gösterilmesi de öngörülmüştür (CMK 113/1-b,1).

Bunların önceden ödetilmesi de hâkim, mahkeme veya C. Savcısı tarafından emredilebilmektedir (CMK 114/1). Böylece şahsi hak davası kaldırılmakla birlikte, mağdurun gördüğü zararın giderilmesi belli bir ölçüde güvence altına alınmış bulunmaktadır.⁶⁵⁹

⁶⁵⁸ Erem de, bir davanın süjelerinin artmasından söz etmektedir (No. 366).

⁶⁵⁹ Mağdurun faille barıştırılması ve böylece ileride yeni uyuşmazlıklar çıkmasını önlemek üzere, mehz Alman Kanununa (StPO 403 vd) uygun, daha geniş düzenlemeler yapılması yerinde olabilir. Alman Hukukunda “Suçtan Zarar Gören Ferdin Hukuki Durumundaki Sair Özellikler”, ayrıca düzenlenmiştir. Mağdurun faille barıştırılması yolunda yeni adımlar atılmıştır (*Täter-Opfer-Ausgleich*). 1986 yılında yapılan değişiklikle, mağdurun suçtan zarar gördüğü maddî zararın ceza davası ile birlikte tazmin ettirilmesi teşvik edilmiştir (StPO § 403). Ayrıca, mağdura yeni bazı yetkiler tanınmıştır: a) Hazırlık soruşturması ile ilgili bilgi alma hakkı tanınmıştır (StPO § 406d/1); evvelce sadece takipsizlik kararı bildiriliyordu, b) Suçtan

II. Mağdurun avukatı (vekil) ve katılanın diğer hakları.

Mağdur veya suçtan zarar gören, davaya katıldığında, mahkemeden istemesi halinde, baro tarafından bir avukat görevlendirilir (CMK 239/1); çocuk veya kendisini savunamayacak durumda ise, isteme gerek yoktur (CMK 239/2). 2008 yılında 5793 sayılı Kanunla CMK 234 maddede yapılan değişiklikle cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yılda fazla hapis cezasını gerektiren bir suçlarda avukat görevlendirilmesi isteme bağlı tutulmuştur. Katılmadan önceki kararlara sınırlı bir şekilde itiraz etme hakkı da vardır (CMK 241).⁶⁶⁰

CMK'nun 234 ncü maddesinde mağdur ile şikayetçiye tanınan hakların, katılana da tanındığından şüphe yoktur. Bu haklar, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında farklı düzenlenmiştir.

Soruşturma evresinde, delillerin toplanmasını isteme, soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısından belge örneği isteme, vekili yoksa, Baro tarafından kendisine bir avukat görevlendirilmesini isteme, 153 ncü maddeye uygun olmak koşuluyla vekili aracılığı ile soruşturma belgelerini ve elkonulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceletme, Cumhuriyet savcısının, kovuşturmayla yer olmadığı yönündeki kararına kanunda yazılı usule göre itiraz hakkını kullanma hakları vardır.

Kovuşturma evresinde, duruşmadan haberdar edilme, tutanak ve belgelerden vekili aracılığı ile örnek isteme, tanıkların davetini isteme, vekili yoksa, baro tarafından kendisine avukat atanmasını isteme, mağdur, onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir. Zorunlu müdafî ile zorunlu vekil arasında kapsam farkı olduğuna dikkat edilmelidir. Zorunlu vekillik sadece 18 yaşından küçükler ve kendisini savunamayacak derecede malul olanlar bakımından kabul edildiği halde zorunlu müdafilik suçun ağırlığı ve bazı muhakeme hukuku durumları göz önünde tutularak daha geniş tutulmuştur.

121. KATILMANIN GEREĞİ MESELESİ.

I. Şahsi hak bakımından.

Şahsi hak bakımından kamu davasına katılmanın kabul edilmesi genellikle uygun görülmektedir. Ancak şahsi hak davasının ceza mahkemesinde görülmesinin hukuki açıklamasında uyumsuzluk vardır. Biz katılmayı yargılama birliği ile izah eden görüşü benimsiyoruz. Gerçekten ceza mahkemesi tarafından verilen kesin hükümlerin hukuk mahkemelerinde tesisini kabul eden ülkelerde şahsi hak davasının ceza mahkemesinde, kamu davasına katılma yoluyla görülmesi kabul edilmiştir. Bizde de ceza mahkemesinin verdiği kesin kararlar hukuk mahkemelerini kısmen bağlar (No. 150). Ceza ve Hukuk Mahkemesi kararları arasında uyumsuzluk çıkmasını önlemek için ya biri diğeri için bekleticim meselesi sayılmalı yahut ikisinin birleştirilerek görülmesi kabul edilmelidir. Bekletici mesele saymak işi uzatacağı için katılma kabul olunmalıdır. Katılımının başka faydaları da yok değildir. Mesela tanıklar iki mahkemeye gitmeyecek, ayrı ayrı bilirkişi incelemesi yapılmayacaktır. Diğer taraftan şahsi hak davasının ceza muhakemesi bakımından da faydalı olacağı şüphesizdir. Şahsi hak davacısı pek çok halde ceza muhakemesine de ışık tutacaktır. Kaldı ki suçtan zarar görenlerin çeşitli sebeplerle çekinip hukuk mahkemesine dahi gitmemeleri, suçlulara adeta prim verilmesi anlamına geldiğinden, şahsi hak bakımından katılmanın teşvik edilmesi, hatta zarar gören açıkça istemese de, mesela kamuya ait zararların ödettilmesine karar verilebilmesi suç siyaseti bakımından da yararlıdır.

II. Ceza davası bakımından.

zarar görene dosyayı inceleme hakkı tanınmıştır (StPO § 406c), c) Suçtan zarar gören de avukatın hukuki yardımından yararlanma hakkına kavuşturulmuştur (StPO § 406f). Bu avukat duruşmada kesintisiz olarak hazır bulunabilir.

⁶⁶⁰ Mağdurun katılan sıfatını aldığı durumlarda, avukatına "vekil" adı verilir. Almanya'da mağdur vekillerinin duruşmalardaki durumu incelenmiş ve şu sonuçlar tespit edilmiştir: Mağdur vekilleri kendilerine tanınan usuyi yetkilerden tam olarak istifade etmemektedirler. Maddi zararın da istenmesini kabul eden Alman Hukukundaki *Adhäsionsverfahren* den yararlanma oranı azdır. Katılma davasının açıldığı kamu davalarının duruşmalarında daha çok tartışma yaşanmaktadır. Yeni bir kurum olan uzlaşmaya dayanan hüküm verme (*Urteilsabsprachen*) kurumundan daha fazla yararlanıldığı, fakat bazen de vekillerin tutumu nedeni ile bunun sonuçlanmadığı bildirilmektedir (*Barton/Flotho 2010, 238*).

Mukayeseli hukukta asıl ceza davasına katılmanın genellikle kabul edilmediği görülmektedir. Ceza davasının açılmasının ve yürütülmesinin, bir kelime ile kovuşturmanın Devlete düşen bir iş olduğu söylenmiştir. Kanunlar da genellikle bu yolu tutmuşlar ve suçtan zarar görene ancak şahsî hakları bakımından kamu davasına katılma hakkını tanımışlardır. Fransız ve İtalyan kanunlarındaki durum budur. Ceza Muhakemesi Kanununu ile şahsi dava kaldırıldığı için, artık şahsi davaya katılma söz konusu değildir.⁶⁶¹

Ceza Muhakemesi Kanunu ise, bütün suçlarda katılmayı kabul etmiş ve bunu suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanları kapsayacak şekilde, genişleterek düzenlemiştir (CMK 237).

İddia görevi bakımından katılmanın kabulünün faydalı olduğunu savunanlar da vardır.⁶⁶² Katılmanın ceza muhakemesi bakımından faydalı olduğu doğrudur. Fakat bunun sakıncalı olduğu da muhakkaktır. Katılma ceza muhakemesini uzatır, şantajlara yol açar. Fakat en büyük sakınca, bizce katılanın savcı gibi davranmamasıdır. Ceza muhakemesinin gayesinin suçlunun cezalandırılması olmadığı bugün anlaşılmıştır (No. 12). Savcı her ne kadar isnat ile işe başlamakta ise de bu tezini, elbirliği ile bir senteze varılması için ileri sürmekte ve senteze yaklaşmakta ve neticede kendisi de ona varmaktadır. Bunun içindir ki, savcı davayı açarken hakikatte suçlunun cezalandırılmasını değil, yargılama yapılmasını ister. Sanığın suçlu olduğu yolundaki sanısını gerektiği zaman değiştirir, sonunda sanığın beraatını ister (No. 20). Halbuki katılanın durumu böyle değildir. Yeni Kanun katılmada *şahsi hak* istemi yolunu da kapattığı için, katılan sadece *cezalandırma* isteyebilir. Bizce, katılma sınırlandırılmalı ve sadece belli suçlarda kabul edilmeli idi.⁶⁶³

Kamu davasına katılmanın iddia görevi bakımından kabulü, nadir de olsa, kanunlara girmiştir. Mehoz Alman Kanunu da katılmayı sadece belli suçlarda kabul etmiştir.⁶⁶⁴

Gerek mülga Kanun ve gerekse yeni Kanun daha ileri gitmiş, suç bakımından bir sınırlama yapmamış, katılma hakkını suçtan zarar gören tarafa tanımıştır. Bundan hem savcıya yardım etmek hem de intikam almaları önlemek esaslarının birlikte kabul edildiği sonucu çıkarılabilir. Zira sadece savcıya yardım esasından hareket edilseydi, katılma hakkını sadece şahsî hak talebinde bulunabilecek kimselere değil, fakat ceza davasının görülmesinde menfaati olan herkese, hattâ her vatandaşa tanımak gerekirdi. Savcıya yardımcı olur diye katılmanın uygulama sahasını genişletmek asla doğru değildir.

⁶⁶¹ Şahsî hak davasının kabul edildiği Kanunlarda kamu davasına katılmanın kabul edilmesi genellikle uygun görülmektedir. Ancak, şahsî hak davasının ceza mahkemesinde görülmesinin hukukî izahında uyumsuzluk vardır. Biz, katılmayı, yargılama birliği ile izah eden görüşü benimsiyoruz. Gerçekten ceza mahkemesi yargılarının hukuk mahkemelerinde tesirini kabul eden memleketlerde şahsî hak davasının ceza mahkemesinde, kamu davasına katılma yolu ile görülmesi kabul edilmiştir. Bizde de ceza mahkemesi yargıları hukuk mahkemelerini kısmen bağlar. Ceza ve hukuk mahkemesi kararları arasında uyumsuzluk çıkmasını önlemek için ya biri diğeri için bekletici mesele sayılmalı yahut ikisinin birleştirilerek görülmesi kabul edilmelidir. Bekletici mesele saymak işi uzatacağı için katılma kabul olunmalıdır. Katılmanın başka faydaları da yok değildir. Meselâ tanıklar iki mahkemeye gitmeyeceklerdir, ayrı ayrı bilirkişi incelemesi yaptırılmayacaktır. Diğer taraftan şahsî hak davasının ceza muhakemesi bakımından da faydalı olacağı şüphesizdir. Şahsî hak davacısı pek çok halde ceza muhakemesine de ışık tutacaktır. Kaldı ki suçtan zarar görenlerin çeşitli sebeplerle çekinip hukuk mahkemesine dahi gitmemeleri, suçlulara âdeta prim verilmesi anlamına geldiğinden, şahsî hak bakımından katılmanın teşvik edilmesi, hattâ zarar gören açıkça istemese de meselâ kamuya ait zararların ödetirilmesine karar verilmesi suç siyaseti bakımından da yararlı olacaktır.

⁶⁶² *De Marsico, 72; Foschini, I- 210; Leone, I, 32.*

⁶⁶³ Mülga Kanuna göre şahsî hak isteğinin kabulü, sanığın mahkûm olmasına bağlı idi. Bu sebeple, katılan sanığın masum olduğuna muhakeme boyunca kanaat getirirse bile, şahsî menfaati icabı, sanığın mahkûm olmasına çalışılırdı. Diğer taraftan hakikî suçlunun değil, malî durumu elverişli olan sanığın mahkûm olması işine gelir. Bu sebepledir ki katılmanın faydası gözde büyütülmemelidir.

⁶⁶⁴ 1953 de Almanya bu sistemden ayrılmıştı. 395. maddeye göre kamu davasının açılmasını tahrik etmiş olan “suçtan zarar gören kimse” kamu davasına katılabiliyordu. 18.12.1986 tarihli “Mağdurun Korunması Kanunu” ile katılanın durumu kuvvetlendirildi. Katılana müstakil delil ikame etme hakkı tanındı. Bunun yanısıra, müdahale edilebilen suçlar sınırlı sayıda sayılarak Kanunda gösterildi (StPO: § 395/I). Almanya’da 1982 ile 2007 yılları arasında, çoğu cinsel suçlarda olmak üzere, kamu davasına katılma sayısında artma olmuştur. Katılma davası açmak için avukat tutmak gerektiği için, “mağdur avukatlığı” alanında önemli gelişmeler olmuştur. Katılma davası açanların maddî zararlarını gidermekten ziyade, manevî yönden tatmin olmayı amaçladıkları saptanmıştır (*Barton/Flothe 2010, 234*).

Buna mukabil, Ceza Muhakemesi Kanunu katılmayı olabildiğine genişletmiş ve “mağdur, suçtan zarar gören ve malen sorumlu olanları” da ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikayetçi olduklarını bildirerek, kamu davasına katılma yetkisi tanımıştır (CMK 237/1). Biz ise, Kanundaki “suçtan zarar gören” tâbiri dar bir şekilde yorumlanması, “dolayısı ile zarar gören” (No. 169) bu tâbir dışında kalması ve ancak sadece ekonomik bakımdan da olsa suçtan doğrudan doğruya zarar görenlerin kamu davasına katılabilmesi görüşündeyiz.⁶⁶⁵ Doğrudan doğruya zararını gerçekleştirecek olanı ile gerçekleştirmişini birbirinden ayırmak için haklı bir sebep göremiyoruz.⁶⁶⁶

122. KATILANI BULUNAN KAMU DAVASINDA İDDİA ve MÜDAFAA MAKAMLARI.

I. Savcının durumu.

Kamu davası, ceza muhakemesinde iddia makamının savcı tarafından işgal edilmesi demek olduğundan, iddia makamında savcının bulunacağı şüphesizdir. Ancak, fazla olarak, katılan da iddia makamını işgal edecektir. Savcının da katılanın da makamı *iddia makamıdır*, fakat biri devletin iddia makamıdır, diğeri ferdin iddia makamıdır.

Kanun, katılma yetkisini mağdura ve suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişilere ve malen sorumlu olanlara vermiştir.⁶⁶⁷ Katılan, reşit ve mümeyyiz olmalıdır. Kanunî temsilci varsa onun katılması

⁶⁶⁵ Yargıtay kararlarında da suçtan doğrudan ve gerçek anlamda zarar görmeyenin müdahilliğine karar verilemeyeceğini, dolaylı ve varsayılan zararlar nedeniyle katılmanın mümkün olmadığını (CGK, 1/2/2000, E. 1999 Y 320, K. 2000/6) usulsüz olarak verilen müdahale kararlarının hükme karşı yasal yollara başvurma yetkisi vermediğini belirtmektedir (CGK, 28/05/2002, E. 2002/129, K. 2002/261) (www.hukukturk.com). Adabı umumiye ve aile nizamı aleyhine işlenen cürümlerin, aile reisine yani ana ve babaya, bunlar yoksa yetiştirip, bakıp gözetken kardeşe karşı işlendiği ve dolayısı ile bunların doğrudan doğruya zarar gördüğü kabul olunagelmektedir (CGK 30/11/64, Çağlayan “66” III, 394; 5. CD 7/12/84 İKİD 87/7 5003). Sigorta parası için çıkarılan yangından doğrudan doğruya zarar gören, sadece yakılan eşyanın sahibi değildir. Sigorta şirketi de doğrudan doğruya zarar gören durumundadır. Memurun aldığı rüşvet yüzünden işlediği sahtecilik ve döviz kaçakçılığı suçları dolayısıyla zarar gören olarak bu son suçların davasına katılabilen Maliye Bakanlığının rüşvet suçunda katılma hakkı yoktur (CGK 22/12/58, 114/114). Aynı şekilde, kanunsuz işten çıkarma suçunda, doğrudan zarar görmeyen sendikaya katılma hakkı tanınmamıştır (9. CD 30/11/78 YKD 79, 59). Keza ölümden zarar görmeyen fakat vasıtasi zarara uğrayan Kara Yolları Genel Müdürlüğü ölüme sebebiyet davasına katılamaz (1. CD 23/12/59, Çağlayan “66”, III, 408). Zararın doğrudan doğruyalığı tüzel kişi bakımından da aranmalıdır. Kamu yararına bazı derneklere dava hakkı tanınmasını istemek zararın doğrudan doğruya olamayacağı mânâsına geleceğinden isabetli değildir. Buna karşılık, cezanın kişiselliği ilkesine ters düşen ve suçla ilişkisi olmayan aile üyelerine ait olduğu halde suçta kullanıldı diye bazı araçların müsaderesini öngören yersiz kanunlar yüzünden aracın suçsuz sahibinin uğradığı zararı da, suç işlenirken yanmada olduğu gibi, doğrudan doğruya zarar saymak ve bu kişiye kamu davasına katılma hakkını vermek (CGK 15/10/62, Çağlayan “66”, III, 407; 8. CD 25/1/80 YKD 80, 453) bu kanunların yersizliğini giderme bakımından isabetlidir.

⁶⁶⁶ Katılmayı genişletmemek için 6. basıda yaptığımız ilâve ile, zararın muhtemel olmamasını da aramıştık. Rüşvet verenin ileride müfteri durumuna düşmemek için katılmasını kabul eden Ceza Genel Kurulu kararını (7/6/82 YKD 82/9 1325) haklı bularak, 8. basıda bu görüşü terk ettik. Aynı şekilde, kocanın açtığı boşanma davasındaki tanık aleyhine yalan tanıklıktan açılan dava sonucunun karyaya zarar verebileceği açık olduğundan, katılabileceğini kabul ediyoruz (CGK 1/10/73 RKD 74, 14). İlâve edelim ki her iki olayda da muhtemel zararlar dolaylı olmayıp doğrudan doğruyadır. Görüşümüzde bu yönden bir değişiklik yoktur.

⁶⁶⁷ Mağdur Kaynakçası

Ayşe Dolunay Sarıca, Umut Haydar Coşkun. Cinsel İstismar Olgularında Adli Görüşme Odalarının Kullanımı: Hâkim Avukat Uzman ve Mağdur Görüşleri, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi. 2020, c. 8, sy. 1, s. 117-142. Başak Uysal, Aydan Fincan. Son Sözlerdeki Temaların Suçlu-Mağdur İlişkisi Ekseninde Değişimi, 2020, c. 19, sy. 4, s. 7-16. Berhudan Şamar, Betül Urhan. Adli Görüşme Odalarında Suç Mağdurlarıyla Görüşme Yapan Adli Görüşmecilerin Deneyimlerinin İncelenmesi: Eskişehir Adliyesi, Toplum ve Sosyal Hizmet. 2020, c. 31, sy. 3, s. 931-959. Derya Belgin Güneş. Mağdur Hakları Kanunu Taslağı'nın Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2021, c. 29, sy. 2, s. 913-931. Eylem Baş. Hayvanın Kötü Muamelelere Karşı Ceza Hukuku Vasıtasıyla Korunması Halinde Mağdurun Tespiti, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2021, c. 12, sy. 1, s. 1-16. Eylem Baş. Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur, Seçkin Yayınevi. 2021. Elif Ergüne, Muhammed Demirel. Cinsel Saldırı Mağdur Kadın "Muhtemel Cinsel Saldırıya" Binaen Faili Öldürmesine İlişkin "Çelışen" İki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, Prof. Dr. Türkan Rado'nun Anısına Armağan. 2020. Elif Kurt. Mağdurun Kimliğinde Yanılma ve Ceza Sorumluluğu, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2020. Emel Badur. Gebeliğin Sona Erdirilmemesi Nedeniyle Suç Mağduru Çocuğun Kişilik Hakkının İhlali, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, c. 5, sy. 2, s. 4075-4107. Eylem Baş Bayraktaroğlu. Fail ve Mağdur, Ankara Üniversitesi (Doktora). 2020. F. Elif Çelik. Zorunlu-Düzensiz Göçün Yarattığı Sorunlardan Birisi Olarak İnsan Ticareti Mağduru Yabancıların İkametlerine İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni. 2020, c. 40, sy. 2. Fahri Gökçen Taner. Kırılınan Mağdurun Beyanının CMK'nın 236. Maddesi Uyarınca Alınması ve Uygulanan Özel Usuller Karşısında Tanınma Hakkının

gerekir. Devletten gayri, hükmî şahsiyeti haiz topluluklar ve resmî iddia makamını işgale yetkili olanlardan gayrî resmî makamlar, ancak, şahsî hak talebini haklı gösterebilecek bir zarara uğradıkları takdirde, fertler gibi, kamu davasına katılmaları gerekir. Kanun şahsi hak istemi yolunu kapattığına göre, katılmanın tüzel kişilere de teşmili yerinde olmamıştır.

Suçtan zarar görenler birden fazla ise, her birinin müdahale hakkı vardır. Kovuşturmanın bütünlüğü prensibinin bir sonucu olarak, katılma kamu davasını durdurmaz (CMK 240/1). Katılma davası, kamu davasına katıldığı noktadan başlar. Önce verilmiş kararlar katılana tebliğ edilmez ve katılan ancak savcının süresi geçmemişse o süre içinde kanun yoluna gidebilir (CMK 241).

Medenî muhakemedeki “fer’î müdahiller”, taraf değil, sadece yardımcı olduklarından, tam katılma değil, yardım katılması söz konusudur. Ceza muhakemesinde iddia makamında savcı yanında yer alan katılanlar ise taraftırlar ve savcıdan da birbirlerinden de farklı olarak isteklerde bulunabilirler. Meselâ kanun yollarına gidebilirler.

II. Katılma davasında sanığın durumu.

Katılma, ceza muhakemesinin müdafaa makamı bakımından bir değişiklik yapmaz. Bu makamı kaide olarak, ceza muhakemesinde sanık olan şahıs işgal edecektir. Ancak malen sorumlu olan kişi sanığın yanında yer alabilmelidir. Kanunda malen sorumlunun katılmasından bahsederken, katılmanın niteliği gereği savcı gibi davranacağı anlaşılıyorsa da bazı hallerde malen sorumlunun menfaati sanığın beraat etmesini gerektirebilir.

123. KAMU DAVASINA KATILMA DAVASININ AÇILMASI ve YÜRÜTÜLMESİ.

I. Katılma davasının açılacağı zaman.

Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında⁶⁶⁸ hüküm verilinceye kadar şikayetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler (CMK 237/1).⁶⁶⁹

Ancak, katılma isteği ile bu isteğin hüküm ifade etmesi ve isteğin kabul veya reddi farklı şeylerdir. Soruşturma evresinde katılma kabul edilmemiştir (aşağıda II). Buna rağmen bir istem varsa, kaide olarak, yapılamayacak olan katılma isteğinin kabulü veya reddi konusunda bir karar verilmesi yerine, ileride açılacak kamu davasına katılma isteği, önceden, soruşturma evresinde yapılmış ise, geçer sayılmalıdır. Savcıya verilen bu dilekçe, dosya ile birlikte mahkemeye gidince, mahkeme katılma isteği hakkında, bu dilekçeye dayanarak bir karar verebilmelidir. Yeniden dilekçe verilmesini istemek için mâkul bir sebep olmadığı kanaatindeyiz.⁶⁷⁰

Kamu davasına katılma, Kanuna göre “ilk derece mahkemesinde kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar mümkündür” (CMK 237/1).⁶⁷¹

Dengelenmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 2021, c.33 sy. 153, s. 1-38. İbrahim Ataç. Suça Sürüklenen Terör Mağduru Çocuklar, Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi. 2021, c. 10, sy. 26, s. 118-131. Kübra Dombak, Eyüp Çelik. Bireylerin Cinsel İstismar Mağdurlarına Yönelik Bakış Açılarının İncelenmesi, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi (elektronik). 2021, c. 20, sy. 77, s. 425-440. Mehmet Beyhan Seçkin. Ceza Muhakemesinde Mağdur ve Şikayetçinin Hakları I, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi. 2020, c. 0, sy. 15, s. 621-664. Özge Apiş. Yar, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suretiyle Mağdurun Elde Ettiği Delillerin Değeri, Seçkin Yayınevi, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan. 2020, s. 1117

⁶⁶⁸ Kamu davasına katılma, mülga kanunumuza göre de, “soruşturmanın” (= tahkikatın) her halinde mümkündür (CMUK 365). Burada soruşturma kelimesini, ilksoruşturma 1985 de kaldırılmış olduğuna göre artık, 147. maddenin 85-3206 numaralı kanunla değişik metninde olduğu gibi, sonsoruşturma mânâsına almak lâzımdı. Hazırlık soruşturması sırasında henüz kamu davası açılmış değildi ki, kamu davasına katılmabilirdi (İçBK: 16/5/45, 27/10).

⁶⁶⁹ Katılan şikayetçinin sahip olduğu haklara katılımının kabulüyle sahip olur (Özek 2005, 905). CMK katılma talebi üzerine dinlenmesi gerekenleri genişletmiştir (Özek 2005, 909).

⁶⁷⁰ *Taner*, 115; *Tosun*, I, 202; Karşı yönde İçBK (16/5/45, 27/10) varsa da, dava açılmadan hâkime verilir kaydedilen ve duruşmada mahkemeye sunulan dilekçe kabul edilmiştir (CGK 10/1/66 İKİD 66, KD 66, 4389). 1975 Alman reformunda da önce yapılan isteklere kamu davası açılması ile geçerlik tanınmıştır (StPO 396, I) (*Grauhan*, 401).

⁶⁷¹ *CGK 6.2.2007 E. 2006/7-344, K. 2007/23*: 1618 sayılı 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Yasasında öngörülen suçlardan doğrudan zarar görmeyen ve bu suçları takip görevi bulunmayan Kültür ve Turizm Bakanlığının, bu suçlarla ilgili davaya katılma hak ve yetkisinin bulunmadığı, yerel mahkemenin yanılığın uygulamaya dayalı

Katılma usulü 238'inci maddede düzenlenmiş olup, “kamu davasının açılmasından sonra” mahkemeye dilekçe verilmesi veya tutanağa geçirilerek sözlü başvurma yolu ile gerçekleştirilebilir.

Katılma isteminin kabulü konusundaki karar C. Savcısının sanık ve varsa müdafisinin dinlenmesinden sonra verilir (CMK 238/3).

Sulh Ceza Mahkemesinde açılmış olan davalarda katılma hususunda C. Savcısının görüşü alınmaz (CMK 238/4).

II. Soruşturma evresinde katılma.

Soruşturma evresinde katılmanın mümkün olmaması her zaman uygun olmadığı için İçtihat Birleştirme Kararının mutlak olarak kabulünün doğru bulunmuyoruz. Gerçekten, savcının kovuşturmayaya yer görmesiyle birlikte hemen kamu davasını açması hâlinde, yani soruşturma evresinin sadece başlangıç soruşturmasından (No. 414) ibaret olması takdirinde mesele yoktur. Zaten kanun kamu davasına katılma tabirini kullanırken sadece bu ihtimali göz önünde tutmuştur. Ancak kovuşturmayaya yer görüldükten yani bir kimseye suç isnat edildikten hemen sonra, hemen kamu davası açılmaması ve kısa soruşturma (No. 437) yapılması da mümkündür. Kısa soruşturma yapılan işlerde çok defa ilk soruşturmada yapılmazdı. Kaldı ki 1985 de ilk soruşturma kaldırıldığından, son soruşturmadan önce, kaideye göre, katılmaya artık hiç imkân kalmamıştır. Bir kimseye bir suç isnat edilmesinden ve mesela onun tutuklanmasından sonra yapılan soruşturma demek olan kısa soruşturma devresinde ortada bir sanık olduğuna göre, savcı gibi iddia görevini yapacak olan katılanın da bu devrede görevine başlaması kabul edilmelidir. Katılma için kamu davasının açılması beklenirse çok defa iş işten geçmiş, deliller karartılmış olacağından, katılanın savcıya yardımcılığı ve soruşturma evresinde delil olabilecek şeylerin elde edilmesindeki rolü sifıra indirilmiş ve katılma pratik bakımdan faydasız hale getirilmiş olur (No. 437 II, 440 II). Bunun için, soruşturma evresinde bile ihtiyaç doğdukça ve ortada bir sanık buldukça, suçtan zarar görene katılma imkânı tanınmalıdır. Kanunun bir imkânı kısmen bize vermektedir. Gerçekten, hazırlık soruşturmasındaki hâkim işlemleri ilk soruşturmadaki hükümlere göre yapıldığından (CMUK 161), bu işlemleri yapan hâkim ilk soruşturmada olduğu gibi katılma isteğinde bulunana, isteğinin kabule şayan olmaması hakkındaki kararın verilmesini gerekirse yetkili mercie bırakarak, katılan sıfatı ile işleme iştirak ettirilebilir idi. 1985 de ilk soruşturma kaldırılınca, ilk soruşturmaya atıf

katılma kararının da hükmü temyize hak vermeyeceği cihetle, temyiz isteminin Özel Dairece reddedilmiş bulunması isabetlidir. *CGK 21.3.2006 E. 2006/9-54 K. 2006/48*: Uyuşmazlık, ölenin yargılama sırasında davaya katılma isteminde bulunmayan eş ve çocuklarının hükmü temyiz etmelerine yasal olanak bulunup bulunmadığına ilişkindir. Kamu davasının açıldığı tarih ile hükmün verildiği tarih arasında 8 ay 8 günlük bir süre geçmiş olup, bu sürenin ölenin suçtan zarar gören yakınlarının davadan haberdar olmalarını ve katılma talebinde bulunmalarını sağlamaya yeterli ve makul bir süre olduğu, suçtan zarar görenlerin bu süre içinde davaya katılma başvurusunda bulunmamları ve katılan sıfatını almamaları nedeniyle hükmü temyize hak ve yetkilerinin bulunmadığı açıktır. O halde, Yerel Mahkemenin red kararı isabetlidir. *CGK 13.6.2006 E. 2006/9-155 K. 2006/158*: Mağdurun özgür iradesine dayalı olduğu saptanan duruşmadaki sözleri, sanıktan şikayetçi olmadığı yönündedir. Gerek bu beyanın gerçekleştiği tarihte yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nun 372. maddesi, gerekse sonradan yürürlüğe girip halen yürürlükte bulunan 5271 sayılı CMK'nın 243. maddesine göre, katılanın şikâyetten vazgeçmesi davaya katılmayı hükümsüz kılmaktadır. Yerleşik yargısal kararlar da, kovuşturma aşamasında şikâyetten vazgeçen kimsenin davaya katılma hakkının bulunmadığı yolundadır. Bu durumda, özgür iradesiyle sanık hakkında şikâyetçi olmadığını kovuşturma aşamasında açıklayan reşit mağdurun davaya katılmasına yasal olanak bulunmamaktadır. Her ne kadar 5271 sayılı CMK'nun 260. maddesinde yasa yoluna başvuruabilecekler arasında, davaya katılanların yanısıra katılma istemleri karara bağlanmamış olanlar da sayılmış ise de, bu kişileri, esasen davaya katılma hakkı bulunan kişiler olarak algılamak gerekir. Nitekim aynı Yasanın kamu davasına katılmayı düzenleyen 237. maddesinin 2. fıkrasında; ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma isteklerinin, yasa yolu başvurusunda açıkça belirtilmesi halinde, bu istemlerin denetim muhakemesi sırasında incelenip karara bağlanacağı yolundaki kural da, bu görüşü doğrulamaktadır. Bu durumda, salt katılma isteminin kovuşturma sırasında Yerel Mahkemece karara bağlanmamış olması keyfiyeti, esasen davaya katılma hakkı bulunmayan mağdura hükmü temyiz etme hak ve yetkisi vermez. *CGK 6.2.2007: E. 2008/9-95 K. 2008/195*: Katılma isteminde bulunan D. ile H. geleneksel evlilik törenini yapıp, resmi nikah hazırlığında iken meydana gelen kazada H. ölmüştür. Bu somut olayda nişanlılık evresinde nişanlısı ölen ve ondan bebek bekleyen D. olay nedeniyle, evlilik hazırlığında bulunduğu müstakbel eşini kaybetmesinde haklı bir çıkarının zedelendiği, hukuken korunması gereken ciddi bir üzüntüye düştüğü ve bu olaya neden olan sanığın cezalandırılması yönünde psikolojik bir beklenti içine girdiği tartışmasız kabulü gereken bir olgudur. İster haklı çıkar ölçütü, isterse psikolojik faktörler ölçütü nazar alınsın, D. müteveffa ile arasında var olan ve hukuken koruma altında bulunan nişanlılık statüsü gereğince bu suçtan doğrudan zarar görmüş bulunduğundan, suçtan zarar gören sıfatıyla kamu davasına katılmasına yasal bir engel bulunmamaktadır. *6. CD 13.6.2006: E. 1993/5685 K. 1993/6770*: Müştekinin hacir altına alınıp kendisine vasi tayin edildiğinin anlaşılması karşısında; mülga Medeni Kanun'un 405/8 maddesi gereğince Sulh Hukuk Mahkemesinden husumete izin alınmadan davaya müdahil olarak kabul edilmesi ve katılan yararına vekalet ücretine hükmedilmesi yasaaya aykırıdır.

da kaldırıldığından, bu imkânı da ortadan kalktı (CMUK 161). “Ancak hâkim tarafından yapılabilecek soruşturma işlemleri” formülüne (CMUK 155) dokunulmadığından, bu işlemler dolayısıyla katılmanın kabul edilebilmesi bugün de mümkündür. Diğer taraftan soruşturma evresinde keşif ve muayene yapılırken her zaman, tanık ve bilirkişinin ise sadece erken dinlenmesinde suçtan zarar görenin hazır bulunmasının 1985 değişikliği ile kabul edilmiş olması, bizce atılmış yarım bir adımdır (CMUK 162/1). Bu kabulün tam yararlı olması için suçtan zarar görenin hazır bulunabileceği işlemlerin sayısı artırılmalı ve ancak hâkim tarafından yapılabilecek bütün işlemler göz önünde tutulmalıdır. Bu da yetmez. Suçtan zarar görenin avukatının ve “uzman” denilen bilirkişisinin de (No. 339) hazır bulunması sağlanmalıdır. Bu da ona taraf sıfatını vermekte, yani ilerde açılacak kamu davasına önceden katılabilmesini düzenlemekle mümkün olabilecektir. Bu suretle katılan ilk soruşturma hükümlerine göre yapılacak hâkim işlemlerinin bazılarını savcı gibi iştirak edebilecektir.

Kanunumuzun davacı ve hâkim farkını gözetmeden savcılara da bazı hallerde hâkim işlemi yapmak yetkisini vermiş olması, kanaatimizce katılma bakımından da hatalı olmuştur. Çünkü bu işlemler hâkim tarafından yapılmamaktadır ki savcı iştirak etsin ve onun gibi katlandığında iştirak söz konusu olabilsin. Katılma konusunda karar verme yetkisini de savcıya vermek ise savcıya zaten yersiz ulan verilmiş olan hakimiyetini artırmak olur ki burada asla diğeriinde değildir.

III. Katılmada istek şartı.

Katılma davası açılması için istek aranması kaidedir.⁶⁷² Resmî makamların katılmasının kanunlarda özel surette düzenlendiği vardır.⁶⁷³ Katılma isteğinde⁶⁷⁴ ceza davasına katılmayı gösteren bir tâbir kullanılması yeter.⁶⁷⁵ Katılma dilekçe ile veya zabıt kâtibine beyan ile istenebilir (CMK 238/1). Duruşmadaki beyan da kabul olunmalıdır.⁶⁷⁶

Katılma isteği, dava açma isteği olup tek taraflı irade beyanıdır.⁶⁷⁷ Belli formülü olmayan⁶⁷⁸ bu istekle katılma davası açılır ve o kimse davacı, daha doğrusu katılan sıfatını alır. Nitekim temyiz isteği sonradan kabule şayan görülme de temyiz davası istek anında açılır ve tesirlerini göstermeğe başlar. Şahsi davacı da bu sıfatı istek anında alır.

IV. Kanun yoluna başvurarak katılma.

⁶⁷² İstisnâ olarak, mülga CMUK döneminde şahsî davaya savcının iştirak denilen katılmasında şahsî dava kendiliğinden katılma davası haline geliyordu (CMUK 347).

⁶⁷³ Meselâ döviz suçlarında böyle bir istisna vardır. Maliye Bakanlığı, görevlendirileceği mercilerin savcılığa yazılı müracaatta bulunması ile katılan sıfatını almaktadır (TPKK “42-4328” 4). Defterdarlığın ihbarı ile Vergi Usul Kanununa aykırılıktan açılan davalarda da Hazinesin otomatik olarak katılan sıfatını aldığı kabul olunmaktadır (9. CD 5/11/82 YKD 83/1, 140). Maliyenin haberi olmadan açılan davalarda hazinenin katılmasını sağlamak üzere, Muhakemat Müdürlüğüne davetiye çıkarılmalıdır (CGK 2/6/80, *Erman (Sahir)*: Döviz suçları. Ek II, İstanbul 1980, No. 1041) (Bu kararda, Tekel idaresine haber verilmeden açılıp görülen kaçakçılık davalarında da 32-1918 numaralı kanunun 57 maddesine dayanılarak idareye haber verilmemesini bozma sebebi sayan Ceza Genel Kurulunun 29/5/72 tarihli kararında söz edilmektedir). Genel bütçe içindeki dairelere ait davalarda Maliye Bakanlığının İl Muhakemet Müdürlüğü temsil eder (7. CD 4/4/78 YKD, 78, 1048).

⁶⁷⁴ *Erem* (n. 372), müdahale isteğinde, davanın görüldüğü yerde bir ikametgâh gösterilmesi şartının kabul edilmesine memleketimizde ihtiyaç duyulduğunu belirtmektedir.

⁶⁷⁵ Meselâ tanık dinlenmesini (CGK 26/9/88 YKD 88/12, 1693), zina davası sanıklarının birlikte yaşadıkları yerde yakalanmalarını (5. CD 10/2/85 IKID 88, 5524) istemek, sanığın cezalandırılmasını istemek sayılmıştır.

⁶⁷⁶ *Kantar*, 455; *Erem*, n. 372; *Onursal*, Tez, 98. Tatbikatta bazan (5. CD 3/2/50, 415/502, 4. CD 22/12/64, Çağlayan, “66”, III, 394; 6. CD. 9/12/77, YKD 78, 1581; 9. CD 8/12/86 YKD 87/5/801) kabul olunmaması kanatımızca hatalıdır. Zira bu beyan tutanağa geçmekte ve hâkim de bunu imzalamakta, yani 366. maddedeki şartlar gerçekleşmektedir. Yargıtay yeni CMK uygulamasında bu görüşümüzü benimsemiştir. “...Hükümden sonra yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK.nun 238/3. maddesine göre duruşma sırasında sanık hakkında şikâyetçi olduğunu söyleyen müştekinin davaya katılmak isteyip, istemediği sorularak bu konuda bir karar verilmesinin gerekmesi, ... bozmayı icabettirmiş ...” (9 CD14.07.2005, 2005/5147-5813, www.adalet.org)

⁶⁷⁷ *Onursal*: Tez, 95, 116.

⁶⁷⁸ Suçtan zarar görenin duruşmaya vekâletnameli avukat göndermesi, katılma isteğini açıkça gösterdiğinden, verilmiş olan katılma kararının, istek yok denilerek, değersiz sayılması (9. CD 24/9/85 YKD 86/1 140) isabetli değildir.

Kanun yoluna başvurmakla katılma istenmesini kanun kabul etmemiştir.⁶⁷⁹ Ancak, CMK 260'taki "katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar" için, kanun yollarını açan ibare, aksini işaret eder gibidir. Bununla birlikte, madde tüm olarak okunduğunda, ilk muhakemede bir işlem yapmış olmanın gerekli olduğu izlenimi doğmaktadır.

Ancak, bozmadan sonra iş esas mahkemeye gelir ve mahkeme de uyarsa, temyiz yoluna sadece sanık gitmiş olsa dahi, katılma istenebilir.⁶⁸⁰ Aynı şekilde, muhakemenin yenilenmesi⁶⁸¹ (No. 552) veya dirilmesi (No. 559) ile kamu davası tekrar başlayınca katılma istenebilir. İlk muhakemede katılan ise yenileme⁶⁸² ve dirilme hallerinde katılma isteğini tekrarlamak zorunda kalmamalıdır.

İsteğin kabule şayan olup olmadığı savcı sanık ve müdafî dinlenerek, karara bağlanacaktır (CMK 238). Sulh ceza mahkemesinde açılmış olan davalarda, katılma hususunda Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaz. Bu kararın verilmesi, katılma isteyeninin duruşmaya gelmesi şartına bağlanmıştır.⁶⁸³ Muhakeme durumunda değişiklikten meselâ düşme kararından⁶⁸⁴, veya mahkûmiyet halinde katılan lehine vekâlet ücretine hükmedilmeden⁶⁸⁵ önce verilmesi gereken bu karar bir tespit, bir bildirme kararıdır.⁶⁸⁶

Katılan sıfatı, kabul kararından önce başlar. Sıfatın kabulü, asıl ceza muhakemesinde iddia makamını işgal yetkisini verir. Fakat sıfatı kabul edilmeyen yani katılması reddedilenin katılan olarak kanun yoluna gidebilmesi de göstermektedir ki, bu sıfatı dava açmakla almıştır ve red kararına rağmen bu sıfatı kanun yolu bakımından devam etmektedir. Kaldı ki, kabul veya ret kararı verilinceye kadar geçecek zaman içinde katılanın bazı muhakeme işlemlerinde hazır bulunabilmesi ancak bu sıfatın başlamış olduğunun kabulü ile sağlanabilir.

Yukarıda belirtildiği gibi, Kanununun 234/1-b, 6 numaralı fıkrasında, mağdur ve şikâyetçinin davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurabileceğini belirtmişken, 260'ıncı maddede, karışıklık yaratmaya elverişli bir cümle kullanarak, "katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karar bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yollarının açık olduğunu", belirtmiştir.

Kararı verecek "merci", kovuşturma evresinde görevli olan mercidir. İstek başka bir yargılama makamına yapılmışsa, meselâ soruşturma evresinde sulh hâkimine veya kovuşturma evresinde istinabe olunan hâkime veya naip hâkime yapılmışsa, istek ileride yetkili makamca karara bağlanıncaya kadar, katılan ilgili işlemlere katılan kabul edilmelidir.

⁶⁷⁹ Yargıtay kamu davasına katılanın kamu davasının açılması ile hüküm kurulması arasında geçen sürede mümkün olduğunu, hüküm kurulup mahkemenin işten el çekmesinden sonra yapılan katılma talebine dayalı temyiz isteğinin reddedilmesi gerektiğini kabul etmektedir (CGK. E. 2001/111 K. 2001/116, 29.05.2001 naklen *Özbek/Bacaksız, CMK İzmir Şerhi*, 910). Almanya'da, savcının süresi içinde kanun yoluna gidilmekle müdahale istenebilmektedir. Bu takdirde kanun yolu makamı, önce müdahalenin kabule şayanlığı konusunda karar vermektedir (*Onursal: Tez*, 76, 115, 125; *Tosun*, I, 203). Mahaz kanundaki ilk defa kanun yoluna başvurmakla müdahale istenebileceği normu uygun bulunmuyarak bizde alınmamıştır. Suçtan zarar görene, netice kendisini tatmin etmediği zaman müdahale imkânını veren Alman sisteminin faydalı olduğu, birçok hallerde netice tatmin edeceği için müdahale edilmeyeceği tezi (*Onursal, Tez*, 77) tartışılabilir. İntikam almaları önlemede müdahalenin faydası inkâr olunamaz. Ancak; tatmin olununca intikam almaktan vazgeçecek kimse çok defa son kararı beklemeden müdahale eder. Son kararı yıllarca bekleyen kimsenin de tatmin olmaması halinde intikam alacağı pek düşünülemez. Diğer taraftan, son karara kadar taraf makamına geçmemiş bir kimsenin son karardan sonra taraf olması da bize pek uygun gözükmemektedir.

⁶⁸⁰ *Tosun*, I, 203; CGK 6/1/64 (AdD 64, 651).

⁶⁸¹ *Özgen, Tez*, 154.

⁶⁸² k-m: *Özgen: Tez*, 212; *Onursal: Tez*, 82.

⁶⁸³ 9. CD 7/10/82, YKD 82/12 1716.

⁶⁸⁴ Almanlar 1965 reformunda bu misali kanunlaştırdılar (StPO 396. I) (*Barosio*, 124).

⁶⁸⁵ 6. CD 24/6/86 YKD 87/1 4616.

⁶⁸⁶ k-m: İçBK: 16/5/45; 27/10. Ancak, katılma isteği hakkında karar verilmeyen kimseye esas hükmü temyiz yetkisini tanımak (CGK 5/10/64, *Çağlayan "66"*, III, 96; 2/6/76 YKD 76, 891) meşhut suç tutanağını şikâyetçi olarak imzalayan kimseyi kamu davası açılır açılmaz otomatik olarak müdahil saymak (3. CD 10/7/68, IKID 69, 7660), karardan önce de o kimsenin müdahil sıfatını aldığı kabulünden başka bir şey değildir.

Mahkemelerin verdikleri kabule şayan bulmama kararlarına karşı uygulamada temyiz yolu kabul edilmektedir. Biz, katılanın, üçüncü şahsa benzetilerek, (CMUK 298), itiraz yoluna gidilebilmesini uygun görmekteyiz.⁶⁸⁷ Bizce mahkemenin verdiği zımnî olması da bazen kabul edilen⁶⁸⁸ “kabule şayan bulma kararı” ise, hükme esas teşkil ettiğinden hükümlerle birlikte temyiz olunabilir.⁶⁸⁹

Kanundaki düzenlemeye göre, hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararlarına karşı da hükümlerle birlikte istinaf yoluna başvurulabilecektir (CMK 272).

V. Vazgeçme.

Katılma hakkı olan kimse katılmaya mecbur değildir. Bunun içindir ki katılma hakkını kullanmaktan hattâ kamu davası açılmadan önce⁶⁹⁰ vazgeçmek de bizce mümkündür. Kanun bunu sağlamak üzere şikâyet hakkını kullanana katılıp katılmayacağını sorulmasını öngörmüştür (CMK 238/2). Vazgeçmekle katılma hakkı düşer.⁶⁹¹ Şikâyet ile katılma farklı olduklarından, aksi istendiği anlaşılmadıkça, şikâyet hakkı düşmez. Buna karşılık, şikâyetten vazgeçmek veya yapılmış şikâyeti geri almak katılma hakkını düşürür.⁶⁹²

VI. Geri alma.

Katılan, davayı açmaya mecbur olmadığı gibi yürütmeye de mecbur değildir. Yürütme mecburiyeti olmamasının neticesi, katılma davasını geri alabilmesidir.⁶⁹³ Katılmanın geri alınması kamu davasına tesir etmez, meğerki, kovuşturması şikâyete bağlı bir suç söz konusu olsun ve geri alma ile şikâyet de geri alınmış olsun. Bu takdirde kamu davası düşer. Geri alma, hakkı düşürdüğünden bir daha katılma istenemez.⁶⁹⁴

⁶⁸⁷ Yıllarca süren emeklerin temyiz muhakemesinde bozma kararı ile boşa gitmesini önlemek için uyuşmazlığın bir an önce çözülmesi gerekeceğinden itirazı kabul etmek (*Kantar*, 456; *Erem*, n. 372; *Onursal*, Tez, 110) doğru olur. Bunun için de “müdahilin üçüncü şahıs olduğunu” iddia etmek zarureti yoktur, “katılması kabul edilmiyen katılan üçüncü şahıs gibidir” denilmelidir.

⁶⁸⁸ Mahkeme açık bir karar vermeyip o kişiyi katılan olarak duruşmalara kabul etmişse, zımnen kabul etmiş demektir ve o kişi katılan sıfatı ile temyiz edebilir (İçBK: 15/2/39, 43/28). Ama hâlâ katılma istiyen vekilin duruşmaya kabulüne karar verilmesinin, katılma isteğinin kabulü sayılmadığı vardır (CGK 2/2/76 YKD 76, 891). Bir başka İçBK (16/5/45, 27/10), dava açıldıktan sonra katılma talebinde bulunulmasını aramış, hazırlık soruşturması sırasında verilen dilekçeleri makbul saymamıştır. Görülüyor ki ikinci karar, birinci kararı temyiz hakkı bakımından değiştirmemiştir (CGK 11/6/45; YK 45, 118; k-m: 14/1/63 AdD, 64, 100). Temyiz hakkı tanındığına göre, katılan sıfatı tanınıyor demektir ve bu da katılmanın kabulü konusunda zımnen karar verildiğini kabul mânâsına gelir. Buna rağmen katılmaya karar verilmedi diye vekâlet ücretine karar verilemez dendiği de vardır (3. CD 17/1/74 YKD 75/11, 106). Ceza Genel Kurulu bir kararında (26/9/88 YKD 88/12 1693) katılma isteğinin zımnen kabul edilebileceği yolunda bir norm olmadığına dayanmış, başka yönleri incelemeden, müştekinin talebi hakkında karar verilmesini sağlamak üzere bozma kararı vermiştir. Bir kere, kabul edilemeyeceği yolunda da norm olmadığına göre sorunun yorumla çözülmesine engel yoktur. Nitekim sözünü ettiğimiz 15/2/39 tarihli İçBK bunu göstermektedir. Kaldı ki mahkeme olayda katılma dilekçesi niteliğindeki dilekçeyi veren avukatı müşteki vekili olarak “duruşmaya kabul” etmiştir. İşlemlerdeki aykırılıkları gidermenin çarelerinden biri olan ve temyiz dilekçesinin itiraz dilekçesi sayılmasında olduğu gibi, kullanılan kelimeye değil iradeye bakarak başka işlem gibi kabul etme demek olan “değiştirme” çaresine başvurulur, ancak katılan vekili olarak duruşmaya kabul edilebileceği gözönünde tutularak, verilmiş olan karar “katılmanın kabulü kararı” sayılmalıydı. Bu durumda olay mahkemesinin bozmadan sonra katılmayı kabul edeceği besbellidir. Arada kaybedilecek zamana yazık değil mi?

⁶⁸⁹ *Kantar*, s. 456; *Erem*, n. 372; *Onursal*: Tez, 113.

⁶⁹⁰ Katılma hakkı, suçtan zarar görülmele doğmuştur. Doğmamış bir hak yoktur ki vazgeçilmez denilsin (k-m: CGK 10/5/65, *Çağlayan* III, 427; 21/10/68 ABD 69, 129).

⁶⁹¹ 6. CD 13/12/62 (*Önder*: Kronik, IHFM, 64, 402).

⁶⁹² Düşmemesi için, sadece şahsî hak isteminin kabul edilmesi ve katılana şahsî davacı haklarının tanınmaması gerekir ki kanun bunu kabul etmemiştir. Yargıtay duruşmadaki vazgeçmeyle düşmeyi kabul etmemektedir (4. CD 4/2/76 IKID 76, 4733). Katılmayı gerialanın (yanlışlıkla vazgeçenin denilmiş) katılmayacağını kabul edildiği vardır (5. CD 25/10/83 IKID 84/1 2321).

⁶⁹³ Kanun burada da vazgeçme ile gerialmayı birbirine karıştırmıştır.

⁶⁹⁴ 4.CD 15/12/62, k-m: *Önder*: Kronik, IHFM 64, 399).

Katılmanın geri alınması sarîh olmalıdır (CMK 243). Katılanın duruşmaya gelmemesi, zımnî geri alma⁶⁹⁵ sayılmamalı ve hüküm hazır bulunmayan katılana tebliğ olunmalıdır.⁶⁹⁶

VII. Suçtan zarar görenin ölmesi.

Ölüm durumunu kanun⁶⁹⁷ düzenlemiştir. Dava açıldıktan sonra katılanın ölümü halinde ise, katılmanın hükümsüz kalacağı, mirasçılarının katılanın haklarını takip etmek üzere davaya katılabileceği hüküm altına alınmıştır (CMK 243). Suçtan zarar görenin dava açmadan ölmesi halinde, mirasçılara sırf bu sıfatları ile katılma imkânı tanınmamalıdır.⁶⁹⁸

VIII. Katılma davasının sona ermesi.

Birleştirilerek görüldüğü asıl dava, yani kamu davası, her ne şekilde olursa olsun sona erince, katılma davası da sona erer.⁶⁹⁹ Fakat bu sona erişin, muhakemeninkinden farklı olması için sebep yoktur. Muhakeme dirildiğinde veya yenilediğinde, katılma da onunla birlikte dirilmeli veya yenilenmelidir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: SAVUNMA

13. § SAVUNMA GÖREVİ VE MAKAMI

124. Savunma görevi ve önemi. 125. Savunma başışıklığı. 126. Savunma makamı. 127. Ferdî savunma makamı. 128. Şüpheli veya sanığın temsilcileri. 129. Kamusal savunma makamı. 130. Sanık ile müdafisi arasındaki ilişki. 131. Müdafinin seçim veya tayinle görevlendirilmesi. 132. Müdafî sayısı.

124. SAVUNMA GÖREVİ ve ÖNEMİ.

Ceza mahkemesinin verdiği hüküm bir şüpheyi yener. Şüphe ise en az iki ihtimali gerektirir. Muhakeme hukukunda iddianın görevi bu ihtimallerden birini ileri sürmektedir ve bu ihtimal tezi teşkil eder. Karşı-tez yani savunma olmadan bir iddia tasavvur olunamaz. Savunmayı, yani karşı-tezi kabul etmeyen bir iddia, iddia değil, karardır.⁷⁰⁰ Asıl ceza muhakemesinde iddia, başlangıçta isnattır, yani bir kimsenin bir eyleminin suç teşkil ettiğini iddia etmektir. Buna karşı savunma, kaide olarak, sanığın suçsuzluğunu ileri sürecektir.

Savunma yani karşı-tezin ileri sürülmesi, bazen sadece iddianın reddi suretiyle olur. Yeni bir iddianın ortaya atılması şeklinde olduğu da vardır. Latincesi *exceptio* olan bu yeni iddiaya karşı-iddia adını

⁶⁹⁵ Mülga CMUK uyarınca katılan şahsî hak davası da açmışsa, sadece şahsî hak davasını gerialabilirdi. Buna karşılık sadece katılma davasını geri alamazdı. İlk altı basıda, şahsî hak davası saklı tutularak katılma davasının gerialabileceğini kabul etmiştik. Katılanın hukuk ve ceza mahkemelerinden ceza mahkemesini seçtikten sonra, katılma davasını gerialmak suretiyle şahsî hak davasını bu sefer hukuk mahkemesine götürebilmesinin, şahsî hak davası bakımından kendisine bir kere için ve istisna olarak tanınmasına aykırı düştüğünü görerek, şahsî hak davasının saklı tutulabileceği görüşünden 7. basıda ayrıldık.

⁶⁹⁶ Maddedeki “gelmezse” çağrıldığı halde gelmezse diye anlaşılmalıdır. İlksoruşturmada katılan kişi, adres değişikliğini bildirmedeği için çağırılmamışsa, katılmayı gerialmış sayılmalıdır. Beraat kararını, adresi meçhul katılana tebliğ edilmedi diye yıllarca kesinleştirmemek (CGK 28/3/77 YKD 77, 1461) yersizdir.

⁶⁹⁷ Alman Kanununda ölüm gerialmaya benzetilmiş ve katılmayı hükümsüz kılması kabul edilmiştir (§ 402). İstanbul Komsiyonu “şahsî davada mirasçılar takip edebiliyor” diye maddenin ölümden söz eden kısmını çıkarmıştır (*Hazırlık Çalışmaları*, 412). Biz maddenin yazılışından faydalanarak boşluk kabul ediyor, kamu davasının şahsî davaya benzetilmesinin isabetsizliği karşısında, Alman Kanunu gibi yorumlamağı tercih ediyoruz (k-m: *Onursal*: Tez 155; CGK 18/6/45 YK 45/9 (Ceza), s. 130; 1. CD 20/1/76 YKD 76/5 744; 4. CD 9/4/81 YKD 82/2 262) (Bu son kararda “mahkeme mirasçılara takip edip etmeyeceklerini sormalı” denilmektedir).

⁶⁹⁸ k-m: *Onursal*: Tez, 59. Vazgeçme ve ölüm durumunda katılma talebi hükümsüz kalacaktır (*Özbek* 2005, 916).

⁶⁹⁹ *Onursal*: Tez, 153.

⁷⁰⁰ *Foschini*, I, 231. Müdafaa makamını boş bırakmamak için, Mecelle (m. 1791) zamanında hâkim, mahkemeye getirilemeyen davalıya *vekil-i müsahhar* denilen bir vekil tayin ederdi. Muhakeme Hukukunda savunma, sadece antitezi ileri sürmektir ve iddianın karşısında yer alır. Bu nedenle, avukatların her çeşit görevine “savunma” demek muhakeme hukuku açısından isabetsizdir, zira avukat iddia görevi de yapar. Diğer taraftan müdafilik ile savunma da ayrı şeylerdir (No. 130).

vereceğiz.⁷⁰¹ Karşı-iddia şeklindeki savunma, aslında esas hakkındadır. Fakat talî dâvalar açmak suretiyle de savunma mümkündür.⁷⁰² Hüküm, *mütalâa* mahiyetinde olan iddia ve savunmanın değerlendirilmesinden ibarettir. İddia ve savunma, karar madalyasının iki yüzü gibidir.⁷⁰³

Savunma ile iddianın bu diyalektik durumu, savunma ile iddia arasında bir görev dengesini gerektirir. Savunmanın anayasalarda milletlerarası anlaşmalarla bir hak olarak tanınmasının sebebi budur.

Savunmanın sanık bakımından önemi üzerinde durmağa bile lüzum yoktur. Suçlu olmayanlar da şüpheli veya sanık durumuna düşebilirler. Zaten sanık, adı üstünde, suçlu olduğu henüz bilinmeyen, fakat suçlu olduğu sanılan, kuvvetle şüphelenilen kimsedir. Bu şüphenin yenilmesi ve bir karara varılması için savunma şarttır. Bunun için savunmayı kolaylaştırmak lâzımdır. Hatta sanık hakikaten suçlu da olsa, hakkettiğinden yani kanunda gösterilenden fazla cezalandırılmaması da gerekmektedir (No. 141). Savunma bunun için de gereklidir.

Savunma Devlet bakımından da önemlidir. Gerçekten savunma neticede kararın doğru olmasını sağlar. Bu da ceza adaletinin hakkıyla yerine getirilmesi demektir ki, adalet Devletin temeli olduğuna göre, savunma Devletin temelini koruyor demektir. Savunma bir başka bakımdan da Devletin yararınadır. Zira suçtan fert kadar Devlet de sorumludur. Devlet hem suçtan zarar gören hem sorumlu durumundadır. Devlete sorumluluğu yüzünden ayrıca ceza verilmemektedir. Ancak fertlere ceza tayin olunurken Devletin sorumluluğu da nazara alınmaktadır. Görülüyor ki, sanıkla beraber Devlet de muhakeme edilmektedir. Savunma bu sebeple Devlet bakımından da önemlidir.

125. SAVUNMA BAĞIŞIKLIĞI.

Savunmanın önemi, iddia bağışıklığı gibi savunma bağışıklığının⁷⁰⁴ kabulünü gerektirir. *İddia ve savunma bağışıklığında* esas, bu görevlerin yapılması sırasında kullanılan kelimeler yüzünden cezalandırılmamaktır. Zira, iddia veya savunma görevini yapan kimse, acaba kullandığım kelimeler suç sayılır da cezalandırılır mıyım diye endişe ederse, söyleyeceklerinin bir kısmından korku yüzünden vazgeçebilir, yani iddia veya savunma görevini hakkıyla yapamaz.

İddia ve savunma bağışıklığı kanunlarda çok defa belli suçlar, belli kişiler bakımından, hatta bazan belli şartlarla kabul edilmiştir. Bütün bu şartlar, bağışıklığın sınırlandırılması, hatta bazan büsbütün yok edilmesi sonucunu doğurmaktadır.⁷⁰⁵ Türk Ceza Kanunu 128 inci maddesi ile bu bağışıklığı hakaret suçları açısından kabul etmiş, isnat ve değerlendirmelerin uyuşmazlıkla bağlantılı olmasını aramıştır.

⁷⁰¹ Bu karşı-iddia ya bir hak iddia etmekle ya davacının hakkı olmadığını gösteren bir olay ileri sürmekle olur. Medenî Muhakemede hâkim birincisini re'sen nazara alamaz, ikincisini alabilir. Birincisine *contestation* veya dar mânâda *exemption*, ikincisine *objection* denilir. Ceza Muhakemesinde hâkim serbest olduğundan karşı-iddianın iki çeşidini de kendiliğinden nazara alabilir. Türkçede *objection* karşılığı *itiraz* denilmektedir. Geniş mânâda *exemption* karşılığında da çok defa *defi* denilmekte ise de *itiraz* denildiği de vardır. Meselâ kanunların Anayasaya aykırılığı *itirazından* söz açılmaktadır. Burada *itiraz* tabiri hele *itirazı* bir kanun yolu olarak kabul eden Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından isabetsizdir. Anayasada olduğu gibi sadece *iddia* denildiği de vardır (AY 152). Fakat bu da bu iddianın karşılık teşkil etmesi niteliğini belirtmemektedir. Bizce, Hukuk Genel Teorisi bakımından, geniş manada *exception* için *karşı-iddia*, dar mânâda *exception* için *defi*, *objection* için de *karşılama* veya denilmelidir.

⁷⁰² Bu talî dâvalara da “itiraz” ve bunların duruşma başında açılması gerekenlere iptidai *itiraz*” denilmesi, kavramları birbirinden daha ayıramadığımızı gösterir (No. 96).

⁷⁰³ Foschini, I, 232. Ceza hukukunda savunma, en geniş anlamı ile ele alındığında, sanığın suçlu olduğu iddiasına karşı, sanık yönünden Devletin cezalandırma hakkının mevcut bulunmadığını ortaya koymak amacıyla, bizzat sanık veya müdafii tarafından gerçekleştirilen muhakeme faaliyetlerinin bütünüdür (*Bellavista*, Lezioni di diritto processuale penale Milano 1969, 183; *Toroslu* 1998, 34'ten naklen).

⁷⁰⁴ Doktrin bu bağışıklığı sadece savunma bakımından nazara almamakla beraber, kurumu adlandırırken sadece savunmadan bahsetmiştir. Diğer taraftan, bağışıklık ve dokunulmazlık ayırımına dikkat edilmediğinden savunma dokunulmazlığı denilmiştir. Biz geçici olan ve olmayan dokunulmazlıkları ayırma amacı ile geçici olmayanlara, Anayasada (AY 83) “sorumlu tutulamazlar” denilmesinin de tesiri ile, “sorumsuzluk” demiştik. Bu terimin, suça tesir etmediği halde failin cezalandırılmasına tesir eden sorumsuzluk çeşitleri yanında, suçun cezalandırılabilirlik unsuruna tesir eden ve böylece suçu kaldıran yeni bir sorumsuzluk çeşidi ortaya çıkararak “sorumsuzluk” kavramını bulandırdığını görerek, 6. basıda, sürekli dokunulmazlığı ifade için “bağışıklık” (*immunité*) terimini tercih ettik.

⁷⁰⁵ Mülga Ceza Kanunumuz bu bağışıklığı sadece hakaret suçunda kabul etmiş ve kimlerin faydalanabileceğini göstermişti (mülga TCK 486). Maddeye 1953 de eklenen ve Anayasaya aykırı görülmeyen (AYM: 8/6/65) bir fıkra ile, *dâva ile ilgili olmayan ve ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti mutazammın yazı ve sözlerin cezalandırılmama*

126. SAVUNMA MAKAMI.

Savunma görevinin önemi, bu görevin bir makama verilmesini gerektirir. İddia görevi iddia makamına, yargılama görevi yargılama makamına verildiği gibi, savunma görevi de savunma makamına verilmiştir.

Savunma görevinin de savcılık makamına verilmesini isteyenler olmuş ve bu sebeple savcıların da hâkimler gibi bağımsız olması istenilmiştir. Savcıların bağımsız olmasını istemek doğru değildir. Savcıya savunma görevi verilmesi isteği de doğru değildir ve çok da sakıncalıdır. İddia ile, hâkimin yeneceği bir şüphe yaratılmaktadır. İddia eden, ceza muhakemesinde suç isnat eden makam, ne kadar tarafsız kalacağı sanılırsa sanılsın, tarafsız kalamaz ve hele karşı tarafa ait olan savunma görevini hakkiyle ifa edemez. İddia ve savunma çelişik iki görevdir. Savunma görevinin ayrı bir makam tarafından ifa edilmesi, kararların isabetli olmasının teminatıdır. Bunun içinde ki, savunma görevi, bağımsız bir makam olan savunma makamının, müdafinin görevi olmalıdır.⁷⁰⁶

Savunma makamı savunmayı hakkı ile yapabilecek yetkilerle donatılmalıdır. İddia ile savunma arasında özellikle kovuşturma evresinde denge sağlanması *hakkaniyet* gereğidir. Bu dengeye, eski alışkanlıkla *silâhların eşitliği* denilmektedir.⁷⁰⁷ Soruşturma evresinde savcının durumu, ona daha fazla yetki verilmesini gerektirebilir. Fakat soruşturma evresinde savunma makamına da savunma için gerekli yetkiler tanınmalıdır. Tanınmaması hakkaniyete aykırı olur.⁷⁰⁸

Halen Avrupa'da uygulanan ceza muhakemesi hukuku sistemi klasik tahkik sisteminden (No. 36) türetilmiştir.⁷⁰⁹ Eski engizisyon muhakemesi maddi gerçek fikrini kabul etmekle birlikte, işkence yapılarak elde edilen ikrar ile, maddi gerçeğe ulaşmanın çok kolay olduğu anlaşılmıştı. İkrar maddi gerçeğin tek ifadesi olarak anlaşılmış ve ne bahasına olursa olsun, ikrar elde edilmelidir, fikri

kaidesine tâbi tutulmaması, iddia ve savunma bağımsızlığını yok etmiştir. *Erem/Toroslu* (s. 573) da "iddia ve müdafaa hududu içinde kalan bir hususun esasen hakaret teşkil etmesi mümkün değildir. Bu hududun aşılmasına rağmen faile ceza verilememesiyledir ki bir masuniyetten bahsedilebilir" demektedir. *Dönmezer*, (Kişilere ve mala karşı cürümler, 16. bası, 2001, n. 262) ve *Yüce* (s. 51) bağımsızlığın bir miktar sınırlandırıldığı görüşündedirler. *Dönmezer* mülga 486. maddeyi genişletici bir yoruma yatkın görmektedir. Bu madde sadece mülga 480 ve sonra gelen maddeler bakımından değil ve fakat bütün hakaret ve sövme suçlarına ilişkin metinler bakımından geçerli görülmektedir. (*Dönmezer*, Kişilere ve Mala no. 262). Savunma bağımsızlığını korumak için kanundaki sınır yorumla genişletilmelidir (4. CD 12/3/7 RKD 73, 13; 15/3/73 RKD 73, 34). Anglosakson hukukunda ise mahkemeye saygısızlık suçunun uygulanmasının savunmaya verdiği zararlar önlenmeye çalışılmaktadır. (*Alpaslan Şükri*: İHFM, 74 (40), 258). Bizce iddia ve savunmanın tam yapılabilmesi için iddia ve savunma sınırı aşıldığında adı suç değil, sadece disiplin suçu söz konusu olabilmeli, disiplin suçuna yer veren belgenin kabul edilmemesi ve değiştirilmesinin istenmesi yolundaki medenî muhakeme normu kıyas yolu ile uygulanmalıdır (HMK 78/2). Sınırı aşma niteliğinde olmayan yani iddia ve savunma sınırı içine zaten hiç girmemiş olan eylemler elbet bağımsızlık dışında kalacaklardır. TCK Dönmezer 2001 Tasarısı da bu suçu düzenlemiştir.

⁷⁰⁶ *Foschini*, I, 267.

⁷⁰⁷ Ceza Hukuku Milletlerarası 12. Kongresinde (Hamburg 1979), silâhların eşitliğinden maksadın muhakeme hukukunda düzenlenen haklar olduğu, müdafanın iddia karşısında gerçek eşitliğinin kastedildiği açıklanmıştır (RIDP 1980, s. 234). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan "hakkaniyete uygun yargılanma hakkı", "silâhlarda eşitlik hakkının" kaynağıdır (*Schroeder/Yenisey/Peukert*, Dürüst Yargılanma Hakkı, İstanbul 1999).

⁷⁰⁸ Bizde CMUK da önsoruşturmada müdafanın durumu istenilen düzeyde değildi. "Sorgu, sanığın kendi lehine olup, söyleyeceği delillere mâni olmamalıdır" (CMUK 135/2), demek sanığın ileri sürdüğü lehindeki delillerin muhakkak toplanacağı anlamına gelmemekte idi. Madde 1992 yılında genişletilerek; kanundaki ibare hatalı bir şekilde çıkartılıp, "kendisi aleyhine var olan şüphe sebeplerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek imkânı verilir" (CMUK "1992.3842" 135/5), denmişse de hazırlık soruşturması aşamasında müdafanın silâhlarda eşitlik hakkına tam anlamı ile kavuşturulduğu kabul edilemez. Nitekim Almanlar da şüpheden kurtulmak için somut delillerin toplanmasını isteyebileceğinin hatırlatılmasını (§ 136/2) ve sanığın istediği delil önemli ise toplanmasını (§ 163a/2) mecburî kılmışlardır. Ancak bunların da yetmediğinden ve hele müdafinin ayrıca delil toplamağa çalışmasının kötü gözle görüldüğünden yakınılmaktadır (*Triffener*, 35). Bizce, sanık koruma tedbiri olarak delil olabilecek şeylere elkonulmasını ve bunun için gerekirse arama yapılmasını savcıdan isteyebilir. İsteği kabul edilmezse sulh hâkimine başvurabilmelidir. Bu yetkiyi ona tanımamak için hiçbir haklı sebep yoktur. Hattâ sanık medeni muhakemedeki "delil tespiti" mekanizmasından da yararlanabilmelidir. Uygulamada noterlere tesbit yaptırıldığına rastlanmaktadır. Kısa soruşturmanın kısalığı, bu bakımdan da yararlı olacaktır.

⁷⁰⁹ Eski engizisyon muhakemesi kendi çağı açısından bir reform idi. Dini delil sistemi kaldırılmış, yemin ederek suçlamadan kurtulma usulü ilga edilmiş ve düello yöntemi kaldırılmıştı. İlkel ceza hukukunda ön planda yer alan bu muhakeme öğeleri yerine, davanın konusu belli edilmiş, geçmişte yaşanmış bir olay ceza muhakemesinin konusu olarak kabul edilmiş, rasyonel delillerle maddi gerçeğin araştırılması kuralı kabul edilmişti.

yerleştirilmişti.⁷¹⁰ 18 inci yüzyılda işkencenin maddi gerçeğin araştırılması aracı olması reddedilmiş, iddia yargılama ve savunma görevleri tek elden kullanılan yetkiler olmaktan çıkarılmıştır. Delil hukukunda sıkı ispat kuralları kabul edilmiştir. Mahkemenin yargılayacağı olayı önceden bilmemesi kuralı kabul edilmiş ve Devlet kendisini de bağlayan objektif hukuk kuralları koymuştur. Hukuk devleti ilkesi bunu gerektirir. Mutlak maddi gerçek amacı terk edilmiş ve somut olaya ilişkin objektif gerçek kriteri benimsenmiştir. *Olaya ilişkin araştırmalar ve objektif maddi olgu yargılaması* görevleri, birbirinden ayrılmıştır. Kuvvetler ayrılığı prensibi bu sonucu doğurmuştur. Neticede müdafilik makamı ayrı bir makam olarak kabul edilmiştir.

Müdafilik makamının görevi, maddi gerçeğin hukuka uygun bir şekilde araştırılıp araştırılmadığını denetlemektir. Müdafinin bu görevini yerine getirebilmesi için, araştırma ve kovuşturma organlarının yaptıkları işlemleri bilmesi (ama sanığa açıklamaması), kontrol edebilmesi ve bu işlemleri yönlendirebilmesi gereklidir. Müdafinin CMK 153 hükümleri uyarınca dosyaya inceleme hakkı kabul edilmişse de, müdafinin incelediği dosyadaki şüphelinin bilmemesi gereken ve soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek olan bilgileri öğrenmesini önlemek üzere savcı talebi ile hâkim in belli belgeleri kısıtlama yetkisi kabul edilmesinin sebebi de budur: Müdafî dosyadan öğrendiği gizli bilgiyi şüpheliye açıklarsa soruşturmanın amacı tehlikeye düşebilecektir, açıklamazsa müdafaa hakkı zedelenebilecektir. Kanun koyucu bu gibi hallerde işi hâkimin takdirine bırakmış ve müdafinin dosyaya erişimini kısıtlama yetkisi ile donatmıştır. Hakkaniyete, adalete uygun, dürüst bir yargılama yapılması için, müdafinin yukarıda sayılan görevlerle donatılması ve bu yetkilerini bilfiil kullanabilmesi gereklidir.

Fert ve Devlet diyalektiği, savunma makamının da iddia makamında olduğu gibi, iki çeşidi olmasını gerektirir: Ferdî savunma makamı ve kamusal⁷¹¹ savunma makamı. Bir diğer söyleyişle savunma, bir yönden fert tarafından, diğer yönden kamu adına Devlet tarafından yapılacaktır.⁷¹²

127. FERDÎ SAVUNMA MAKAMI.

Ferdî savunma, sanığın bizzat veya bir temsilci marifetiyle kendi yararına kendisini savunması demektir. Bu da ferdî savunma makamını bizzat işgal etmekle veya bu makamda temsilci bulundurmakla olur.

Ferdî savunmadan istisna olarak vazgeçildiği haller de vardır. Bu istisnaî hallerde sanık bizzat savunma makamını işgal etmeyebilir veya kendisini temsil ettirmeyebilir. Bu haller⁷¹³ şunlardır:

1) Sanık gaip iken, gaip olmasa da hazır bulunmadan duruşma yine istisna olarak yapılabilir. Bu hallerde sanığın kendisini temsil ettirmemesi, duruşma yapılmasına engel değildir.

2) Sadece hukukî bakımdan yapılan, dolayısı ile teknik nitelikteki temyiz muhakemesinde, eğer duruşma yapılacaksa bu duruşmada sanığın hazır bulunması mecburiyeti yoktur. Hele sanık tutuksa hazır bulunmağa hakkı da yoktur. Bu duruşmada, aynı zamanda sanığın temsilcisi olan müdafisi bulunabilir (CMK 299/1). Bulunmaması da mümkündür (No. 539).

⁷¹⁰ İkrarın bölünmezliği prensibi çok geniş anlaşılmıştı. Maddi gerçeği araştırma görevi sadece en çok güvenilen mahkemeye verilmişti. Sadece mahkemenin yetkili olmasından bazı sakıncalar doğmuştu: İddia görevi ve yargılama görevi tek elde birleşmiş ve güvenilir bir organ olan mahkeme tarafından maddi gerçek araştırılırsa, suçsuz olanı korumak için ek bir güvenceye ihtiyaç yoktur, düşüncesi doğmuştu.

⁷¹¹ İlk yedi basıda “toplumsal müdafaa” terimini kullanmıştık. Bu terimin, Devletin suçluluğa karşı savunması ve dolayısı ile ceza davası açması ile kısaca iddia ile karıştırıldığını gördüğümüzden, iddianın kamusal çeşidinde olduğu gibi, “kamusal müdafaa” demeği uygun bulduk. Böylece müdafinin kamu görevi yaptığı görüşü de daha açık bir biçimde belirtilmiş olmaktadır. *Tosun* da kamusal savunma demektedir (I, s. 250). Buna karşılık, “müdafî ile (veya aracılığı ile) müdafaa” terimi (*Yurtcan*, 1996, 181; *Centel*, 7) sadece dış görüşüne baktığı için elverişsizdir ve ancak dış görünüşle yetinilebilen hallerde kullanılmalıdır.

⁷¹² Müdafaanın bu iki çeşidini en iyi *Foschini* (I, 267) açıklamıştır. Bu ikiliği kabul edenler arasında *Leone* (I, 576) de vardır.

⁷¹³ İlksoruşturmada 1985 öncesinde “sorusuşturmanın açılmaması” (muhakemenin men’i), “dâvanın düşmesi” ve “sorusuşturmanın durması” kararı verilecek hallerde sanığın sorguya çekilmemesi de kabul ediliyordu. Kanunumuzda açıklık yoksa da bu şekilde yorum, sanığın gaip olması halinde olduğu gibi bazan zarurîdir. Bazen de soruşturmanın açılmaması kararında olduğu gibi, sanığın lehinde olduğundan ferdî savunmaya ayrıca lüzum yoktu. Bu hallerde müdafî varsa, ilksoruşturmadaki savunmanın müdafî vasıtası ile yapılması mümkündür. Fakat müdafî aynı zamanda temsilci değilse yapılan savunma ferdî olmayıp kamusal idi.

128. ŞÜPHELİ veya SANIĞIN TEMSİLCİLERİ.

I. Ferdi savunma.

Şüpheli veya sanığın temsilcisine yaptırdığı savunma, ferdi savunmadır. Halbuki müdafî ile savunma, kamusal savunmadır. Temsilcilerin savunması, şüpheli veya sanığın şahsı namına ve sadece onun yararınıdır. Bazı kimselerin şüpheli ve sanık namına hareket edip onu savunmasını mümkün kılmak lâzımdır. Nitekim kanunlar, bu arada kanunumuz bu imkânı kaide olarak vermektedir.

II. Temsilciler.

Kanunumuza göre şüpheli veya sanığı, temsilci olarak müdafaa edebilecek kimseler: kanunî temsilci, sanığın eşi ve vekildir.

1. Kanunî temsilci.

Kanunî temsilci; veli, vasi ve kayıymdır. Kanun sanığın kanunî temsilcisine sanığın savunması için bazı haklar tanımıştır: a) Şüpheli veya sanığa müdafî seçebilir (CMK 149). b) Duruşmada müşavir olarak sanığın yanında bulunabilir. Bu takdirde, isterse, dinlenmesi mecburîdir (CMK 155). c) Kanun yoluna müracaat edebilir (CMK 262). ç) Muhakemenin yenilenmesini isteyebilir (CMK 317).

2. Sanığın eşi.

Kanun, kanunî temsilcisi olmayan eşine, sanığın savunması için bazı haklar tanımıştır, a) Kanunî temsilci gibi, sanık olan eşinin yanında müşavir olarak duruşmada bulunabilir (CMK 155), b) Kanun yoluna müracaat edebilir (CMK 262), c) Muhakemenin yenilenmesini isteyebilir (CMK 317), fakat, ondan farklı olarak, müdafî seçemez.⁷¹⁴

3. Vekil.

a) Kanuna⁷¹⁵ göre, sanık hazır bulunmadan yapılan duruşmalara sanığın müdafî gönderme yetkisi vardır (CMK 197). Bu müdafî aynı zamanda sanığın temsilcisidir.⁷¹⁶

b) Kanun arama ve elkoyma işlemlerinde de sanığın temsil edilebileceğini kabul etmiştir. Sanığın mümeyyiz hısımlarından biri elkoymada onu temsil ve elkoymaya “itiraz” edebilir (CMK 127). Keza sanık bulunmazsa, temsilci veya mümeyyiz hısımlarından biri, hattâ kendisi ile birlikte oturan bir kimse veya komşusu onu aramada temsil edebilir (CMK 127).

c) Suçun hukuki niteliğinin değiştiği hallerde sanığın ek savunma isteminde bulunması için yapılması gereken bildirimler, varsa müdafîye yapıyor, müdafî de sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanı (CMK 226/4).⁷¹⁷

⁷¹⁴ Daha önce sadece kocaya tanınan bu hak, 1992 yılında yapılan değişiklikle kadını da kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

⁷¹⁵ Mülga Kanunumuz bazı hallerde sanığın kendisini, sarîh veya zımnî bir vekâlet akdine dayanan temsilcisi olan vekili marifetiyle müdafaa ettirilmesini de kabul etmişti: a) Mülga Kanun zamanında, sanık şahsî dâvada, vekâletnameyi haiz bir avukat veya dâva vekili tarafından kendisini temsil ettirebilirdi (CMUK 356). b) Gaip aleyhindeki duruşmada, sanık namına, onu temsil etmek üzere, sarîh bir vekâletname ile müdafî gelebilirdi. Kanunî hısımlardan bir kimse de onu temsil etmek üzere, vekâletname aranmaksızın, kabul olunurdu (CMUK 273) meğerki sarîh vekâletname ile bir müdafî bulunsun. Kanunî hısımlar, gaip olan sanık için müdafî seçmek hakkını da haizdi (mülga CMUK 279).

⁷¹⁶ Alman kanununda temsil hususu, madde başlığında açıklanmıştır (StPO 234). Bizde vekâletnamenin yeterli görüleceği sanılmış olacak ki temsil üzerinde tercüme sırasında durulmamıştır (*Hazırlık çalışmaları*, s. 229). Bununla beraber bizde de “müdafî marifetiyle temsil edilme”nin açıkça kabul edildiği vardı (CMUK 228/2). 73-1696 numaralı Kanunla da dolaylı biçimde kabul edildi (CMUK 258/5). Bozmadan sonraki ilk duruşmada hazır bulunan müdafîin hazır bulunmayan sanığı temsil etmesi ise içtihatla kabul olundu (CGK 10/3/86 YKD 86/6, 876).

⁷¹⁷ Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 258. maddesine 1973 değişikliği ile *sanığın bizzat savunma yapmak istemesinin duruşmayı uzattığı gerekçesi ile, müdafînin açıklamaları ile yetinmek amacı ile* eklene ve buradan CMK'ya intikal eden bu düzenleme, sanığa bildirim yapılmasına ilişkin bir kural içermemekte, varsa müdafîsine bildirim yapılmasını emretmekte ve sanığa tanınan haklardan müdafîsinin yararlanmasına olanak sağlamakta idi. İstikrarlı içtihat da ek savunma hakkının sadece müdafîye yapılmasını yeterli görmekte, sanığın ek savunmasının alınmasını bir zorunluluk olarak kabul etmemekte idi (CGK 26.11.2011, E. 2010/8-261, K. 2011/141; 18. CD 25.11.2019, E. 2019/7402, K. 2019/16904; 3. CD 22.2.2022, E. 2021/8444, K. 2022/831). Bu durum sanığın kendi duruşmasında hazır bulunmadan, savunmasını mahkeme önünde bizzat dile getirmesini engellemekte ve delillerin tartışılmasına katkıda bulunmadan yargılanması sonucunu doğurmaktaydı. Anayasa Mahkemesi bu düzenleme uyarınca; a) ilk savunmada uygulanan kuralın (CMK 193) ek savunma bakımından uygulanmaması, b) isnatta

ç) Müdafî temyiz duruşmasında sanığı temsil eder (CMK 300).

Müdafinin temsilciliği, sanığın hazır olmadığı hallerde hazırmış gibi sayılmasını sağlar. Meselâ sanık, kendi istemi üzerine duruşmadan başışık tutulmuş veya müdafî aracılığı ile temsil edilmek yetkisini kullanmış olursa, artık eski hale getirme isteyemez (CMK 198/2). Karar temsilci müdafîye bildirilmişse, sanığa ayrıca tebliğ gerekmez.⁷¹⁸

III. Medeni sorumlu, ek ceza sorumlusu.

Ceza Muhakemesi Kanununun dördüncü kitabının başlığı; *mağdur, şikayetçi, malen sorumlu, katılan* olmasına rağmen, *medenî sorumlu* (No. 176) ile *ek ceza sorumlusunun* (No. 175) ceza davasına katılmalarını düzenlememiştir. Halbuki sanığın mahkûm olmaması, bunları çok yakından ilgilendirir. Medenî sorumlu ve sanık durumuna geçirilmemişse ek ceza sorumlusu, ceza dâvasına katılma suretiyle sanığı destekleyebilmelidir (No. 161).⁷¹⁹

129. KAMUSAL SAVUNMA MAKAMI.

Savunma görevinin Devlet bakımından önemi, *kamusal savunma* için ayrı bir makam gerektirmiştir. Bu da müdafilik makamıdır. Sanığın bir kamu görevi yapan⁷²⁰ müdafî vasıtası ile savunulmasının hakikî sebebi, Devletin de suçtan sorumlu olmasıdır. Devletin suçtan zarar görmesi, kamusal iddia görevinin; suçtan Devletin sorumlu olması da kamusal savunma görevinin sebebini teşkil eder. Kamusal savunmanın gayesi, sanığı savunmak suretiyle suçtan sorumlu olan Devleti savunmak, yani Devletin sorumsuzluğunu ileri sürmek, aksini ileri süren iddiayı kısmen veya tamamen çürütmektir. Sanık kendisini isterse savunur, istemezse savunmaz. Fakat savunma makamını işgal eden müdafî, sanığı ve dolayısı ile Devleti savunmaya mecburdur.⁷²¹

Müdafî vasıtası ile yapılan kamusal savunmayı, *teknik savunma* diye adlandıranlar ve teknik bilgili savcının karşısına müdafî çıkarılmak suretiyle tez ve anti-tez dengesinin kurulabilmesi ile izah edenler de vardır.⁷²²

meydana gelen değişikliğe ilişkin olarak mahkemenin vereceği kararı etkilemek bakımından sanığa bir olanak sağlamadığı gerekçeleri ile adil yargılanma hakkının ihlali teşkil ettiğine ve iptal edilmesine karar vermiştir (AYM 22.2.2024, E. 2013/163, K. 2024/57; RG 5.4.2024). İptal kararı, yayımlandığı tarihten (5 Nisan 2024) dokuz ay sonra (5 Ocak 2025) yürürlüğe girecektir.

⁷¹⁸ Geremediği halde sanığa da tebliğ edilmişse, kanun yolu süresi bakımından temsilciye bildirme esas tutulur. Gaip sanığa tebliğ edilecek kararlar mülga Kanun uyarınca temsilcisine tebliğ edilebiliyordu. Ceza Muhakemesi Kanunu gaip hakkında duruşma açılmasını kabul etmediği için gaibin müdafîini de düzenlemedi. Kaçak hakkında ise duruşma açılmasını kabul ettiğinden, duruşma yapılan hallerde kaçak sanığa zorunlu müdafîlik öngördü (CMK 247/4). Kanundaki bu düzenleme gaip sanığın müdafîi de olmaz, şeklinde anlaşılmalıdır. Her sanık gibi gaip sanık da kendisine bir müdafî tayin edebilir. Kanundaki düzenleme sadece zorunlu müdafîliği ilgilendirmektedir. Sanığın vekil marifetiyle temsili kabul edilen hallerde, sanık yerine temsilcisi sorguya çekilmelidir. İtalyan Kanununda bu yolda bir sarahat vardır (CPPI 441).

⁷¹⁹ *Medenî sorumlu* ile *ek ceza sorumlusunun* ceza davasına katılmalarını düzenlememe sebebi, *şahsi hak davasının* kabul edilmemesidir. Mülga Kanun döneminde ise, eğer kamu dâvasına katılan, ceza mahkemesinde şahsi hak davası açmış ve davalı olarak medeni sorumluyu göstermemişse, (bu davaya hukuk mahkemesinde imiş gibi bakıldığından No. 155), medeni sorumlu şahsi hak davasına müdahale edebiliyordu (mülga HMK 53).

⁷²⁰ Kamu görevi yapanların hepsine görevli demek lâzımdır. Bunların bir kısmı yüksek görevli, bir kısmı basit görevlidir. Bu ayırma, mülga Ceza Kanunundaki (TCK 297) kamu vazifesi yapan, bir diğer söyleyişle memur ile kamu hizmeti gören, bir diğer söyleyişle hizmetli arasındaki farka uymaktadır. Nitekim Ceza Kanununda memur denilen ve kamu vazifesi yapan diye tarif edilen yüksek görevlilere italyan *pubblico ufficiale*, diğerlerine de *persona incaricata di un pubblico servizio* demektedirler. Ancak İtalyan kanununda olduğu gibi kamu görevinin bir kısmına bu adı vermek, diğer kısmını, sanki görevi değilmiş gibi, kamu hizmeti (*servizio pubblico*) diye adlandırmak (meselâ AvK 1) bizce isabetsizdir. Diğer taraftan, avukatlığın serbest meslek olması (*Kunter*: Ceza tatbikatında âmme vazifesi ve âmme hizmeti tefriki ve avukatların durumu, iHFM, 1947, III) başka şey, avukatın, avukatlık ve bu arada müdafaa görevini yaparken bir kamu görevi yapması yine başka şeydir. Bunun içindir ki, görev sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suç, hâkime karşı işlenmiş gibidir (AvK 57). Müdafinin Devlet memuru olması mantığa aykırı değildir (k-m: Tosun, I, 181). Devlet bir memuru ile cezalandırmağa çalışırken diğeri ile nasıl yargılıyorsa, bir üçüncüsü ile de müdafaa edebilir. Nitekim Birleşik Amerika'nın bazı Devletlerinde görevi müdafîlik olan memurlar vardır (*Johnson, Jr. E.*: Adli yardım ve toplumsal devrim, Ufuk, c. 3, sayı 3, 1971, s. 67).

⁷²¹ Müdafinin muhakemedeki görevinin öneminin anlaşılması üzerine hükümde, hatta iddianamede adının belirtilmesi 1965 Alman reformunda kabul edilmiştir (§ 200) (*Barosio*, 108).

⁷²² *Pansini*, 42; *Leone*, I, 576.

Müdafinin kamu namına savunma yapabilmesi yani karşı-tezi ileri sürebilmesi için, sanığın kendini savunması, yani ferdî savunma esaslı şekilde sağlanmalıdır. Muhakeme Hukukunun bugünkü gelişme safhasında, sanığın kendini savunması, bilhassa tatbikatta henüz tam ve olgun hale gelmediğinden, müdafinin durumu biraz da sanığın ferdî savunması niteliğindedir.⁷²³

Sanığın gaip olması, hatta soruşturma evresinde⁷²⁴ müdafinin kabulüne mâni değildir (CMK 244/4). Bu hüküm de kamusal savunmaya verilen önemi göstermektedir.⁷²⁵

130. SANIK ile MÜDAFİSİ ARASINDAKİ İLİŞKİ.

Sanık ile müdafî arasındaki ilişki konusunda görüşler ayrılmaktadır. Bazılarına göre müdafî sanığın temsilcisidir⁷²⁶, bazılarına göre de yardımcıdır.⁷²⁷ Bir diğer görüşe göre de müdafinin bağımsız bir durumu vardır. Bu durum da bazılarınca “Muhakeme Hukukunun taraflarından birinin iki bağımsız organından biri olması durumudur, diğer organ sanıktır”, diye izah edilmiştir.⁷²⁸ Bazılarına göre de bu durum, fikrî bir hizmet aktidir.⁷²⁹ Nihayet bazılarına göre, ayrı yetkileri ve ödevleri olan kanunî bir temsilcilik⁷³⁰ söz konusudur.

Kanaatimizce, müdafî ile sanık aynı durumda değildir. Müdafî her zaman sanığın temsilcisi, hatta yardımcı da değildir. Bağımsız bir durumu vardır. Müdafîlik ayrı yetkileri ve ayrı ödevleri olan bir makamdır. Sanık ile müdafî arasındaki ilişkinin iki yönü vardır. Birincisi, bu ikisi arasındaki Özel Hukuk bakımından ilişkidir. Ferdî savunma göz önünde tutulursa *vekâlet* (TBK 502), toplumsal savunma göz önünde tutulursa *hizmet* (TBK 393) söz konusudur. Gerçekten kamusal savunma yapan müdafî savunmayı serbestçe düzenlemeli, talimat ile bağlanmamalıdır.

Bu ilişkinin bir de Kamu Hukukundan olan Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından bir yönü vardır ki, burada, müdafinin ceza muhakemesinde savunma görevini ifa ederken sanığın iradesi ile bağlı olup olmadığı, yetki ve ödevlerinin neler olacağı meseleleri söz konusudur. Bu ilişki, kanaatimizce, Özel Hukuk kurumları ile açıklanamaz. Ceza muhakemesinde müdafî yerine vekil denilmesi⁷³¹ sadece terim hatası olarak kalmamakta, meselâ tebligat bakımından hatalı sonuçlar doğurmaktadır.

Bu ilişki, bizce, bir ceza muhakemesi hukuku kurumu olan müdafîlik ile açıklanabilir.

Müdafî ancak belli durumlarda sanığın temsilcisidir (No. 128 II). Bu durumlarda müdafî sanık yerine geçer, onu aratmaz. Görülüyor ki müdafîler, temsilci olan ve olmayan diye ikiye ayrılabilir.⁷³² Bu ayırım vekaletnameli ve vekaletnamesiz ayırımından farklıdır. Zira vekaletnameli müdafî her zaman temsilci

⁷²³ Foschini, I, 287.

⁷²⁴ Mülga Kanunumuz sadece ilksoruşturmayı düzenlemişti. 1985 de ilksoruşturma kaldırılınca, 279. maddenin 1. fıkrası ilga edildi. Ancak hazırlık soruşturmasında da ortaya sanık çıkabildiğine göre, müdafinin hazır bulunabileceği işlemlerde gaibin müdafinin de hazır bulunabileceğinde tereddüt edilmemelidir.

⁷²⁵ Mülga Kanunda Gaiplerin 279. maddenin bugün kaldırılmış olan 1. fıkrasında sözü geçen ilksoruşturmadaki müdafî ile sonsoruşturmadaki müdafî arasında kanunun bir fark gözetir gibi olması, bir diğer söyleyişle duruşmadaki müdafîin temsilci olduğundan bahsetmesi, müdafîin durumunun henüz sadece kamusal müdafîa olmadığını göstermekte idi.

⁷²⁶ Vannini, 57.

⁷²⁷ *Taner*, 127; *Kantar*, 147. *Öztürk/Erdem/Özbek* (1999, 376) müdafide şu özelliklerin mevcut bulunmasını isterler: müdafî mecburi olmalıdır, sanığa yardım etmelidir, sanık tahkikatın her hal ve derecesinde müdafinin yardımından istifade edebilmelidir, menfaatlerinin uygun olduğu hallerde tek müdafî ile yetinebilmelidirler, müdafinin çapraz sorguya katılma hakkı tanınmalıdır, sır saklama ve maddî gerçeğin ortaya çıkmasını sağlama imkanına sahip olmalıdır.

⁷²⁸ *De Marsico*, 96; *Foschini*, I, 268. Bu görüş, Almanya’da bugün en çok taraftarı olan görüştür (*Centel*, 44).

⁷²⁹ *Ranieri*, 234.

⁷³⁰ *Sabatini*, I, 375.

⁷³¹ Meselâ, 5. CD 18/1/68 RKD 68, 19.

⁷³² *Yurtcan*’ın ayırım yapmadan “müdafî yetkilerini kullanırken sanığı temsil eder” demesi (*Yurtcan* 1996, 203), yanlış sonuçlara yol açacağından çok sakıncalıdır.

değildir. Vekâletnamesiz olması da temsilciliğine engel değildir.⁷³³ Uygulamada baronun atadığı zorunlu müdafî veya istek üzerine baroca atanan müdafî (CMK 147/1-c, 150/1) ile şüphelinin vekaletname vererek tayin ettiği müdafî arasında bir fark varmış gibi davranılmakta ve vekaletnameli müdafîye vekil denilmekte ve gerçek bir müdafî gibi davranılmamaktadır. Oysa Kanunda böyle bir fark yoktur. İster atanmış olsun isterse şüpheli tarafından vekaletname verilerek görevlendirilmiş olsun müdafînin görevi tekdir,

Muhakeme hukukunda müdafî teriminin özel bir manası vardır. Müdafî sadece ceza muhakemesinin savunma makamında yer alan sanık bakımından söz konusudur. Bu nedenle iddia makamını işgal eden şahsî katılanın avukatı onun müdafîsi değil, vekilidir.

131. MÜDAFİNİN TAYİN veya SEÇİMLE GÖREVLENDİRİLMESİ.

I. Tayin.

Bir kimsenin müdafî olarak görevlendirilmesi, muhakemenin her evresinde mümkündür ve iki suretle olur: Ya sanık veya kanunî temsilci seçer veya baro tayin eder. Buna kısaca tayin diyebiliriz. Tayinin de biri a) *adli yardım* amacı ile istek üzerine, diğeri b) muhakeme gerekleriyle ve *kanun zoru ile* yani mecbur olarak yapılan iki çeşidi vardır.⁷³⁴

Kanunun öngördüğü hallerde (CMK 147/1-c), Baro tarafından tayin edilen avukat, *müdafî* olur. CMK hizmeti olarak soruşturma evresinde hukuki yardım yapan avukatın başka makam tarafından görevlendirilmesi hukuka aykırıdır.

II. Sanığın veya kanunî temsilcisinin seçmesi.

Şüpheli, sanık veya kanunî temsilcisi kanuna göre, müdafî seçip seçmemekte serbest olduğu gibi, müdafî seçecekse, istediği kimseyi seçmekte de serbesttir. Bu hak kanuni temsilciye de verilmiştir (CMK 149/I). Elverir ki bu kimse, kanunun aradığı şartları da haiz olsun. İfade almada müdafî seçebileceğinin şüpheliye bildirilmesi mecburidir (CMK 147).

Müdafî vasıtası ile savunma kanuna göre ihtiyarî olduğundan, sanığın bundan vazgeçmesi de mümkündür. Bununla birlikte Kanundaki düzenlemeye göre zorunlu müdafîlikte sanığın bu haktan vazgeçemeyeceği hukuka (İHAS 6) aykırı bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak sanık kendi seçtiği müdafînin savunmasından vazgeçebilir. Kanuni temsilcinin seçtiği müdafîyi azledemez, meğerki o tarihte kanunî temsilcilik sıfatı kalmamış, meselâ küçük artık reşit olsun. Kanunî temsilcinin seçtiği müdafînin görevi, azledilmedikçe, devam eder.⁷³⁵

Seçilen müdafînin seçildiğini vekâletname ile ispat etmesi şart olmadığı mülga CMUK 135/3. fıkra da açıkça belirtilmişken⁷³⁶, CMK da böyle açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Sanığın mahkemeyi herhangi bir suretle haberdar etmesi kâfidir.⁷³⁷ Bizce, şüpheli veya sanığın mahkemeyi herhangi bir şekilde haberdar etmesi yeterli olmalıdır.⁷³⁸ Müdafî şüpheli ile vekaletname aramadan görüştüren Kanun (CMK 154), görüşmeden önce dosyayı incelemesi gereken müdafînin de vekaletnamesini aramaz.

⁷³³ Vekâletnamesiz müdafînin kanun yoluna gitmesi ise temsille değil, müdafîlikle ilgilidir (CGK 29/12/74 YKD 75/7, 33). 1992 yılında 3842 numaralı Kanunla yapılan değişiklikle, ifade alma sırasında müdafîin vekaletname göstermesine gerek olmadığı düzenlenmiştir.

⁷³⁴ Bu iki çeşit tayin arasında mevcut olup bizim daha açık olarak belirtmeğe çalıştığımız bu fark, önceleri pek bilinmezdi. İHAS bile sadece malî yardım çeşidini düzenlemiştir (Bkz. *Poncet*, 177; *Donay*, 158).

⁷³⁵ Küçüğün reşit olması, müdafînin görevine otomatik olarak son vermez (CGK 21/1/74 YKD 75, 34; k-m: CGK 21/2/66, Çağlayan "66" I, 739).

⁷³⁶ CGK 9/12/74 YKD 75/7, 33. Bu sebeptendir ki vekâletname tarihinden önce de müdafî bu sıfatla, bir muamele yapabiliyor ve örneğin temyiz dilekçesi verebiliyordu.

⁷³⁷ Adalet Bakanlığının bu yolda 4/5/1948 tarihli bir tamimi vardır. Bu yolda kararlar da yok değildir (2. CD 10/6/48, Çağlayan "66", I, 740; 2. CD 2/10/62, Çağlayan "66", I, 747). Vekâletnameler, Askerlik Kanunu (m. 61, No. 4576) gereğince de düzenlenmiş olabilir. HMK 65 dairesinde düzenlenen vekâletnameler de kabul olunmaktadır (2. CD 14/7/51, Çağlayan "66", I, 740).

⁷³⁸ Dosyaların incelenmesi ve örnek çıkarılması usulü vekaletname açısından farklı düzenlenmiştir: Dosyanın sadece incelenmesi bakımından; sanık, mağdur, şikâyetçi, suçtan zarar gören, katılan ve davanın tarafları, avukat veya stajyerleri vekâletname olmaksızın, dava dosyasını yazı işleri müdürü ya da görevlendireceği bir zabıt kâtabi nezaretinde inceleyebilmesi

Sanık gaip veya kaçak ise, mahkemece barodan bir müdafî görevlendirilmesi istenir (CMK 244/4 ve 247/4). Sanığın müdafisi varsa, bu müdafinin vekâletname göstermesi yasal bir mecburiyet değildir.⁷³⁹ Ancak, hazır bulunmayan kaçak veya bağışık tutulmuş olan sanığı temsil edecek müdafinin bu sıfatını ispat için vekaletname göstermesi gerekir. Kanaatimizce Kanunun müdafiden vekaletname istediği haller çok sınırlı tutulmuş olduğu için, yasada gösterilen bu haller dışında herhangi bir işlem için müdafiden vekaletname istenmemesi gerekir.

III. Zorunlu müdafilik; savunma gereği ile müdafî tayini.

1. CMK'daki düzenleme.

Şüpheli ve sanığın müdafisi yoksa, yargılama makamının kendiliğinden yani sanığın isteği olup olmadığına bakılmaksızın müdafî görevlendirilmesine, *mecburi müdafilik* denilmelidir. CMK buna *zorunlu müdafî* demektedir.

Savunma, toplumun da suçtan sorumlu olması nedeniyle, muhakemenin vazgeçilmez bir unsuru olduğu için, en azından ağır suçlarda müdafinin bulunması mecburi olmalı idi. Nitekim, Ceza Muhakemesi Kanunu önce sadece küçükler bakımından (CMK 150/2) ve gözlem altına almada (CMK 74/2) kabul edilmiş olan mecburi müdafiliği, yerinde bir şekilde genişletmiştir (CMK 101/3, 150/2). İfade almada ve hâkim tarafından sorguya çekilmeye, bireyin mahkûm olduğu takdirde yargılama giderleri arasında ücretini ödemek üzere müdafiden yararlanma hakkı vardır; İfade verene müdafî tayin etme hakkının bulunduğu, müdafî tayin edebilecek durumda değilse baro tarafından tayin edilecek bir müdafî talep edebileceği ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği, bildirilir” (CMK 147). Yakalanan kişi, şüpheli veya sanık müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, talebi halinde Baro tarafından kendisine bir müdafî tayin edilir (CMK 150).

Soruşturma evresinde; ifadeyi alan merciin veya sorguyu yapan hâkim in, kovuşturma evresinde ise, mahkemenin istemi üzerine, müdafî görevlendirme yetkisi yer bakımından yetkili yerdeki baroya verilmiştir (CMK 156).

Kendi içinde tutarlı olan bu sistemi, hâkimin yetkisinin korunması gerekçesi ile eleştiriyoruz. Tayin etme görevi de Mevaz Kanunda olduğu gibi, yargılama makamında kalmalı idi.

Baro tarafından tayin edilen müdafîye, görevin ifasından doğan masraflar hariç, avukatlık ücret tarifesinden ayrı olarak ücret ödenir. Bu ücret, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınarak Adalet ve Maliye bakanlıkları tarafından birlikte tespit edilerek Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla yer alan ödenekten ödenir⁷⁴⁰ ve yargılama giderlerinden sayılır (CMK Yürürlük Kanunu 13).⁷⁴¹

kabul edilmiş, fakat ilgili kanunlardaki kısıtlamalar saklı tutulmuştur (Yazı İşleri Yönetmeliği 100/1). Müdafî ve vekil Avukat Bilgi Sistemi aracılığıyla UYAP üzerinden dava dosyalarını inceleyip, örnek alabilmekte fakat dosyadan örnek almak için dilekçe ile başvuruları ve vekâletname veya görevlendirme yazısı ibraz etmeleri gerekmektedir (Yazı İşleri Yönetmeliği 100/2). İncelemenin yapıldığına veya belge örneği alındığına dair düzenlenen *dosya inceleme ya da belge örneği alma tutanağı*, dosyayı inceleyen veya belge örneği alan ile nezaret eden görevli tarafından imzalandıktan sonra taranarak UYAP'a aktarılmaktadır. Müdafinin soruşturma evrakını inceleyebilmesi için vekaletname isteyen mülga Cumhuriyet Başsavcılığı Kalem Yönetmeliğinin 45 inci maddesi, Kanunun ruhuna uygun değildir.

⁷³⁹ Mülga Kanun döneminde ise gösterilmesine ihtiyaç vardı (CMUK 269-270). Ayrıca Yargıtay hazır bulunmayan sanığı temsil edebilecek müdafinin de bu sıfatını ispat için vekâletname göstermesi gerektiğini içtihat etmişti: 7. CD 6/6/79 YKD 79, 1381.

⁷⁴⁰ Bizce yapılan bu düzenleme birkaç açıdan sakıncalıdır. Öncelikle *bağımsız* avukatın iddia görevini yapan ve doğası icabı yürütme ile yakın ilişki içinde bulunan C. Savcısından ücretini alması hukuka aykırıdır. Kanunla getirilmiş bir zorunluluğun (CMK 150) neticesi olan zorunlu müdafîye ödenen ücretin *yargılama gideri* olarak mahkûm olan sanıktan geri alınacak olması da hukuka aykırıdır. Bizce zaten masraflı bir hizmet olan adalet hizmetlerini düzenleyen Devletin zorunlu müdafîye ödenen ücreti nasıl hâkim in savcının, yakalamayı yapan polisin maaşını hükümlüden geri istemiyorsa, burada da istememesi zorunlu müdafîliğin İHAS 6. maddede öngörüldüğü gibi ücretsiz olması gereklidir. Bu görüşümüze karşı zengin bir iş adamının ağır suç işlediği durumlarda Devletin vergilerden elde ettiği gelirlerden oluşan Hazine'yi zarara uğrattığı ileri sürülebilirse de zorunlu müdafîliğin suçtan sorumlu olan Devletin de savunulması niteliği taşıdığı görüşümüzü tekrarlayarak cevap vermek isteriz.

⁷⁴¹ İleride yargılama giderleri ile mahkûm olan sanıklardan müdafîye ödenen ücreti ödeyebilecek durumda olanlara Türkiye Barolar Birliğinin rücu hakkı vardı. Bu hüküm 2006 yılında değiştirilerek, müdafîye ödenen ücretin Barolar Birliğinin de

Sanığın müdafisi yoksa, yargılama makamının, kısaca hâkimin kendiliğinden müdafî tayin edip etmeyeceği hususunda farklı görüşler vardır. Bazıları hâkime böyle bir mecburiyet yüklemek istemezler. Bunlar müdafî vasıtası ile savunmayı, şahsî bakımdan savunma sayanlardır. Bazıları kamu namına savunma esasından hareket ederek, sanık müdafî seçmemiş ise, kamu namına müdafî tayinin mecburî olmasını isterler.⁷⁴² Bazıları da orta bir yol tutarak bazı dâvalarda mecburiliği kabul ederler. Biz müdafinin kamu adına savunma yaptığı kanaatinde olduğumuzdan mecburîlik sistemine taraftarız. Bu demektir ki, seçtiği müdafî olmayan sanığa Devlet müdafî tayin etmelidir.⁷⁴³

2. Mülga Kanundaki düzenleme.

1929 tarihinde yürürlükten kaldırılan *Usulü-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu* ağır cezalı suçlarda mecburîlik sistemini kabul etmişti. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa örnek aldığımız Alman Kanunu da üç mühim halde, seçilmiş müdafisi olmayan sanık için müdafî tayinini mecburî kılmıştı. 1985 yılında değiştirilen Mevaz Kanun, sekiz halde mecburi müdafî öngörmektedir (StPO 140). Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ise bu hallerde dahi mecburiyeti kabul etmemişti. Müdafî tayini ihtiyari olan bu haller şunlardı: 1) Sanığın şuur tetkiki için gözaltına alınmasını bilirkişinin teklif etmesi, 2) Sanığın 15 yaşını bitirmemiş olması, 3) Sanığın sağır yahut dilsiz yahut kendisini savunamayacak derecede cismanî veya dimağî malûliyete müptelâ olması. 1973 de birinci halde daha doğrusu Mülga TCK 46, 47, 404 ve 573'teki müeyyidelerin uygulanması için mecburiyet kabul edildi (CMUK 74/2). Diğer iki halde de ihtiyarîlik (CMUK 138) mecburîliğe⁷⁴⁴ çevrilmişti.

1992 yılında yapılan değişiklikle, yakalanan kişi veya sanık onsekiz yaşını bitirmemiş veya sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafî de bulunmazsa Baro tarafından kendisine, talebi aranmaksızın müdafî tayin ediliyordu (CMUK "1992-3842" 138). Bu hüküm Devlet güvenliğini ilgilendiren suçlarda uygulanmıyordu (1992-3842 m. 31). Bu hükmün koyduğu terör istisnaları 2003-4928 ile yürürlükten kaldırıldı. Terör ve örgütlü suçları yargılayan CMUK 394/a ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda da istisna kabul edilmedi (2004-5190).

Anılan bu hallerin dışında, işin ağır cezalı veya sanığın tutuk olması gibi yeni mecburiyet halleri benimsenmedi.⁷⁴⁵ Bizce mecburi müdafîlik ayrı bir makam tarafından yönetilmeli, Baro ve mahkemeler ayrı olmalıdır. Ağır suç işleyen her sanığa duruşma için ayrı bir müdafî atanmalı, bu avukat kişiyi takip etmelidir.

görüşü alınarak Adalet ve Maliye Bakanlıkları tarafından tespit edilmesi usulü kabul edildi. Ödemenin C. Savcılıkları tarafından yapılması ve yargılama masrafları arasına alınması hüküm altına alındı.

⁷⁴² İtalya'da müdafî vasıtası ile müdafî kovuşturma evresinde kaide olarak mecburîdir ve müdafî bulunmadan duruşma yapılması butlan sebebidir (CPPI 125). Fransa'da ağır ceza mahkemelerinde mutlaka, asliyelerde sanık müdafî yapamayacak kadar malûlse müdafî tayini mecburîdir (CPPF 274, 417).

⁷⁴³ Müdafîsiz müdafî, insan haklarından olmakla beraber, bu hak sanığa mecburî müdafîi toptan reddetmek ve "ben hiçbir müdafîyi istemiyorum, kendimi müdafî edeceğim" demek hakkını vermez. Sözleşmede müdafî yardımından yararlanma seçimlik gibi gösterilmişse de (İHAS 6.3. c), maksat, müdafîsiz müdafîyi ön plâna almak ve müdafîli müdafîyi ikinci plâna atmak değil, müdafîsiz müdafîyi kabul eden Devletlerin müdafîi kabul etmesini sağlamaktır. Kaldı ki sanığın "ben kendimi müdafî edeceğim" demesi üzerine mecburî müdafî sisteminden vazgeçmek, müdafî alanında atılmış olan ileri adımı geri almak olur (*Vassalli (G.): Autodifensa e rifiuto della assistenza difensiva. Estratto dal Volume "IL problema dell'autodifensa nel processo penale"* a cura di V. Grevi, Bologna, 1977, p. 144).

⁷⁴⁴ 1972 Tasarısı bunları mecburî kılıyor, hem de yaşı 15'ten 18'e çıkıyordu. "Eski şekli yurt gerçeklerine daha uygun" bulan Adalet Komisyonu kabul etmedi. 1992 yılında ise on sekiz yaş kabul edildi.

⁷⁴⁵ Almanya'da 1965 reformunda mecburiyet halleri çoğaltılmıştır (§ 140) (*Barosio*, 167). Almanya'da bugün şu hallerde müdafî tayini mecburîdir: 1) Eyalet mahkemesi ilk mahkeme olarak dâvaya bakıyorsa, 2) isnat edilen suç cürümse, 3) Bir mesleğin icrasının yasaklanması söz konusu olabiliyorsa (StPO 132a), 4) Şüpheli sağır veya dilsizse, 5) Şüpheli hâkim kararı ile en az 3 ay bir kurumda bulunmaktaysa ve duruşmanın başlamasından en az iki hafta önce serbest bırakılmayacaksa, 6) Sanık müşahede altına alınacaksa, 7) Koruma muhakemesi yapılacaksa (StPO 132), 8) Sanığın müdafîi bir kararla yasaklanmışsa. Almanya'da mecburî müdafîlik durumunda sanığın tayin ettiği müdafîin görevi bırakması halinde duruşmaya kesintisiz devam edilebilmesini sağlamak için, Devlet tarafından bir avukat daha tayin edilmektedir (StPO 140).

1992 yılında yapılan değişiklikle, adi suçlarda müdafî tayin etme yetkisi baroya verilmişti (CMUK “1992-3842” 140). Devlet güvenliğini ilgilendiren suçlarda hâkim müdafî tayin edebiliyordu (mülga CMUK 138). Kovuşturma evresinde mahkeme yerine başkan da tayin edilebiliyordu (CMUK 140).

Baro veya mahkeme müdafî tayin ettikten sonra, sanık da bir müdafî seçerse ve seçilen müdafî de kabul ederse, mahkemenin tayin ettiği müdafinin görevi sona ediyordu (mülga CMUK 139). Tayin olunan müdafî duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini ifadan kaçırırsa başkan derhal bir diğer müdafî tayin ediyordu (mülga CMUK 141).⁷⁴⁶

IV. Adli yardım: Malî yardım amacı ile müdafî tayini.

Sanığın, müdafî seçmek istediği halde malî kudreti bulunmayabilir. Bu takdirde, sanık hazır bulunsa dahi⁷⁴⁷ *iyi bir adalet dağıtımını gerektiriyorsa*⁷⁴⁸ tayin edilecek müdafiden yararlanma hakkı, insan haklarındanır.⁷⁴⁹

Yukarıda belirtilen CMK'nın zorunlu müdafilik sistemi dışında bir de (evvelce *adli müzaheret* denilen) *adli yardım* vardır. Buna göre, sanık isterse, kendisine adli yardım mekanizması işletilerek, parasız müdafî tayin edilir. Bu tayin, Avukatlık Kanunu (AvK 176) ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun (HMK 465-472) hükümlerine göre cereyan eder.⁷⁵⁰ Bu hususta mahkemeye⁷⁵¹ müracaat edilebileceği⁷⁵², gibi Baro'ya da başvurabilir.⁷⁵³ Adli yardım amacıyla tayin edilen müdafinin ücreti, sanık mahkûm olsa da (CMK 324, 325) ona yükletilmemelidir ki sanık kendisine bu yolla müdafî tayinini istemekten çekinmesin.

132. MÜDAFİ SAYISI.

Ceza Muhakemesi Kanunu müdafî sayısını genel olarak sınırlandırmamış ve soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin hukuki yardımda bulunmasını (CMK 149/1) ve her aşamada şüpheli veya sanık ile görüşme, ifade alma ve sorgu süresince yanında olma

⁷⁴⁶ Hâkim bazı hallerde yargılama yapmadığı gibi müdafî de müdafilik yapamıyabilir. Müdafiliğe engel bir hal sonradan meydana çıktığında müdafinin görevine sonverilmesi muhakemesi, 1975 Alman reformunda düzenlenmiş, varsa üst mahkemenin, yoksa bir diğerinin kararı aranmıştır (StPO 138c, 138d) (*Long*, 205). *Yurtcan*, Alman Hukukunda Müdafinin Görevden Yasaklanması, İstanbul 1989.

⁷⁴⁷ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Türkçesinde, İngilizcesindeki gibi “veya bir müdafî tayini için” denilmişse de buradaki veya'yı ve diye anlamak gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de “sanığın müdafaasını daha iyi sağlıyor” diye Fransızca metni tercih etmiş, sanık hazır bulunsa dahi, şartları varsa parasız müdafî tayin edilmelidir diyerek Alman Yargıtay'ının müdafî tayin etmemesini Sözleşmeye aykırı bulmuştur (*Pakelli* dâvasında verilen 23/3/83 tarihli karar).

⁷⁴⁸ Evvelce müdafî tayini ile ilgili düzenlemeler Devlet güvenliğini ilgilendiren suçlarda uygulanmıyordu (1992-3842 m. 31). 2003-4928 sayılı Kanun 1992-3842 m. 31'i yürürlükten kaldırıncı, bütün suçlar açısından istisnalar kalktı; daha sonra da Devlet Güvenlik Mahkemeleri kaldırıldı (2004-5190).

⁷⁴⁹ “*Lorsque les intérêts de la justice exigent*” sözleri “adaletin selâmeti gerektiriyorsa” diye çevrilmiştir (iHAS 6, 3, c). Müdafî tayini ile Devletin işi bitmez. Tayin edilen müdafî görevini yapmazsa yapmağa zorlanmalı veya yenisi tayin edilmelidir (AİHM: 13/5/80 “*Artico* dâvası”). Diğer taraftan “adaletin selâmeti gerektiriyorsa” sözcüklerinin, meselâ hukukî yetkisizlik yüzünden sanığın haklarını kullanamaması halini içermediği, sözleşmenin çelişik olduğu görüşüne (*Donay*, 100) katılmıyoruz. Adaletin selâmeti bu halde de müdafî tayinini gerektirir diye düşünüyoruz.

⁷⁵⁰ Bu mekanizma iyi işler hale getirilmelidir (TBB 72/16-10). En iyisi, adli yardımın özel kanunla yeniden düzenlenmesidir (*Erem*: Adli Yardım, İmran Öktem'e Armağan, Ankara, 1970, s. 107).

⁷⁵¹ Bu mahkeme, asıl ceza dâvasını gören esas mahkemesidir. Meseleâ temyiz yolundaki duruşmalarda müdafî tayini için daireye başvurulamaz (1. CD 22/5/59, Çağlayan “66” I 745).

⁷⁵² Bu müracaat tahrik edilebilir. İyi bir muhakeme yapılması için müdafiyi gerekli görev hâkimin sanığa müdafî seçmesini tavsiye etmesi ve onun, malî imkânsızlığını ileri sürmesi halinde, bunu bir müracaat sayıp Hukuk Muhakemesi Kanunumuzdaki genel hükmü uygulayarak adli yardım olarak müdafî tayin etmesi kanunların amacına aykırı sayılamaz.

⁷⁵³ Baroların adli müzaheret büroları da yardım kararı alabilir (TBB 75/34-10). Yargıtay Başkanının açış konuşmasından öğreniyoruz ki, adli yardımın kaynağı olmak üzere kanunlarda gösterilen il, belediye ve hayır müesseseleri barolara tek kuruluş aktarmamışlardır (*Renda Nihat*: YD 1986/4, s. 392). Kanunlar işler hale getirilmeli, gerekiyorsa 86-3294 numaralı kanun değiştirilerek Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Fonu, vakıflara olduğu gibi (m. 8) barolara da belli bir pay aktarmağa mecbur tutulmalı, barolar da bu payları Fondan isteyip alabilmelidir.

hakkını (CMK 149/3) kabul etmiştir.⁷⁵⁴ Zorunlu müdafilik açısından da Kanunda şüpheli veya sanıktan kendisine “bir” müdafii seçmesi istenir ifadesi yazılı ise de (CMK 150/1), buradaki bir kelimesinin sayıyı belirtmek için kullanıldığı kanaatinde değiliz.⁷⁵⁵

Genel kural sınırsız sayıda müdafii ile savunma iken, bu kuralın istisnaları da vardır. İlk istisna ifade alma konusundadır. Müdafii sayısını belirleyen Kanun soruşturma evresinde yapılan ifade alma işlemi açısından üst sınır (üç avukat) kabul etmiştir (CMK 149/2, cü.1).

İkinci istisna örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımındandır. Kanun soruşturma bakımından ifade alma işlemi dışında bir sınırlama getirmemesine rağmen, kovuşturmada duruşmada en çok üç avukatın hazır bulunmasını kabul etmiştir (CMK 149/2, cü.2).⁷⁵⁶

Bizce, genel kural savunmanın prestiji, muhakemelerin süratle yapılabilmesi ve duruşmaların ciddiyeti bakımlarından sayı üçten fazla olmamalıdır.⁷⁵⁷ Bu sayı sınırlaması, bozma sebebi teşkil edecek veya Anayasaya aykırı düşecek biçimde “savunma hakkının sınırlanması” anlamına gelmez. Zira, müdafileri bu sayının altında olan sanıkların -yani hemen hepsinin- savunmalarının gereği gibi yapılamadığı söylenemez.

Müdafilerin birden fazla olması halinde, bildirmelerin bunlardan birine yapılması yetmekte, birden fazlasına bildirilmişse ilkinin tarihine bakılmaktadır. Ancak CMK'da yer alan ve kararların sanıklara tebliğ edilmesine ilişkin kurallar saklıdır (TebK 11/1).⁷⁵⁸ Avukatın bürosunda yapılacak tebligatların resmi çalışma gün ve saatinde yapılması gerekir.

İKİNCİ KISIM: CEZA MUHAKEMESİNİN YAPISI

BİRİNCİ BÖLÜM: HUKUK İLİŞKİSİ

14. § CEZA MUHAKEMESİ İLİŞKİSİ

133. Ceza muhakemesi ilişkilerinin hukuklaşması. 134. Hukuk ilişkisi kavramı. 135. Hukuk ilişkisinin objesi olarak görev. 136. Süjelerin erk ve ödevi. 137. Erklerin ve ödevlerin çeşitleri. 138. Ceza muhakemesi ilişkisi.

⁷⁵⁴ Kanunun bu düzenlemesi de Mevaz Kanundan farklıdır. Alman Kanunu duruşma dahil, en fazla üç müdafiiye izin vermiştir. Etkin bir savunmanın yapılması için bu yeterlidir. Daha fazla sayıda müdafinin işlemlere katılmaları, işlemin usulüne uygun bir şekilde yapılmasını engeller.

⁷⁵⁵ *Kantar*, CMUK 136 açısından karşı görüşte idi (*Kantar*, 146).

⁷⁵⁶ Terörle mücadele açısından, şüphelinin kolluk tarafından ifadesi alınırken ancak bir müdafii hazır bulunması kabul edilerek (TMK 10/c), CMUK 149/3. maddeden ayrılınmış ve gözaltı süresince yalnız bir müdafinin terör suçu şüphelisine hukuki yardım yapması kabul edilmişti (TMK 10/b).

⁷⁵⁷ *Keza Yüce*, 48. *Tosun* da sınırlamadan yanadır (I, 603). İtalya'da 1913'ten beri sonsoruşturmada ikiden fazla olamazken (*Manzini*, II, 519), 1971 de ön ve sonsoruşturma farkı kaldırıldı (CPP 124). Almanya'da da 1975 den beri üçten fazla olamıyor (StPO 137, I) (*Long*, 202).

⁷⁵⁸ Tebligat Kanunu'na 1985 de eklenen bu norm, birden fazla bildirmelere ve bunlardan hangisinin önce yapıldığı bakımından araştırmalara yol açtığından isabetli değildir. Biz, Fransa'da olduğu gibi (CPPF 117), bildirmelerin hangi müdafiiye yapılacağına sanıktan sorulmasını ve sanık bildirmediği takdirde tebligatın hangisine yapılacağını (meselâ ilk seçilen müdafiiye) kanunun göstermesini önermekte devam ediyoruz. Maddede müdafii ile vekil ayrımının yapılmamış olması gibi tebligatın geniş anlamda kullanılması da isabetsizdir. Belki arif olan anlar diye düşünülüyor ama arif olmayanlar ne yapar? Alman Kanununa eklenen § 145a ile; müdafii yapılan tebliğat konusunda sanığa da bilgi verileceği, sanığa yapılan tebligattan da müdafii bilgi verileceği konusu düzenlenmiştir. Müdafinin sanığa yapılan davetleri kabul edebilmesi için ise, vekaletnamesi ile açıkça yetkili kılınması gerekir (StPO § 145a/II).

133. CEZA MUHALEMESİ İLİŞKİLERİNİN HUKUKLAŞMASI.

I. Keyfilikten hukuka geçiş.

İnsanlık tarihinde bir gelişme sonucu olarak ceza muhakemesi kuvvete veya keyfiliğe dayanır olmaktan çıkmış ve ilişkiler hukuk tarafından düzenlenir olmuş, yani *hukuklaşmıştır*.⁷⁵⁹ İlişkilerin *hukuklaşmasından* sonra ortaya çıkan ve Hukuk ilminin bir dalını teşkil eden “Ceza Muhakemesi Hukukunun” bir şekli (yani dış görünüşü) bir de özü (yani maddesi veya maddî muhtevası) vardır. Dışarıdan bakılınca formaliteler, usuller olarak gözükür ve bunun için çok defa *şekli ceza hukuku* diye adlandırılan Ceza Muhakemesi Hukukunun özü sanıldığına aksine, maddî denilen ceza hukuku olmayıp *Ceza Muhakemesi Hukuku ilişkileridir*.⁷⁶⁰

İnsanlar arasındaki ilişkilerin Hukuk tarafından düzenlenmesi, her birinin aktif süje olarak erklerinin veya pasif süje olarak ödevlerinin belli edilmesi demek olduğuna göre (No. 136), ceza muhakemesinin de *hukuklaşması*, ceza muhakemesi sùjelerinin birbirleri ile olan ilişkilerinin düzenlenmesi, yani her birinin çeşitli ilişkilere göre erk ve ödevlerinin gösterilmesini gerektirir.

Ceza muhakemesi ilişkilerinin *hukuklaşması* bir aşamada olmamıştır. *Hukuklaşmanın* ilk zamanlarında suçlunun cezalandırılması gayesi ile hareket ediliyor ve sanık bir süje olarak kabul edilmiyordu. Suçlunun cezalandırılması sistemine karşı bir tepki olan sanığın korunması sisteminde Ceza Muhakemesi Hukuku sanığın erklerini ve ödevlerini de düzenlemiştir. Hakikatin araştırılması sistemine geçildikten sonra *hukuklaşma* daha da gelişmiş, bütün ilişkilerin Hukuk tarafından düzenlenmesi, yani bütün sùjelerin erklerinin ve ödevlerinin belirtilmesi yoluna gidilmiştir. Bu yönde olmak üzere Anayasa'nın 13'üncü maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle *özel yetki* olmadıkça temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanamaması prensibi kabul edilmiştir.

II. Hukuk ilişkisi.

Hukuk insanlar arasındaki ilişkileri düzenlediğine göre, *Hukuk ilişkisinin* hukukun bütün dallarında ortak bir kavram olduğu açıktır. Buna rağmen her Hukuk dalı bu kavramı pek çok defa kendi açısından incelemiş olduğundan, çeşitli dalların özünü teşkil eden çeşitli Hukuk ilişkilerinin ortak noktaları gözden kaçmıştır.

Bugün Kamu Hukukunda olsun, Özel Hukukta olsun, hatta bunların alt dallarında olsun, Hukuk ilişkilerini ve onların obje ve sùjelerini, sùjelerin erk ve ödevlerini ifade için çeşitli tabirler kullanılmaktadır. Bunlar arasında farklı veya müşterek noktalar bulunup bulunmadığı açıklıkla bilinmediğinden aynı şeylerin farklı şeylermiş gibi, farklı şeylerin de aynı şeylermiş gibi sanıldığı ve ifade edildiği çok vardır. Biz, anlaşmazlıkları ve karışıklıkları önlemek, durumu biraz olsun aydınlatmak ihtiyacını duyuyoruz. Kaldı ki Hukuk İlişkisini bilmeden, Ceza Muhakemesi Hukuku İlişkisini bilmeğe imkân göremiyoruz. Bunun için önce Hukuk ilişkisini inceleyeceğiz. Bu incelemelerimizde Hukuku bir bütün olarak, bütün dalları ile birlikte göz önünde tutmağa çalışacağız.

134. HUKUK İLİŞKİSİ KAVRAMI.

I. Hukuk ilişkisi teorisi.

Hukukî münasebet (*Rechtsverhältnis, rapporto giuridico, rapport juridique*) teorisi *Ortolan* tarafından ortaya konmuş, *Roguin* tarafından geliştirilmiş olup⁷⁶¹, Muhakeme Hukuku sahasında önce *Büllow* tarafından 1868 de uygulanmıştır.⁷⁶²

Hukuk ilişkisi kavramını kabul edenlerin birbirlerine uymayan⁷⁶³ görüşlerini iki grupta toplamak mümkündür: 1) Bir sùjeli Hukuk ilişkisi, 2) İki sùjeli Hukuk ilişkisi. Bir sùjeli ilişki görüşü de ikiye

⁷⁵⁹ *Manzini*, I, 83; *Ranieri*, 161.

⁷⁶⁰ Ceza Muhakemesi Hukuku ilişkisini kabul etmeyenler de vardır. Tafsilât için bkz. *Cihan*: Ceza Muhakemesi Münasebeti, İHFM, 1961, 225.

⁷⁶¹ *Du Pasquier*, (Claude): Introduction à al théorie générale et à la philosophie du Droit, 3. bası, Neuchâtel, 1948, s. 102).

⁷⁶² *Falchi*, 213.

⁷⁶³ *Carnelutti*: Teoria, s. 238; *Leone*, I: 216; *Ranieri*: 162.

ayrılabilir. Bir görüşe göre ilişki süje ile obje arasındadır. Bir diğer görüşe göre de ilişki süje ile norm arasındadır. Fert Hukuk düzeninin öngördüğü şartlardan birine uygun bir duruma girince, hukuk ilişkisi vardır denilir.

İlişkiyi iki süje arasında kabul edenlerin görüşlerinde de aykırılıklar vardır. Bir görüşe göre hukuk ilişkisi hakkın aktif süjesi ile borcun pasif süjesi arasındaki ilişkidir, yani hak-borç ilişkisidir. İkinci bir görüşe göre de hukuk ilişkisi, toplumsal hayat ilişkilerinin Hukuk tarafından düzenlenenleridir.

II. Hukuk ilişkisi

Bizce, bir süjeli hukuk ilişkisi teorisi, hukukun niteliğine aykırıdır. Tek insanın bulunduğu yerde hukuk olamayacağına göre tek insan ile eşya veya hukuk normu arasındaki bir hukukî ilişkiden söz edilemez.

Biz Hukuk ilişkisinin, Hukukun düzenlediği toplum hayatı ilişkisi olduğu görüşüne katılıyoruz. Hukuk ilişkisinin iki ucunda bulunan süjelerin karşılıklı durumunu sadece Özel Hukuk süjeliği şeklinde açıklamayı da *Hukuk İlişkisi Genel Teorisi* ile bağdaştırıyoruz. Hukuk insanlar arasındaki ilişkileri düzenliyorsa, Kamu Hukukundaki ilişkileri de içine alacak bir hukuk ilişkisi kavramına ihtiyaç vardır.

III. Süje ve obje

Hukukun düzenlediği bütün somut ilişkilerin ortak noktalarından meydana gelen genel ve somut olan *hukuk ilişkisinin* bizce iki süjesi ve bir objesi vardır. Süjeler, ilişkinin iki ucunda bulunan kişilerdir.

Bunlara, erkli veya ödevli (daha dar anlamda alacaklı veya borçlu) olduklarına göre, aktif veya pasif süje denilir. Bir ilişkide aktif olanın diğer ilişkide pasif süje olması mümkündür. Her ilişkide bir de o ilişkinin üzerinde kurulduğu şey vardır. Buna dilimizde mevzu, konu, nesne, obje denilmektedir. Biz, kullanageldiğimiz objektif ve sübjektif sıfatlarının nereden geldiğini hatırlatarak anlaşmayı kolaylaştırmak için obje ve süje terimlerini kullanmayı tercih ediyoruz.

Hukuk ilişkilerinde obje, hukukî ilişkisinin düzenlediği faaliyettir. Sadece obje ele alındığında süjeler yani insanlar söz konusu olmadığından, yapılan faaliyeti bir makinenin yaptığına benzetebilir ve makinenin ne iş gördüğünü sorabiliriz. İşte görülen iş (*fonction*) mânâsına “görev”, ilişkinin objesini oluşturur.

IV. Hukuk durumu.

Hukuk durumu (*situazine giuridica, situation juridique*) kavramı, bizce sanıldığı aksine, hukuk ilişkisinden apayrı bir şey değildir. Gerçekten hukuk, insanlar arasındaki ilişkileri düzenlerken ya iki süje (meselâ karı-koca veya sanık - müdafî) arasındaki belli bir hareketi ele alır ve birinin diğerine karşı erkli, ötekinin de ödevli olduğunu belirtir, yahut belli bir süjeyi (meselâ sanığı veya kocayı) ele alır ve onun aktif veya pasif diğer bütün süjelere karşı olan ilişkilerindeki erklerini ve ödevlerini gösterir. Hukuk Genel Teorisinde birinci şekle “hukuk ilişkisi”, ikincisine “hukuk durumu” denilmektedir.⁷⁶⁴

Süjelik hukuk durumuna, sanık sıfatı, memur statüsü tabirlerinde olduğu gibi sıfat veya statü denildiği de vardır. Hukuk ilişkisi denilen birinci şekilde iki, hukuk durumunda ise yalnız biri gösterilen ikiden fazla süje vardır. Birincisinde tek ilişki, ikincisinde birden fazla ilişki düzenlenmektedir. Bu birden fazla ilişkinin her biri yine iki süje arasındadır ve bunlardan biri daima aynı süjedir. Görülüyor ki her ikisinde de süjeler arasındaki ilişkileri düzenlenmektedir, sadece tutulan yollar farklıdır.

135. HUKUK İLİŞKİSİNİN OBJESİ OLARAK GÖREV.

I. Objeye.

Hukukun her dalında kullanılması gereken *hukuk ilişkisi* kavramında her şeyden önce bir obje vardır. Bu obje, görülen iş manasına *görevdir*. Görev çok defa sanıldığı aksine, sübjektif olmayıp,

⁷⁶⁴ *Du Pasquier*: Introduction, 3. bası, s. 102, 106.

objektiftir, bir diğer söyleyişle, süjelerin durumu ile ilgili olmayıp sadece objeyi yani yapılan işi, hareketi göstermektedir.⁷⁶⁵

II. Kamu görevi.

Hukuk tarafından düzenlenen faaliyet de diyebileceğimiz görev, Hukukun her dalında vardır. Fakat Hukukta görev denilince Kamu Hukukunun düzenlediği *Kamu görevi* akla gelmektedir, zira Özel Hukuk ilişkileri düzenlenirken yapılan özel hareket üzerinde durulmağa fazla ihtiyaç duyulmamış, süjelerin aktif veya pasif durumlarının belirtilmesi ile yetinilmiştir.⁷⁶⁶

Kamu Hukukunda ise görev dikkatleri üstüne çekmiş ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Kamu görevinin 1) Memur görevi (âmme vazifesi), 2) Hizmetli görevi (âmme hizmeti) diye ikiye ayrıldığı vardır.⁷⁶⁷ Bunlara memur veya hizmetli olmadığı halde kendilerine kamu görevi verilen özel kişilerin yaptıklarını (meselâ seçmenin oy vermesini, tanığın beyanda bulunmasını) da eklemek gerekir. Bu sonunculara *ferdin kamu görevi* diyeceğiz.

Görev bazen bir hareketten, bazen hareketler topluluğundan ibaret olur. Hâkimin arama kararı vermesi birinciye, yargılama yapması, ikinciye misaldir. Böyle toplu hareketlerin görev olarak düzenlenmesi halinde aktif veya pasif süjelerden yalnız birini göstermek gerekir, zira birden fazla ilişki birlikte düzenlenmektedir. Süjelerin ancak biri ayındır ve ancak o belirtilebilir. Meselâ aktif veya pasif süje olabilen hâkimin yargılama yetkisi denildiğinde, iki şey belirtilir: 1) Hâkim aktif süjedir, 2) Görevi uyuşmazlıkları çözüp atmak yani yargılamaktır. Bu faaliyetlerin gerektirdiği ilişkilerin değişebilen öteki süjeleri ise belirtilmemiştir.

Görev (yani yapılan hareket), yapan süje bakımından gösterilir, çünkü onun hareketi düzenlenmektedir. Ancak bu süjenin daima aktif olduğu sanılmamalıdır. Süjeye o hareket için sadece erk değil, ödev de verilmektedir (No. 137). Onun içindir ki görevi bir madalyaya ve erk ile ödevi bu madalyanın iki yüzüne benzetebiliriz.

136. SÜJELERİN ERK VE ÖDEVİ.

I. Erk.

Genel ve mücerret bir kavram olan *hukuk ilişkisinde* aktif süjelik durumu bir erke sahip olmak şeklinde tecelli eder. Pasif süjelik ise, bir ödevi olmak şeklinde ifade edilir.⁷⁶⁸

Erk (iktidar, *pouvoir*, *potere*) ve *ödev* (vazife, *devoir*, *dovere*) olumlu veya olumsuz olabilir.⁷⁶⁹ Biz, çok defa, işi basitleştirmek için, erklerin hepsi olumluymuş, ödevlerin hepsi menfiymiş gibi bir ifade kullanacağız. Meselâ yapmak erki, yapmamak ödevi diyeceğiz.

II. Hak.

Erklerin hepsine ilk zamanları hak deniliyordu. Hukuk insanlar arasındaki ilişkileri tek tek düzenlemek imkânsızlığı karşısında onları tipler halinde mücerret bir şekilde düzenlemek yolunu tutmuş ve kuvvetlinin değil, haklının sözü geçmesi için kimin hangi hareketi yapabileceğini hak dağıtmak suretiyle göstermiştir. Meselâ hakkı olan tarlayı sürecek, hakkı olan tahta çıkacaktır.

⁷⁶⁵ “*Fonction*” karşılığı olarak “görev” yerine çok defa, âmme vazifesi tâbirinde olduğu gibi “vazife” de denilmektedir. Vazife ise “*devoir* = ödev” karşılığıdır, yani sübjektif durumu ifade etmektedir. Aynı kelimenin hem sübjektif hem de objektif kavramı ifade etmesi karışıklıklara yol açtığından, sadece birincisine görev, ikincisine ödev (veya vazife) denilmelidir.

⁷⁶⁶ Mekanik veya fizyolojik “*fonction*” teriminde, belirli ve devamlı hareketler söz konusudur. Fertler arasındaki ilişkilerin objesi olan hareketlerde ise belirlilik ve devamlılık yoktur. Bu da Özel Hukukta “*fonction*”dan bahsedilmemesine yol açmış olabilir.

⁷⁶⁷ Meselâ Mülga Ceza Kanunumuz, İtalyan Ceza ve İdare Hukuklarının tesiri ile, âmme vazifesi - âmme hizmeti ayrımı yapmakta idi (TCK 279). İdare Hukukumuz ise bu ayrımı yapmamakta ve hattâ hepsine birden, kamu görevi yerine, Fransızların tesiriyle, kamu hizmeti (*service public*) demektedir (*Onar*: I, 13, II, 1202).

⁷⁶⁸ *Manzini*, I, 83; *Ranieri*, 161.

⁷⁶⁹ Meselâ sanığın kendisini müdafaa erki müspet, cevap vermeme erki menfî, duruşmada hazır bulunma ödevi müspet, disiplini bozmama ödevi menfidir.

Kimin haklı olduğu da meselâ zilyetlikle veya sırada başta gelmekle anlaşılacaktır. Zamanla haklar çoğaldı, aralarında farklar görüldü ve farklara göre kategoriler yani hak çeşitleri kabul edildi. Hak terimi bu çeşitlerden birinin, yani Özel Hukuktakinin adı oldu. Diğer Hukuk dallarında yetki için ihtiyar, iktidar gibi çeşitli adlar kullanıldı. Hak kelimesi bugün dar manada kullanılınca genel olana başka bir isim vermek gerekmektedir. Onun için biz genel olana *erk* demekteyiz. Ödev de ilk zamanlar hakkı olmamaktan ibaretti. Tarla benim değilse, sürmeğe hakkım yoktur, yani sürmemekle ödevli idim. Zamanla ödevler de arttı ve kategorilere ayrıldı.

Bugün Hukukun çeşitli dallarına göre dilimizde hatta yabancı dillerde hak, yetki (selâhiyet), erk (iktidar), borç (vecibe), mecburiyet, yüküm (teklif), yükümlülük (mükellefiyet), yük (kulfet), ödev (vazife), ihtiyar, takdir ve keyf (keyfilik) gibi çeşitli tâbirler kullanılmaktadır. Bunları bir sisteme bağlamağa çalışacağız.

III. Özgürlük.

İnsanların hareketleri çok çeşitli olduğundan, hukuk ilişkilerinin düzenlenmesinde bunların teker teker belirtilmesi imkânsızdır. Bunun içindir ki az olanları açıkça göstermek, çok olanları da dolaylı olarak belirtmek yolu tutulmuştur.

1) Bazen bir kişinin ödevli olduğu hareketler açıkça gösterilir. Bunlar dışında kalanlar bakımından o kişinin erkli olduğu kabul edilir. Gösterilen ödevler dışında kaldığı için, dolaylı olarak, gösterilmiş sayılan bu erklerin bütününe *özgürlük* (hürriyet, serbestî, *liberté*) denilir.⁷⁷⁰ Ödev istisnayı, erk kaideyi teşkil ettiğinden ödevler gösterilir ve yapmakta serbest yani hür olduğumuz hareketler birer birer gösterilmez. Bu hareketlerin, *basın hürriyeti - seyahat hürriyeti* tabirlerinde olduğu gibi, gruplar halinde ifade edildiği vardır. Kamu hukukundaki hürriyetlere *kamu hürriyetleri* denilmektedir.

2) Bazen bir kişinin erkli olduğu hareketler açıkça gösterilir. Bunlar dışındaki hareketler erksiz sahayı meydana getirir. Kamu Hukukunun düzenlenmesinde kaide olarak bu yol tutulur. Kişi, erkli olmadığı hareketleri yapmamakla ödevlidir. Bu ödevler böylece dolaylı olarak gösterilmiş olmaktadır. Burada ödev kaideyi, erk istisnayı teşkil eder. Erkli hareketlerin gruplar halinde ifade edildiği vardır. Meselâ “mülkiyet hakkı”; kullanma, satma, kiraya verme gibi birçok hareketleri kapsamaktadır.

IV. Erk ve ödev.

Gerek ödevin gerek erkin açıkça gösterildiği hallerde o kişinin sadece ödev veya erki olduğu sanılmamalı ve aynı görev madalyasının bir yüzünün erk, bir yüzünün ödev olduğu unutulmamalıdır (No. 137).

V. Ödev ve yetki.

Biz, muhakeme hukukundaki sùjelerin durumunu açıklarken kaide olarak, yani çeşidi açıklama ihtiyacını duymadıkça, Kamu Hukukundaki ödev ve yetki genel tabirlerini kullanacağız.

VI. Hakların bildirilmesi.

Her sùje kanunları bilmeyebilir. Bu yüzden, erklerini kullanmaktan yoksun kalması veya ödevlerini yapmadığı için, müeyyideye çarptırılması mümkündür. Bu kötü sonuçları önlemek için, erk ve ödevleri gerektiğince kendilerine hatırlatılmalı ve bu “hatırlatma”⁷⁷¹ kanunlarda yer almalıdır. *Haklarını öğrenme hakkı*, 2001 yılında *Anayasal Hak* olmuştur (AY “2001-4709” 40/2). 1992’den bu yana, ifade almada sanığa susma hakkı ve müdafiden yararlanma hakkı hatırlatılma mecburiyeti vardır (CMK 147).

⁷⁷⁰ Tek başına yaşayan insan, elbet özgürdür, keyfine göre hareket eder, istediğini yapar, istemediğini yapmaz. Tabii, şartların irade üzerindeki tesiri konumuz dışındadır. Ortaya toplum çıkınca, bazı hareketlerin yapılmasının, bazılarının da yapılmamasının mecburî kılınması gerekmiştir. Bu sonuçlara “yasak” denilmesi; yasaların ilk önce özgürlüğü sınırlama ile işe başladığını göstermektedir. Yasakların büyük çoğunluğu müspet hareketler bakımındandır. Fakat özellikle gelişme ile, otelcinin “defter tutmayı canım istemiyor, tutamayacağım” diyememesi gibi, menfi hareketler bakımından da yasaklar kabul edilmiştir.

⁷⁷¹ Hatırlatma, sorgu bakımından söz konusu olduğunda, iradeye tesir imkânına göre “ikaz” ve “ihtar” diye ikiye ayrılmaktadır (*Cihan*: Ceza Muhakemesi Hukukunda ikaz, ihtar, hukuka aykırı vaat ile telkin kavramları, İHFM, 70, 128).

137. ERKLERİN VE ÖDEVLERİN ÇEŞİTLERİ.

I. Yetki.

Açıkça gösterilen erklere Özel Hukukta hak, Kamu Hukukunda *yetki* (selâhiyet) adı verilir. Kamu Hukukunda da meselâ şikâyet hakkı, seçme ve seçilme hakkı tabirlerinde olduğu gibi hak kelimesine rastlanmaktadır.

Bunun çeşitli sebepleri vardır. Birincisi, eski alışkanlıkla ve hukuk ilişkisi genel teorisinin henüz tam yapılmamış olması yüzünden ayırımı önem verilmemesi, ikincisi yapılan görevin kamusal niteliğinin gözden kaçması, üçüncüsü de insan hakları tabirinde olduğu gibi, bu erkin kişiden kanunla dahi alınmayacağı belirtilmek istenilmesidir. Bunlara, vazgeçme imkânının belirtilmesi amacı da eklenmelidir (No. 137 IV).

Hak⁷⁷² ile yetki arasındaki fark, karşılığında aynı süjeye verilen ödev bakımındandır. Kişiler kendilerine yapma hakkı tanınan bir hareketi yapıp yapmamakta büyük bir serbestliğe (= özgürlüğe) sahiptirler. Hakkını kullanıp kullanmamak, süjenin ona lüzum olup olmadığına takdirine, yani serbestçe değerlendirmesine kalmıştır. Bu bakımdan hak Kamu Hukukundaki muhayyer olmaklık mânâsına gelen *ihtiyara* benzer. Fakat ihtiyarda süje çok daha sınırlı bir özgürlüğe sahiptir. İki veya daha fazla, ama sınırlı sayıda hareketlerden birini seçmede muhayyerdur. Özel hukuktaki hakkını kullanma lüzumu bakımından süjenin değerlendirme serbestliği ise daha fazladır. Bu fazlalık sınırsız değildir, yani süjenin keyfine bırakılmamıştır. Diğer söyleyişle *keyfilik* (*artibitnaire*) söz konusu değildir. Ancak sınır da tektir ve o da *kötüye kullanmamaktır*. Şu hâlde hakkı; *kötüye kullanmama ödevi ile birlikte bulunan erk* diye tarif edebiliriz. Bir diğer söyleyişle, özel görevin bir yüzü kötüye kullanmamak ödevi, diğer yüzü haktır.

Kamu Hukukunda yetkiler çeşitlere ayrılabilir. Fakat bunların yine bir çeşit yetki olduğu unutulmamalıdır. Meselâ mahkemelerin madde itibariyle yetkisi bir yetkidir, görev değildir (No. 135).

II. Mecburi yetki.

Kamu Hukukunda yetkiler, süjeye lüzum şartını tayin yetkisi bırakıp bırakmadıklarına göre, mecburî yetki ve ihtiyarî yetki diye ikiye ayrılır. Bunlara kısaca mecburiyet de ihtiyarî yetki de denilir.

Kanuni de denilen *mecburî yetki*, diğer yüzünde *mecburiyet* (*obligo*) de denilen mecburî ödev bulunan kamu görevi madalyasının yetki yüzünün adıdır. Süje yetkili olduğu hareketi yapmağa mecburdur. Kanun bir taraftan yetki vermiş, bir taraftan da elini kolunu bağlamış, onu harekette serbest bırakmamıştır. Meselâ hâkime yargılama yetkisi verilmiştir. Bu mecburî bir yetkidir, yani hâkim yargılama yapmaya mecburdur. Mecburiyet, zaruret demek olmadığı gibi (No. 137 I), emredicilikten de farklıdır ve ihtiyarî olmamağı, yani şu veya bu hareketin lüzumunu değerlendirme yetkisinin süjeye verilmediğini ifade eder. Süjeye yetki ancak belirtilmiş hareketler bakımından belirtilmiş şartlarla verilmiştir.

İhtiyarî yetki ise, diğer yüzünde ihtiyarî ödev bulunan kamusal görev madalyasının yetki yüzünün adıdır. Bir diğer söyleyişle görevlinin ihtiyarî yetkisine karşılık ihtiyarî ödevi de vardır.⁷⁷³ İhtiyarî yetki veya kısaca ihtiyar (*faculté, facultà*) en az iki seçenek arasında serbest olmaktır⁷⁷⁴, yani sadece kendisinin görebileceği lüzuma göre onlardan birini seçebilmektir. İhtiyarî yetki, mecburî yetkinin eksiklerini tamamlar. Gerçekten, mecburîlik Yazılı Hukuk anlayışına uygunsuz da yetersizdir. Bir kere, kanun Hukuk demek değildir (No. 301). Hâkimi kanunla bağlamak, Yazılı Olmayan Hukuku nazara alabilmesini güçleştirir. Diğer taraftan, bir süjenin yetkili olacağı hareketleri veya o hareketin yapılması

⁷⁷² Türkçede hak ve hukuk diye iki ayrı terim bulunduğundan, böyle ayrı terimleri olmayan dillerde farkı belirtmek için kullanılan sübjektif ve objektif sıfatlarının dilimizde kullanılmasına lüzum yoktur. Bu itibarla *droit objektifin* Türkçesi de objektif hak değil, Hukuk'tur.

⁷⁷³ İtalyan doktrininin çok defa ihtiyarî erkin, mecburiyeti ise ödevin bir çeşidi olarak birbirine zıt şeylermiş gibi göstermesinin sebebi, bizce, madalyanın öteki yüzünün gözden kaçırılması, birinde bir yüze, diğerinde öteki yüze bakılmasıdır.

⁷⁷⁴ İslâm hukukunda ihtiyarın seçimlik hareketlerinden birini seçmek hakkı kadar, sonucuna razı olmadığı da ifade edip etmediği tartışılmış ve bu yüzden kâmil ihtiyar - nakıs ihtiyar ayrımını yapanlar olmuştur (*Ebu Zehra*, 346). Biz ihtiyar ile rızayı (razı olmağı) ayırmamadan yanayız. Meselâ ya canımı, ya malımı tehdidi altında malımı vermiş olan kişinin ihtiyarî ile hareket ettiği söylenememelidir.

için aranacak şartları kanun koyucunun önceden kestirebilmesi her zaman mümkün değildir. Böyle hallerde kanun süjeye belli bakımlardan nispi bir hareket serbestliği tanımak zorundadır.⁷⁷⁵

III. İhtiyari yetki.

Kamu hukukunda yetkiler ve karşılığı olan ödevler dilimizde bazen kısaca *yapar, verir, alır* bazen da *yapabilir, verebilir, alabilir* biçiminde gösterilir.

Meselâ *yapar* denildiğinde, mecburî ödev ve karşılığındaki mecburî yetki ifade edilmiştir. Burada mecburî ödev ağır bastığından, bu formül, kısaca *mecburiyet* denilen mecburî ödevi göstermede kullanılır. Yani kanun yapar dediğinde süjenin yapmağa mecbur olduğu anlaşılır. Fakat bu mecburî ödevin karşılığında mecburî yetki bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Kanunda *yapabilir* denildiğinde, bazen ihtiyarî yetki ve dolayısı ile karşısındaki ihtiyarî ödev bazen da mecburî yetki ve karşılığındaki mecburî ödev ifade edilir. Bu çifte anlamlılık, çok defa yanlış yorumlara sebep olur.⁷⁷⁶ Yanılmamak için bakılmalıdır: Eğer *yapabilirden* maksat *başkası yapamaz, ancak o süje yapabilir* veya *o süje başka sebeplerle yapamaz, ancak gösterilen sebeplerle yapabilir* ise, söz konusu olan, *mecburî yetki* ve dolayısı ile *mecburî ödevdir*. Burada yetki tarafı ağır basar görüldüğünden, sadece yetki ve (daha üst kavram olarak, erk) söz konusu olduğu söylenmektedir.⁷⁷⁷

Buna karşılık maksat *lüzum görürse yapar, görmezse yapmaz* demek ise, o zaman ihtiyarî yetki ve dolayısı ile ihtiyari ödev söz konusudur. Burada bazılarında göre yetki, bazılarında göre de ödev tarafı ağır basar görüldüğünden ihtiyarî ödev mi, yetki mi olduğu tartışılmış durmuştur.

İhtiyarî yetki vermenin çeşitleri vardır:

a) Ya kanun *verilebilir, yapılabilir* gibi ihtiyarî yetki verdiğini gösteren bir formül kullanır. Bu ihtiyari yetkideki lüzum şartının hangi bakımdan ve nasıl aranacağını gösterilmemesidir. Süje, müşahhas olayda, her seferinde, kanunî şartlar gerçekleşmiş olsa bile, ihtiyarî yetki dolayısı ile, lüzumu arayacak, lüzum görürse yapacak, görmezse yapmayacaktır. Burada seçenekler vermek ve vermemek, yapmak ve yapmamak olarak ikidir. Meselâ tutuklamada hâkim şu ve şu şartlarla tutuklayabilir denilmişse, hâkim lüzumlu görürse tutuklama kararı verecek, görmezse vermeyecektir.

b) Kanun yapılacak işlemleri, hareketleri veya şartları sayarken aralarına “veya” kelimesini koymakla da ihtiyarî yetki verdiğini gösterir. Meselâ bir suçta “hapis veya para cezası” denmişse bundan hapis ve para cezası seçeneklerinden birini hâkimin müşahhas olayda göreceği lüzümüne göre seçeceği anlaşılır. Burada yetki belli bir noktada fakat sınırsız verilmiştir. Seçenekler en az ikidir. Hapis cezasının para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesinde olduğu gibi (TCK 50), kanunda açıkça gösterilmek şartıyla daha fazla da olabilir. Bu durumlarda hepsinin bir arada olamayacağı açıksa veya demeye bile ihtiyaç duyulmaz.

c) Süjeye aşağı ve yukarı hadler gösterilerek sayısı pek çok seçenek arasından seçim yapma yetkisinin verildiği de vardır. Meselâ suçluya 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası verilir, denilir. Bunun anlamı, *ben tam ne ceza verileceğini kestiremiyorum. Sen müşahhas olayda göreceğin lüzuma göre aşağı ve yukarı hadler arasında bir ceza seçtir*.⁷⁷⁸ Böylece 1 yıl 365 gün olduğuna göre 4 yıldaki 1460

⁷⁷⁵ *Carnelutti* (Lezioni, II, 126) hâkimin yargılama görevini yapmada, yani yetkilerini kullanmada bağlı bulunduğunu ve bu bağlılığın mutlak veya nisbî olduğunu söylemekte ve nisbî bağlılıkta hâkimin tamamen serbest olmamakla beraber mutlak bağlılığa nazaran daha serbest olduğunu ilâve etmektedir.

⁷⁷⁶ Meselâ Anayasa Mahkemesi mecburî yetki gösteren bir tâbiri ihtiyarî yetki diye kabul etmiş. Yargıtay da ihtiyarî ödevi gösteren *yaptırabilire, yaptırılmadır* gibi mecburî ödev gösteren bir mânâ vermiştir (İçBK (Hukuk): 20/1/69 RKD 69 I/2 1).

⁷⁷⁷ Biz de herkes gibi ilk yedi basıda bu yolu tutmuştuk. Konu üzerinde düşündükçe, isabetsizliği gördük ve erk ve ödevi açıklamada kullandığımız iki yüzü olan madalya örneğine ters düşmemek için 8’inci basıda bu yoldan ayrıldık.

⁷⁷⁸ Bu vesile ile hatırlatalım ki, hafifletici sebepler arasında kanunun gösterdiklerinin yanında hâkimin serbest değerlendirmesine bırakılanlar, bizde alışlagelmiş tabirle *takdir*” olanlar varsa da, takdirî ağırlatıcı sebep diye bir kavram ceza hukukunda mevcut değildir. Bu nedenle, aksine çok yaygın görüğe rağmen, aşağı haddin üstüne çıkmak, hâkimin takdir hakkını kullanarak cezayı ağırlatması (eski tâbirle, teşdid etmesi) demek değildir. İki had arasındaki cezaların hepsini kanun temel-ceza olarak göstermiştir. Bunlardan birini vermek, maddede gösterilen kanunî cezayı vermektir. Bu noktanın gerekçesi olarak, sabit cezalarda olduğu gibi, maddeyi göstermek yetecektir.

seçenekten birini seçme yetkisi verilmiş olmaktadır.⁷⁷⁹ Burada yetki belli bir noktada ve yine sınırsız olarak verilmiştir.

ç) İhtiyarî yetkinin belli bir noktada ve sınırlı olarak verildiğine de rastlanmaktadır. Kanun belli bir işlemin yapılması için aradığı şartlardan bir tanesinde tereddüt eder. Bu tereddütün nasıl yenileceğini yani lüzum şartının hangi noktada ve nasıl aranacağını da kendisi açıklar.⁷⁸⁰ Meselâ cezanın ertelenmesi kararın verilmesi için mahkûmun yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemenin kanaat getirilmesini ister (TCK 51). İhtiyar sadece bu noktadadır ve sınırlıdır. Hâkim, diğer kanunî şartlar gerçekleştikten sonra müşahhas olayda buna kanaat getirirse cezayı erteleyecek, getirmezse ertelemeyecektir. Burada da hâkim iki seçenektan birini seçecektir.

Sınırlı veya sınırsız olsun, her iki halde de lüzum şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini hâkim serbestçe seçecektir. Bu bir değerlendirmedir. Onun için bu yetkiye *serbest değerlendirme* diyoruz. Buna genellikle takdir yetkisi denilmektedir. Bu takdir yetkisi, gerekçe gösterip göstermemek bakımından farklı olabilir. Gerekçe gösterilmeyebileceks e o zaman tam serbestlikten veya tam takdirden söz edebilir. (No. 137 IV)

Somut olaydaki lüzuma çok defa *maslahata uygunluk* veya kamu yararına uygunluk denilir. *İhtiyari sistem* yerine bazen *maslahata uygunluk sistemi* denilmesinin sebebi de budur (No. 103).

İhtiyarî yetki süjeye hem hukukî hem maddî bakımdan tanınmıştır. Gerçekten lüzum şartı, bir hukukî değer hükmüdür. Ve bu da bütün hukukî değer hükümlerinde olduğu gibi sadece norm meselesi olmayıp daha önce maddî durumun tespitini gerektirir. Görülüyor ki süje önce maddî bir değerlendirme yapacak sonra ihtiyarî yetkisini kullanmak üzere lüzum şartını araştıracaktır. Eğer yetkiyi veren norm bu şartın hangi noktada ve nasıl araştırılacağını göstermemişse, diğer Hukuk kaynaklarına ve özellikle “Yazılı Olmayan Hukuka başvurarak tayin edecektir.”⁷⁸¹ İhtiyarîliğin kabulü, süjenin yetkisinin bu hususta kanunla değil⁷⁸², Hukukla sınırlandırıldığının açıklanması demektir. Meselâ aşağı ve yukarı sınırlar arasında temel cezayı tayin ederken hâkim sınırsız şekilde serbest değildir. Bu müessese cezanın bireyselleştirilmesi (TCK 61) gayesi ile kabul edildiğinden Hukuk bu yetkiyi bu gaye ile sınırlamış demektir. İhtiyarî yetkide o hareketin yapılması lüzumunun değerlendirilmesi süjeye terkedilmişse de süje büsbütün serbest bırakılmamıştır. Bir diğer söyleyişle, keyfilik yani sınırsız değerlendirme söz konusu değildir. Süje lüzum şartını aramakla ödevlidir. Bu ödev, kötüye kullanmamak ödevinden farklıdır ve sınırlama burada daha fazladır. Onun için, lüzum şartını arama yetkisine “hak” denilmemekte, ihtiyarî yetki veya kısaca ihtiyar adı verilmektedir.

IV. Yetkinin denetlenmesi.

Yetkiler, Yargıtay gibi öğrenme yargılaması yapamadığı için maddî denetim yapamayıp sadece hukukî denetim yapan kanun yolu makamlarında (No. 526) denetlenebilir denetlenemediklerine göre: 1) *Bağlı değerlendirme yetkisi*, 2) *Serbest değerlendirme yetkisi* diye ikiye ayrılırlar. Bunlara kısaca *bağlı yetkiler* ve *serbest yetkiler* de diyebiliriz. Bağlı yetkiler hukukî değerlendirme bakımından denetlenebilen yetkilere, Serbest yetkiler ise, denetlenemeyenlerdir. Mecburî yetkilerin hepsi hukukî bakımdan denetlenebildiği için bağlı yetkiler oldukları halde, ihtiyarî yetkilerin bir kısmı denetlenemez, yani serbest yetkilere.

Süjeler ve bu arada hâkimler birçok bakımlardan değerlendirme yaparlar, yani değer biçerler, bir diğer söyleyişle değer hükmü verirler. Her yetki süjeye bir değerlendirme yetkisi verir. Fakat bu da asıl

⁷⁷⁹ Bu hesabın fazla pratik olmadığı haklı olarak söylenebilecektir. Nitekim İngiltere’deki uygulamalarda, meselâ 4 yılı az bulan hâkimin 4 yıl 1 gün veya 4,5 yıl değil, 5 yıl ceza verdiği, 5 yılı fazla bulan istinaf mahkemesinin bunu 4 yıla indirdiği, 2 yılı az bulanın 18 aya hükmettiği, ceza 6-18 ay arasında gösterilmişse 6, 9, 12, 15 ve 18 ay olarak cezaya hükmolunduğu, 18 ay ile 3 yıl arasında gösterilen cezanın da 18, 24, 30 ve 36 ay olarak verildiği gibi ilginç gözlemler yapılmıştır (Pease: Show me a five month sentence? Prison Service Journal. April 1984, p. 5).

⁷⁸⁰ 7 nci basıya kadar lüzum şartının kanunda açıklanmadığını söylüyorduk. İhtiyarîlik konusunda sistem kurma çalışmamız, belli bir noktaya ilişkin olmak üzere lüzumun kanunda açıklanabileceğini gösterdiğinden 8 nci basıda gerekli değişikliği yaptık.

⁷⁸¹ Medenî Kanununun 1’nci maddesinin göstermek istediği budur. Bu hüküm, elbet, Medenî Hukuka münhasır değildir.

⁷⁸² Kanunî şartlar varsa hâkim mecburdur demek (1. CD 8/4/69 İKİD 69, 7771), mecburîlik mânâsına gelir ve süjenin kendisine mecburiyet yükleyen kanunların dışına çıkabilmesi için kabul edilmiş olan ihtiyarîlikle bağdaşamaz.

yetki gibi, ihtiyarî veya mecburî olabilir.⁷⁸³ Meselâ hâkim olayın hukuk tiplerinden hangisine girdiğini tespit eder. Bu bir hukukî değerlendirmedir (No. 296) ve mecburîdir. Keza normların vasıta olarak kullanılabilirliği konusunda da hâkimler değer hükmü verirler (No. 312). Bu da hukukî değerlendirmenin bir çeşididir ve ihtiyarî değildir. Sûjeler maddî mesele bakımından da yâni sübut konusunda da bir değer hükmü verirler. Belli bir olayı sabit görürler veya görmezler. Bunlar da delillerin değerlendirilmesi sonucu olduklarından birer değer hükmüdür. Bu da meselâ hâkim için mecburîdir.

İhtiyarî değerlendirmeler de vardır. Lüzum şartının olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini tâyin yetkisi demek olan ihtiyarî yetki hem hukukî, hem maddî değerlendirmeyi gerektirir. Meselâ seçimlik iki cezadan birini seçmek ihtiyarı verildiği zaman hâkim önce suçlunun şahsiyetini tespit edecektir. Bu maddî bir değerlendirmedir. Sonra ona uygun cezayı seçecektir. Bu da hukukî bir değerlendirmedir. Hâkim kanunun göstermediği bir cezayı seçemez. Kanunun gösterdiklerinden birini de kanunun gayesine göre seçecektir.

Hukukun gelişmesi, ihtiyarî olsun mecburî olsun, yapılan değerlendirmelerin denetimi yönünde olmuştur. İlkel toplumlarda zaten kanun yolu bile yoktur. Bir hâkim karar verdi mi, mesele çözülmüş sayılır. Denetimin kabulü bir gelişmenin ifadesidir. Maddî değerlendirme yetkisini haiz bir ikinci makamın kontrolü, meselâ Muhakeme Hukukunda, istinaf kurumunu (No. 522) yaratmıştır. Alman ve Türk Muhakeme Hukukunda istinaf da dar mânâda istinaf ve itiraz diye ikiye ayrılmıştır. Fakat gelişme, daha çok, imkânı daha fazla olan hukukî değerlendirme bakımındadır. Meselâ Yargıtay'ın medenî ve cezaî muhakemede denetimi sadece hukukî değerlendirme bakımından kabul edilmiştir. Bugün idarenin yargılama kontrolü denince akla gelen Danıştay'ın kontrolü de bu bakımındadır. Sadece hukukî bakımdan denetim kurumları kabul edildikten sonra, bunlarda *öğrenme muhakemesi* (No. 459) de denilen kovuşturma yapılmadığından, değerlendirme yetkileri, bu kurumlarca denetleme imkânı bulunup bulunmamasına göre, ikiye ayrılmış ve denetlenemeyenlere serbest değerlendirme (*libre appréciation, libero apprezzamento, libera valutazione*) denilmiştir.

Gelişme, serbest değerlendirmede de kendisini göstermiştir. Zamanla birçok noktaların denetlenebileceği görülmüş ve serbest değerlendirme yetkilerinin eski sahaları daralmıştır (No. 526). Meselâ yetkinin sınırları içinde kalınmış olup olmaması, bu sınırları Hukuk çizdiğine göre hukukî meseledir. Hattâ ihtiyarî yetkiye dayanılarak yapılan değerlendirmelerde de ihtiyarî yetki keyfilik demek olmayıp lüzum şartını arama ödevi bulunduğundan ve bunun için de kanundan başka Hukuk kaynaklarına başvurma gerektiğinden, ihtiyarî yetkiye dayanılarak yapılan işlemin hukuk düzeni mânâsındaki *Hukuka* uygun bir diğer söyleyişle *haklı* (No. 297) olması gerekir. Bu hukuka uygunluk, çok defa, kurumun gayesine uygunlukla anlaşılır.⁷⁸⁴

V. Gerekçe.

Serbest değerlendirme yetkileri de gerekçesiz olabilir olamayacaklarına göre: 1) *Tam serbest değerlendirme yetkisi*⁷⁸⁵ ve 2) *Sınırlı serbest değerlendirme yetkisi* diye ikiye ayrılır. Birincilere geniş serbest değerlendirme yetkisi denilebilir. Bizde serbest değerlendirme yetkisine *takdir yetkisi* denildiğinden, geniş serbest değerlendirme yetkisi yerine *geniş takdir yetkisi* denildiği vardır.⁷⁸⁶

⁷⁸³ “İhtiyarına bırakılmıştır” yerine “takdirine bırakılmıştır” demek hatalıdır. Çünkü ihtiyar başka şey, takdir başka şeydir.

⁷⁸⁴ Anayasa Mahkemesi de idarenin ihtiyarî yetkisini müessesenin gayesinin sınırladığını kabul etmiştir (5/7/63 RG 4/11/63). İdare Hukukunda, *maksat bakımından sınırlama* ile kastedilen de budur (*Onar*, I, 434).

⁷⁸⁵ Meselâ Ceza Genel Kurulunun, 6/7/76 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında belirtilen 9/2/76 tarihli kararında *özellikleri gerekçe gösterilmesine yer bırakmayan kararlardan*, 27/10/75 tarihli 263/267 numaralı kararında da *hâkimin tamamen serbest olmasından söz edilmektedir ki bizim “tam serbest yetki” terimi ile ifade etmek istediğimiz de budur. Yabancı dillerde serbest değerlendirme yetkisine (pouvoir d’appréciation libre, “potere di libero apprezzamento); tam serbest yetkiye de değişik bir kelime kullanarak pouvoir discrétionnaire diyenler vardır (Meselâ Marty, 288). Buna karşılık, farklı kelime kullanmayanlar, tam serbest değerlendirme karşılığı olarak, bizim takdir veya serbest değerlendirmenin baş tarafına tam sıfatını eklediğimiz gibi, hakikî anlamına gelen bir sıfat ekliyerek (vrai pouvoir d’appréciation libre) demek zorunda kalmışlardır (Meselâ Deschenaux, 50).*

⁷⁸⁶ Serbest değerlendirme yetkisi yerine dilimizde, *takdire*n tâbirinde de görüldüğü gibi, takdir yetkisi veya kısaca takdir denilmesi çok yaygın olduğundan, 8’nci basıda onu da muhafaza etmeği tercih ettik. Ancak takdir terimi böylece serbest değerlendirme karşılığı kullanılınca, değer biçme, değer hükmü verme veya kısaca değerlendirme mânâlarında artık kullanılmamalıdır. Bu nedenle, geniş takdir yerine, Ceza Genel Kurulunun 10/3/80 tarihli kararında (*Çağlayan*, “81”, II, 819)

Gerçekten, serbest değerlendirme yetkisi ile gerekçe göstermek mecburiyeti arasında sıkı bir ilgi vardır. Jüriler gibi kuruluşu yüzünden gerekçe gösteremeyecek durumdaki yargılama organları kararlarını elbet gerekçesiz vereceklerdir. Gösterilebilecek olanlarda da gerekçe mecburiyeti bazen pratik güçlüklerle karşılaşılmasına ve değerlendirme yetkisinin kullanılmamasına da yol açabilir. Bu gibi hallerde tam gerekçe göstermekten vazgeçmek gerekir. Tam gerekçe mecburiyeti ile birlikte bulunmayan bu yetkilere *tam serbest değerlendirme* yetkisi denilebilecektir. Gerekçe sadece hukukî kontrol için faydalı olmadığından, ilgilileri tatmin etmek, keyfiliğe engel olmak faydaları da bulunduğundan, sakınca olmayan hallerde, sırf bu faydaları yüzünden serbest değerlendirme yetkilerinin tam gerekçe mecburiyeti ile birlikte kabul edilmesi mümkündür ve gelişme de bu yöndedir (No. 28).

VI. Vazgeçme.

Yetkiler, vazgeçme bakımından da ikiye ayrılır. Bazı yetkileri kullanmaktan süjenin vazgeçmesi mümkündür. Bu çeşit yetkilere Kamu Hukukunda da olsa hak denmesinin bir sebebi de budur. Kamu Hukukundaki ihtiyarî yetkilerin ve Özel Hukuktaki hakların kullanılması süjenin göreceği lüzuma bağlandığından, lüzum görülmediğinin açıklanması, vazgeçebilmenin kabul edildiği hallerde, vazgeçme mânâsına gelir ve o yetki veya hak artık kullanılamaz olur. Buna yetki veya hakkın düşmesi denir. Yetki ve hak ayrımı yapılmayan hallerde sadece “hak düşümü” de denilir.

Her hak veya yetki bakımından kabul edilmemiş olan vazgeçme, açık (sarih) veya üstü kapalı (zımnî) olur. Bir kimsenin “ben hakkımı kullanmayacağım” demesi açık vazgeçmedir. Belli bir hak ile bağdaşamayan söz ve hareketlerden o kişinin o hakkı kullanmak istemediği anlaşılabilir. Meselâ affettim diyen, henüz kullanmadığı şikâyet hakkından vazgeçmiş demektir. Vazgeçmiş sayma, yani hak düşümü, belli eylemlerin sonucu olabileceği gibi, varsa, belli bir işlem için konmuş sürenin o işlem yapılmadan geçirilmesi sonucu, yani süreye aykırılığın müeyyidesi de olabilir (No. 288).

Vazgeçme (feragat, *renonciation*), doğmuş fakat kullanılmamış, hak bakımındandır. Henüz var olmayan şeyden vazgeçilemeyeceğine göre, doğmamış haktan vazgeçilemez. Hak kullanılmış ise, kullanma sonucu yapılmış olan işlemin (meselâ şikâyetin) *gerialınması* (rücu, *retrait*, *révocation*, *revoca*) söz konusu olur. Bu nedenle vazgeçme ile gerialma karıştırılmamalıdır. Vazgeçmek, hak veya yetkiyi düşürdüğünden vazgeçilen hak artık kullanılamaz. Bir diğer söyleyişle vazgeçmeden vazgeçme olamaz. Bu kaideye: 1) Kanun yolunda süre geçirme dolayısı ile kabul edilen üstükapalı vazgeçmede, karşı tarafın aleyhte kanun yoluna gitmesi, 2) Aldatılarak, meselâ “ben şikâyet etmeyeceğim, sen de etme” denilerek hak düşürülmesi hallerinde (No. 47 IX) ek süre verilerek bir istisna tanınmalıdır.

Vazgeçme mümkün olan hallerde, kaide olarak, geri alma da kabul edilir. Fakat farklı düzenleme de mümkündür. Geri almanın geri alınması da kabul edilmemelidir, çünkü geri alma, kullanılmış olan yetkiden de vazgeçmeyi ifade eder (No. 47 VII, VIII; 512 III).

VII. Ödevlerin çeşitleri.

*Ödevlerin*⁷⁸⁷ de çeşitleri vardır. Fakat hepsinin ortak noktası, karşılığında aynı süje için aynı hareket bakımından bir erk bulunmasıdır. Yapmakla ödevli olduğumuz hareketi yapabiliriz. Ödev bize bu erki de vermektedir. Ödevler, karşılığında aynı süjeye mecburî veya ihtiyarî yetki verilmesi bakımından, *mecburî* (veya kanunî) *ödev* ve *ihtiyarî ödev* olmak üzere ikiye ayrılır.

gördüğümüz gibi, geniş değerlendirme yetkisi denilmesini isabetli bulmuyoruz. Diğer taraftan, takdir terimini, serbest değerlendirme anlamına kullandığımız sürece, değerlendirme kelimesini bir kere daha kullanıp *takdirî değerlendirme* diyemememiz gerektiğinden de şüphe edilmemelidir.

⁷⁸⁷ Bugün de birçok alanda kullanılan “yüküm” (teklif) ve ondan gelen “yükümlülük” (mükellefiyet) terimleri İslâm Hukukundan gelmez. Yüküm, şeriatın yüklediklerini ifade eder. Yani bugünkü ödev anlamına gelen bir kavramdır. Yükümlü (Mükellef) ise, kendisine ödev yüklenen kişidir yani bugünkü anlamı ile pasif süjedir. Şeriatın ödevlerle ilgili normları (Yani teklifî hükümleri) ya emreder ya ihtiyara bırakılır. Böylece “iktiza” ve “tahyir” söz konusu olur. Maliyecilerin “mukteza”larında hâlâ kullanılan “iktiza”lar da, yapmak veya yapmamak biçiminde olduklarına ve kesin olup olmamalarına (yani yapan veya yapmayanların kınanıp kınanmadıklarına) göre “vacip”, “mendup” (sünnet de denilir), “haram” ve “mekruh”u oluşturur. Hanefiler bunlara, kesin bir delil ile sabit olduğunu belirtmek üzere “farz”ı da ilâve etmişlerdir (*Ebu Zehra: İslâm Hukuku Metodolojisi* (Fıkıh Usulü), Ankara, 1978, s. 39-42).

Mecburî ödevde kısaca “mecburiyet”⁷⁸⁸ da denilir, fakat asla “zorunluluk” denilmemelidir. İhtiyarın karşıtı olan “mecburiyet” hukukî kavram olup, tabîî bir kavram olan ve karşı konulmanın maddeten imkânsızlığını ifade eden “zorunluluk” (zaruret, *nécessité*) ile karıştırılmamalıdır. “Zorunluluk” veya dilimizin güç söylenenleri kolaylaştıran yaratıcılığı gereği olarak “zorunluk”, objektiftir. Süjenin dışındadır. Tabiat kanunlarından kaynaklanır. Müeyyidesini de tabiat kanunları belirler. Dengeyi bozacak kadar eğilenin düşmesi gibi. Mecburiyet ise, süjenin ödevi olduğundan subjektiftir. Kaynağını hukuk normlarından alır. Müeyyidesini de hukuk normları gösterir. Suç işleyenin cezalandırılması gibi.

Ödevler, Özel Hukuk veya Kamu Hukuku tarafından düzenlenmiş olmalarına göre *özel ödev*⁷⁸⁹ ve *kamu ödevi* diye de ikiye ayrılır. Kamu ödevi olduğu anlaşılanlara sadece ödev demek mümkündür.⁷⁹⁰

Normların kural kısmında yer alan mecburî kamu ödevleri de müeyyideleri bakımından ikiye ayrılmaktadırlar:

1) Bazılarında mecburiyet ile emredicilik bir aradadır. Ödevde aykırılık, emre aykırılıktır. Bunun da müeyyideleri çeşitlidir: a) Bazen suç sayılır, cezayı gerektirir, b) Bazen disiplin suçu sayılır, disiplin cezası verilir, c) Bazen yapılmayan ödev zorla yaptırılır. Mecburî kamu ödevlerinin bu çeşidine boyun eğme (*soggezione*) denilir. Meselâ hükümlü cezasını çekmeğe mecburdur. Güzellikle çekmezse, zorla çektirilir, ç) Bazen yapılmayan ödev zorla yaptırılmaz, cezaî müeyyideyi de gerektirmez, süje sadece yapmamanın aleyhe sonuçlarına katlanır. Bu çeşit ödevlere yük (kulfet, *fordau*, *charge*) denilir. Meselâ medenî muhakemede isbat yükü vardır. Dâvacı iddiasını isbatla ödevlidir. Ödevini yapmazsa, dâvasını kaybeder. Hakaret dâvalarında sanık hakikati ispat etmek isterse şikâyetçi bazen müsaade etmekle ödevlidir (TCK 127). Bu da bir yüküdür. Müsaade etmezse aleyhe sonuca katlanır. Bu da hakikat ispat edilmişçesine sanığın cezadan kurtulmasıdır.

2) Bazı kamusal mecburî ödevlerde emredicilik yoktur. Sadece mecburîlik vardır. Hâkimler bakımından rastlanan bu çeşit ödevlerin yapılmaması, emre aykırılık teşkil etmez, sadece muhakeme hatası sayılır ve giderilmesi için varsa kanun yollarına gidilir.

138. CEZA MUHAKEMESİ İLİŞKİSİ.

“Muhakeme hukuku ilişkisi” yahut kısaca “muhakeme ilişkisi” meselesi çok tartışmalıdır. Biz, dersimizin ve kitabımızın sınırını aşmamak için sadece *ceza muhakemesi ilişkisi* konusunu ele alacağız.⁷⁹¹ Ancak görüşlerimiz genel oldukları ölçüde *muhakeme ilişkisine* de uygulanabileceklerdir.

Ceza muhakemesi ilişkisi hakkındaki teoriler çok çeşitlidir. Bunları birer birer ele almayacağız. Kendi görüşümüzü izah ederken, sırası geldikçe, başkalarının fikirlerini de belirtmeğe çalışacağız.

Kanaatimizce ceza muhakemesi bileşik (mürekkep) ve gelişik (müterakki) de olsa, bir tek ilişki değildir. Gerçi bugün genellikle kabul edilen tek ilişki görüşüdür.⁷⁹² Bizce, ceza muhakemesi, bir tek ilişki değil, müteaddit ilişkilerden oluşan bir bütündür. Ceza muhakemesi, çeşitli ve birden fazla hukuk ilişkilerinden oluşur⁷⁹³ ve Ceza Muhakemesi Hukuku da bu ilişkileri düzenler. Çeşitli ilişkilerin ortak noktalarının bir tek muhakeme ilişkisi kavramında toplanması mümkündür. Nitekim çeşitli suçların veya akitlerin ortak noktaları bir tek mücerret “suç” veya “akit” kavramında toplanmakta ve böylece bir suç nazariyesi, bir akit nazariyesi kurulabilmektedir. Bunun gibi çeşitli hukukî ilişkilerin sentezi olarak muhakeme ilişkisi nazariyesi de kurulabilir. Nitekim biz de incelemelerimizi bu yönden yapacağız.

⁷⁸⁸ Anayasada mecburiyet (*obligation*) karşılığı “yükümlülük” (mükellefiyet) denilmiştir (AY 15). İslâm hukukundan dilimize gelen ve kamu hukukunda, askerlik mükellefiyetinde olduğu gibi, kullanılagelen yükümlülük terimini, mecburiyet anlamına kullanmamız mümkün. Mecburiyet yerine zorunluluk demekten de bizi kurtaracağı için çok da iyi olur. Mecbur yerine de yükümlü deriz. Fakat mecburî (*obligatorie*) sıfatını nasıl Türkçeleştireceğiz? Bu soruya uygun cevap buluncaya kadar mecburiyet ve mecburî terimlerini kullanmağa devam etmeliyiz.

⁷⁸⁹ Özel ödevde, *Borçlar Kanunu*'nda olduğu gibi “borç” (*obligation*) denildiği vardır. Fakat “borç” paralırlara ayrılıp diğerlerine “vecibe” de denilmektedir.

⁷⁹⁰ Meselâ “Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu” Türkçeleştirilirken “Polisin Ödev ve Yetkileri Kanunu” denilmelidir.

⁷⁹¹ *Erem* (n. 8) bizim muhakeme dediğimize dâva dediğinden muhakeme ilişkisi yerine dâva münasebeti demektedir.

⁷⁹² *De Marsico*, 29; *Falchi*, 313; *Leone*, I, 230; *Manzini*, I, 84; *Ranieri*, 162; *Sabatini*, I, 50; *Vannini*, 10.

⁷⁹³ *Carnelutti*: *Lezioni*, II, 5.

Fakat ceza muhakemenin doğurduğu ilişkilerin tek olduğu iddiası ile muhakeme ilişkisinin mücerret olan tetkiki aynı şey olmamak lâzım gelir. Ceza muhakemesi ilişkilerinin bir gayeye yöneltilmiş olması da bunların bir tek ilişki olduğunu söylemeği haklı göstermemektedir.

Ceza muhakemesi ilişkisinin ne vakit başladığı da tartışmalıdır. Çoğunlukta olan görüşe göre⁷⁹⁴ bu ilişki ceza dâvasının açılması ile başlamaktadır. Ceza dâvası açılmadan önce ilişkinin bazı işlemler dolayısı ile başladığını kabul edenler de vardır.⁷⁹⁵

Kanaatimizce, bu uyuşmazlığa sebep, ceza muhakemesi ilişkisini ceza dâvası ilişkisi ile bir tutmak ve dâva açılmadan önceki *muhakemeyi* görmemektir. Gerçekten muhakeme ilişkisi, Muhakeme Hukukunun bütün sùjeleri arasındaki ilişki mânâsına alınırca, faraza şikâyetçi ile savcı arasındaki ilişkinin de muhakeme ilişkisi olduğunda tereddüt edilmeyecektir. Diğer taraftan, dâva açılması doğuma benzer. Muhakeme ilişkisi, anasının karnındaki çocuk gibi, doğumdan yani ceza dâvası açılmadan önce de vardır.

Bizce de suçun işlenmesiyle birlikte Devlet ile suç işlediği sanılan kişi arasında bir hukuk ilişkisi doğar. CMK 160 anlamında “suç işlediği” konusunda savcının bir kişi hakkında izlenimi doğduğu andan itibaren Devletin araştırma yetkileri başladığı için, bu andan itibaren adli yetkilerin kullanılabileceğini ve ceza muhakemesi hukuku ilişkisinin başladığını düşünüyoruz.

İKİNCİ BÖLÜM: YARGILANACAK CEZAI UYUŞMAZLIK

15. § GENEL OLARAK 'YARGILANACAK UYUŞMAZLIK'

139. Muhakeme ilişkisinin objesi: Yargılanacak uyuşmazlık. 140. Yargılanacak uyuşmazlığın belirtilmesi. 141. Yargılanacak uyuşmazlığın şüpheliliği. 142. Yargılanacak uyuşmazlığın somut olması. 143. Yargılanacak uyuşmazlığın sorumluluğu gerektirishi. 144. Yargılanacak uyuşmazlığın belirtilmesinin sonuçları.

139. YARGILANACAK UYUŞMAZLIK.

I. Objeye.

Mücerret *ceza muhakemesi ilişkisinin* hatta daha genel olarak, *muhakeme ilişkisinin* objesi, bir diğer söyleyişle muhakeme makinesinin gördüğü iş, yani fonksiyon anlamında görevi, bir uyuşmazlığı kolektif hüküm ile çözmektir. Bu görevin incelenmesi, çözülecek uyuşmazlığın incelenmesini gerektirdiğinden, muhakeme ilişkisinin objesinin *kolektif hükümle çözülecek uyuşmazlık* olduğunu söylemek mümkündür.

Diğer taraftan iddia ve müdafaa makamlarının hükümleri mütalâa niteliğinde olduğuna, karar niteliğindeki hükmü yargılama makamları verdiği ve uyuşmazlığı kesin, yerine getirebilir ve göz önünde tutulabilir şekilde çözen karara da yargı denildiğine göre, *kolektif hüküm ile çözülecek uyuşmazlık* yerine *yargı ile yarılabacak uyuşmazlık* veya kısaca *yargılanacak uyuşmazlık* denilebilecektir.

Yargılanacak uyuşmazlığın maddesi *uyuşmazlık*, şekli de *kolektif hüküm ile yargılamadır*. Gerçekten bir muhakemeyi diğerinden ayıran şey, madde, uyuşmazlıktır.

Buna karşılık, bütün muhakemelerde aynı olan şey, yani maddenin dış görünüşü demek olan şekil de *kolektif hüküm ile yargılamadır*. Muhakemeyi, muhakeme olmayandan ayıran da budur.

II. Dava.

⁷⁹⁴ De Marsico, 29; Manzini, I, 89; Erem, n. 8 ve 11. Tosun muhakemenin dâva açıldıktan sonra başladığını söylemekle beraber (I, II) şikâyet etmeyeceğim denilmesini muhakeme işlemi saymakla daha önce başladığını da kabul etmektedir (I, 652).

⁷⁹⁵ Leone, I, 233.

Müşahhas olayın normlar karşısındaki durumunun tespiti hususunda çıkan hukukî uyuşmazlığın yargılanmak üzere yargılama makamları önüne getirilmesine dava denilir. Böylece muhakeme dışı hukuk bakımından bir uyuşmazlık, yargılama makamları önünde davalı ile davacı arasında bir uyuşmazlık durumunu alır.

Yargılanacak uyuşmazlığa bu sebeple *dâva konusu uyuşmazlık* da diyebiliriz. Buna sadece *dâva* denildiği de vardır. Gerçekten gerek bizde gerek başka memleketlerde, uyuşmazlığın taraflarından biri olan davacının uyuşmazlığı yargılama makamı önüne getirmesi ve yargılanmasını istemesi de yargılanacak olan uyuşmazlık aynı tabirle ifade edilegelmiştir.

Bu tâbir *action*, *azione*, *Klage* olup Türkçe'de *dâva* diye karşılanmıştır. *Dava açmak* ve *davacı* sözlerinde *dâva* birinci manada, yani uyuşmazlığı hâkim önüne getirmek manasına kullanılmıştır. *Dâva sona erdi*, *dava naklolundu* sözlerinde ise yargılanacak uyuşmazlığın kastedildiği aşikârdır. *Action*, *azione* tâbirleri fazla olarak *dâva* açma yetkisi manasına da gelmektedir. Fakat Türkçe'de yetki kelimesi de kullanıldığına göre *dâva* kelimesinin dilimizde bu manada kullanıldığı söylenemez. *Dâva* kelimesinin dilimizde fazla olarak *procès*, *processo*, *Prozess* tabirlerini de ifade etmek üzere kullanıldığı vardır. Biz bu son manada, yani muhakeme sùjelerinin hepsinin karşılıklı münasebetlerinin bütünü olarak "muhakeme" demeyi ve ilk mana için de iki ayrı terim kullanmayı tercih ediyoruz. Davacının hâkimden uyuşmazlığın çözülmesini istemesine *dâva* demek ve dâvanın konusunu teşkil eden uyuşmazlığa da "yargılanacak uyuşmazlık" adını vermekte⁷⁹⁶ ve böylece *dâva* açılmasından önce de başlayabildiğini göz önünde tutarak "muhakeme ilişkisi" yerine "*dâva ilişkisi*" denilmesini isabetli bulmamaktayız.⁷⁹⁷

Yargılanacak veya yargılanmış uyuşmazlıktan ve yargıdan her söz açıldığında hemen hemen sadece dar manada ceza dâvasındaki uyuşmazlığın ve yargının göz önünde tutulması, bizi aldatmamalıdır. Ceza dâvası, asıl ceza dâvası ve talî ceza dâvası diye ikiye ayrıldığından ve asıl ceza dâvası da dar manada ceza dâvası ile emniyet tedbiri dâvasının müşterek adı olduğundan, uyuşmazlık ve yargı bu dâvalarda da söz konusudur.

140. YARGILANACAK UYUŞMAZLIĞIN BELİRTİLMESİ.

Uyuşmazlığın belirtilmesi demek, uyuşmazlık konusu olayın başka olaylardan ayrılabilir şekilde belli edilmesi, bunun için de sınırlandırılması demektir. Bir olayın hukukî durumu bakımından çıkan uyuşmazlık, *dâva* açılarak, çözülmek üzere yargılama makamı önüne getirildiğine göre, *dâva* konusu olan *olayın* *dâva* konusu olmayan *olaylardan* ayrılması gerekir. Bu da *dâva* açılırken, *olayın sınırlandırılması* ile sağlanır. Hukukî durum hakkında hüküm vermede yargılama makamı serbest oldukça, uyuşmazlığın belli olması için hukukî sebebin belirtilmesi şart değildir.

Olayın sınırlandırılmasında iki sistem düşünülebilir. Olay ya doğrudan doğruya yahut dolaylı olarak sınırlandırılır. Dolaylı sınırlandırma, hukukî ilişkinin veya hukukî sebebin gösterilmesi ile olayın da sınırlandırılması sayılmasının kabul edilmesidir. Dolaylı gösterme çok müphem olduğundan, sanığa teminat sağlamak kaygısı ile, ceza muhakemesinde kabul edilemez. Medenî muhakemede de kabul edilmediği vardır.⁷⁹⁸

⁷⁹⁶ İtalyan doktrininde yakın zamanlarda *azione* nin ilk iki manasının ayrılmasına çalışılmakta, taraflardan birinin faaliyetini ifade için *itham* (*accusa*), yargılanacak uyuşmazlığı ifade için de *yargılanacak şey* (*regiudicanda*) tabirleri kullanılmaktadır. *Carnelutti*: *Lezoni*, I, 121, 122; *Foschini*, I, 36, 39.

⁷⁹⁷ *Erem* 6 ncı basıda *dâva münasebeti* terimini özel hukuka bırakarak (n. 8), meselâ muhakeme ilişkisi sùjeleri anlamına kullandığı *dâva sùjeleri* yerine *diyalektik sùjeleri* (s. 83 de 3. bölüm başlığı), *dâva münasebetinin kuruluşu* yerine *diyalektik kuruluşu* (s. 201 de 4. bölüm başlığı) örneklerinde olduğu gibi, *diyalektik* demeye başlamış, bu terimin, objektif olan *hukuk* ile sübjektif olan *hak*ı karıştırdığı için hiç de uygun olmayarak *hakça ilişki* dediği *hukukî münasebet* ile eşanlamlı olduğunu, özde kaynak birliği bulunduğunu ileri sürmüştür (n. 11). *Usul hukuku* dediği *muhakeme hukukunu* (diyalektik mantığa dayalı kurallar topluluğu) diye tarif etmek (n. 2) ve ceza muhakemesi hukukunu, 6. basının kitap başlığında görüldüğü üzere diyalektik açıdan incelemek başka şey, muhakeme hukuku ilişkisi veya kısaca muhakeme ilişkisi yerine diyalektik demek ise bambaşka şeydir. *Diyalektik*, mantık terimi olarak, muhakeme hukukunda, hatta daha üst kavram olan hukuk dışında da kullanılabilen çok genel bir sözcüktür.

⁷⁹⁸ Medenî muhakemeciler *ferdileştirme* ve *vakalara dayandırma* nazariyelerini tartışmaktadırlar (*Ansay*, 236; *Bilge/Önen*, 439; *Postacıoğlu*, 386; *Üstündağ*, I, 384). Bu nazariyelerin tafsilâtı için *Üstündağ*: İddia ve müdafaanın değiştirilmesi yasağı (doçentlik tezi), 1967, s. 25-46. Bizce, olayın *ferdileştirilmesi* daha doğrusu, *fert* olarak öğrenilmesi, diğer olaylardan ayrı bir olay olarak gösterilmesi olup, her iki nazariyenin de temelini teşkil eder. Zira diğer olaylardan ayrılmamış bir olay hakkında muhakeme yapılması düşünülemez. Bunun içindir ki, *müşahhas hukukî münasebetin tâyin edilmesi* diye tarif edilen (*Üstündağ*,

Şu hâlde ceza muhakemesinde uyuşmazlık konusunun ceza dâvasını açan belgede “belli olması için olayı sınırlandırma” doğrudan doğruya olacaktır. Bunun da iki şekli vardır. Ya sınırlandırma, duvar veya tel çekmede olduğu gibi tamdır. Yahut nirengi noktalarının gösterilmesi ile yetinilir. Birinci şekil, olayı meydana getiren bütün olaycıkların eksiksiz gösterilmesini gerektirir ki bu da hemen hemen imkânsızdır. Onun için, yer, gün, saat, kişiler kullanılan şeyler gibi nirengi noktalarının gösterilmesi ile yetinilir. Gösterilmiş olsa dahi esaslı olmayan noktalarda değişiklik yapılabilir.

Dava konusu olayın dava konusu olmayan olaylardan ayrılması suretiyle, olay sınırlandırılır. *Davasız yargılama olmaz* ilkesini ifade eden CMUK 150'nin Ceza Muhakemesi Kanununa alınmaması, önemli bir eksikliklerdir.

Doğrudan doğruya cezada sınırlama iddianamede dava konusu olayın ve sanığın belli edilmesi şekli ile gerçekleştirilir.

Dolaylı sınırlama, hukuki ilişkinin veya hukuki sebebin gösterilmesi ile olayın da sınırlanmasının kabul edilmesidir. Bu tür bir sınırlama, ceza muhakemesinde kabul edilemez.

Kanun iddianamede (CMK 170) dolaylı sınırlama yolunu seçmiştir.⁷⁹⁹ Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve fail hakkında verilir. Mahkeme, fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı değildir (CMK 225).⁸⁰⁰ Sanığın fert olarak belirlenmesi gereklidir (kimlik değil), yer, zaman unsuru belirtilmelidir. Suçun gösterilmesi yetmez, olaylar bir bir gösterilmelidir.

Yargılanacak uyuşmazlığın özellikleri; *şüphelilik, sorumluluğu gerektirme ve somutluktur*.

141. YARGILANACAK UYUŞMAZLIĞIN ŞÜPHELİLİĞİ.

Yargılanacak her uyuşmazlıkta⁸⁰¹ üç özellik vardır. Bunlardan biri şüpheliliktir. Zira her muhakeme, bir şüpheyi yener. Bu şüphelilik, yargılama makamı bakımındandır. Tarafların şüphe duymaması, olayın sübutu ve hukukî durumu hakkında kesin bir hükme sahip olmaları mümkündür. Fakat bu kesin hüküm yani *karar* muhakeme bakımından sadece mütalâadır. Ceza muhakemesinde davacı durumunda olan savcı davayı açtığı anda, olayı bütün çıplaklığı ile bilmemektedir. Bilse de bilgisi tek taraflı olduğundan,

Tez 25) fert olarak öğrenme nazariyesine göre dahi hukuki ilişkinin gösterilmesi, yani olayın dolaylı olarak sınırlanması yetmez ve bunun yanında bazı fiilî vakıaların da zikredilmiş olması gerekir (Üstündağ, Tez, 26). Şu hâlde tartışma, bizce, olayı sınırlandırmanın tam olup olmamasına gelip dayanmaktadır. Gerçekten *ferdileştirme* denilen nazariye tam olmayan sınırlama ile yetindiği halde *olaylara dayandırma* nazariyesi tam bir sınırlandırma istemektedir. Ancak, tam sınırlandırma arayan sistem, medenî muhakemede dahi, sınırdan ufak tefek değişikliklere engel olmayacak şekilde anlaşılmalıdır. Ayrıca bkz: 4. CD. 23.2.1993 (E. 1993/417, K. 1993/1333): Sanık hakkında saldırgan sarhoşluktan açılmış bir kamu davası bulunmadığı halde ek savunma ile yetinilerek bu suç ile hüküm kurulması yasaya aykırıdır. 3. CD. 20.6.1989 (E. 1988/14097 K. 1989/7387): İddianamelerde gösterilen sevk maddesi ile eyleminin özelliğine ilişkin anlatım arasında uyumsuzluk bulunursa, suç niteliğinin belirlenmesinde anlatım esas alınır.

⁷⁹⁹ Mülga Kanun uyuşmazlık konusu olayın dâva açan belgelerde yani iddianamede, şahsî dâva dilekçe veya beyanında belli edileceğini açıklamıştı (CMUK 150, 257, 350). Mülga 172. maddede isnad olunan suçun gösterileceği bildirilmekte ise de maksat, suç olduğu sanılan olayın gösterilmesi idi (*Kantar*, 183). 257. madde ile yapılacak mukayese bunu açıkça gösterecektir. Nitekim 1965 Alman reformunda iddianamede sanığın ve ona isnat edilen eylemin yeri ve zamanı ile belirtileceği açıklanmıştır. Bu nedenle, meselâ, “resmî evrak üzerinde tahrifat” demek, suçu göstermeğe yetmez. Hangi evrak üzerinde yapıldığı da belirtilmelidir (k-m: 6. CD 5/10/63, *Çağlayan* II, 221). Keza İşçi Sigortaları Kanununa aykırılık demek, maddeleri sıralamak yetmez, olaylar bir bir gösterilmelidir (CGK 8/1/62, *Çağlayan* II, 439).

⁸⁰⁰ Soruşturma ve hükmün iddianamede beyan edilen suçla inhisar edeceğini gösteren CMUK 150/1 deki iddianameden maksat, dar manada dâva açan iddianame değil, dâva açan her türlü belgedir. Zira uyuşmazlık konusu olarak yargılama makamı önüne getirilen olayı, diğer olaylardan ayıran ve sınırları çizen dâva açan belgelerdir. Bunlar da dâva açan iddianame ve şahsî dâva dilekçesi veya beyanı üzerine düzenlenen tutanaktır. 1985'e kadar talepname de böyle bir belge idi. Alman kanununda (§ 155) iddianame değil, dâva denilmesi de dâva açan her belgenin kastedildiğini göstermektedir. 1985 de ilga edilen ve sorgu hâkiminin savcı iddianamesi ile bağlı olmadığını belirten 199. maddedeki iddianameden maksat ise, ilksoruşturmanın sonuç çıkarma bölümünde soruşturma açılmasını isteyen dâvacının düzenlediği iddianameydi, yani bizim soruşturma iddianamesi adını verdiğimiz belge idi. Bu maddeden maksat da savcının bu isteği ile sulh hâkimini bağlı tutmamak, yani gerekirse soruşturmanın açılması kararının verilmesini mümkün kılmaktı. Kaldı ki sorgu hâkiminin, dâva ile belirtilen sınırdan dışında kalan olaylar hakkında da soruşturma açabilmesi, kovuşturmasız asil ceza dâvası yapılamaması, bir diğer söyleyişle yargılama makamlarının asil ceza yargılmasını kendiliklerinden yapamamaları dediğimiz ilkeye de aykırı düşerdi.

⁸⁰¹ İtalyan doktrini yargılanacak olayı ele aldığından, uyuşmazlık konusu müşahhas olaylardan mücerret bir tip oluşturmakta ve “maddi olay tipi” diyebileceğimiz “*fattispecie materiale*”den bahsetmekte, vasıfları ona bağlamaktadır (*Foschini*, I, 93).

onu hakikatin ifadesi olarak kabul edemez. Bunun içindir ki savcının ilk isteği, muhakeme yapıp hakikatin araştırılmasından, şüphenin yenilmesinden ibarettir ve dâva açılırken yapılması gereken geçici tavsife bakıp, meselâ *savcı ölüm cezası isteği ile dâva açtı* demek yersizdir. Yine bunun içindir ki; savcının dava açması için, failin suçlu olduğuna kanaat getirmesi aranmamış, yapılan soruşturmanın (CMK 160/1) kamu dâvasının açılmasını haklı göstermesi ile yetinilmiş, *toplanan delillerin*⁸⁰² *kamu dâvasının açılması için yeterli şüphe oluşturması* aranmıştır (CMK 170).⁸⁰³ Savcı sanığın mahkûmiyetini ancak kovuşturma evresinin sonunda muhakeme sona ererken isteyebilecektir. Zira ancak o zaman, o vakte kadar üç taraftan tutulmuş olan projektörlerin ışığı altında olayı tamamen görmüş ve sanığın hakikaten suçlu olduğuna kanaat getirmiş olabilir. Bunun aksi de mümkündür. Bu takdirde duruşma sonunda savcı sanığın beraatını isteyecektir. Özetle, dâva açıldığından tarafların şüpheli olduğu muhakkak olmasa bile, yargılama makamının şüpheli bir durum karşısında olduğu muhakkaktır.

Yargılama organı şüpheyi yenmek için gerekli soruşturmayı yapacak, iddia ve müdafaa makamları da yargının verilmesine yardım edeceklerdir. *Muhakemesiz ceza olmaz* kaidesinden maksat budur. Uyuşmazlığı kesin şekilde çözen yargının şüpheyi taraflar bakımından da yok ettiği kabul olunur. Bunun içindir ki yargılanan bir uyuşmazlık, yeni baştan *yargılanacak uyuşmazlık* olamaz. Meğerki yargılamanın yenilenmesinde (No. 554) veya dirilmesinde (No. 559) olduğu gibi, yeni delil veya olaylar yüzünden şüphe, istisna olarak, yeniden doğmuş olsun. Muhakemenin tekrarlanmasında olduğu gibi, yeni delil veya olay aramamak, çok istisnadır ve yargı otoritesi olması gereken bir karara bu otoriteyi tanımanın sonucudur (No. 563).

Ceza muhakemesi bir şüpheyi yendiğine göre, ceza dâvasının açılması, davacının olay ile suç normunu karşılaştırdığında bir uygunluk ihtimaline varmasına bağlıdır. Olayın suç tiplerinden hiçbirine uymadığını anlarsa, ceza yargılaması makamını harekete geçirmeye mahal kalmaz, böylece ceza dâvası da açılmamış olur. Şu hâlde ceza dâvası ancak bir ihtimal hükmüne dayanılarak açılacaktır. Kanuna göre, *bir suç işlendiği izlenimini verecek bir hali (zehabını; hafif şüphesini)* (CMK 160/1) öğrenir öğrenmez, şüphe altında bulunan *şüpheli* kişi hakkında kamu dâvası açmağa mahal olup olmadığına karar vermek üzere savcının hakikati araştırması, hafif bir şüphe ile yola çıktığını ve şüphesini kuvvetlendirmek için yapacağı hazırlık soruşturması sonucuna göre işlem yapacağını göstermektedir. Şüphe kuvvetlenmemişse, yani *sanı (zan)* haline gelmemişse dâva açmağa yer görmeyecek ve kovuşturamama kararı verecektir. Şüphe kuvvetlenmiş olabilir. Fakat kuvvetlenmenin de derece farkları göstermesi mümkündür. Şüphenin kuvvetlenip *sanı* halini alması o kişiyi *şüpheli* olmaktan çıkarıp *sanık* durumuna sokmağa (No. 242), yani ona bir suç isnat etmeğe bir diğer söyleyişle kovuşturmaya başlamağa yeter (No. 98, 436).⁸⁰⁴ Muhakeme ilerledikçe, yani hakikat araştırıldıkça şüphe azalır ve

⁸⁰² *Şüphe sebepleri yerine delil* denmesi isabetsizdir (No. 328). Alman Kanununda bugün de olduğu gibi, *sanığın bir suç işlediği şüphesinin kamu davası açılmasını haklı gösterecek kadar kuvvetli görülmesi* (StPO 203) diye anlaşılmalıdır. Bunun da anlamı *Roxin'in* belirttiği üzere (*Yenisey*: Hazırlık soruşturması, n. 603), *sanığın mahkûm olması ihtimalinin kuvvetli bir şekilde ortaya çıkmasıdır*. Bu nedenle biz, CMUK 163. maddedeki *deliller kamu davasının açılmasına yeterli ise* sözlerini *sanığın mahkûm olması ihtimalinin kuvvetli olduğunu gösteren olayla ilgili şüphe sebepleri varsa* diye anlıyoruz.

⁸⁰³ Eskiden savcının ilksoruşturma sonunda sonsoruşturma açılması kararı verilmesi için ileri sürdüğü ve bizim *sonsoruşturma iddianamesi* dediğimiz mütalaası için *sanığın cezayı gerektirir bir suçu işlediği zannını verecek kâfi sebepler* farklı bir durum yaratılmak istenmiş değildir (No. 345). Nitekim gerekçede ilksoruşturma istemek için zayıf bir isnat yettiği halde, iddianame ile dava açılması için kuvvetli bir isnada ihtiyaç olduğu belirtilmiştir. Ancak CMUK 163. maddenin 1. fıkrasında *toplanan delillerin kamu davasının açılmasına yeterli olmasından* söz edilmesi ile sorun çözülmüş olmuyor. Zira zayıf isnat ile kuvvetli isnat arasındaki fark açıklanmış değil. İlga edilen CMUK 196. maddedeki ölçü de CMUK 163. maddeye alınmalı idi (No. 433). O zaman da mahkeme doğrudan doğruya dava açan iddianame için, ilksoruşturma taleptanesi ile açmasından farklı olarak, şüphenin aynı yoğunluğa gelmesi aranıyordu.

⁸⁰⁴ İlksoruşturma kabul eden kanunlar şüphenin kuvvetlice, yani isnadın zayıf olması halinde bile ilksoruşturmaya geçilerek, yani taleptane verilerek dâva açılmasını kabul ederler (No. 435). Ancak ilksoruşturma sonunda sonsoruşturmaya geçilmesini isteyebilmek için savcının şüphesinin kuvvetlice olması yetmez, kuvvetli olması aranır. Bu durumda zayıf isnat da kuvvetlice (yani orta kuvvette) bir isnat haline gelmiş demektir (No. 424). Dikkat edilmelidir ki şüphe ile isnadın kuvvet dereceleri daima farklıdır. Şöyle ki şüphe kuvvetlice ise isnat zayıftır. Şüphe kuvvetli ise isnat kuvvetlice hale gelmiş demektir. İlksoruşturma kabul etmeyen bir kanuna göre, yahut ilksoruşturma atlanarak doğrudan doğruya iddianame verilerek dâva açılabilmesi için şüphenin de isnadın da, ilksoruşturma yapılmış da sonsoruşturmaya geçiliyormuşçasına kuvvet derecesini artırması lâzımdır. Bunun içindir ki savcı ilksoruşturma isterken eylemin hangi suç tipine uyduğunu bile göstermek zorunda değildir. Kanun bir nevi ilk soruşturma yapılmasına rağmen, şahsi dava dilekçe veya beyanında eylemin hangi suç tipine uyma ihtimalinin görüldüğünü belirtmeyi mecburi kılmıştı (CMUK 350). Bunun sebebi hem şahsi davacının işi ciddiye almasını hem

olasık çoğalır. Muhakeme sonunda kaide olarak şüphe kalmaz ve *ihtimalin* yerini *bellilik (certezza, certitude)* alır. Mahkûmiyet kararında bu kaidenin istisnası yoktur. Yani bir kimseyi mahkûm etmek için şüphenin kalmaması gerektir. Beraat kararında istisna kabul edilmekte, şüphe yenilemese de yenilmiş sayılmaktadır (No. 146).

142. YARGILANACAK UYUŞMAZLIĞIN SOMUT OLMASI.

Yargılanacak uyuşmazlığın ikinci vasfı da somut oluşudur. Hâkime sunulan uyuşmazlık, olayın hukuk normları karşısındaki durumu konusundadır (No. 27). Uyuşmazlığın *somut* (müşahhas, *concret*) olması demek, olayın somut olması demektir. Bir diğer söyleyişle olay, yaşanmış gerçekleşmiş olmalıdır. Bir ihtimale, bir ipoteze dayanan *soyut* bir olayın hukuk normları karşısındaki durumundan çıkan uyuşmazlık, çözülmek üzere hâkim önüne getirilemez.

Somut olay ile normların karşılaştırılabilmesi için bu iki şeyi iyice tanımağa, bilmeğe ihtiyaç vardır. Muhakeme sonunda iki meselenin halli gerekmektedir. Birincisi, olayın lüzumlu bütün teferruatı ile öğrenilmesi meselesidir ki buna maddî mesele veya sübut meselesi denilmektedir. İkincisi normların kural denilen kısmında gösterilen tiplerden hangisinin söz konusu olabileceğini tâyin meselesidir ki buna da hukukî mesele adı verilmektedir. Olayı iyice öğrendikten ve suç tipleri hakkında bir kanaate vardıldıktan sonra, ceza mahkemesi karşılaştırmayı yapacak ve sonunda somut olayın bu tiplerden ya hiçbirine girmediğini söyleyecek veya birine girdiğini belirtecek ve bu girişin sonuçlarını çıkaracaktır.

Maddî ve hukukî meselelerin ayrılması, bilimsel incelemeyi kolaylaştırır. Ancak bu ayrımın kesin olduğu sanılmamalıdır (No. 298). Tatbikatta ayırmada güçlük duyulması (No. 144) bunu göstermektedir. Kaldı ki hukukî mesele olaya göre değişeceğinden maddî meselinin şu veya bu şekilde halledilmesi elbet hukukî meseleye tesir edecektir.⁸⁰⁵

143. YARGILANACAK UYUŞMAZLIĞIN SORUMLULUĞU GEREKTİRİŞİ.

Uyuşmazlığın çözülmesi, sadece somut olay ile normların kural kısmının karşılaştırılması demek değildir. Normların biri kural (*precetto*), diğeri *sonuç* veya *yaptırım (dispositivo, sanzione)* denilen iki kısmı vardır (No. 296, 305). Tipler normların kural kısmını teşkil eder. Tipin medenî veya cezaî sonuçları yani faraza haksız fiilde tazminat, suçta ceza yaptırımları, normların ikinci kısmında yer alır. Bir uyuşmazlığın çözülmesi demek, bu ikinci kısım bakımından da karar verilmesi demektir. Bu da sorumluluk meselesinin⁸⁰⁶ halli manasına gelir. Görülüyor ki yargılanacak her uyuşmazlık, muhakkak, sorumluluk meselesinin de hallini gerektirecektir.⁸⁰⁷

Fiilin cezalandırılabilen fiil olmasına rağmen, faile, üstsoy, altsoy, eş veya kardeş gibi belli vasıfları haiz olması (meselâ TCK 167, 273) yahut sonraki belli tutum (meselâ TCK 274) veya önödeme yapması (No. 427) nedeniyle ceza verilmemesi kabul edilebilir. Faile geniş manada *ceza* verilip verilmeyeceği, verilecekse ne ceza verileceği meselesi, geniş manada ceza sorumluluğu meselesidir.

Suçta tesir etmemekle beraber failin cezalandırılmasına (yani ceza sorumluluğuna) tesir eden sebeplerden bir kısmı ceza davasını düşürür. Dâva zamanaşımı, genel af, önödeme gibi bu çeşit sebeplerle (No. 41) dâvanın düşmesine karar verilmesi ancak bir dâva açılması hallerinde mümkündür. Cezaî uyuşmazlık, cezaî sonuç bakımından bahis konusu olduğundan, ceza dâvası, gerekiyorsa bunun tayini için açıldığından, ceza sorumluluğu bahis konusu olmayacağı muhakkak olan hallerde, somut olayın kanundaki soyut olay tiplerine uygunluğunu araştırmanın da manası kalmaz. Onun içindir ki bu

de sonradan mütalaası sorulmadığından, son soruşturmaya geçme bakımından karar verecek olan hâkime ışık tutmasını sağlamaktı. Buna karşılık doğrudan doğruya mahkemede dâva açarken, iddianamesinde bunu göstermek mecburiyetindedir.

⁸⁰⁵ Foschini, I. 44.

⁸⁰⁶ *Kunter: Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi*, No. 170, h, i; 171, h, 1.

⁸⁰⁷ Foschini, (I, 45), üçüncü vasfın *denklemelik (equazionalità)* olduğunu söylemekte ve bununla suçluluğun mantıklı bir zaruret olarak sorumluluk durumunu yaratacağını ifade etmektedir. Biz her suçluluk halinde zarurî olarak ceza sorumluluğu olamayacağı, ceza sorumluluğunun tanınmaması mümkün olabileceği kanaati ile, sorumluluk hakkında da ayrıca araştırma yapılması gerektiği fikrindeyiz. Ancak, sorumluluk olmadığı muhakkak olan hallerde uyuşmazlık da olamayacağı düşüncesi ile (sorumluluğu gerektirishi) yargılanacak uyuşmazlığın bir vasfı saymaktayız.

hallerde dâva açılmaz.⁸⁰⁸ Hatta sorumsuzluk daha önce belli ise kovuşturma da, başlangıç soruşturması da yapılamaz.⁸⁰⁹ Dâva açılmışsa, sorumsuzluk sebebi muhakemenin devamına engel olanlardan "düşme kararı", değilse ve diğer sebeplerle beraat kararı verilmiyorsa "sorumsuzluk kararı" (kanunumuza ceza verilmesine yer olmadığı) verilecektir (No. 41).

Dâva açıldıktan sonraki sorumsuzluk durumu, fiilin sonradan suç olmaktan çıkması halinde de (TCK 7) söz konusu olabilir. Bu takdirde başka bir hukukî tavsif ihtimali yoksa, maddî meselenin çözülmesi için gerekli faaliyete devamın manası kalmayacağından, iş kovuşturma evresinde ise *beraat kararı* (No. 145), soruşturma evresinde, *kovuşturmaya yer olmadığına* karar derhal verilir.

144. YARGILANACAK UYUŞMAZLIĞIN BELİRTİLMESİNİN SONUÇLARI.

Yargılanacak uyuşmazlığın, dâva açılırken davacı tarafından belirtilmesinin, bir diğer söyleyişle sınırlandırılmasının (No. 140) ve realitedeki diğer olaylardan ayırt edilmesinin başlıca sonuçları şunlardır:

a) Yargılama makamının yetkisi belirtilen olaya göre belirlenir.

b) Yargılama makamı ancak sınır içinde kalan olaya ilişkin uyuşmazlıkları çözebilir. Bu demektir ki, dâvada sanık olarak gösterilen kimseden gayrisi hakkında hüküm veremeyeceği gibi, sanığın suç olması ihtimali belirtilen olayından gayri olaylar hakkında da hüküm veremez. Ceza Muhakemesi Kanununda bu hususta, *hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve fail hakkında verilir* şeklinde (CMK 225/1) bir ibare vardır.⁸¹⁰

c) Mahkeme, iddianamede, belirtilen olayın hukukî tavsifini serbestçe yapabilir (CMK 225/2). Mahkeme kendisinin verdiği iddianamenin kabulü kararında (CMK 175) yaptığı geçici tavsif ile de bağlı değildir (No. 459).⁸¹¹ Gösterilen vasıf kabul edilmezse bu vasıf hakkında ayrı, kabul edilen vasıf hakkında ayrı karar verilemez. Meselâ birinden beraat ettirilip diğerinden mahkûm edilemez.

ç) Hukukî tavsifin değişmesi, bazen olayın sınırlarında ufak tefek değişiklik yapılmasını gerektirebilir.⁸¹² Gerçekten hukukî tipler, çok defa farklı olayları nazara aldığından hukukî tipin değişmesi, olayın da değişmesini gerektirir.⁸¹³ Meselâ bir olay emniyeti kötüye kullanmak diye vasıflandırılarak dâva açılmış ise, dolandırıcılık sayılmadığından hile ve sania olayı dâva dışında bırakılmış olabilir. Bu takdirde muhakeme sonunda sanığın eylemini dolandırıcılık olarak tavsif edebilmek için, dâva açılırken belirtilmiş olan sınırın aşılmasına zaruret vardır.⁸¹⁴

⁸⁰⁸ Netice belli olmadığından önödeme süresi içinde dâva açılmamalı, açılmışsa kabul edilmemelidir. Duruşma yapılmışsa, sorumlu tutulamayacağına göre, sanık mahkûm edilemez (8. CD 25/1/77 YKD 77, 600).

⁸⁰⁹ Suç haberini alan savcılığın harekete geçmesi mecburiyetini düzenleyen CMUK 148 de *ceza takibini gerektirecek hususlarda* denilmesinden maksat, *kovuşturulabilen* bir suçun öğrenilmesi idi. Ceza sorumluluğu yoksa, ceza uyuşmazlığı da söz konusu olamayacaktır. AİHM, suçluluğun yasal açıdan nasıl ispat edileceğinin her bir devletin iç hukukuna bırakıldığını, ancak ceza mahkemesinin önyargılı bir şekilde, itham edilen kişinin suç işlediği varsayımından hareket etmesinin 6/2. maddeyi ihlal edeceğini kabul etmiştir (Bkz. *Windisch Kararı, Tezcan/Erdem/Sancakdar*- Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, 2002, 265).

⁸¹⁰ Mülga Kanunumuzda *tahkikat ve hüküm, yalnız iddianamede beyan olunan suça ve zan altına alınan şahıslara hasredilir* (CMUK 150/1) ve *Hükümün mevzuu iddianamede gösterilen fiilden ibarettir* (CMUK 257/1) şeklinde ifade edilmişti.

⁸¹¹ Bu tavsif, talepteki olayın bir kısmını dava dışı tutar gibi olsa bile, bu kişim ayrı bir suç olmadıkça ve bunun hakkında sorsoruşturma açılması kararı verilmedikçe, mahkeme bu kısmı da nazara alıyordu (k.m.: CGK 23.10.1963; Çağlayan 66, II, 433).

⁸¹² Hâkim bu sınırı ne kadar aşabilecektir? Kanaatimizce hukukî tavsif ile hâkimi bağlamak doğru olamayacağına göre, hukukî tavsifin değişmesinin gerektirdiği nispette sınır değişiklikleri kabul edilmelidir, elverir ki yepyeni bir olay durumu hasıl olmasın ve değişiklik dolayısı ile sanık müdafaasını yapabilecek bir hale getirilsin.

⁸¹³ *De Marsico*, 226.

⁸¹⁴ Olayın çizilmiş sınırlarında hiç bir değişiklik yapılamayacağı, zira hile ve sanianan bahsedilmemesine rağmen bunların olay dışında olmadığı iddiası (*Yüce*, 57), sınır çizilmesi kavramı ile bağdaşamamaktadır. Medenî muhakemede *Postacıoğlu* (s. 444) hukukî sebebi değiştirmemek şart ile sınır aşmalarını kabul etmektedir. *Üstündağ* ise (s. 316; Tez, 116) değişikliklerin esaslı olmamasını ve ilk olayın ahengini bozmasını aramaktadır.

Meselâ seçimlik hareketteki değişiklik, eylem aynı oldukça, yeni olay durumu yaratmaz.⁸¹⁵ Keza, bir suçun ağırlatıcı şeklinden dâva açılmasında basit şekli için yeni bir dâva gerekmez.⁸¹⁶ Eğer yepyeni bir olay durumu hasıl oluyorsa⁸¹⁷, bu hal, uyuşmazlık konusu olayın sabit olmadığı veya suç teşkil etmediğinin fakat sanığın başka bir eyleminin suç teşkil ettiğinin, yani bir başka suç işlediğinin duruşma sırasında anlaşılması demek olur. Bu takdirde birinci olaydan dolayı beraat kararı verilmeli, yeni suçun daha doğrusu yeni olayın muhakemesi için yeni bir dâva açılmalıdır.

Eğer yepyeni bir olay durumu hasıl olmuyorsa, *yeni tasvife uyacak şekilde olayın teferruatını yani hal ve şartlarını tesbitte mahkeme serbesttir.* Kanundaki “filin nitelendirilmesinde mahkeme, iddia ve savunmalarla bağlı değildir” (CMK 225/2) cümlesini bu manada almak lâzımdır.⁸¹⁸

Kanunumuz ilk defa duruşmada serdedilen ve cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektiren hallerin, sanığa müdafaa imkânı verilmek şartıyla, kararda nazara alınabileceğini kabul etmiştir (CMK 226/2).⁸¹⁹ Keza durumda değişiklik olunca, iddia ve müdafaaanın ona göre hazırlanması imkânı da öngörmüştür (CMK 226/3) (No. 482).⁸²⁰

5) Yargılanacak uyuşmazlık ile yargılanmış uyuşmazlığın aynı olması gerektiğinden, yargılanmış uyuşmazlığın tesirleri de yargılanacak uyuşmazlığın belirtilmesinin sonuçları arasında sayılabilir.

16. § YARGILANACAK UYUŞMAZLIK ve YARGILANMIŞ UYUŞMAZLIK

145. Uyuşmazlığın doğrudan doğruya yargılanmış olması. 146. Uyuşmazlığın dolayısı ile yargılanmış olması. 147. Uyuşmazlığın yargılanmasında suçluluğun tespiti ve yaptırımın tayini işlemlerinin ayrılması. 148. Yargının otoritesi. 149. a) Yargının kesinliği. 150. b) Yargının değerliliği. 151. Kararın kesinleşme anı.

145. UYUŞMAZLIĞIN DOĞRUDAN DOĞRUYA YARGILANMIŞ OLMASI.

I. Yargılama.

⁸¹⁵ Meselâ tevdi edilen belli bir şey sarf edilerek emniyet kötüyeye kullanıldı denmiş, satıldığı anlaşılmiş.

⁸¹⁶ Ormanda tarla açmak, ormandan faydalanmanın ağırlatıcı sebebidir. Yeni dâva gerekmez (CGK 17/12/73 RKD 74, 39; 4/2/74 YKD 75/8, 62; *Yurtcan*: Eleştiri, İBD 71, 230; k-m: CGK 27/4/70, RKD 70, 7)

⁸¹⁷ *Löwe*, tarihî hâdisenin aynı olması lüzümünü ileri sürmekte ve aynı tarihî hâdiseden maksadın da hayatta edinilen telâkkilere göre tabii bir birlik, yekdiğeriyle alâkası olan bir bütün teşkil eden fiiller olduğunu belirtmektedir (*Kantar*, 301). *Yurtcan* (96, 625) bizim gibi önce eylemin iddianame ile belirtilmesini almakta, sonra yeni bir olay haline gelmemesini aramakta ve yeniliği anlamak için de bizden farklı olarak hukukî konunun aynı kalıp kalmamasına bakmaktadır. Mühpem olan hukukî konu kriterinin bir açıklık getirdiğini sanmıyoruz. Yazar onu “hukukî normlar, kalıplar” diye tarif etmişse de bu da açık değildir. Şahıslar, mallar ve hürriyet aleyhine suçlardan söz etmesi de hukukî kalıpları değil, onların kesin bir ölçü olmadan bir araya getirildiği çeşitli grupları göz önünde tuttuğunu göstermektedir. Alman Hukukunda ileri sürülmüş olan ve Yazarın bir bir gözden geçirdiği diğer kriterler de tatmin edici olmaktan uzaktır.

⁸¹⁸ İddianamede ormandan ağaç keserek tarla açmak diye belirtilen olayın eskiden açılmış tarladan faydalanmak olduğu anlaşılırsa yepyeni bir iddia yoktur, yeni bir dâva gerekmez (CGK 17/12/73 RKD 74/3 III/1 39. Bu karar, eski içtihattan dönüşü belirleyen emsal karardır). Keza olay tarihinin iddianamede yanlış gösterildiğinin anlaşılmasında da yeni olay durumu yoktur (6. CD 24/5/78 YKD 79, 914).

⁸¹⁹ Ek savunma gerektiren hallerde sanığa istem üzerine bunu hazırlaması için süre verilir. Suçun hukuki niteliğinin değiştiğine ilişkin bildirim varsa müdafisine yapılmasına ilişkin kural (CMK 226/4) 2024 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından Ocak 2024'te yürürlüğe girecek şekilde iptal edilmiştir (No. ???).

⁸²⁰ AİHM, 17 Temmuz 2001 tarihli *Sadak* ve diğerleri-Türkiye kararında (diğer sebepler yanında), *suçun yeni tavsifinin duruşmanın son gününde, karar açıklanmadan hemen önce bildirilmesini, müdafilerin duruşmada bulunmalarını da göz önünde tutarak*, 6 ncı madde ihlali kabul etmiştir. Tavsifin lehe değiştirildiği ve sanıkların ek savunma haklarını kullanmak istemediklerini beyan etmeleri nazara alınmamıştır. AİHM, 25.3.1999 tarihli, *Pelissier ve Sassi-Fransa* kararında *başvurucular esas mahkemesi önünde hileli iflas ile suçlandıkları halde, savcının temyizi üzerine, Yargıtay hileli iflas suçuna yardım ve yataklık ettikleri gerekçesi ile hükmü bozmuştur. Bozma kararı verilirken, başvurularda Yargıtay tarafından, yardım ve yataklık etmedikleri konusunda görüş bildirme imkânı verilmemişti; müdafaa hakkının, gerçekten, etkin ve hazırlanmaya fırsat bırakacak şekilde verilmemiş olması ihlal sayılmıştır*

Uyuşmazlığın yargılama makamlarınca yargılanmış olması, muhakemenin bir yargı ile sona ermiş olması demektir. Bu sona eriş iki şekilde olur. Uyuşmazlık ya çözülmüş ya çözülmemiştir. Birincisine *uyuşmazlığın doğrudan doğruya yargılanması*, ikincisine *uyuşmazlığın dolayısı ile yargılanması* (No. 146) adını vereceğiz.

Uyuşmazlığın doğrudan doğruya yargılanması, uyuşmazlığa esas olan meselenin kovuşturma evresinde çözülmesi demektir. Mahkemenin davacıya *iddian sabit oldu veya olmadı* demesi esas meselenin maddî bakımdan, *hakkısın veya haksızsın* demesi hukukî bakımdan çözüldüğünü gösterir.

Uyuşmazlığın esasını çözmek, herhangi bir biçimde çözmek değildir. Yargılamanın bir anlamı, uygulanmış olması gereken hukuk normunu belirtmektir (No. 68). Belirtilecek hukuk normu da, bütün hukuk normları gibi, fert ve toplum değerlerini bağdaştıran hukuk düzeninin ahenkli bütünü içinde yer almalıdır (No. 297). Bundan çıkan sonuç, uyuşmazlığı çözen yargının, hukuk düzenine uygun olmasıdır. Yargılamaya adalet dağıtma denilmesi ve adaletin de Devletin temeli sayılması, hukuk düzeninin ahengini bozacak kararların Devletin temelini de sarsabileceğini gösterir. Bu nedendir ki, yargılama makamları uyuşmazlıkları çözerlerken, görevlerini hakkıyla yerine getirmeli, yani hukuk düzeninin ahengini bozmayacak ve Devletin temelini sarsmayacak bir çözüm aramalıdır. Görülüyor ki hâkimlerin bağımsız olmaları, istedikleri her kararı verecekleri anlamına gelmemektedir (No. 180 II).

Ceza muhakemesinde uyuşmazlığın esasını çözen kararlar *mahkûmiyet* ve *beraat* kararlarıdır (No. 438). Bunlara, mahkûmiyetin bir çeşidi olan *sorumsuzluk kararı* da eklenmelidir. Kanun buna *kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı* (CMK 223/3) ve etkin pişmanlık, şahsi cezasızlık sebebinin varlığı, karşılıklı hakaret ve işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı hallerinde de *ceza verilmesine yer olmadığı kararı* adını verdi. Kanunda yapılan bu ayırımın yerinde olmadığı düşüncesindeyiz. Ana ilkelere bağlı olması gereken bir Kanunun Yasadaki her ayrıntı için ayrı isimli bir karar düzenlemesi sistematik değildir.

Bu kararlar ile maddî ve hukukî meseleler şöyle çözülmektedir:

1) İsnat edilen eylemi sanığın işlemediği veya böyle bir olayın gerçekleşmediği sabit olursa, mahkeme *maddî mesele yönünden beraat kararı* verir.

2) Eylem sabit olsa da hukuka aykırılık dahil⁸²¹ suç unsurlarından birinin⁸²² eksikliği nedeni ile suç tiplerinden hiçbirine⁸²³ uymuyorsa mahkeme *hukukî mesele yönünden beraat kararı* verir. *Bağışıklık* hallerinde de ortada suç olmadığı (No. 40) hatırlanmalıdır. Suç tipi hem eylemin işlendiği hem kararın verildiği tarihteki kanunlara bakılarak belirlenir. Bir diğer söyleyişle suç olmaktan çıkmak (TCK 7) ile suç olmamak bir tutulur.⁸²⁴

3) Sabit olan eylemin bir suç tipine uyduğunu görürse, mahkeme *mahkûmiyet kararı* verir.

4) Sabit olan eylem bir suç tipine uymakla beraber kanun ceza verilmemesini, fakat davanın da düşürülmemesini istemişse (meselâ TCK 129), bizce *sorumsuzluk kararı* verilmelidir. CMK uyarınca *ceza verilmesine yer olmadığı kararı* verilmektedir (CMK 223) (No. 41).

5) Mahkeme sübut konusundaki şüphesini, her türlü soruşturmaya rağmen yenememişse, *şüpheden sanık faydalanır* denilerek *beraat kararı* verilmesi kabul edilmiştir (No. 327, 483). Beraat kararının verilmesi, bir taraftan da *iddianın sabit olması gerekir* kuralının bir sonucudur.

⁸²¹ Hukuka aykırılığı kaldıran hukuka uygunluk sebeplerinden biri varsa, meselâ meşru müdafaa (TCK 25) söz konusu ise, yine beraat kararı verilecektir. Ceza Kanununda “ceza verilmez” deniyor diye “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verilmesi, hatta bunun kanunlara geçirilmesi (1964-466 m. 1) Ceza Muhakemesi sistemimize (CMUK 223) ters düşmektedir.

⁸²² Meselâ yasama bağışıklığında olduğu gibi, cezalandırılabilme unsurunun eksikliği halinde de eylemin suç tipine uymadığı, bir diğer söyleyişle suç teşkil etmediği hatırlanmalıdır.

⁸²³ Beraat için eylemin sevk maddesine girmemesi yetmez. Başka hiçbir tavsif de mümkün olmamalıdır (CGK 4/2/74 YKD 75/4, 9). Eğer mümkünse, o tavsiften mahkûmiyet kararı verilecektir. Aynı fiilden dolayı bir tavsife göre beraat, diğer tavsife göre mahkûmiyet kararı verilemez (5. CD 9/4/85 İKİD 88. 5523).

⁸²⁴ Sonradan çıkan kanun, eylemi suç olmaktan çıkarmışsa, beraat kararı verilmelidir. Takibatın ortadan kaldırılmasına karar verildiği vardır (3. CD 13/3/47, Çağlayan “60”, 470).

Mahkûmiyet için gereken şartların başında, iddianın sabit olması gerekir. Bu şart gerçekleşmeyince, sanık beraat eder. Bu halde verilen beraat kararının gerekçesi olarak, tatbikatta *isnadın sabit olmaması* yerine *delillerin kifayetsizliğinden* bahsedilmesi, ceza muhakemesinde mahkûmiyetin gaye sayıldığı devirlerin kalıntısıdır.⁸²⁵

II. Esasın çözülmesi.

Uyuşmazlığın esası hakkında karar veren yargılama makamı kaide olarak mahkemedir. İlk soruşturmanın kabul edildiği dönemlerde sorgu hâkim i de esası çözebiliyordu.⁸²⁶

III. Güvenlik tedbiri kararı.

Ceza sorumluluğu tabiri ile hem dar manada ceza hem güvenlik tedbiri sorumluluğunu anladığımızdan, güvenlik tedbiri uygulanmasına dair yargılama makamlarınca verilen kararlar da bizce mahkûmiyet kararıdır (No. 408). Keza sanık tarafından kabul edilen ceza kararnamesi mahkûmiyet kararı sayılabilir (No. 427). CMK güvenlik tedbirine hükmedilmesinin kabul etmiştir (CMK 223/6).

146. UYUŞMAZLIĞIN DOLAYISI İLE YARGILANMIŞ OLMASI.

Uyuşmazlığın esasının çözülmemesine rağmen, muhakemenin bir yargı ile sona erdirildiği, ortada çözülecek uyuşmazlık bırakılmadığı vardır. Uyuşmazlığa böylece son veren kararlara da yargı otoritesi tanındığı, bir diğer söyleyişle ortada bir *yargı* (No. 25) bulunduğu içindir ki, yargı ile yarılmış, yani yargılanmış uyuşmazlıktan söz edilir: Ancak, *dolayısı ile* sözcükleri de eklenerek, uyuşmazlığın esasının çözümediği anlatılır ve doğrudan doğruya yargılanmış uyuşmazlıktan ayırt edilmesi sağlanır.

Uyuşmazlığın dolayısı ile yargılanması, mücerret muhakeme şemasında, kovuşturma evresine inhisar etmemekte, önsoruşturmadaki bazı kararlar da yargı halini alabilmektedir. Yargı halini aldığı zaman uyuşmazlığı dolayısı ile yargılayacak karar üç çeşittir: 1) Dâvayı düşüren karar, 2) Muhakemenin daha ileri evre ve aşamalarına geçilmesini önleyen karar, 3) Dâvanın reddi kararı.

I. Dâvanın düşmesi.

Düşme sebepleri varsa (No. 71), taraflar arasında olup yargılama makamı önüne çözülmek üzere getirilmiş olan uyuşmazlığın çözülemeyeceğine karar verir. Bu karar *dâvanın düşmesi kararı* adını taşır.⁸²⁷ Uyuşmazlığı dolayısı ile çözen bu karar muhakemenin her evresinde verilebilir. Dâvanın düşmesi kararı verilmek için dâvanın açılmış ve kabule şayan görülmüş olması gerekeceği tabiidir. Düşme sebeplerinin gerçekleştiği anlaşılır anlaşılmaz, muhakeme sona erecek, uyuşmazlığın esası artık araştırılmayacak ve düşme kararı verilecektir. Bunun bir istisnası vardır. O da beraat veya kovuşturma açılmaması gibi sanık lehinde bir karar verebileceği hale gelmiş olmasıdır. Bu halde sözü geçen kararların verilmesine kanaatimizce hiçbir engel yoktur (No. 44 II).⁸²⁸

II. Muhakemenin daha ileri evre ve aşamalarına geçilememesi.

Şüphenin aranılan kuvvette olmaması sebebi ile muhakemenin daha ileri evre ve aşamalarına geçilmesine lüzum kalmayabilir. Bu takdirde de uyuşmazlığın esası mahkemece çözülemeyecektir. Uyuşmazlığın mahkemece çözülmemesine lüzum olup olmadığı önceden yargılama makamlarınca

⁸²⁵ Türkiye’de beraat kararlarında sadece suçun sabit olmadığı belirtileceğine ve şüpheden bahsedilemeyeceğine göre delil yokluğu ile delil kifayetsizliği ayrımı (*Erem*, 384) isabetsizdir. Buna karşılık, *iddianın aksi sabit olduğu için suçun sabit olmadığı*ın söylenmesi mümkündür ve hatta, beraatlar arasında bir sınıf farkı yaratmak pahasına da olsa, faydalıdır. Zira hukuk mahkemeleri ancak bu hallerde verilen beraat kararları ile bağlıdır ve muhakemenin aleyhte yenilenmesi sadece bu hallerde kabul edilmemelidir. Nitekim, CMK 223 “suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması” halinde beraat kararı verileceğini belirtmektedir.

⁸²⁶ Ancak sorgu hâkiminin de esası çözmesi imkânsız değildi. Ancak, maddî mesele hakkında, *sabittir veya değildir veya şüpheli yenedim* yollu kararları sadece mahkemenin vermesi kabul edildiğinden, 1985 öncesinde sorgu hâkimi bu yolda karar veremezdi. Buna karşılık, eylem sabit olsa da suç tiplerinden hiçbirine girmeyecek diyebilir ve verdiği *kovuşturmanın açılmaması kararı* böyle bir sebebe dayanıyorsa, uyuşmazlığı doğrudan doğruya yargılamış demek idi.

⁸²⁷ Dâvanın ortadan kaldırılması veya dinlenmemesi gibi tabirler kullanılması sistemsizlikten ileri gelmektedir (No. 41, 44).

⁸²⁸ Genel af ile düşme kararı verileceği sırada mülga TCK 2 ile beraat kararı verilecekse bu ikincisi 1973 değişikliğinden önce de tercih edilmisti (7. CD 24/12/1964 Sİ 65, 6403).

araştırılır (No. 409). Meselâ dâva açılması için suçtan zarar gören ve yazı ile müracaat eden kimsenin, savcının verdiği kovuşturamama kararına karşı “itirazı” daha doğrusu kovuşturma dâvası üzerine, merciin verdiği itirazın reddi kararı da “ben işi tetkik ettim, uyuşmazlığın çözülmek üzere yargılama makamları önüne götürülmesine lüzum görmüyorum...” manasındadır (No. 426).⁸²⁹

Dolayısı ile yargılama söz konusu olabilmek için, ileri evre ve aşamalara geçilmemesi hakkındaki kararların gerekçesinin uyuşmazlığın esasını çözmemesi şarttır. Gerekçe esası çözüyorsa, meselâ karar eyleminin suç tiplerinden hiçbirine uymadığına dayanıyorsa, uyuşmazlığı doğrudan doğruya yargılar, yani önceden verilmiş beraat kararı niteliğini taşır (No. 145).

III. Dâvanın reddi.

Muhakemenin tekrarlanması için aranan şartların gerçekleşmemesi halinde, ilk dâvadaki karara tesir etmemek için *dâvanın reddi kararı* verilir (No. 44, 45, 71). Bu karar da tekrarlanan dâva ile yargılama makamı önüne getirilen uyuşmazlığı doğrudan doğruya çözmekle beraber ortadan kaldırmakta, yani dolayısı ile yargılamaktadır.

147. SUÇLULUĞUN TESPİTİ ve YAPTIRIMIN TAYİNİ İŞLEMLERİNİN AYRILMASI.

I. Suçluluğun tespiti.

Bir uyuşmazlığın çözülmesi sadece somut olay ile normların kural kısmının karşılaştırılması demek olmayıp, normların yaptırımın kısmı bakımından da sorumluluk meselesinin çözülmesi gerekir. Cezaî uyuşmazlıkta bu mesele ceza sorumluluğu meselesi adını alır (No. 143). Somut olay ile normların yaptırımın kısmının karşılaştırılması sonunda sanığın sorumlu olup olmadığına karar verilecektir. Eğer sorumlu ise yaptırımın ne olacağını belirlenmesine sıra gelecektir. Yaptırımın türü ve ölçüsü suçlunun şahsiyetine uydurulacağından bu ikinci kısım büyük bir önem taşımaktadır.

Anglo-sakson hukuku suçluluğun ve dolayısı ile sorumluluğun tespiti ile yaptırımın belirlenmesi işini birbirinden ayırmış ve bunlar hakkındaki kararların birincisine *conviction*, ikincisine *sentence* adını vermiştir. Birincisine çok defa jüri karar verir. Başka memleketlerde bu arada bizde bu iki işlem birlikte yapılmakta ve mahkeme suçluluğu ve sorumluluğu tespit eder etmez yaptırımı de tayin etmektedir (No. 485).

II. Suçlunun muayenesi.

On sekizinci yüzyıl sonlarında kendisini gösteren ve suçun cezasının kanunlarda sabit bir şekilde tayin edilmesinin ve hâkimlere hiçbir takdir hakkı tanınmamasının keyfilğe karşı bir teminat olduğunu kabul eden klâsik Suç Hukuku bugün tamamen terkedilmiş, cezaların şahsileştirilmesi veya bireyselleştirilmesi denilen prensip benimsenmiştir. Böylece yaptırımın belirlenmesi için suçlunun kişiliğinin tanınması bir zaruret olmuştur. Yaptırımlarda aşağı ve yukarı hadler kabul edilmesine, ceza yerine emniyet tedbiri, hatta kısa süreli hürriyete bağlayıcı ceza yerine başka cezalar uygulama hükümleri bulunmasına rağmen, bu tanıma bizde sadece suçu teşkil eden fiile ve işlenişin şekil ve şartlarına veya sanığın duruşmadaki tutumuna ve bir de mükerrerlik durumuna bakılmak suretiyle yapılmaktadır. Kanunumuz kişiliğin biraz daha iyi tanınmasını, yaptırımın belirlenmesi ve takdiri bakımından, sadece *sanığın gözlem altına alınmasını* kabul etmiştir (CMK 74).⁸³⁰ Böylece sanığın işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayabilip algılayamadığı veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olup olmadığı (TCK 32) buraya girer. Delil elde

⁸²⁹ Keza şahsî dâvacının talebi, yani dâvası da duruşma açılmadan incelenir ve hâkim gerekiyorsa “şahsî dâvanın reddi kararı” verir. Bu da “ben işi tetkik ettim, uyuşmazlığın çözülmek üzere mahkeme önüne götürülmesine lüzum görmüyorum” demektir (No. 117). 1985 değişikliğine kadar bizde de ilksoruşturma yapılan işlerde sorgu hâkimliği sanığın cezayı gerektiren bir suç işlediği zannını verecek kâfi sebepler görmezse, sonsoruşturmanın açılmamasına karar verir. Bu karar da “ben işi tetkik ettim, uyuşmazlığın mahkeme önüne götürülmesine lüzum görmüyorum” demektir (No. 455). Nihayet sorgu hâkiminin verdiği “talepnamenin reddi” kararı da (No. 450), eğer kamu dâvasının kabule şayan olmaması sebebine dayanıyorsa, uyuşmazlığı dolayısı ile çözen bir karar mahiyetinde idi.

⁸³⁰ Bu tetkik 1973 de “tedavi ve muhafazaya hükümlenmesi veya mülga Ceza Kanununun 47 inci maddesinin uygulanması bakımından tetkik” diye açıklanmıştı. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 1992 yılında değiştirilmiş ve yapılan tetkike, “resmi bir müessesede gözlem” adı verilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu ise şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığının, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun kişinin davranışları üzerindeki etiklerini saptamak için *gözlem altına alma* tedbirini kabul etmiştir (CMK 74).

etmek için yapılan *beden muayenesinden* farklı olan *suçlunun muayenesi* konusundaki kanunların yetersizliği bize mahsus değildir. Dünyanın çok yerinde kanunlar, suçlu şahsiyetinin hükümde nazara alınabilmesine fazla imkân vermemektedir.⁸³¹ Onun içindir ki bugün suç işlediği sabit kimselerin sorumluluk derecesini belirlemek yani ne ve ne kadar ceza verileceğini tespit etmek için, çok defa, suçlunun tıbbî, psikolojik ve sosyal bakımlardan muayenesi gerektiği kabul olunmaktadır.⁸³²

Muayenenin sınırını yargılama makamları, kendilerine lüzumlu bilgi derecesine göre belirlenir. Ancak hükümden önce, yani karşımızda bir sanık varken muayene çok sayıda sorun. Bunların başında kişi özgürlüğünün kısıtlanması gelir. Bunun içindir ki, bazı kanunlar sanığın muayenesi konusunda ihtiyatlı davranmaktadırlar. Bu mahzuru önlemek için son zamanlarda, Anglo-Sakson hukukunda olduğu gibi, suçluluğun tesbit ve yaptırımın belirlenmesi işlemlerinin ayrılması ve böylece muhakemenin ikiye bölünmesi yolunda bir cereyan meydana çıkmış⁸³³ ve milletlerarası kongrelerde desteklenmiştir.⁸³⁴ Bizim de taraftar olduğumuz bu sisteme göre, ilk önce, kişilik nazara alınmadan, suçluluk meselesi halledilecektir. Bu aşamada sanık masum sayılma imtiyazından faydalanabilecektir. İkinci aşamada ise, artık suçlu olduğu anlaşıldığından, yaptırımın belirlenmesi konusunda gerekli tıbbî, sosyal ve psikolojik araştırmalar daha kolaylıkla ve sanıklara tanınması gereken güvencelere zarar vermeden yapılabilecektir. Bu ayırma bütün suçlar bakımından söz konusu olacak değildir. Örneğin kabahatlerde, suçlunun kişiliğini uzun uzadıya araştırmağa lüzum olmadığından, suçluluğun tespiti ve yaptırımın belirlenmesi işlemlerinin ayrılmasına da lüzum yoktur.

Failin kişiliğinin tanınması çocuk ceza hukuku bakımından daha büyük bir önem taşır. 2005 sonrasındaki kanunlarımız tehlike içinde olduğu için korunması gereken veya suça sürüklenen çocukların sosyal ve ailevi durumlarının araştırılması için sosyal inceleme raporları düzenlenmesini öngörmüştür (ÇKK 33). Sosyal çalışma görevlileri tarafından yapılan bu inceleme 12-15 yaş grubu içerisindeki çocuğun ceza sorumluluğunun tayininde, yani çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği bulunup bulunmadığının takdirinde mahkeme tarafından göz önünde bulundurulmaktadır (ÇKK 35/1). Görüldüğü gibi çocuğun ceza sorumluluğunun tayininde uzmanlar tarafından sosyal inceleme yapılması büyük önem taşımaktadır.

III. Suçluluğu tespit eden makam ve yaptırımı tayin eden makam.

Suçluluğun tespiti ve yaptırımın tayini işlemlerinin ayrılması, bu işlemleri yapacak makamlarda da değişiklik gerektirebilecektir. Gerçekten suçluluğun kesin bir kararla, yani olağan kanun yolları kapandıktan sonra değiştirilemeyen bir kararla tespit edilmesine karşılık, tedavi⁸³⁵ gerektiren bir yaptırımın belirlenmesi, gereklikçe gözden geçirilebilecek ve tedavinin zaruretlerine uydurulabilecek bir karara ihtiyaç gösterecektir.

⁸³¹ *Gorphe*, 150-155. Fransa'da şahsiyet muayenesi ile sosyal anket ağır cezalı işlerde mecburi ise de (CPPF 81) tatbikat önemsememektedir (*Bouzat*, II, n. 1270). Almanya'daki görüşler için Bkz. *Yenisey*, II, n. 629.2.

⁸³² *Kunter*: Suçluların muayenesi mevzuunu tetkik eden Avrupa Semineri, İHFM, 1952, I-II, 71. *Tosun*: Suçluların gözlemi, İstanbul, 1966.

⁸³³ *Cornil (P.)*: La césure entre la condamnation et le prononcé de la peine. *Revue Pénale Suisse*, 1955, s. 225; *Marc Ancel*: La défense sociale nouvelle, Paris 1954, s. 138; *Graven*: Droit pénal et défense sociale, RPS 55, 32; *Clerck*: La place de l'examen scientifique dans la procédure criminelle, *Revue de Politique Criminelle*, 1953, s. 17 ve 138; *Vouin*: L'acte et la personne de l'accusé dans le procès pénal. RPS 54, 49; La division du procès pénal en deux phases, "L'individualisation des mesures prises à l'égard du délinquant", Paris, 1954 adli eserde, s. 170; *Rolland*: La scission du procès en deux phases. "L'individualisation des mesures" adli eserde, s. 135; *Yvonne*: L'examen medicopsychologique et social en droit comparé. "L'examen médico-psychologiques et social des délinquants - Premier cours international de criminologie", Paris 1953 adli eserde, s. 400. *Tosun*: Suçluların gözlemi, İstanbul, 1966, s. 430-467; *Merle et Vitu*, n. 112.

⁸³⁴ *Kunter*: Ceza ve Ceza İnfazı Milletlerarası 12. Kongresi, İHFM, 50, 584; *Kunter*: Suçluların muayenesi mevzuunu tetkik eden Avrupa Semineri, İHFM, 52, 71. 1954 yılında Anvers'te toplanan İçtimaî Müdafaa Milletlerarası 3. Kongresi ikiye bölmenin yararlı ve zorunlu olduğunu belirtmiştir. *Bulletin*, s. 10 "RIDS 54/1-2 eki". Ceza Hukuku Milletlerarası 10. Kongresi (Roma 1969) de bu görüşü desteklemiş, hatta sanığın kişiliği hakkındaki bilgilerin sübutta önce hâkime bile açıklanmamasını istemiştir (RIDP 70, 10).

⁸³⁵ Cezanın amacına uygun sonuç elde edilebilmesi için infaz sırasında suçlu hakkında uygulanan rejim manasına gelen *traitement* karşılığı uygun bir terim bulamadığımızdan, *tretman* demek zorunda kaldık.

Suçluluğu tespit eden mahkemenin, tretmanı takip edip kararlarını gözden geçirmesi pratik bakımdan imkânsız olduğundan, ya 1930 İtalyan Kanununun “nezaret hâkimi” “*Giudice di sorveglianza*” müessesesi kanalı ile infaz safhasında hâkimlere az veya çok müdahale imkânı tanımak yoluna gidilecek yahut 1944 tarihli Kalifornia Kanununun ihdas ettiği “Gençleri İslâh İdaresi” (*Youth Correction Authority*)’de olduğu gibi, yaptırımını belirlenmesi ve infazına nezaret görevi özel bir makama verilecektir.

Ancak keyfiliğe yer verilebileceği endişesiyle, yaptırımın idare makamlarına bırakılmasından haklı olarak çekinilmektedir. Bu aşamada hukukçu hâkimin tek başına karar vermemesi, onun yanında mütehassis hâkimlerin yani psikolog, pedagog, hekim, infaz mütehassısı gibi teknik elementlerin bulunması da istenilmektedir (No. 149).

IV. İnfaz hakimliği.

Hukukumuzda 16.5.2001 tarih ve 4675 sayılı Kanun ile İnfaz Hâkim likleri ihdas edilmiştir. İnfaz hâkim leri, hükümlü ve tutukluların kurumlara kabul edilmeleri, dışarıyla ilişkileri, cezalarının infazı, müşahedeye tabi tutulmaları, açık cezaevine ayrılmaları, izin, sevk, nakil ve tahliyeleri gibi işlemlere ilişkin şikayetleri incelemek ve karara bağlamakla görevlendirilmiştir.

Çocuk Koruma Kanunu da çocuklar hakkında uygulanan koruyucu ve destekleyici tedbirlerin (ÇKK 5) kararı veren hâkim veya mahkemece en geç üçer aylık sürelerle incelenmesini ve talep üzerine veya re’sen kaldırılabilmesini, süresinin uzatılmasını veya değiştirilebilmesini kabul etmiştir (ÇKK 8/3).

148. YARGININ OTORİTESİ.

I. Kesin hüküm.

Yargılanacak uyuşmazlığın, yargıdan sonra, yargılanmış uyuşmazlık olmasının özellikleri yabancı dillerde *yargılanmış şeyin otoritesi* manasına gelen *autorité de la chose jugée*, *atuotà della cosa giudicata* denilmektedir. Birçok eski hukuklar gibi, İslâm Hukukunun da tanımadığı *chose jugée* karşılığı olarak dilimizde son yüzyıl içinde *kaziye-i mahkûm biha*, *kaziye-i muhkeme*, *muhkem kaziye* denilmiştir. Son zamanlarda *kesin hüküm* veya *kesin karar* denilmekte ise de biz bunları uygun bulmayıp *yargı* (No. 25) dediğimizden, *uyuşmazlığın yargılanmış olmasının otoritesine* de *yargının otoritesi* diyoruz.

Doktrinde yargının otoritesi konusundaki görüşler tatmin edici değildir. Gerçekten faraza ceza muhakemesindeki yargının herkese karşı hüküm ifade ettiği söylenmekte, diğer taraftan bu yargının taraflar hakkında otorite teşkil ettiği iddia olunmaktadır. Bunun bir çelişiklik (tenakuz) teşkil ettiği açıktır.⁸³⁶ Keza bir yandan medenî muhakemede otoritenin taraflar arasında olduğu halde ceza muhakemesinde otoritenin herkese karşı olduğu, zira birincisinde şekli hakikatin, ikincisinde maddî hakikatin arandığı söylenmekte⁸³⁷, diğer yandan da medenî muhakemeciler, “otoriteyi taraflar dışına çıkarmağa çalışmakta, ceza muhakemecileri ise herkese karşı otoriteyi daraltmaktadırlar.”⁸³⁸

II. Doğrudan yargılama.

Yargının otoritesi bakımından, uyuşmazlığın dolayısı ile veya doğrudan doğruya çözülmesi arasında fark yoktur.⁸³⁹ Uyuşmazlığı doğrudan doğruya çözen (No. 145) beraat, mahkûmiyet gibi kararlar ile, dolayısı ile çözen arasında otorite bakımından fark yoktur. Yargının otoritesi, mahiyeti itibariyle, daimilik vasfını haizdir.⁸⁴⁰ Ancak, istisna olarak şüphenin geri döndüğünün kabul edilmesi ve yargılanmış olan uyuşmazlığın tekrar yargılanacak uyuşmazlık halini alması mümkündür. Meselâ ileri

⁸³⁶ Carnelutti: Efficacia diretto e riflessa del giudicato penale “Questioni sul processo penale”, s. 90.

⁸³⁷ Frosali, IV, 471.

⁸³⁸ Carnelutti: Lezioni, I, 101.

⁸³⁹ k-m: Manzini, IV, 428. Manzini’ye göre yargının otoritesi sadece uyuşmazlığın esasının mahkemece çözülmesi halinde söz konusu olabilip sorgu hâkiminin verdiği kararlarda, yeni deliller olursa dâva tekrar açılacağından, yargının otoritesi yoktur. Bununla beraber suçu düşüren bir sebep araya girerse, yeni delil de olsa dâva açılmayacağından, yargı otoritesine benzer bir otoriteden söz edilebileceğini Manzini kabul etmektedir.

⁸⁴⁰ k-m: Taner (s. 102) kesinlik otoritesini geçici ve daimî olarak ikiye ayırmaktadır.

evrelere geçme bakımından verilen yargılara rağmen, yeni delil ve olaylar bulunduğu zaman aynı dâva yeni baştan olmasa dahi tekrar açılabilir (No. 67). Kanun, 1985 değişikliğinden sonra bunu sadece kovuşturamama kararına itirazın reddi kararında açıklamaktadır. Yeni delil ve olay yüzünden şüphenin geri gelmesine esası çözen mahkeme kararlarında da rastlamaktayız. Gerçekten Ceza Muhakemesi Kanununu 311 ve 314'üncü maddelerde yazılı hallerde verilen yargının hatalı olduğunu gösteren yeni deliller ve olaylar sayılmış ve bu hallerde muhakemenin yenilenmesi (iadesi) olağanüstü yoluna gidilebilmesi kabul edilmiştir. Hatta, yeni delil ve olay olmadan da şüphenin geri dönmesi imkânı kabul edilmiştir. Gerçekten kanun yararına bozmada, yani Adalet Bakanının Başsavcılığa yazılı emir vererek, Yargıtay'dan geçmeyen işlerde temyiz muhakemesi yaptırabilmesi için yeni delil ve olaylara dahi lüzum yoktur (No. 570). AIHM'nin ihlal tespit eden kararı üzerine de muhakemenin iadesi kabul edilmiştir (CMK 311).

Yargı otoritesinin biri geniş, biri dar iki anlamı vardır. Geniş ve teknik anlamda otorite denince hem maddî hem hukukî meseleler yani hem olayın belirtilmesi (No. 321) hem norm ve gerekiyorsa yaptırımın uygulanması bakımlarından bir otorite anlaşılır. Ancak otoritenin sadece olay belirlenmesi anlamına kullanılması da mümkündür.

Ceza muhakemesinde yargının otoritesini, *kesinliği* ve *değerliği* olarak iki bakımdan incelemeyi uygun bulmaktayız.

149. a) YARGININ KESİNLİĞİ.

I. Kesinleşme.

Yargı, muhakemenin üç makamı bakımından uyumsuzluğu yarıp atan karar olduğuna göre (No. 25) taraflar yargılama makamının verdiği kararı benimsemişler, bu kararın ortak kararları olduğunu kabul etmişler demektir. Ancak yargılama makamının her kararına yargı denilemez. Zira bunların taraflar bakımından da benimsediği söylenemez. Yargılama makamının kararını taraflar haksız yani hukuka aykırı bulabilirler. Karar belki de hakikaten hukuk normlarına aykırıdır. Bunun içindir ki, hukuk geliştikçe, aykırılıkları giderme çareleri düşünülmüş ve bulunmuştur. Bunlar, aykırılıkları giderme çareleridir (No. 291). Bunlardan düzeltme, gerilime, bozma, ıslah ve yenileme adlı çarelere başvurulması *kanun yolu* adı verilen tali dâvanın (No. 510) açılması ile sağlanır. Kanunumuz olağan kanun yollarını itiraz, istinaf ve temyiz olmak üzere üç çeşit olarak kabul etmiştir. Bazı hallerde muhtemel hatalar o kadar önemsiz görülmüştür ki olağan kanun yollarına gidilmesi dahi kabul edilmemiştir. Bu hallerde uyumsuzluğu doğrudan doğruya veya dolayısı ile çözen kararların kesin olduğu kabul edilir. Kesin olmayan kararlar aleyhlerine olağan kanun yolu açık olan kararlardır. Bunlar da bir an gelince kesinleşirler (No. 151). Bu demektir ki taraflar, hatalı olduğuna inansalar dahi, kararın değiştirilmesini olağan kanun yolları ile isteyemez; yargılama makamları, uyumsuzluğu taraflar bakımından da kesip atmıştır. Görülüyor ki *yargının kesinliği*, kesin verilmesi veya kesinleşmesinin sonucu olarak *kesin (definitif)* olmasıdır.⁸⁴¹

Uyumsuzluğu çözen kararların kesin olması veya değilse şu veya bu suretle, bir an gelip artık kesinleşmesi, yargılama faaliyetinin zarurî ve tabii bir icabıdır. Zira yargılama, uyumsuzluğun çözülmesi, bir sonuca bağlanması demektir. Uyumsuzluğu değişmez bir şekilde çözmek, bir sonuca bağlamamak yargılama görevine aykırı düşerdi. Doktrinde yargının otoritenin kabulünde hukukî sebep olarak ileri sürülen *dâvaların bir sonu olmak lüzumu* tabiri ile⁸⁴² ifade edilen de budur. Fakat bu lüzum sözü geçen otoritenin sadece kesinlik yönünü izah edebilmektedir.

Yargılarda da hata olması ihtimali yok değildir. Hakikati araştıran Muhakeme Hukuku bu ihtimali de nazara almış ve her hatayı değilse bile, önemli saydığı bazılarını gidermek için düzeltme, ıslah, bozma ve yenileme çarelerine başvurulması için kanun yararına bozma, Başsavcının itirazı ve yargılamanın yenilenmesi adlı *olağanüstü kanun yolları* (No. 511) kabul etmiştir. Olağanüstü kanun yolu dâvası açılması kabul edilen hallerde, yargılanmış olan uyumsuzluk, şüphenin geri dönmesi üzerine

⁸⁴¹ Bu sebeple, yargının sadece kesinlik otoritesini belirtmek istediğimizde *kesin karar* derken hem kesin verilen hem kesinleşen kararları kastediyoruz.

⁸⁴² *Bouzat*, II, 1179; *Leone*, III, 321; *Manzini*, IV, 425; *Taner*, 100.

(No. 141), yeniden yargılanacak uyuşmazlık olur. Yargı da yeniden yargı oluncaya kadar yargı olmaktan çıkar.

II. Yaptırımın kesinliği.

Mahkûmiyet kararları ancak suçluluk bakımından kesin olmalıdır.⁸⁴³ Klâsik Muhakeme Hukuku, yaptırımların nev'i ve miktarı bakımından da kesinlik otoritesini kabul etmiştir. Ancak cezanın topluma yararlığı gayesi ve yaptırımın suçlu şahsiyetine uydurulması prensibi bu kaideden ayrılacağı gerektirir. Hatta suç ve suçluluk hakkındaki görüşlerin değişmesi veya suçluluğun silinmesinin toplumca faydalı görülmesi gibi sebepler suçluluk bakımından kesinlik kaidesinden de ayrılacağı gerektirmiştir.

Her iki bakımdan istisnalar kanunlarımızda da mevcuttur. Meselâ çocuk mahkemesinin küçük hakkında alınan bir tedbiri kaldırılabilmesi veya bir diğerini uygulayabilmesi (ÇKK 8), tam akıl hastası suçlular hakkında hükmolunan muhafaza ve tedavi tedbirinin kaldırılabilmesi (TCK 31) kabul edilmiştir.

Hükümde belirlenen cezanın, suçlunun şahsiyetine uydurulabilmesi için, sonradan değiştirilebilmesi, ceza ehliyeti olanlar hakkında dahi bazı hallerde kabul olunmuştur. Mülga Ceza İnfaz Kanunu ile kısa süreli hapis cezalarının para cezası ve hatta iade, tazmin, belli yere gidememe gibi tedbirlere çevrilmesi (mülga CİK 4), oldukça hafif cezalara çarptırılan kişilere bu cezalar yerine *adli tevbih* ile yetinilmesi (mülga TCK 26) infaz sırasında şartla salıverme kabul edilerek cezanın bir miktarının azaltılabilmesi (mülga CİK 19) bunun içindir. Benzer kurumlar Türk Ceza Kanunu ve İnfaz Kanununda da kabul edilmiştir (TCK 50, CGİK 89).

Diğer taraftan işlendikten sonra, çıkarılan kanuna göre suç sayılmayan fiilden dolayı verilmiş kesin mahkûmiyet kararları infaz olunmaz ve kanunî sonuçlar kendiliğinden ortadan kalkar (TCK 7). Genel ve özel affın kesin mahkûmiyet kararlarına tesiri (TCK 65) kabul edilmiştir. Şikâyetin geri alınmasının istisna olarak cezanın infazına tesir edebilmesi (3167 sK, 16) de keza kabul olunmuştur. Mülga İnfaz Kanununda da kesin mahkûmiyeti esasen vâki olmamış saymak sonucunu⁸⁴⁴ doğuran cezanın ertelenmesinin (mülga CK 89, 95; mülga CİK 6) kabulü bu yüzden idi. Ancak Yeni Türk Ceza Kanunu, bu halde cezanın infaz edilmiş sayılacağını öngörmektedir (TCK 51).

Bizde olduğu gibi, başka memleketlerde hükmün açıklanmasının geri bırakılması (No. 486-1) (*sentence suspendue*), *kararda yaptırımın kesin olarak tâyin edilmemesi* (*sentence indéterminée*) nin kabul edildiği vardır. Keza İtalyanlar “Nezaret Hâkimi”, Portekizliler 1944 de kurdukları “Cezaların infazı mahkemesi”, Fransızlar 1958 de kabul ettikleri “Cezaların uygulanması hâkimi” ile infaz sırasında yaptırımın değiştirilebilmesi yoluna gitmişlerdir.

Yine bu yüzden ki, sadece çocuklar ve anormal suçlular hakkında değil, fakat bütün suçlular hakkında olmak üzere, son zamanlarda, suçluluğu tespit ve yaptırımı belirleyen kararların ayrılması ve yaptırımı belirleyen kararın kesin olmaktan çıkarılması yolunda bir akım doğmuştur.⁸⁴⁵ Muhakemenin ikiye bölünmesi adı verilen sistem de (No. 147) bu fikrin bir uygulama şeklidir.

Yaptırımı belirleyen kararın kesin olmaktan çıkarılması, yine hâkimin bu kararı değiştirebilmesi demektir ki bugün birçok memleketlerde görülen *mahkemenin verdiği hükmü idarenin değiştirebilmesi ve hükümsüz hale getirebilmesi* sakıncasını da önleyecektir.⁸⁴⁶

Hâkimin yaptırımı değiştirmesinin de sakıncalı tarafları vardır. Bunun için, bu konuda ne kadar ihtiyatlı hareket edilse yeridir. Yaptırımın önceden geniş tutularak sonradan ancak lehte değiştirmeler

⁸⁴³ Carnelutti: Lezioni, I, 102.

⁸⁴⁴ Mahkûmiyetin vâki olmamış sayılması, ceza ve neticeleri bakımındandır. Bu hüküm elbet aynı fiilden aynı şahıs hakkında tekrar ceza dâvası açılması imkânını verecek değildir. Keza maddî olayın tesbiti bakımından hukuk mahkemesini bağlama tesiri de kalmıyacaktır. Bir kelime ile erteleme, ceza yargısının sadece yaptırımın tâyinine müteallik kısmını ortadan kaldıracaktır.

⁸⁴⁵ Carnelutti: Lezioni, I, 102; Graven: Introduction, 118.

⁸⁴⁶ 1957 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Kanununun yarattığı “Cezaların Uygulanması Hâkimi” Juge de l'application des peines”, evvelce İdarenin infaz sırasında yaptığı ve cezayı değiştirme neticesini doğuracak muameleleri hâkimin yapmasını sağlamıştır (Brouhot/Gazier: Analyse et Commentaire du Code de Procédure Pénale, 1960, Paris, s. 351).

kabul edilmesi uygun olur. Cezaevlerinde bir tretman tatbik edemeyen memleketlerde, tretman zaruretiyle ve yaptırımı şahsiyete uydurmak gayesi ile yaptırımıda bir değişiklik elbet söz konusu olamayacaktır.

150. b) YARGININ DEĞERLİLİĞİ.

I. Hukukî değer.

Yargıların özelliğinin bir çeşidi de değerliliğidir.⁸⁴⁷ Hukukî değer, bizce amaca erişmek ve sonuç doğurmak hukukî imkânlarıdır.⁸⁴⁸ Bu iki imkân iki şekilde gerçekleşir: 1) Yerine getirme, 2) Göz önünde tutma. O halde değer de: 1) Yerine getirme değeri (veya yerine getirilebilme), 2) Göz önünde tutulma değeri (veya göz önünde tutulabilme) olarak iki çeşittir.

II. İnfaz.

Yerine getirme⁸⁴⁹ (icra, *exécution*), birinci imkânın gerçekleşmesidir, yani amaca erişilmesidir. Örneğin bir mahkûmiyet kararının amacı, işlendiği sabit olan suçun cezaî yaptırımlarını belirlemektir. Bu amaç, belirlenen yaptırımların yerine getirilmesiyle gerçekleşir. Hükümlü yargıyı yerine getirmeye mecburdur. Çünkü yargı onun için bir emirdir. Hükümlü bu emre uymazsa, Devlet onu uymağa zorlar, yani kesin hükmü zorla yerine getirir.

III. Göz önünde tutma: Milletlerarası ve millî değer.

Göz önünde tutma⁸⁵⁰ (*prise en considération*), sonuç doğurma imkânının gerçekleşmesidir. Göz önünde tutmakla gerçekleştirilen sonuç, değerinin millî veya milletlerarası olmasına göre farklıdır.

Milletlerarası değer⁸⁵¹ söz konusu olduğunda, göz önünde tutma ile gerçekleştirilen sonuç üç çeşittir: 1) “*Ne bis in idem*” sonucu, 2) Rastlantılı sonuç, 3) Ekleme sonuç. *Ne bis in idem* sonucunu gördük. *Rastlantılı sonuçlar (conséquences occasionnelles)* adını verdiklerimiz⁸⁵², yargıya konu olandan başka bir olayın yargılanması dolayısı ile yargıdan çıkarılan sonuçlar, bir başka deyişle, ona bağlanan sonuçlardır. Örneğin yabancı yargı göz önünde tutularak ikinci suçun cezasının –tekerrürde cezanın artırılmasını kabul eden sistemlerde- tekerrürle artırılmasında durum böyledir. *Ekleme sonuçlar (conséquences supplémentaires)* dediklerimiz ise, yeni bir olay ve yargılaması söz konusu olmadan, yargıya bağlanan sonuçlardır. Meselâ belli bir cezaya çarptırılmak memur olmağa engel olur. Yabancı yargıyı da millî yargı gibi sayınca, aynı ekleme sonuç, yabancı yargıya da bağlanacaktır.

Millî değer söz konusu olduğunda göz önünde tutma ile yargıya bağlanan sonuçlar sadece: 1) *Ne bis in idem* sonucu ile, 2) Rastlantılı sonuçlardır. Yabancı Devlet bakımından ekleme sonuç olanlar, aynı Devlet bakımından amaç kavramına girerler ve gerçekleşmeleri yerine getirme sayılır. Gerçekten belli suçu işleyen meselâ hapis cezasına çarptırılması ile meselâ memur olamaması arasında yaptırımın oluş

⁸⁴⁷ İlk üç basıda kullandığımız “emredicilik” terimini, hâkim emri olmak bakımından doğru olsa da, pasif sùjeler arasında hâkimler de bulunduğundan, isabetli görmedik. Yargıların milletlerarası değeri konusunda yaptığımız çalışmalar, “değerlilik” demenin bizden önce böyle diyen olmamasına rağmen, daha uygun olacağını bize gösterdiğinden, 4. basıdan beri bu terimi kullanıyoruz

⁸⁴⁸ Hukukî değerinin bir açıklama denemesini, zamanaşımının kesilmesi ve durması konusunda eşdeğerlilik konusu dolayısı ile yaptık (*Kunter: Le problème de l'équivalence en matière d'interruption et de suspension de la prescription*, in “Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts”, Hamburg, 1970, p. 76). (Bu yazının Türkçesi: İHFM., 1970 (36), s. 15).

⁸⁴⁹ Yerine getirme, bir özellik olarak, ancak mahkûmiyet yargılarında söz konusudur. Çünkü bunlar, diğer kararlardan farklı olarak, yargı halini almadan önce yerine getirilemezler.

⁸⁵⁰ “*Prise en considération*” karşılığı olarak 4 ncü basıda “nazara alma” demiştik. 5 nci basıdan beri, daha Türkçe olması için “göz önünde tutma” diyoruz.

⁸⁵¹ Tafsilât için Bkz. *Yenisey (Feridun): Milletlerarası Ceza Hukuku, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuatı*. İst. 1988, n. 4, 26, 51.2, 62.8.

⁸⁵² Sonuçların bu şekilde adlandırılması ve sınıflandırılması tarafımızdan “*Les déchéances et les autres conséquences positives résultant des jugements répressifs étrangers sauf les conséquences indirectes occasionnelles*” ve “*La valeur européenne des jugements répressifs du point de vue des conséquences occasionnelles*” başlıklı raporlarda yapılmıştır. İki rapor da Avrupa Konseyinin 1968 de neşrettiği “*aspects de la valeur internationale des jugements répressifs*” adlı eserde yer almıştır (s. 79 ve 129).

bakımından fark yoktur. Cezanın çektirilmesi nasıl yargının yerine getirilmesi ise, memurluğa son verilmesi de yargının yerine getirilmesidir.

IV. Göz önünde tutmanın türleri.

Göz önünde tutmanın biri dar, biri geniş iki manası vardır. Biz, bağlanan sonuçlar arasında “*ne bis in idem*”i de katmaya, yani geniş manada göz önünde tutmaya taraftarız. *Ne bis in idem*’i ayıranlar, göz önünde tutmayı sadece diğer sonuçlar bakımından, yani dar manada, kabul ederler.⁸⁵³

V. Taraflar bakımından ve taraflar dışındaki sonuçlar.

Göz önünde tutmada yargıya bağlanan çok defa taraflar bakımındandır. Fakat taraflar dışında⁸⁵⁴ sonuçlar bağlandığı da vardır:

1) *Ne bis in idem* prensibinin uygulanması için tarafların aynı olmasını şart koşmak⁸⁵⁵ haklı değildir.⁸⁵⁶

2) Aynı karar ile mahkûm olan sanıklardan temyiz yoluna gitmedikleri için haklarındaki kararlar kesinleşenler, aynı kararın diğer sanıkların temyizi üzerine cezanın uygulanmasında kanuna aykırılık olması sebebi ile bozulmasından, bozmanın lehe olması şartı ile, faydalanırlar (CMK 306) (No. 546). Görülüyor ki, temyiz yolunda dâvanın dışında kalan, kanun yolu dâvasında taraf olmayan bir kimseye de Yargıtay’ın kararı tesir etmektedir. Bu hal ceza muhakemesinde de kararların tesirinin sadece taraflara münhasır olmadığını belirtmektedir.⁸⁵⁷ Bu hükmü sadece temyiz yoluna hasretmek için bir sebep yoktur. İtalya’da olduğu gibi (CPPI 203) diğer kanun yollarına da teşmil etmek lâzımdır.⁸⁵⁸ Buna benzer bir tesir Medenî Muhakeme Hukukunda⁸⁵⁹ da kabul olunmaktadır.

⁸⁵³ Meselâ Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi (No. 318).

⁸⁵⁴ Amerikan Hukukunda Federal Mahkemeler, ilgili eyalet kanunlarından oluşan hukuku uygularlar; ancak en üst mahkeme bir kanun hükmü hakkında nihai kararını verirse, bu *stare decisis* olur ve mahkemeleri bağlar, (Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir kanun hükmü gibi) hukuk değişmiş ve gelişmiş olur (Black’s Law Dictionary, 4th Edition, West Publishing 1951, sh. 1578).

⁸⁵⁵ *Taner*, 103.

⁸⁵⁶ Spor Hukukunda da *ne bis in idem* vardır. Doping yapan sporcuları cezalandıran Devletler vardır. Türkiye henüz bunlar arasında değilse de, hazırlanan bir tasarı vardır. Doping suçu yaratan ve sporcuyu cezalandıran bu ülkelerde, kendi kulübü veya WADC ve NADC tarafından doping nedeni ile “disiplin cezasına” çarptırılan bir sporcunun, ikinci defa adli anlamda cezalandırılması olgusu ortaya çıkmaktadır. İki davanın “konuları” farklı olduğu için, prensip olarak, disiplin cezası alan bir kişinin ceza sorumlusu olması mümkündür. Fakat, doping cezasının ağır bir disiplin cezası olması nedeni ile, çifte cezalandırmanın önüne geçilebilmesi için, *Lüer* (2006, 198), kusurun veya haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle takdirlik sistemi uygulanarak sporcunun hakkında dava açılmamasını veya “*ne bis in idem*”i kabul eden ceza muhakemesi sisteminin doğurduğu engelden kaynaklanan “kamu düzeni” (*ordre public*) düşüncesi ile, ikinci ceza davasının açılmaması gerektiğini savunmaktadır.

⁸⁵⁷ *Carnelutti*: Efficacia diretta e riflessa del giudicati penale, “Questioni sul processa penale, s. 90.

⁸⁵⁸ Yayılma adını verdiği bu tesiri *Tosun* (Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun yolları, İHFM, 70, II) itirazda, yargı yok diye; *Özgen* (s. 159) muhakemenin yenilenmesinde, kanun yolu diye, kabul etmemektedir.

⁸⁵⁹ Hukuk davası görülmekte iken, taraflardan birinin bir ceza mahkemesi hükmünü delil olarak sunduğunda, hukuk hâkiminin ceza mahkemesi hükmünde belirlenmiş olan bir olay ile ispat hukuku açısından, bağlı olup olmadığı sorunu ortaya çıkar. Ceza mahkemesinin, kesin hüküm halini almış olan “olgu” belirlenmesi, hukuk mahkemesini de bağlamalıdır; zira, ceza mahkemesinin belirlediği olgunun, maddi gerçeğe uygun ve “doğru” olduğu varsayımı geçerlidir. *Völmann* (2006, 47) bu konuda, ceza muhakemesi sırasında “kişiler tarafından yapılan açıklamalar” (ZPO 415) ve “olaylar hakkında düzenlenen belgeler” (ZPO 418) arasında ayırım yapmaktadır. Ceza mahkemesinin “açıklamalara” ilişkin olarak yaptığı tespitler, tanığın veya bilirkişinin o sözlerinin mahkeme önünde söylenmiş olduğunu kanıtlarsa bunu vicdani kanaatine göre takdir eder. Ceza mahkemesi önünde yapılan fiili işlemlere ilişkin tutanakların hukuk mahkemesindeki ispat gücü açısından ise, *Völmann* (2006, 48), yapılan işlemlere göre farklı sonuçlara varmaktadır: Ceza hâkiminin keşif yaparak belirlediği olgular, hukuk hâkimini bağlar (MünchKomm/ZPO/Schreiber § 418 Rn. 1). Buna karşılık, tespit edilen olgu, ceza hâkiminden başka bir kişinin algılamalarına dayanmakta ise, bu takdirde, ceza mahkemesinde yapılmış olan olgu tespiti, hukuk mahkemesi açısından sadece bir karine (İndiz) olarak kabul edilebilir ve hukuk hâkimine ceza hâkiminin vicdani kanaati ile bağlı olmayıp, kendisi kendi vicdani kanaatine göre karar verir. Mesela, ceza mahkemesinde bilirkişi roporu ile ispat yapılmışsa, bu durum ortaya çıkar ve hukuk hâkimine bilirkişinin incelemesine tabi olan maddi olguyu kendisi tekrar değerlendirebilir (OLG Düsseldorf FamRZ 1994, 630; nakleden: *Völmann* 2006, sh. 48, dn. 161).da, “içeriklerinin doğruluğu” konusunda bir garanti yoktur. Bu nedenle, hukuk mahkemesi önünde, bu sözlerin yanlış olduğu ispat edilebilir ve hukuk hâkimine, ceza hâkiminin takdiri ile bağlı değildir.

3) Ceza yargısı, fiilin maddî mevcudiyeti ve objektif sebeplerle ceza dâvasının düşmesi hususlarında, lehte olmak şartı ile, aynı suçun diğer sanıklarına da tesir eder.⁸⁶⁰ Ceza yargısının otoritesi olması için, şahısların aynı olması kaidesine ilk defa *Manzini* tarafından⁸⁶¹, ortaklara ve yatalara münhasır olarak ileri sürülen bu istisna haklıdır ve ceza muhakemesinde maddî hakikatin araştırılmasının bir sonucudur.⁸⁶² Biz bu istisnayı suç ortağı olmayan sanıklara dahi teşmile taraftarız. *Carnelutti*'nin misalini tekrar edelim. Mehmet'i öldürmekten sanık Ali, Mehmet'in intihar ettiği sabit olduğu için beraat ettikten sonra, Veli hakkında Mehmet'i öldürmek ithamı ile ceza dâvasının açılması nasıl kabul edilebilir?⁸⁶³

VI. Göz önünde tutma: bağlayıcı etki.

Yargıya sonuç bağlama demek olan “göz önünde tutma”, başka bir yargılama makamını çözdüğü bir sorunu, diğerinin çözülmüş kabul etmesi mecburiyeti biçiminde kendisini gösterebilir. Bu biçim göz önünde tutmalar, göz önünde tutulmanın ceza yargısı olup olmamasına göre farklı düzenlenir.

1. Ceza mahkemesi kararının ceza dışı mahkemeyi bağlaması.

Ceza yargısı, olayın belirlenmesi bakımından ceza dışı yargılama makamlarını da bağlar.⁸⁶⁴ Bu bağlayış, hukukî mesele bakımından olmasa da, sadece olay belirlenmesi bakımından bir otorite (No. 148) kabul edildiğini gösterir. Meselâ Borçlar Kanunu hangi hallerde ceza yargısının hukuk hâkimini bağlamayacağını saymıştır: *Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz* (TBK 74). Bunlara “iddianın aksinin sabit olduğunu söylemeyen yani olayı belirlemeyen ve sadece suç sabit olmadı diyen beraat kararları da eklenmelidir.”⁸⁶⁵ Bunlar dışında ceza mahkemesinin kesinleşen hukuk mahkemesini bağlayacaktır.⁸⁶⁶ Meğerki ceza mahkemesi, hukuk mahkemesinde kabul edilmeyen delillere de dayanarak mahkûmiyet kararı vermesinde olduğu gibi, sadece kendi açısından yani nispi muhakeme yaparak karar vermiş olsun (No. 156).

2. Ceza dışı mahkemenin kararının ceza mahkemesini bağlaması.

Ceza mahkemesinden başka bir mahkemenin yargısı⁸⁶⁷, ceza mahkemesini bağlayacak bir otoriteye, ancak olayı belirleme bakımından ve istisna olarak, sahiptir (No. 329).

⁸⁶⁰ Kanun, zarar görenlerden birinin açtığı şahsî dâvada verilen kararın diğerlerinin dâvasına tesir etmesi için “esasa dair” olmasını aramakla (m. 345/3) (No. 113), bu saydığımız hususlarda bir karar verilmiş olmasını istemiştir.

⁸⁶¹ *Manzini*, IV, 440.

⁸⁶² *Taner* (s. 104), subjektif sebeplerle verilen hükümlerin tesir etmeyeceğini kaydettikten sonra, objektif sebeplere isnat eden evvelki hükmün, taraflar değiştiği zaman, bazen delil olarak irat edilebileceğini, bunu mahkemenin takdir edeceğini söylemekle bu sahada kaideden ayrılmaya mütemayil olduğunu belirtmektedir.

⁸⁶³ *Yurtcan* (96, 594) “madem maddî hakikat araştırılıyor, o halde ikinci hâkim serbestçe araştırın” demektedir. Biz bu istisnayı maddî hakikat araştırmasına dayarken, maddî hakikatin daha önce araştırıldığını söylüyoruz. Diğer taraftan, ne bis in idem'i ve daha geniş olarak yargının değerliliğini sadece sanık bakımından kabul etmiş de değiliz. Biz, yargı otoritesini, sadece olay belirlenmesi bakımından ele almışızdır (No. 65, III).

⁸⁶⁴ *Ansay*, 374; *Bilge/Önen*, 706; *Postacıoğlu*, sadece sebebiyet rabetasının bulunmadığı yolundaki kararın bağlayıcı tesirini kabul etmemektedir (s. 708).

⁸⁶⁵ HG: 30/1/76 YKD 76, 1266, 11. HD: 23/10/81 İBD 83, s. 408.

⁸⁶⁶ Meselâ dâva konusu yerin orman olmadığı için orman suçunun oluşmadığı yolundaki ceza mahkemesi kararı hukuk mahkemesini bağlayacaktır (14. HD: 4/2/85 YKD 86/3, 389). Keza şahsî hakka karar vermeği hukuk mahkemesine bırakan ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı hukuk mahkemesini bağlar (*Taner*, 107). Sebebiyet ilişkisinin bulunup bulunmadığı hakkındaki kararların hukuk mahkemesini bağlayacağını kabul eden (Bkz. *Postacıoğlu*, 706) ve etmeyen (meselâ 10. HD: 24/11/81 İKİD 82, 793) kararlar vardır. Keza olayın sübutu hakkındaki kararın bağlayıcılığı hakkında bkz. HG: 22/9/65 (İKİD 65, 4054); HG: 11/12/85 YKD 87/6 821. Olayın tertip olduğunu belirleyen ceza yargısı da bağlayıcı sayılmıştır (2. HD: 30/6/86 YKD 87/3 384).

⁸⁶⁷ Hukuk mahkemesinin yargısı, taraflar arasında olmak şartıyla, hukuk mahkemelerini bağlar, zira kanunî delildir (*Postacıoğlu*, 679). Hele ceza hâkiminin suç dediğine, sulh hâkimi değil diyemez (1. HD: 3/7/81 YKD 83/2 177).

151. HÜKMÜN KESİNLEŞME ANI.

Eskiden kanun yolu yokken verilen hükümlerin hepsi yargı idi ve uyuşmazlıkları hemen yargılıyordu. Bugün, yargılama makamlarının kararı verildiğinde çok defa yargı değildir ve otoritesi yoktur. Bu otorite çok defa sonradan kazanılır. Bir kararın yargı olmasına kesinleşme demektir.

Karar verildiği anda yargı ise, bu olağan kanun yolu yok demektir ve geniş manada kesinleşme anı, karar adlı işlemin bütün unsurları ile tamamlandığı andır (No. 264, 275). Dar manada kesinleşme ise, var olan kanun yolunun sonradan yok olması demektir. Bu da: 1) Kanun yoluna gidilmemekle (haktan vazgeçme veya süreyi geçirme), 2) Gidilip geri alınmakla, 3) Kanun yolu dâvasının ister kabul bakımından ister esastan reddedilmesiyle kendini gösterir. Süre konmamışsa, kanun yoluna gidilebildiği müddetçe, kesinleşme da söz konusu olmaz.

Birleştirilerek yapılan muhakemelerdekiler hariç, kararlar bölünmez bir bütündür. Kısmî kesinleşme, bu bütünlüğe aykırı düştüğü için kabul olunamaz (No. 514). Birleştirilen muhakemelerde birlikte verilen kararlar aslında birden fazladır. Bunlardan birinin kesinleşmemesi, diğerlerinin kesinleşmesini engellemez (No. 155).

17. § YARGILANACAK UYUŞMAZLIKLAR ARASINDA BAĞLANTI

152. Bağlantı kavramı. 153. Yargılanacak uyuşmazlıklar arasında bağlantının çeşitleri. 154. Yargılanacak uyuşmazlıklar arasında bağlantının sonuçları. 155. Muhakemelerin birleştirilmesi. 156. Nispi muhakeme. 157. Beklettirici mesele sayma.

152. BAĞLANTI KAVRAMI.

I. Bileşiklik.

Birden fazla şeyden meydana gelen şey, tek ve bölünmez gibi gözükebilir, fakat bileşiktir.⁸⁶⁸ Bileşik bir şeyi meydana getiren şeyler yani cüzümler birbirine *bağlantılıdır*.⁸⁶⁹ Bileşik bir şeyin *cüzümleri* arasındaki bağa da bağlantı⁸⁷⁰ denilir.⁸⁷¹ Bileşiklik kavramı, dıştan tek gibi gözükeneğin içten tek olmadığını ifade eder. *Bağlantılılık* ise apayrı şeyler gibi gözükeneğin bileşik bir şeyin *cüzümleri* olduğunu belirtir. Bağlantılı cüzümlerin tekrar cüzümlere bölünmesi mümkündür. Cüzümlere bölme, fikrî bir ameliyedir, sonu yoktur.

Bağlantı kavramı çok geniştir ve muhakeme realitesinin her sahasında uygulanabilir. Realitenin bir cüzü olan muhakeme ile geri kalan cüzümler arasındaki bağlantı araştırıldığında, nenin muhakeme olduğu, nenin muhakeme olduğu anlaşılır. Buna *muhakeme-dışı bağlantı* denir. *Muhakeme-içi bağlantı* da mümkündür. Bu da muhakeme ilişkilerinin objeleri veya sükeleri arasındaki bağlantıdır. Görülüyor ki bağlantı sorunu genellikle madde ve yer itibarıyla yetki kaideleri bakımından nazara alınmasına rağmen, çok daha geniş bir sorundur.⁸⁷²

Bağlantılılık ayrı sanılan şeyler arasından ortak noktanın bulunmasını ve bu suretle bu şeylerin daha genel olarak bir diğer şeye nazaran cüzü durumunda olmalarını gerektirir. Meselâ Ceza Muhakemesi Hukuku ile Medenî Muhakeme Hukuku arasında bağlantı vardır. Zira ikisi de daha genel olan Muhakeme Hukukunun cüzümleridir.

⁸⁶⁸ (*mürekkep, complexe*)

⁸⁶⁹ (*murtabat, connexe*)

⁸⁷⁰ (*irtibat, connexite*)

⁸⁷¹ Mülga Askerî Mahkemeler Kanunu *bağlantı* yerine *bağlılık* demektedir (mülga m. 18). *Connexite*, bağlılığın bir çeşidi olduğuna ve her çeşit bağlılık değil, sadece bir bütünün parçaları arasındaki bağlılık ifade edildiğine göre ayrı bir terim kullanılmalıdır. Bağlılık, merbutiyetin Türkçesidir. İrtibat ile merbutiyet ayrı şeylerdir. Kaldı ki biz irtibata da bağ demiyor, bağı çok geniş buluyoruz. Her bağlantıda bağ vardır, fakat her bağ, bağlantı durumunu meydana getirmez.

⁸⁷² Foschini, I, 10.

II. Objektif ve sübjektif bağlantı.

Muhakeme Hukukunda bağlantı, Muhakeme ilişkisinin objeleri veya süjeleri bakımından söz konusu olabilir. Objeler bakımından bağlantıya *objektif bağlantı*, süjeler bakımından bağlantıya *sübjektif bağlantı* denilir.⁸⁷³ Bu iki çeşit bağlantıya *filî irtibat*, *şahsî irtibat* da denildiği vardır.⁸⁷⁴

153. BAĞLANTININ ÇEŞİTLERİ.

Sübjektif ve objektif diye ikiye ayırmadan (No. 152) başka, bağlantılar çeşitli bakımlardan şöyle sınıflandırılabilir:

I. Karışık bağlantı ve tek çeşit bağlantı

Uyuşmazlıkların hepsinin cezaî olup olmaması yönünden *karışık bağlantı ve tek çeşit bağlantı* diye iki sınıf kabul olunabilir. Bağlantılı uyuşmazlıklardan biri cezaî olur, diğeri olmazsa, bu hale *karışık bağlantı*⁸⁷⁵ denilir. Meselâ aynı olaydan dolayı açılan ceza dâvası ile tazminat dâvası arasında bu çeşit bir bağlantı vardır. Bağlantılı uyuşmazlıklar ve dolayısı ile dâvalar aynı çeşitten ise faraza hepsi cezaî ise, bunlar arasındaki bağlantı *tek çeşit bağlantıdır*.⁸⁷⁶ Bizi en fazla ilgilendiren de budur.

II. Önemli bağlantı, önemsiz bağlantı.

Bağlantı bakımından bir diğeri ayırma da bağlantının önemi bakımından yapılabilir. Muhakeme Hukuku bakımından önemli olana *önemli bağlantı*, olmayana *önemsiz bağlantı* diyeceğiz.⁸⁷⁷

III. Dar manada bağlantı, geniş manada bağlantı.

Cezaî uyuşmazlıklar arasında önemli bağlantı da dar ve geniş olmak üzere, ikiye ayrılabilir. Kanuna göre (CMK 8/1) *dar manada bağlantı* iki halde söz konusu olur: 1) Bir kimsenin birden fazla suçtan sanık olması, 2) Bir suçta her ne sifarla olursa olsun birden fazla sanık bulunması. Kanundaki suç tabirini, suç teşkil eden olay manasına anlamalıdır. Dikkat edilmelidir ki, kanun burada sanıkların suç ortağı olmasını aramamıştır.⁸⁷⁸ Bunun içindir ki, faraza hırsızlar aleyhindeki dâva ile yataklar aleyhindeki dâva arasındaki bağlantı, Kanunun 8/1 maddesinde ele aldığı bağlantıdır.

*Geniş manada bağlantı*dan kanun (CMK 8/2) bahsetmiş ve tarifini yapmıştır: Suçun işlenmesinden sonra suçluyu kayırma, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme fiilleri de bağlantılı suç sayılır.”

İtalyan Kanunundaki hükümlerden (CPPI 45) de esinlenerek şu hallerde de önemli bağlantı bulunduğunu söyleyebiliriz: a) Bileşik suçlarda, suçlar birden ziyade birleşmiş şahıslar tarafından aynı zamanda işlenmişse, b) Suçlar birden fazla şahıslar tarafından birbirine aleyhine işlenmiş ise, c) Suçlardan biri diğeri gizlemek, işlemek veya ondan fayda sağlamak için veya biri diğeri vesilesi ile

⁸⁷³ Foschini, I, 62.

⁸⁷⁴ *Taner*, 56. CGK 24.11.1998 (E. 1998/6-280, K. 1998/359, YKD 1999/238): Titan saadet zinciri kurarak, yüksek sesli müzikli toplantılar düzenleme gibi davranışlarıyla katılanların araştırma eylemini etkisiz kılan hatalı insan meydana getiren, psikolojik körlük yaratan, sistem çöktüğünde son halkadaki mağdurları zarara uğratarak haksız kazanç sağlayan sanıkların eylemleri dolandırıcılık suçu olarak tavsif edilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu burada da eylemin hukuki tavsifini belirlemiştir. Çok sayıdaki mağdurlarla ayrı ayrı ve uzun zaman aralıklarıyla yapılan anlaşmalar, bu sistemde yer alan sanıkların mağdurlara karşı oluşan ayrı ayrı suçları olduğunu göstermektedir.

⁸⁷⁵ (*connessione eterogenea*)

⁸⁷⁶ (*connessione omogenea*)

⁸⁷⁷ Foschini (I, 64) (*connessione propria - impropria*) demektir. CGK 13.10.1998 (E. 1998/11-205, K. 1998/304, YKD 1998/1809): Birçok öğrencinin öğrenim gördüğü sınıfa gidip ayrı sıralardaki üç ayrı kişiye ait olduğunu bilmesi gereken çantaların içinde hırsızlık yaparak her mağdura yönelik eylemini ayrı ve yeni bir kararla gerçekleştiren öğrenci olmayan sanığın eylemleri arasında sübjektif bir bağlantı, yani aynı suç işleme kararı bulunmadığında olayda teselsül hükümlerinin uygulanması yasaya aykırıdır.

⁸⁷⁸ Bu sebeple, bağlantının bu şekli suç ortaklığına (iştirake) tekabül etmemektedir (*Kantar*, 13; k-m: *Taner*, 56). Nitekim İstanbul Komisyonunda tasarı hazırlanırken (şerik, yatak vs. diye sayacağımıza her ne sifarla olursa olsun diyelim) demiştir (*Hazırlık Çalışmaları*, s. 353).

işlenmişse (TCK 42), ç) Suçlardan birinin bir unsurunun veya cezasına tesir eden bir sebebin ispatı, diğerinin unsurunun veya cezasına tesir eden bir sebebin ispatına tesir ediyorsa.

154. BAĞLANTININ SONUÇLARI.

Her açılan dâva üzerine, ayrı ve devamlı (No. 71) bir muhakeme yapılır. Kaide budur. Ancak dâvaların konusu olan uyuşmazlıklar arasında bağlantı olduğu zaman, bağlantının özelliği yüzünden bu kaideden ayrılmak mümkündür. Kaideden ayrılış şu üç şekilde olmaktadır:

1) *Muhakemelerin birleştirilmesi* (No. 155). Kanunda ve doktrinde buna dâvaların birleştirilmesi denmektedir. Fakat sadece dâvaların değil, dâvaların görülmesinin, yani muhakemelerin birleştirildiği açıktır.

2) *Nispi muhakeme* (No. 156). Bir muhakemeyi sonuçlandırmak için diğer uyuşmazlığın lüzum nispetinde çözülmesi mümkündür.

3) *Bekletici mesele sayılması* (No. 157). Bir başka uyuşmazlığın başka mahkemede önceden yargılanması için muhakemenin durdurulması bekletici meseledir.

155. MUHAKEMELERİN BİRLEŞTİRİLMESİ.

I. Birleştirmenin fayda ve zararı.

Yargılanacak uyuşmazlıklar arasında bağlantı sıkı ise, muhakemelerin birleştirilerek yapılmasında fayda vardır. Bir kere muhakeme faaliyeti sırasında başvuru vasıtalarının ve bu yüzden yapılan işlerin tekrarına lüzum kalmaz. Bağlantılı uyuşmazlıkların sayısı sadece iki de olsa, faraza tanık iki kere dinlenmeyecek, keşif iki kere yapılmayacak, kararlar iki kere yazılmayacaktır.

Diğer taraftan, muhakemelerin birleştirilmesi, hakikate daha iyi varılmasını sağlayacak, çelişik kararlar verilmesini önleyecektir. Buna karşılık, birleştirmenin zararlı tarafları da olabilir. Bunların başında kısa sürecek bir muhakemenin birleştirme yüzünden uzaması gelir. Her olayda iyi ve kötü taraflar karşılaştırılıp hangisinin ağır bastığını bakılmalıdır. Faydalının seçilmesi gerekeceğinden, *lüzumdan* da söz edilebilecek ve lüzumlu görüldüğünde muhakemelerin birleştirileceği söylenebilecektir. İhtiyarî birleştirme, bu lüzum şartının belirlenmesinin hâkime bırakıldığını ifade eder (No. 132 II).

II. Birleştirmenin sonuçları.

Birleştirilen muhakemelerde dâvalar, her bakımdan ve bu arada *görev itibarıyla yetkili* (No. 211) mahkemede görülüyormuş gibi o mahkemenin muhakeme normlarına göre çözülür. Zaten birleştirilerek muhakemeyi nispi muhakemeden ayıran da budur.⁸⁷⁹ Bunun içindir ki meselâ⁸⁸⁰ mülga Kanuna göre, şahsî hak davalısı duruşmaya çağırılıyordu.⁸⁸¹ Yine bunun içindir ki verilen kararın yargı otoritesi vardır. Meselâ, şahsî hak dâvasında verilen karar yargı halini alınca hukuk mahkemesini bağlıyordu.

Birleştirilmiş muhakemeler, kaide olarak, tek muhakeme gibidir, meğerki aksini haklı gösteren bir sebep olsun.⁸⁸² Tek muhakeme gibi oluş kaidelerinin çeşitli sonuçları vardır:

1) Çeşitli bakımlardan yetki kaidelerinden ayrılmayı gerektirebilir (No. 195, 205, 221, 223). Meselâ asliye mahkemesinde açılması gereken bir dava (CMK 9) ve yapılması gereken bir muhakeme bağlantı dolayısı ile ağır ceza mahkemesinde yapılabilir.

2) Birleştirilenler ceza muhakemeleri ise, kural gereği hepsinde ceza muhakemesi normlarının uygulanacağı açıktır. Ancak farklı ise, yüksek mahkemeninki üstün tutulur (CMK 10/2) (No. 445).

⁸⁷⁹ Birleştirmenin gerekli istisnaları elbet kabul edilecek, meselâ temyiz süresi cezadaki süreye göre hesaplanacaktır.

⁸⁸⁰ İlk yedi basıda yaş düzeltilmesi dâvalarını da misal olarak göstermiştik. 8. basıda bu görüşü terk ettik. Artık bunun bir nispi muhakeme olduğu görüşündeyiz.

⁸⁸¹ 9. CD 8/6/78 YKD 78, 1423.

⁸⁸² Meselâ birine katılan diğerlerine de katılmış sayılmaz ve onlardaki kararlara karşı kanun yoluna gidemez (1. CD 2/12/64 İKİD 65, 3659; 9/10/70 RKD 71, 33; 1. CD 17/10/73 RKD 74, 6).

3) Bir sanığın temyizi, temyiz etmeyen sanıklara da istisna olarak bazı şartlarla tesir eder (No. 150, 546).

4) Suç ortaklarından biri, şikâyetsiz kovuşturulabiliyorsa, diğer ortaklar hakkında da doğrudan doğruya kovuşturma yapılabilir.⁸⁸³

5) Birleştirilen muhakemelerde verilen hükümlere karşı varsa ve farklı değil ise, kanun yollarının da birleştirilmesi gerekir.⁸⁸⁴

III. Birleştirme mecburiyeti veya ihtiyarı.

Muhakemelerin birleştirilmesi, fayda düşüncesine dayandığından, fayda varsa birleştirilmeli, yoksa birleştirilmemelidir. Kanunumuz da bu yolu tutmuş, faydanın bulunup bulunmadığının her olayda araştırılmasını, kaide olarak, hâkime bırakmıştır. İstisna olarak muhakemelerin birleştirilip birleştirilmeyeceğini kendisinin tayin ettiği de vardır. Görülüyor ki muhakemelerin birleştirilmesi konusunda üç şekil düşünülebilir: *Birleştirme ihtiyarı, birleştirme mecburiyeti, birleştirme yasağı*.

1. *Birleştirme ihtiyarı*: Aynı mahkemede yapılmakta olan muhakemeler arasında bağlantı bulunması halinde birleştirme ihtiyarıdır (CMK 8/2). Ancak, bir kişinin bir muhakemede sanık, birleştirilen öteki muhakemede müdafî olması kabul edilemez (No. 253). İhtiyarilik kaidelerinin istisnaları vardır.⁸⁸⁵

2. *Birleştirme mecburiyeti*: Askerî suçlara ilişkin dava ve işlere bakmak üzere uyarınca belirlenen mahkemelerin görev alanına giren suçlara ilişkin davalarla diğer mahkemelerin görev alanına giren suçlara ilişkin davaların aralarındaki bağlantı nedeniyle birlikte yürütülmesinin zorunlu olduğu hâllerde davalar bu mahkemelerde; Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlara ilişkin davaların aralarındaki bağlantı nedeniyle birlikte yürütülmesinin zorunlu olduğu hâllerde davalar, askeri suçlara bakmakla görevli mahkemelerde birleştirilir (AsCK Ek 19).⁸⁸⁶

Mülga CMUK uyarınca şahsî dâva ile karşılıklı dâvanın birleştirilmesi mecburî idi. Birleştirilen muhakemelerden birinde ferdî iddia makamında olanın diğerinde müdafaa makamında bulunması, karşılıklı dâvada olduğu gibi bazen zorunlu idi (No. 118). Bu nedenle katılmada da bu durum kabul edilmelidir.⁸⁸⁷

3. *Birleştirme yasağı*: *Çocuk mahkemelerindeki davalarla büyüklerin davaları, suçları birlikte işleseler de ayrı görülür* (ÇKK 17/1). Ancak, davaların birlikte yürütülmesinin zorunlu görülmesi halinde, *yargılamanın her aşamasında* genel mahkemelerde birleştirme imkânı kabul edilmiştir. Bu takdirde, birleştirilen davalar genel mahkemelerde görülür (ÇKK 17/3).⁸⁸⁸

⁸⁸³ Meselâ bir dam altında yaşamadığı kardeşinin malını bir üçüncü şahısla müştereken çalan kimse hakkında, şikâyet gerekmez. Çünkü üçüncü şahıs dolayısı ile aynı olay hakkında dâva açılacaktır.

⁸⁸⁴ Birleştirilen her muhakeme bakımından temyiz kabiliyeti ayrı aranır (CGK 1/3/82 YKD 82/7 985; 3. CD 18/10/50, *Çağlayan* “60” III, 90). Ancak biri bakımından kanun yolu olmaması, diğeri bakımından yapılan kanun yolu yargılamanın gerektirdiği nispette diğerinin de ele alınmasına engel değildir (1. CD 11/5/66 RKD 68, 43; 15/1/76 YKD 76, 745). Temyiz kabiliyetinin ayrı ayrı aranması kaidelerinden, şahsî hak kararları bakımından ayrılması, tek başına olsaydı temyiz edilemeyecek olan şahsî hak kararlarının ceza kararı ile birlikte temyiz edilebileceğinin kabul edilmesi (CGK 20/4/64 İKİD 64, 3064; k-m: 6. CD 12/2/76 YKD 77, 288), sadece şahsî hak bakımından temyiz edilmişse ceza kısmına zamanaşımı bakımından düşme kararı vermek için de olsa bakılması (CGK 9/7/73 İKİD 84/5 2577) için sebep göremiyoruz. Kanun yolu imkânı olması yetmez. Birleştirilmiş diğer dâvadaki hükme karşı da dâva açılmalıdır. “Re’sen görülecek aykırılıklardan dolayı da bozulsun” denmesi bu bakımdan yeter sayılmıştır (CGK 19/12/77 YKD 78. 624).

⁸⁸⁵ Orman Kanunu’nda olduğu gibi, acele işlerden sayılması, istisna anlamına gelmez (CGK 18/6/79 YKD 80, 105).

⁸⁸⁶ Askerî suçlara ilişkin dava ve işler, suçun işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan asliye ve ağır ceza mahkemelerinde ya da askerî birlik ve personel yoğunluğunun gerektirmesi hâlinde Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Kurulunca belirlenen ilçelerde kurulu bulunan asliye veya ağır ceza mahkemelerinde görülür. İlçede görülmesine karar verildiği takdirde ilçenin yargı çevresi de aynı usulle belirlenir. Bu suçlara ilişkin dava ve işler, acele işlerden sayılır ve bunlarla ilgili davalar adli tatilde de görülür.

⁸⁸⁷ Nitekim uygulamada *müdahil-sanık* terimine rastlanmaktadır (1. CD 11/5/82 YKD 82/9 1329).

⁸⁸⁸ Muhakemelerin birleştirilmesinin zorunlu görülmesi halinde davalar genel mahkemelerde birleştirilir.

Mülga Kaçakçılık Kanununda (2003-4926 Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu 30/2) davaların birleştirilmesi yasağı öngörülüyordu.⁸⁸⁹ Duruşması mülga 3005 sayılı kanuna göre yapılan bir suçun muhakemesi aynı kanuna⁸⁹⁰ veya genel hükümlere⁸⁹¹ göre yapılan suçların muhakemeleri ile birleştirilemezdi.

Birleştirme için maddi imkâna da ihtiyaç olduğu açıktır. Faraza birleştirilecek muhakemeler aynı derecede, aynı evrede olmalıdır. Meselâ soruşturma evresinde olan bir muhakeme ile kovuşturma evresinde olan muhakeme birleştirilemez.

Birleştirme bir fayda düşüncesine dayandığından, fayda olmadığı veya kalmadığı görülünce birleştirme mecburiyeti olmayan hallerde, birleştirilmiş muhakemelerin ayrılması yoluna gidilmesi tabiidir.

Birleştirmeyi gereken davaların hepsinin aynı evrede olması gerekir. Bu itibarla, kanunumuzda birleştirme kararı mahkemenin vereceği bildirilmiştir (CMK 10). Bununla birlikte soruşturma evresinde suçlar arasında bağlantı gören savcının, bunların her birinin değişik mahkemelerin görevine girdiği görüşünde ise birleştirerek yüksek görevli mahkemede dava açması kabul edilmiştir (CMK 9). Bu nedenle Cumhuriyet savcılarının da davaların birleştirilmesinde önemli bir rol oynadığı görülmektedir.⁸⁹²

156. NİSPÎ MUHAKEME.

I. Birleştirmeden birlikte muhakeme.

Uyuşmazlıklar arasında bağlantı olduğu takdirde muhakemelerin birleştirilmesi en uygun yoldur. Fakat muhakemelerin birleştirilmesinin uygun bulunmaması da mümkündür.

Bu takdirde eğer bağlantı sıkı ise yapılacak iki şey vardır: a) Ya her iki muhakemenin ayrı ayrı yapılması kabul edilecek, bu takdirde bağlantının sıklığı dolayısı ile muhakemelerden birinin sonucu diğeri üzerinde müessir olacağından muhakemelerden biri, diğeri sona erinceye kadar durdurulacak, ötekinin sonucu beklenecektir (No. 157). b) Yahut asıl dâvanın muhakemesi yapılırken, bağlantılı dâvanın muhakemesinin de *birleştirmeden birlikte* yapılması kabul edilecektir. İtalyan doktrininde *cognizione occasionale* denilen bu hale biz nispi muhakeme demeyi tercih ediyoruz.⁸⁹³

II. Kararın “kesin hüküm” olmaması.

Nispi muhakemede, asıl dâvaya bakan mahkeme, bağlantılı dâva hakkında tam bir muhakeme yapıp, yargı otoritesi olan veya olacak bir karar verecek değildir.⁸⁹⁴ Başka mahkeme çözümleri bekletici mesele teşkil edecek olan uyuşmazlığı, sadece kendi kararı bakımından muteber olmak üzere ve kendisine lâzım olduğu nispette kendisi çözecektir.

Hâkim, kendisine arz edilen bir uyuşmazlığı çözmek ve bir hükme varmak için, bu hükme mantıken varmasını gerektiren bütün hususları bilmeğe mecburdur (No. 332). Bu hususta hâkime geniş yetkiler verilmiştir. Bilmediklerini bilirkişilere sorarak öğrenir. Aslında bekletici olan meseleyi bizzat halletmesi de, hükmüne esas teşkil eden hususları öğrenme ödev ve yetkisinin bir sonucudur. Bu meselenin

⁸⁸⁹ Buna karşılık 2007 tarihli 5607 sayılı *Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu*, gümrük idaresinin davaya katılmasını (m. 18) ve etkin pişmanlığı (m. 5) düzenlediği halde, birleştirme yasağına yer vermemiştir.

⁸⁹⁰ CGK 18/7/1971 İBD 71, 885.

⁸⁹¹ 2. CD 9/3/1951, *Çağlayan* 66 II, 292.

⁸⁹² Mülga Kanunumuza göre ilksoruşturmayı yapan sorgu hâkimliği de birleştirme kararı verebiliyordu. *Taner*, s. 77. *Kantar*, ilksoruşturma sırasında birleştirmeyi kabul etmekle beraber bunun için mahkemenin karar vereceğini söylemektedir (s. 36).

⁸⁹³ İlk iki basıda kullandığımız *dolayısı ile muhakeme* teriminin *dolayısı ile yargılama* ile karıştırıldığını gördük. *Tesadifi* de demek istemedik. Çünkü tesadüfen önüne gelen bir işte mahkemenin tam bir muhakeme yapması da mümkündür. *Yarım muhakeme* de uygun düşmeyecekti. Lâzım olduğu nispette ve başka mahkemelere tesir etmeyecek şekilde muhakeme yapıldığını *nispi* sıfatı ile ifade edebileceğimizi düşündük.

⁸⁹⁴ *Foschini*, I, 73.

yargılanmasının yani esasının çözülmesinin başka mahkemeye ait olması bir engel teşkil etmez, çünkü o mahkeme yerine geçerek yargı otoritesini kazanacak bir karar verecek değildir.

Meselâ, hukuktaki yeminin yalan ve sanığın borçlu olduğu sadece ceza dâvası bakımından çözülecek (No. 324) yahut bir idarî karar⁸⁹⁵ veya bir tüzük iptal edilmeyip sadece o ceza dâvası bakımından yok sayılacaktır (No. 314). Zaten o mahkeme yerine geçmediği, eğer o mahkeme ceza mahkemesi değilse, o mahkemede muhakeme normlarına göre değil, ceza muhakemesi normlarına göre muhakeme yapmasında da kendini gösterecektir.

Asıl uyuşmazlık ile bağlantılı diğer uyuşmazlığın nispi muhakeme yapılarak, yani birleştirmeden, yargılanması halinde, bu ikinci konu için ayrı bir kanun yolu ve mercii elbet düşünülemez. Asıl dâvaya bakan olay mahkemesi gibi, asıl dâva dolayısı ile kabul edilmiş olan kanun yolu makamları da bağlantılı bu diğer uyuşmazlığın çözümünü yine nispi muhakeme yaparak denetleyeceklerdir.⁸⁹⁶

III. Nispi muhakemenin fayda ve zararı.

Nispi muhakemenin faydası, sür'ati sağlaması ve tam hakikati meydana çıkarmasıdır. Zira asıl yetkili makamca çözülmesi beklenmemekte, cezadaki delil serbestliğinden faydalanılmaktadır. Buna karşılık, nispi muhakemenin sakıncası da yok değildir. Nispi muhakeme ile çözülen mesele, sonradan esaslı olarak diğer mahkemede çözüldüğü zaman veya daha önce çözülmüş ise, birincisinden farklı sonuca varmak mümkün olabilecektir. Bu farklı sonuç ihtimali, nispi muhakeme ile çözülen meselenin mahiyetine göre değişir. Keza farklı sonucun ağırlık derecesi meselenin mahiyeti ile ilgilidir. Farklı sonucun ihtimal ve ağırlık derecesi az olduğu nispette, nispi muhakeme fayda verir.

Nispi muhakeme de muhakemelerin birleştirilmesinde olduğu gibi fayda düşüncesine dayandığından kanun koyucu iki şekilde hareket edebilecektir: a) Ya faydayı veya faydasızlığı kendi göreceği yani nispi muhakeme yapmayı veya yapmamayı mecburî kılacak, b) Yahut faydanın her seferinde araştırılmasını yargılama makamlarından isteyecektir. Görülüyor ki, muhakemenin birleştirilmesinde olduğu gibi, burada da “*nispi muhakeme yapma mecburiyeti*”, “*nispi muhakeme yapmama mecburiyeti*” ve “*nispi muhakeme ihtiyarı*” söz konusu olacaktır.

1. Nispi muhakeme yapma mecburiyeti.

Bazen kanun hâkime, esas dâvanın çözülmesi için gerektiği nispette ve o dâva bakımından muteber olmak üzere bir meseleyi çözüme mecburiyetini yükler. Bu mecburiyet, tabii, muhakemelerin birleştirilmesinin ve bekletici mesele sayılmasının kabul edilmediği hallerde söz konusu olur. Bağlantılı uyuşmazlık bir ceza dâvasına konu olacaksa ve muhakeme şartları olmadığı için dâva açılmayacaksa bu yola gidilmesi zarurîdir.

Nispi muhakeme yapma mecburiyetine bazı misaller verelim:

a) Kovuşturma evresi sırasında suçtan zarar görenlerle sanıkların yaşlarında ceza hükümleri bakımından lüzumlu görülen düzeltmeleri yapmak ceza mahkemesine aittir (CMK 218/2). Bu demektir ki ceza mahkemesi, ceza hükümleri bakımından lüzumlu gördüğü ölçüde yani nispi muhakeme yaparak yaş düzeltmek mecburiyetindedir.⁸⁹⁷

⁸⁹⁵ Bazı belediye seçimlerinin ertelenmesi hakkındaki kararnamelerin Yüksek Seçim Kurulunca hukuka uygunluğunun değerlendirilmemesini, yani yargılama yapılmamasını haklı olarak eleştiren *Duran* (Türkiye’de seçimleri kim yönetir? İHVİD 80, s. 52) yargılama imkânını “yargılama yetkisinin tamlığı (plénitude de juridiction)” ile izah etmekte fakat adını koymamaktadır. Bizce bu, “nispi yargılama”dan başka bir şey değildir. Son zamanlarda nispi muhakeme kavramının memleketimizde de yerleşmekte olduğunu sevinerek görmekteyiz (*Tosun*, I. 401; *Yurtcan*, 96, 258).

⁸⁹⁶ Yaş düzeltmesinde “birlikte temyiz olunabilir” denmesi (CMK 255) esas temyiz edemeyenin diğerini temyiz edemeyeceği (5. CD 7/6/55, *Çağlayan* “66” II, 427, k-m: 5. CD *Çağlayan* “66” II, 450) veya esas karardan önce diğeri için verilen temyiz dilekçesinin yok sayılacağı (1. CD 17/10/67 RKD 698, 62) manasına gelmez, zira gaye, bunların ayrı ayrı zamanlarda Yargıtay’a gitmesini önlemektir.

⁸⁹⁷ İlk yedi basıda, 31/1/1945 tarihli, 22/3 numaralı İçtihat Birleştirme Kararının tesiri ile, ceza mahkemesinin yaş düzeltme kararlarının nüfus kütüğüne işleneceğini sanarak, ceza muhakemesi ile yaş düzeltme muhakemesinin “birleştirilmesi”nden söz etmiştik. Ceza Genel Kurulunun 30/3/81 tarihli bir kararı dolayısı ile (*Çağlayan* “81” 321-330), Hukuk mahkemesinin hatalı yaş düzeltmesi karşısında ceza mahkemesini bu hatalı kararla bağlamanın yersizliğini gördükten sonra, ceza mahkemesinin yaş düzeltmesinde yaptığı muhakemenin, birleştirerek muhakeme değil, nispi muhakeme olduğunu kabul ediyoruz. Bu değişikliğin gerekçelerini şöyle özetleyebiliriz: Nüfus kütüğüne işleme gerekir, diyen 31/1/45 tarihli İçBK isabetsizdir. Ceza Muhakemesi

b) İsnat edilen ve suç oluşturulan fiilin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, isnat ispatlanmış sayılır. Bunun dışındaki hallerde isnadın ispat isteminin kabulü ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikayetçinin ispata razı olmasına bağlıdır (TCK 127/1). İsnat olunan maddenin hakiki olduğunun ispatı iddiası, şikayetçi özel bir muhakeme usulüne tabi veya başka bir mercide yargılanması gereken bir kimse olsa dahi, hakaret davasına bakan mahkemece kabul ve tetkik olunur. Zira nispi muhakeme sonunda şikayetçi cezalandırılacak değildir, sadece sanık cezalandırılmayacaktır.⁸⁹⁸

c) Suç tipinde Suç Hukukundan gayri bir Hukuka ait bir erk veya ödev unsur olarak yer alıyorsa, bu unsurun araştırılması dolayısı ile ceza hâkiminin o erk veya ödevin mevcudiyeti hakkında “nispi muhakeme” yapması zarurî ve mecburîdir. Meselâ bir memurun görevini yapmadığı veya geç yaptığı (ihmal veya terahi)⁸⁹⁹ iddia edildiğinde, ceza mahkemesi ihmal ve gecikme meselesini halletmek için idare hukukuna ait bir meseleyi dolayısıyla çözecektir (TCK 257/2).

Terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinin kötüye kullanıldığı iddia edildiğinde (TCK 232/2), ceza hâkimi sanığın terbiye hakkına sahip olup olmadığı gibi medeni hukuka ait bir meseleyi nispi olarak çözmeye mecburdur.

2. Nispi muhakeme yapmama mecburiyeti.

Bir meselenin bekletici mesele sayılmasında veya birleştirilerek muhakemenin mecburî olmasında, nispi muhakemenin yapılamayacağı sonucuna varmak zarurîdir.

3. Nispi muhakeme ihtiyarı.

Bazen nispi muhakemede fayda olup olmadığının araştırılması ödevini kanun hâkime verir. Birleştirme veya bekletici mesele sayma bakımından mecburiyet kabul olunmayan hallerde durum böyledir.

Bağlantılı meselenin henüz çözülmemiş olması halinde, öteki mahkemede ayrı bir dâva açıldığı zaman farklı bir sonuca varmak ihtimali fazla oldukça bu yola gidilmemelidir. Kanunumuza göre, bir

Kanununun 255. maddesine 1936 da eklenen son fıkrada yanlış anlamalara yol açacak ibareler varsa da, suçtan zarar görenlerle sanıkların yaşlarında ceza hükümleri bakımından lüzumlu görülecek düzeltmeleri Nüfus Kanunundaki usule göre yapma yetkisi ceza mahkemesine aittir, denilmiş olması, hukuk mahkemelerinin yetkisinin kalktığı (3. HD: 29/12/86 RG: 31/1/87 YD 87/1 145) biçimde anlaşılmalıdır. Bunun için haklı bir sebep yoktur. Ceza mahkemesi sadece “ceza hükümleri bakımından lüzumlu gördüğü” ölçüde yaş düzeltmeleri yapacak, daha doğrusu yaşları kendi dâvası bakımından tayin edecektir. Buna düzeltme dahi denilmemeli yaş tespitinden söz edilmeliydi. Nüfus Kanunundaki usulden söz edilmesinden maksatın da, ceza mahkemesini hukuk mahkemesi yerine geçirmek olmadığı pekâlâ ileri sürülebilir. Nitekim Adliye Encümeninde “sulh mahkemesinde bu dâvaya bakılırken savcı da bulunsun” diyenlere karşı “işte Nüfus Kanunundan bahsediyoruz. Savcı da bulunacak” cevabının verilmesi ve bunun kanun gerekçesine geçirilmesi de bunu gösterecek niteliktedir. Ceza mahkemesi, hukuk mahkemesi yerine geçip bir karar vermediğine göre, verdiği kararın hukuk mahkemesi kararı sayılması ve nüfus kütüğüne geçirilmesi de söz konusu olamamak gerekir. Yargıtay’ımızın da bu yönde bir kararına rastladık (5. CD 4/6/85 YKD 85/9/1394). Ancak bu kararda bozmadan sonra yaş düzeltmesine yeniden karar verilmesi gereğinden söz edilmesini yadırgadık. Yaş düzelten ilk karar, bozma ile neden ortadan kalkmış olsun? Eski karar, bir belge olarak, dosyada mevcuttur. Aynı mahkemece aynı dâva dolayısı ile verilmiştir. İkinci defa verilecek karar eskisinden farklı olamayacağına göre sırf formalite için tekrar lüzum yoktur. Düzeltme kararı da hatalı görülerek bozulmuş ise elbet yeni karar gerekecektir, ama dairenin sözü geçen kararını biz böyle anlamadık. Bu vesile ile belirtelim ki ceza mahkemesince yaşın ceza dâvası bakımından tespitinde, bilirkişi incelemelerine de başvurmak gerekecektir. Nitekim uygulamada “aile tablosu, doğum belgesinin tasdikli örneği getirilerek incelenmesi, gerekirse, tam kuruluşlu hastanede sağlık kuruluna gönderilerek kemik grafiklerinin de çektilmesi suretiyle yaşın bilimsel biçimde tespit ettirilmesi, yeterli görülmezse Adli Tıp Kurumundan görüş alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gereğinden söz edilmektedir (5. CD 29/3/84 İKİD 85/3 3210). Bütün bunlar gösteriyor ki ceza mahkemesinde yaş düzeltme nispi muhakemesinde nüfus memurunun yapabileceği bir iş yoktur ve “Nüfus Kanunundaki usule göre” sözcükleri biran önce maddeden çıkarılmalıdır. Ceza mahkemesinin ceza hükümleri bakımından yaş düzeltmesi yapmasının kabul edilmesi, birleştirilerek muhakeme sayılsa da hukuk mahkemesini yetkisiz kılmaz. Olsa olsa, hangisi önce başlamışsa, diğerinin sonucu beklemesi düşünülebilir. Kaldı ki ceza mahkemesini hukuk mahkemesinin sonucu ile bağlamak da ceza muhakemesinin esaslarına aykırı düşeceğinden bu beklemenin de bir anlamı olmayacaktır. Bu da gösteriyor ki burada ancak nispi muhakeme söz konusu olabilir.

⁸⁹⁸ Mülga TCK hükmü, 1960’ta değiştirilerek hatalı olan 16/3/49 tarihli İçtihat Birleştirme Kararı hükümsüz bırakılmıştı.

⁸⁹⁹ İhmal hiç yapmama, terahi ise geç yapma, bir diğer söyleyişle savsama anlamına geldiği halde, 1979 değişikliğinde ihmal yerine savsama denilmesi yanlış olmuştur.

olayın suç olup olmadığı “ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise”, mahkeme bunu kendisi çözebilir. Bu takdirde ceza mahkemesi bu meseleyi, bir ceza meselesi gibi, yani “ceza mahkemesindeki usullere ve delil kaidelerine göre” çözecektir (CMK 218/2).

Bağlantılı meselenin daha önce çözülmüş olması halinde, gerektiğinde farklı sonuç göze alındığına göre, durum aynıdır. Maddî hakikati araştırdığı için, ceza mahkemesi evvelce bağlantılı meselede hatta bir ceza mahkemesinden verilmiş kararla bağlı tutulamaz. Kaldı ki öteki yargıda herhangi bir değişiklik yapılacak değildir. Sadece, eski olay hakkında yeni olay bakımından gerektiği nispette bir hüküm verilecektir.⁹⁰⁰ Mahkemenin eski kararla bağlı olmaması, her halde, nispi muhakeme yapmasını gerektirmez. Eskisine rağmen nispi de olsa yeni bir yargılama yapmak için öteki yargının yanlışlığı hakkında ciddi bir şüphe olmalıdır. Aksi takdirde öteki yargı olduğu gibi kabul edilmelidir.

157. BEKLETTİRİCİ MESELE SAYMA.

I. Bekletici mesele kavramı.

Bir ceza dâvasının görülmesi bazen o ceza mahkemesinin yetkisinin dışında kalan bir meselenin çözümlenmesine bağlı olabilir. Bekletici mesele (bekletici sorun) veya ön mesele (No. 52) denilen bu mesele bağlantının bir sonucudur. Bekletici sorun sayma hallerinde ve özellikle “soruşturma ve kovuşturma yapılmasının izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözümlenmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı bulunduğu hallerde; izin veya kararın alınmasına veya meselenin çözümüne veya kanun gereğince hakkında kaçak olduğu hususunda karar verilmiş olan suç faili hakkında bu karar kaldırılıncaya kadar dava zamanaşımı durur (TCK 67/1). Burada dikkati çeken husus kanunlardaki terminoloji farklıdır. CMK 218/1 de bekletici *sorun* denilene, TCK 67/1’de bekletici *mesele* adı verilmiştir.

Bekletici mesele yüzünden muhakemenin durdurulması, ancak muhakemelerin birleştirilmesinin veya nispi muhakemenin kabul edilmediği hallerde bahis konusu olabilir.

Bekletici mesele yüzünden muhakemenin durdurulması, her mahkemenin yetkisi içinde iş görerek çelişik kararlar çıkmasını önlemek bakımından faydalıdır. Sakıncası ise zaman kaybına ve bütün meselelerin bir tek hâkim tarafından toplu bir şekilde ele alınmasının faydalarından mahrumiyete sebep olmasıdır.⁹⁰¹ Medenî muhakemede delillerin serbest olmaması bir sakınca doğurmaz, zira bekletici meselede hukuk hâkiminin verdiği karar ceza hâkimini kaide olarak ve nispi muhakeme yapılabildiği ölçüde bağlamaz (No. 341). Sadece bekletici meselenin mecburî olduğu hallerde, nispi muhakeme yapılamadığından, ceza hâkimi diğer hâkimin kararı ile bağlıdır. Ceza yargısı da ceza-dışı yargılama makamlarını belli ölçüde de olsa bağladığı için (No. 150), aynı eylem bakımından ceza yargılaması ceza-dışı yargılama için bekletici mesele sayılmalıdır. Bunun, disiplini derhal koruma zorunluluğu ile istisnasını disiplin muhakemesinde rastlanmaktadır.

Bekletici, mesele, çeşitli yetkilere ait kaideleri ihlâl etmemekte, sadece bağlantılı dâvanın açılmasını önlemekte veya açılmış dâvayı, daha doğrusu onun muhakemesini durdurmaktadır. Bağlantılı uyuşmazlığı bekletici mesele saymanın bir sonucu da zamanaşımının durmasıdır (TCK 67).⁹⁰²

Bekletici mesele de bir fayda düşüncesine dayanır. Bu faydayı takdir bakımından burada da üç ihtimal akla gelebilir:

II. Bekletici mesele sayma mecburiyeti.

Bu ihtimale göre kanun koyucu faydayı kendisi görmüştür. Meselâ Anayasa, kanunların Anayasaya aykırılığı konusunu bekletici mesele sayma mecburiyetini koymuştur (AY 152) (No. 314).

⁹⁰⁰ Yurtcan, (s. 418) katıldığı bu görüşün Almanya’da çoğunlukta olduğunu bildirmektedir.

⁹⁰¹ Foschini, Sistema, c. I, s. 79.

⁹⁰² TCK açılacak dâvanın durmasından bahsetmiştir. Dâva açıldıktan sonra muhakemenin, durdurulmasında da zamanaşımının durması kabul edilmelidir (Erem, I, 914).

Meselâ iftira cürmünde (TCK 267), isnat olunan suç hakkındaki muhakemenin sonu beklenmelidir. Özellikle yüklenen fiili işlemediğinden dolayı mağdur hakkında beraat kararı verildiği hallerde bekletici mesele mecburiyetinin olduğu açıktır (TCK 267/3).

Keza bir tanık hakkında yalan tanıklıktan kovuşturma yapılıyorsa (TCK 272), o tanığın yalan söylediği iddia olunan dâvada, bu ceza dâvasının sonucu beklenmelidir.⁹⁰³

Aynı şekilde, hukuk mahkemesinde sahtelik iddia edilmişse, sahte olmadığı orada sabit olursa ceza dâvası açılmayacağından, açılmışsa durdurulmalı ve sonuç beklenmelidir.⁹⁰⁴

III. Bekletici mesele saymama mecburiyeti.

Bağlantılı dâvanın nispi muhakemesinin veya birleştirilerek muhakemenin mecburî olduğu hallerde, bekletici mesele saymama mecburiyeti var demektir. Bekletmemenin açıklandığı da vardır. Meselâ memurların disiplin muhakemesi, ceza muhakemesi yüzünden bekletilemez (1965-657 numaralı Devlet Memurları K 131/1).

IV. Bekletici mesele sayma ihtiyarı.

Kaide budur. Bir meselenin bekletici mesele sayılmasına lüzum olup olmadığını her seferinde ilgililer araştıracaktır. Meselâ bir olayın suç olup olmadığı ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren sorunun⁹⁰⁵ çözülmesine bağlı ise, ceza mahkemesi, fayda görüyorsa, bunu bekletici mesele sayabilir (CMK 218/1).

Çocuk Koruma Kanunu uyarınca çocuk mahkemeleri küçükler hakkındaki davaların görülmesini, birlikte suç işledikleri büyüklerin davasını sonuna kadar bekletebilirler (ÇKK 17/2).⁹⁰⁶

Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunda (TCK 165) mahkûmiyet için önceki suçun sabit olması lazımdır. Bunun içinde mahkeme ya bunu bekletici mesele sayar yahut kendisi nispi olarak çözer.⁹⁰⁷

Hakkı olmayan yere tecavüz suçunda da (TCK 154) girilen yer uyuşmazlık konusu olmuş ve hukuk mahkemesine dava açılmış ise bunun neticesi beklenmektedir.⁹⁰⁸

Bunun dışında da başka bir mahkemenin daha önce karar vermesi için muhakemenin durdurulduğu tatbikatta çok görülmektedir.

İhtiyarî olan hallerde bekletici meseleden dolayı dâva açılmamış ise, dâva açması için ilgiliye bir süre verilebilir. Bunun manası “açarsan netice ile kendimi bağlı saymak kaydı ile (No. 329 II) beklerim, açmazsan ben nispi muhakeme ile çözeceğim” demektir.

⁹⁰³ 1. CD 10/4/51 *Çağlayan* “66” II, 380; 4. CD 18/6/75 İKİD 75, 3713.

⁹⁰⁴ CGK 21/3/60 (*Çağlayan* “66” II, 420).

⁹⁰⁵ Bu dâva, dar manada hukuk dâvası değildir. *Taner* (s. 96) ticarî; *Kantar* (s. 305) idarî dâva olabileceğini belirtmektedirler.

⁹⁰⁶ Çocuk Koruma Kanunu, “çocuklarla yetişkinlerin birlikte suç işledikleri durumlarda, çocuk hakkındaki ceza davasını, genel mahkemede görülmekte olan davanın sonucuna kadar bekletme kararı” verirken, kendi koyduğu sisteme aykırı olarak, “ceza yanı sıra tedbir uygulamayı” da kabul etmiştir. Oysa TCK’nın benimsediği uygulama, “ceza sorumluluğu varsa ceza, yoksa tedbir uygulanmasıdır”. Anlaşılan, çocuk mahkemesi bekleme kararı aşamasında tedbir uygulama yoluna gidebilecek, ancak çocuğun ceza sorumluluğu varsa, tedbiri kaldırıp, sadece cezaya hükmedecektir. TCK’nın sistemi değiştirilmeli ve “tedbir veya ceza”, hatta “tedbir ve ceza” uygulama yapılması yolu açılmalıdır

⁹⁰⁷ 2. CD 22/12/43, 7933 esas.

⁹⁰⁸ 2. CD 5/11/48, 10614/10366.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: CEZA MUHAKEMESİ SÜJELERİ

18. § MUHAKEME İLİŞKİSİ SÜJELİĞİ

158. Ceza muhakemesi sùjelerinin sınıflandırılması, 159. Muhakeme ilişkisi sùjesi ve taraf anlamında görüş ayrılıkları. 160. Birinci derecede sùjelerin çeşitli durumları. 161. Taraf arkadaşlığı, taraf ortaklığı ve taraf yardımcılığı.

158. CEZA MUHAKEMESİ SÜJELERİNİN SINIFLANDIRILMASI.

Ceza muhakemesi ilişkilerinin kimler arasında olduğu meselesi, kimlerin erkleri ve ödevleri, kamu hukuku tabirleri ile yetkileri ve ödevleri olduğu meselesidir (No. 136). Bir diğer söyleyişle, kimlerin sùje olduğu meselesidir.

Sùje konusunda görüşler çok farklıdır.⁹⁰⁹ Bizce, ceza muhakemesi adı verilen faaliyetler dolayısı ile erklerle sahip olan veya kendisine ödevler yükletilen her şahıs, ceza muhakemesi ilişkisinde sùjedir. Ceza muhakemesinde sùjeler ikiye ayrılabilir.

1) *Birinci derecede sùjeler*, ceza muhakemesi görevini oluşturan görevleri yapmak üzere yargılama, iddia ve müdafaa makamlarını işgal eden kimselerdir. Bunlar da hâkim, savcı, katılan (müdahil), sanık ve müdafidir.

2) *İkinci derecede sùjeler*, ceza muhakemesinde taraf makamlarını asil bulunmadığı zaman vekil olarak, asil hazırsa ona yardım etmek üzere işgal edenlerle ceza muhakemesinde önemli de olsa ikinci plânda kalan faaliyetlerde bulunanlardır. Katılanın avukatları ile teknik müşavirler yani tarafların seçtikleri bilirkişiler Kanunun terimi ile bilimsel mütalaa hazırlayan *uzman* (CMK 67/6, 68/3) birinci gruptakilere örnektir.

Sözü geçen avukatlara *vekil* denilmesi (CMK 67/5, 234/2, 235/1) isabetli değildir. Çünkü vekil asilin yerine geçer, yani onun bulunmadığında söz konusu olur. Bunlar asil hazırken de onunla birlikte bulunuyorlarsa, vekil oldukları için değil, hukukî işlerde yardımcıları, müşavirleri bir diğer söyleyişle avukatları oldukları içindir. Bunların sùjeliği, dâva vekilliği gibi geçici istisnalar ihmal edilerek “*taraf avukatlığı*” diye adlandırılmalıdır.

İkinci derecedeki sùjelerin ikinci grubunda da özellikle, zabıt kâtipleri, kolluk memurları, tanıklar, (mahkemenin tayin ettiği) bilirkişiler ve tercümanlar vardır.

159. MUHAKEME İLİŞKİSİ SÜJESİ VE TARAF ANLAMINDA GÖRÜŞ AYRILIKLARI.

Muhakeme ilişkisi sùjelerinden hepsinin, meselâ hâkimin taraf olmadığı açıktır. Tartışma sanık ve savcı bakımındandır: a) Bazılarınca ceza muhakemesinde taraf yoktur, sadece muhakeme ilişkisi sùjesi vardır. Bunlara göre ne savcı ne de sanık taraftır.⁹¹⁰

⁹⁰⁹ Bir kısım yazarlar ceza muhakemesi ilişkisinin iki sùjesi olduğu fikrindedir. *Filorian*'a göre bunlar hâkim ile savcıdır (*Leone*'dan naklen: I, 229). *Kohler*'e göre savcı bir sanıktır (*Leone*: Linaementi, s. 90). Üç sùje kabul edenler de vardır: Hâkim, savcı, sanık (*Leone*, I, 247; *Ranieri*, s. 169; *Vannini*, 10). *De Marsico* (s. 34, 36) bunlara şikâyetçiyi ilâve eder, ayrıca adli yardımcı olarak kâtipler, adli zabıta memurlarını, tercümanı, bilirkişiyi kabul eder. *Manzini* (I, 85) asil sùjeler, talî sùjeler, yardımcı şahıslar tasnifini yapar ve zabıt kâtibini, müdafii, bilirkişiyi, tercümanı yardımcı şahıslar arasında sayar. Asli sùjeler, talî sùjeler, yardımcı sùjeler ve tahkik sùjeleri tasnifini yapan *Sabatini* (I, 48) ye göre, *Manzini*'den fazla olarak tanık da bir sùjedir. *Falschi* (s. 129) bunlara zabıta memurlarını da katar. *Tosun* (I, 413), sùjelerin hepsini “muhakemeye katılanlar” diye adlandırmakta ve bunları birinci derecede, ikinci derecede katılanlar ve yardımcıları olarak üç gruba ayırmaktadır. *Yurtcan* ise muhakeme sùjeleri ve muhakemeye katılanlar ayrımını yapmakta, sùje terimini dar anlamda kullanmakta ve muhakeme sùjelerini de birinci ve ikinci derece diye ikiye bölmektedir (s. 46).

⁹¹⁰ Bu tez Almanya'da çok taraflar bulmuştur. *Guarneri* (s. 15), bunlar arasında Löwe, *John*, *Stenglein*, *Bierling*, *Wach*, *Lilienthal* ve *Gerland*'ı saymaktadır. İtalya'da da *Sabatini* (I, 45) ve onun naklettiğine göre *Angioni*, *Stopato*, *Pergola* bu fikirdedirler. Türkiye'de *Erem* (n. 36) bu tezi savunmaktadır.

b) Bazıları sanığı taraf kabul ettikleri halde savcıcıyı taraf saymazlar. Bunlara göre ceza muhakemesi tek taraflı muhakemedir. Savcı şeklen taraftır, hakikatte taraf değildir. Bu fikirde olanlara göre savcıcıyı bugün taraf saymak, Ceza Muhakemesi Hukukunda yüzyıllarca geri gitmektir.⁹¹¹

c) Bazıları da gerek savcı gerek sanık için taraf tabirini uygun bulurlar.⁹¹² Bunlara göre karı-koca uyuşarak boşanmak isteseler de boşanma dâvası açıklarında ikisi de taraf durumundadır. Bugün taraflar, mücadele eden iki kimse değil, fakat hâkimin hükmüne müştereken ışık tutan kimselerdir. Taraf yoksa Devlet yaratmalıdır.⁹¹³

Taraf ve süje konusundaki münakaşa, demokratik ve totaliter rejimlerle de ilgilidir. Demokratik rejimler taraf kavramını kabule mütemayildirler. Buna karşılık totaliter rejimler, Devlet organı olan savcı ile sanığı aynı seviyede yani taraf seviyesinde görmek istemediklerinden, savcıcıyı taraf saymayı doğru bulmazlar.

Bizce ceza muhakemesinde taraf vardır ve iki bakımdan söz konusudur (No. 160 I): 1) Şahıs itibariyle taraf, 2) Makam itibariyle taraf.

160. BİRİNCİ DERECEDE SÜJELERİN ÇEŞİTLİ DURUMLARI.

Süjelik bir hukukî durumun ifadesidir. Hâkimlik, sanıklık, savcılık vs. bu süje durumunun çeşitleridir. Birinci derecede süje dediğimiz ve ceza muhakemesindeki görevleri çok önemli olan şahıslar, çeşitli bakımlardan süjelik durumunda bulunurlar ve yetkileri ile ödevleri buna göre değişir:

I. Makam itibariyle süjelik.

Kolektif olan ceza muhakemesini oluşturan iddia, müdafaa ve yargılama görevlerinin birer “makamı” vardır (No. 32). Mütalâa makamları da denen ilk iki makam, ferdî ve toplumsal olmak üzere ikiye ayrılır. Makam itibariyle süjeler, sırf bir makamı işgal ettikleri için muhakeme süjesidirler. Hâkim böyle bir süjedir. Savcı da iddia makamını işgal ettiği makam itibariyle taraf olduğu için süjedir, yetkileri ve ödevleri vardır. Müdafinin de makamı vardır.⁹¹⁴ Müdafî de Ahmet veya Mehmet olduğu için değil, makamı dolayısı ile taraf olduğu için süjedir.

Şahıs itibariyle taraf olanlar, istediklerinde makam itibariyle taraf süjesi olabilirler. Meselâ suçtan zarar gören kişi, kamu dâvasına katılarak ferdî iddia makamını işgal edebilir. Sanık da kendisini müdafaa etmek veya temsil ettirmek isterse, ferdî müdafaa makamını işgal eder. Örneğin, Yugoslavya Uluslararası Savaş Suçları Mahkemesinde görülen *Karadziç* davasında sanık toplumsal müdafaayı istememiş, kendi müdafaasını bizzat yapmak istemiştir. Uluslararası hukukun kabul ettiği bu yaklaşım savunmasını hazırlamak, iddianameyi okuyup anlamak için ek süre istediğinden duruşmayı durma noktasına getirmiştir. Mahkeme “zorunlu müdafî” atamak suretiyle bu sorunu çözme eğilimindedir.

II. Şahıs itibariyle taraf süjeliği.

Bazı şahıslar, yargılanacak uyuşmazlığın şahsen tarafları oldukları için süje durumundadırlar. Bunların da bir görevi, geniş manada bir makamı vardır. Fakat bu görev ve bu geniş manada makam, onların şahsına bağlıdır. Bunlar o makama tayin edilmezler. O şahıs oldukları için o görevi yaparlar. Onun içindir ki bunlardan bahsederken makam tabirini kullanmayacağız ve bunların şahıs itibariyle süje oldukları söyleyeceğiz. Şahıs itibariyle süjeler, yani yargılanacak uyuşmazlığın tarafları, suçtan zarar görenlerle suç işleyerek başkalarına zarar verenlerdir (No. 161). Sanık, *zarar veren* Ahmet veya Mehmet olarak, yani şahıs itibariyle, ceza muhakemesinde taraftır. Bunun gibi suçtan zarar gören Ali veya Veli de zarar gören şahıs itibariyle taraftır.

III. Koruma tedbiri ve delil süjeliği.

⁹¹¹ Mayer (Otto): Le droit administratif allemand, Paris, 1903, I, 233 (Guarneri'den naklen, s. 15); Manzini, I, 86.

⁹¹² Ranieri, 171; Vannini, 17.

⁹¹³ Guarneri, 17.

⁹¹⁴ Mahkeme salonunda müdafie yer ayrılmıştır, müdafî yoksa bu yer boş kalır.

Sanık sorgusu sırasında olayı anlatırken, “sanık beyanı” adlı ispat vasıtası yani delil bakımından süjedir (No. 347). Üstü aranırken de koruma tedbiri süjesidir (No. 241).

Bir kimsenin babasına nazaran çocuk, karısına nazaran koca, işi itibariyle memur olarak çeşitli hukukî durumlarda bulunması mümkün olduğu gibi, bir şahsın birden fazla muhakeme hukuku süjeliği durumunda bulunması da mümkündür. Meselâ suçtan zarar gören, şahıs itibariyle süje olduğu gibi, kamu dâvasına katıldığında, fazla olarak katılan olur, yani makam itibariyle süje durumuna da girer.

Muhakeme makamlarını daha önce gördüğümüzden (No. 32, 33), bu bölümde makam itibariyle süjelik konusu üzerinde durmayıp şahıs itibariyle taraf süjeliğini (No. 162-177) ve birinci derecede süjeleri (No. 178-261) tetkik edeceğiz. Koruma tedbiri ve delil süjeliğini de muhakemenin bu iki vasıtasını incelerken (No. 321, 359) göreceğiz.

161. TARAF ARKADAŞLIĞI, TARAF ORTAKLIĞI ve TARAF YARDIMCILILIĞI.

I. Taraf arkadaşlığı.

Birleştirilerek görülen *birden fazla dâvada*, iddia ve müdafaa makamlarını işgal eden kişilerin aynı olmaması mümkündür. Birden fazla iddia veya müdafaa makamında ayrı kişilerin bulunması halinde, bunların menfaatlerinin birleştiği noktalar onlar arasında bir menfaat birliği durumu yaratır. Buna “uyuşmazlık konsorsiyumu” manasına “*litisconsorzio*” denilmektedir. Biz *taraf arkadaşlığı* diyeceğiz. Türk doktrininde dâva arkadaşlığı⁹¹⁵, dâva ortaklığı⁹¹⁶ veya husumet ortaklığı⁹¹⁷ denildiği vardır.

Taraf arkadaşlığı, birden fazla dâvanın mecburî veya ihtiyarî birleştirilmesi meselesinden ileri gitmemektedir. Taraf arkadaşlığı, dolayısı ile, birleştirme, muhakemede kolaylık ve ucuzluk sağlar. Fakat arkadaşların özgürlüklerini önlemez. Birden fazla dâvayı tek dâva haline getirmez.

II. Taraf ortaklığı.

Aynı dâvada iddia veya müdafaa makamını işgal eden ve bu sebeple taraf olanların birden fazla olması da mümkündür. Burada arkadaşlıktan daha sıkı bir iş birliği olduğundan biz farkı belirtmek üzere, duruma göre, “taraf ortaklığı” veya “taraf yardımcılığı” terimlerini kullanacağız. Bu iki durumda birleştirilmiş iki dâva yoktur. Dâva tektir. Sadece bu tek dâvanın davalı veya davacı tarafında birden fazla kişi vardır. Bu kişiler bu taraf makamına ya birleşip dâva açarak girerler ya da içlerinden birinin açtığı dâvaya sonradan katılırlar. Bu sonuncu duruma *katılma* (müdahale, *intervention*) denilir.

Katılma, ancak dâvanın tek olması halinde mümkündür. Dâva açılmış olmasına rağmen katılanın ayrı bir dâva açmağa hakkı varsa ve bu hakkını kullanması da mümkünse, katılmadan bahsedilmemek gerekir. Burada olsa olsa taraf arkadaşlığı sebebi ile iki dâvanın birleştirilmesi söz konusu olur.

Katılmada dâva tek olduğu ve olması da gerektiği için katılanlar o tek dâvaya bulunduğu yerde girerler, katıldıkları tarafın makamını ortaklaşa işgal ederler ve böylece makamı işgal ettiklerinden taraf sıfatını alırlar.

Katılanın taraf olup olmadığı tartışmalıdır.⁹¹⁸ Bizce, ayrı bir dâva hakkı olup olmamasına göre bir ayırım yapılmalıdır. Biz birincisine taraf ortaklığı, ikincisine taraf yardımcılığı diyeceğiz. Birincisinde taraf sıfatı vardır, ikincisinde yoktur. Gerçekten, katılan, ayrı bir dâva açma hakkına sahip olan fakat diğeri daha önce açtığı için ve aynı kişi aleyhine aynı eylemden dolayı birden fazla asıl ceza dâvası açılmadığından, bu hakkını kullanamayan bir kişi ise ona taraf sıfatı tanımamak için sebep yoktur. Bu durumda, katılan, diğer ortaklardan ayrı hareket edebilir. Hatta ilk dâvayı açan kişi dâvasından vazgeçse dahi, katılan dâvayı yürütebilir.

⁹¹⁵ *Ansay*, 129; *Kuru*, 517; *Bilge/Önen*, 246.

⁹¹⁶ *Üstündağ*, I, 286.

⁹¹⁷ *Postacıoğlu*, 296.

⁹¹⁸ *Üstündağ*, I, 307.

Görülüyor ki, taraf ortaklığını meydana getiren hakikî ve tam katılmada katılanlar ayrı hareket edebildiklerinden, sanki her biri ayrı dâva açmış da birleştirilmiş gibi saymak mümkündür.⁹¹⁹

Taraf ortaklığını meydana getiren *tam katılma*⁹²⁰, suçtan zarar gören ferдин kamu dâvasına katılmasıdır (No. 119). Diğer tam katılma türleri olan, savcının şahsi davaya katılması (No. 112) ve suçtan zarar görenin şahsi davaya katılması (No. 113) kaldırılmıştır.

III. Taraf yardımcılığı.

Aynı dâvada aynı iddia veya müdafaa makamını işgal ettiği halde, davacının ayrı bir dâva hakkı bulunmaması yüzünden, taraf sayılmayan kişiler de olabilir. Bunların durumuna *taraf yardımcılığı* ve bu durumu meydana getiren katılmaya da *yardım katılması* diyeceğiz.

“Yardım katılmasına” medenî muhakemede üçüncü şahsın “fer’î müdahalesinde” (HMK 66) rastlamaktayız. Taraflardan birinin dâvayı kazanmasında hukukî menfaati olan kişi bu tarafa yardım için katılır (No. 122). Bu kişi aynı davalıya karşı bir dâva açmak hakkına malik olsa dahi, bu dâva katıldıkları dâva ile aynı değildir.

Müdafaa yardım edenlere karşı davacının açabileceği dâva da en azından, davalılar farklı olduğundan, tek dâva sayılamaz. Dâva sayısının tayininde davacıya değil, davalıya bakmak gerekir. Yardım için katılan, taraf olmadığından, hüküm onun adına verilmez. Bu sebeple kanun yoluna da tek başına gidemez. Yardımcının dâvaya katılmasına, katılmadan ayrılmak için *yardım katılması* denilmesi uygun olacaktır.

Yardım katılmasına ceza muhakemesinde de yer verilmelidir. Meselâ ek ceza sorumlusu veya medenî sorumlu, sanığa yardım için müdafaa makamına geçebilmelidir (No. 128, 174).

19. § ŞAHIS İTİBARIYLA TARAF SÜJELİĞİ

162. Şahıs itibariyle taraf durumu. 163. Şahıs itibariyle tarafların ikiliği. 164. İsnat. 165. Husumet. 166. Zarar gören taraf. 167. Zarar gören toplum tarafı. 168. Zarar gören fert tarafı. 169. “Mağdur” ve “suçtan zarar gören ferдин” tayini. 170. Zarar gören fert tarafın doğumunda ferдин rolü. 171. Zarar gören fert tarafı bakımından ehliyet. 172. Ceza sorumlusu taraf. 173. Ceza sorumlusu Devlet tarafı. 174. Ceza sorumlusu fert tarafı: Sanık. 175. Ceza muhakemesinde şahıs itibariyle tarafların makam itibariyle taraf oluşu. 176. Suçlarda medenî sorumluluk. 177. Şahsî hak uyuşmazlığında taraflar.

162. ŞAHIS İTİBARIYLA TARAF DURUMU.

Burada “şahıs itibariyle” taraf olan sùjeler incelenecektir. “Makam itibariyle taraf” olan sùjeler ise yukarıda incelenmiş olan şu sùjelerdir: Mahkeme, C. Başsavcılığı, adli kolluk, müdafidir.

I. Taraf kavramı.

“Şahıs itibariyle taraf”, yargılanacak uyuşmazlığın sùjelerininin bu uyuşmazlık bakımından durumlarını ifade eden bir tabirdir.⁹²¹ Bu durumda olan sùjelerin gerçek kişiler olması şart değildir. Tüzel kişiler de şahıs itibariyle taraf durumunda olabilir.

Taraf kavramı, başka hukuk dallarında rastlansa da “şahıs itibariyle taraf” kavramı, sadece Muhakeme Hukukuna taallük eder. Hakikatte suçlu olmayan bu itibarla taraf da olmayan bir kimse aleyhine ceza dâvası açılmış ise, bu kimse yargılanacak uyuşmazlığın yine şahıs itibariyle

⁹¹⁹ Biz de kanunda müdahale yolu ile dâva denilmiş olmasının tesiri ile, 4. basıya kadar bu hallerde birden fazla dâvanın birleştirildiği tezini benimsemiştik. Şimdi bu birleştirimin sadece bir varsayım olabileceğini kabul ediyoruz.

⁹²⁰ Medenî Muhakemede “aslı müdahale” denilen şey, bir dâvanın taraflarına karşı üçüncü şahsın açtığı ve öteki ile birlikte görülen ayrı bir dâva olduğundan (Postacıoğlu, 306; Üstündağ; I, 312; Kuru, 544; Bilge/Önen, 265; 2. HD: 23/10/73 İBD 73, 1248) katılma bile değildir.

⁹²¹ Foschini, I, 85.

taraflarından. “Şahıs itibariyle taraf sùjeliđi” ile “makam itibariyle taraf sùjeliđi” farklı kavramlardır. Şahıs bakımından taraf olan kişi, iddia veya müdafaa makamını muhakkak işgal etmeyebilir bu nedenle makam itibariyle taraf olmayabilir.

II. Şahıs itibariyle taraf durumu.

Şahıs itibariyle taraf durumu, “yargılanacak uyuşmazlıktan” söz edilebildiği anda ortaya çıkar.⁹²² Bu itibarla muhakeme dediğimiz kolektif faaliyet başlamadan önce, “yargılanacak uyuşmazlık” olmadığından, şahıs itibariyle taraf durumunda kimse de yoktur.

Muhakeme faaliyeti başlamadan önce, meselâ bir hırsızlık olsa, malı çalınan ve çalan olarak iki şahıs bulunsa dahi bunlar henüz şahıs itibariyle taraf değillerdir. Sanık kaide olarak, asıl ceza dâvası açıldığında taraf durumuna geçecektir. Çünkü suç isnatı kaide olarak asıl ceza dâvası açılması ile birlikte olur. İstisna olarak, henüz asıl ceza dâvası açılmadan önce de bazı işlemlerle bir kimsenin taraf durumuna geçebileceği, yani sanık olabileceği kabul edilmiştir. Meselâ bir kimsenin tutuklanması için savcının sulh hâkiminden karar istemesi ona sanık sıfatını verir. Şu hâlde, kaideyi de istisnayı da birlikte ifade eden formül şu oluyor: “Uyuşmazlık ve dolayısı ile, şahıs itibariyle taraf durumu, kovuşturmanın başlaması ile ortaya çıkar.”

Şahıs itibariyle taraflık, yargılanacak uyuşmazlığın sùjeliđi olduğundan uyuşmazlık yargı ile çözüldüğünde artık taraf durumu da kalmayacaktır.

163. ŞAHIS İTİBARIYLA TARAFLARIN İKİLİĞİ.

Bir olayın hukukî tavsifi demek olan hukukî norm, bir objektif ve iki sùbjektif durumdan meydana gelir. Böylece bir hukukî durumdan bahsedince, iki sùje durumu zarurî olarak akla gelecektir. Meselâ bir “zarar” objektif durumunda, “zarar gören” ve “zarar veren” sùjelerin durumu vardır.

Ne zarar görenin durumu zarar verenin durumundan ayrıca ele alınabilir, ne de zarar, sùjelerin durumu olmadan söz konusu olabilir. Zarar gören veya zarar veren yoksa, zarar da yoktur. Bunun gibi yargılanacak uyuşmazlık hukukî durumun da iki sùjesi, yani iki tarafı olması zarurîdir.

Suç Hukukunda suçların netice adını verdiđimiz⁹²³ sonuçları geniş manada zarar tabiri ile ifade edilebilir. Zira, “tehlike” de, gerçekleşmesinden korkulan “zarardır”.⁹²⁴ Şu hâlde yargılanacak uyuşmazlık bir zarara taallük edince, bir “zarar veren taraf” bir de “zarar gören taraf” olacaktır.⁹²⁵ Zira taraf sözcüğü ikiz sözcüğüne benzer, tek ikiz olmadığı gibi tek taraf da olmaz.⁹²⁶

Şahıs itibariyle tarafların ikiliği, “taraf” ve “karşı taraf”⁹²⁷ şeklinde kendini gösterir. Bir kimsenin aynı dâvanın muhakemesinde iki tarafta aynı zamanda bulunmaması, tarafların ikiliğinin zarurî bir sonucudur.

⁹²² Foschini, I, 90.

⁹²³ Kunter: Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi, 1954, s. 75.

⁹²⁴ Kunter: Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi, 1954, s. 126.

⁹²⁵ Foschini, I, 91.

⁹²⁶ Hukukun diğer dallarında da “tek taraflı işlem”, hattâ “tek taraflı akit” denilegelmesi yanlıştır. Tek taraflı işlemden maksat, tek yanlı (unilatéral) işlemdir. “Yan” (coté) ve “taraf” (partie) farklı kavramlardır. Bir şey meselâ dört yanlı olabilir amma dört taraflı olamaz. “Tek taraflı akit” terimi de yanlıştır. Maksat sadece bir tarafa borç yükleyen akdi ifade etmek ise “tek yanlı akit (contrat unilatéral) denilmelidir. Bu nedenle son zamanlarda bizde de tek yanlı işlem, iki veya daha çok yanlı işlem gibi terimlerin kullanıldığını görmekte seviniyoruz. (Meselâ Tunçomağ: Türk Borçlar Hukuku, 6. bası, c. I, § 15. Ancak yazarın yan kelimesinden sonra parantez içinde taraf kelimesini de kullanmasını, eskiden yan yerine yanlı olarak taraf denildiği belirtilmediğinden ve son zamanlarda, Türkçeleştireceğiz diye her rastladıkları taraf sözcüğü yerine yan diyenler çoğalması yüzünden, biri diğerinin tercümesi imiş izlenimini verebileceği için isabetli bulmadığımızı da ilâve edelim). Diğer taraftan, milletlerarası sözleşmelerde olduğu gibi çok taraflı gözüken sözleşmeler vardır. Bu sözleşmeler ikişer ikişer yapılmış sözleşmelerin bir araya gelmesinden oluşurlar. Burada, aslında, imzalayan bir taraf ile karşı taraf vardır. Sadece karşı taraf makamını işgal eden sùjeler birden fazladır. Hatta Devletler çekince haklarını kullandıklarında farklı durumlar ortaya çıktığından sadece sùjelerin değil, sözleşmelerin de birden fazla olduğu gözle görülür hale gelmektedir.

⁹²⁷ Çok defa “diğer taraf” yerine “hasım taraf” da denildiği için kısaca taraf denince hasım anlaşılmıştır. Hasım, husumet durumunda olan kimsedir. Husumet veya hasımlık ise, şahıs itibariyle taraflığı teşkil eden tâli iki durumdan sadece biridir.

Şahıs itibariyle tarafların ikiliği, üçüncü şahısların da mevcudiyetini izah eder. Gerçekten üçüncü şahıslar, muhakeme hukukunda yargılanacak uyuşmazlığın, muhakeme-dışı hukukta ise meselâ akdin taraflarından olmayan kimselerdir.

Muhakeme hukuku kavramı olan şahıs itibariyle taraf durumunun biri *isnat* diğeri *husumet* olmak üzere iki tali durumu vardır. Bir diğeri söyleyişle, taraflık durumu bu iki durumdan meydana gelir. Bu demektir ki, her yargılanacak uyuşmazlık iki bakımdan yani normların kural ve müeyyide unsurları bakımlarından taraf sùjeliğini de birlikte getirir.

164. İSNAT.

Yargılanacak uyuşmazlığın biri normun kuralına, diğeri müeyyidesine taallük eden iki kısmı vardır. Kurala ilişkin sùbjektif duruma *isnat* (*impotazione*) denilir.

İsnat bir müeyyide uygulamasını gerektirecek bir *füilî* durumu bir kimseye bağlamaktır. Ceza muhakemesinde isnat bir kimseye suç olarak tavsif edilen bir olayın isnatıdır, kısaca suç isnatıdır. Meselâ falancanın rızası olmadan filân eşyasını faydalanmak için alanın veya filâncayı öldürenin o olduğunun sanıldığı söylenir. Bu isnat, o kimsenin suçlu olduğunun sanılması olduğundan, o kimseye bu isnattan sonra *sanık* denilir.

Sùbjektif durum daima ikili olduğundan, bu diyalektik zaruret dolayısı ile, isnat durumu da zarar veren durumu isnatı ve zarar verilen durumu isnatı olmak üzere ikiye ayrılır. Sadece isnat denilince akla gelen, zarar veren durumunun isnatıdır. Ancak bir kimseye zarar veren durumunu isnat etmenin, diğeri bir kimseye zarar gören durumu isnat etmek demek olduğu yani her suç isnatının bir zarar veren durumu ile bir zarar gören durumunu birlikte getirdiği unutulmamalıdır.

165. HUSUMET.

Yargılanacak uyuşmazlık sadece normun kural unsuru bakımından taraf sùjeliği yaratmaz. Taraf sùjeliği normun müeyyide unsuru bakımından da söz konusu olur. Müeyyide hukukî durumunun bir kimseye bağlanmasına “*legittimazione*” denilir. Biz *husumet* diyeceğiz.⁹²⁸ Meselâ norm zararın ödetirilmesi veya ceza şeklinde bir müeyyide öngörmüştür. Zararın ödenmesi veya cezanın çekilmesi sonucunun bir kimseye bağlanması “*husumet*” durumunu meydana getirir.

Husumet sùbjektif durumu da isnat gibi, ikiye ayrılır. Bunlardan biri zararı ödiyecek kimsenin durumudur ki buna *pasif husumet* (*legittimazione passiva*) denilir. Diğeri de tazminatı hak eden kimsenin durumudur ki buna da *aktif husumet* (*legittimazione attiva*) adı verilir. Ceza muhakemesinde pasif husumet, ceza sorumluluğu halidir. Aktif husumet ise, sanığı ceza sorumlusu haline getirebilen şahısların durumudur.

166. ZARAR GÖREN TARAF.

Her suçta bir *zarar gören taraf* (*parte lesa*) olması zorunludur. Suç hem toplumu, yani teşkilatlanmış toplum olarak Devleti, hem de fertleri zarara sokar. Bu zararların derecesi suça göre değişir. Fakat her suçta az veya çok her ikisi de bulunur. Belli bir şahsa karşı gözükmeyen suçlarda da fertler, toplumun bir üyesi olarak, zarar görürler. Sadece fertlere karşı işlenmiş gibi gözükken suçlarda da Devletin hukuk düzeni bozulduğu için toplumun zararı mevcuttur. Görülüyor ki fert ve toplum diyalektiği dolayısı ile zarar gören taraf da *zarar gören toplum tarafı* ve *zarar gören fert tarafı* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

167. ZARAR GÖREN TOPLUM TARAFLI.

Suçtan zarar gören toplum denince, suç kanunların ihlâli olduğundan akla Devlet gelir. Hatta tüzel kişiliği haiz olsalar da Devlet içindeki diğeri makamların ve toplulukların, meselâ Bakanlıkların, Belediye ve Özel İdarenin zararları ferdî zarar mahiyetindedir. Yabancı Devletlerin, Milletlerarası teşekküllerin hatta insanlık topluluğunun zararı da böyledir. Meğeri Milletlerarası teşekküllerin suç tipi

⁹²⁸ Husumet, eski hukukumuzdan gelen bir terimdir ve davalı ve davacı durumunu ifade eder. Bunun sadece davacı durumunu ifade için kullanıldığı vardı. Normun kural ve müeyyide kısımları ayrıca gözetilmemektedir. (*Postacioğlu*, 205; *Ansay*, 116). Aktif ve pasif olabilen husumete “sıfat” dendiği vardır (*Postacioğlu*, 218). Ancak sıfat terimi genel olup her türlü sùjenin durumunu belirttiğine göre, taraflar için ayrı bir terime ihtiyaç vardır. Uygulamada aktif husumet yerine “aktif dâva ehliyeti” denildiği vardır (1. HD. 4/11/85 YKD 86/8 1107).

koyma yetkisi olsun ve bunları ihtiva eden kanunlara aykırı hareket edilsin. Bunun için böyle bir durum söz konusu değildir.⁹²⁹

Devletin suçtan zarar gören toplumsal taraf olarak ceza dâvası açması için, kural olarak, savcılık makamı kurulmuştur. Bu makamı işgal eden savcı şahıs bakımından taraf değildir, şahıs bakımından taraf Devlettir. Savcılık, sadece Devletin bir makamıdır.

Devletin suçtan zarar görmesi, şahıs itibariyle taraf sıfatını alması için yetmez. Bunun için, yargılanacak bir uyuşmazlığın ortaya çıkması, yani kovuşturmanın başlaması lâzımdır. Kovuşturmanın kamu yararına olmasının sebebinin Devletin her suçtan zarar görmesinde aramalıdır. Bazı hallerde talep veya izin şartının aranması da zarar gören toplum tarafı bakımından kabul edilmiştir.⁹³⁰

Fransa'da 16 Aralık 1992 tarihli Kanunda yapılan değişiklikle, belli Sivil Toplum Kuruluşlarına (NGO) şahsi dava açma hakkı tanınmıştır: Irkçılık, cinsel şiddet ve çocukları ilgilendiren suçlarda, o alanda çalışan belli dernekler dava açabilirler. 5 Ocak 1988 tarihli Kanunla, tüketicinin korunması amacı ile, Tüketici Derneklerine de bu yetki tanınmıştır.^{22a}

168. ZARAR GÖREN FERT TARAFI.

Her suçtan az veya çok fertler de zarar görür. Devletten gayri topluluklar, hatta bakanlık gibi resmî makamlar, yabancı Devletler ve milletlerarası kuruluşlar da bu bakımdan fert sayılmaktadır. Zarar gören fert tarafı umumiyetle ihmal edilmiş, sadece “mağdur” veya “suçtan zarar gören şahıs” denilmiş, ceza muhakemesinde hakkı korunacak kişiler arasında bulunan “suçtan zarar görene” yardım edilmesine özen gösterilmişse de onun taraf sıfatı üzerinde fazla durulmamıştır.⁹³¹

Zarar gören ferdin tesbit edilememesi mümkündür, ancak bu durum, zarar gören ferdin mevcut olmaması demek değildir.

“Zarar gören fert”, yargılanacak uyuşmazlık ortaya çıkınca yani kovuşturma başlayınca, “zarar gören fert tarafı” durumuna geçer. Şahıs itibariyle taraf olan bu kişi muhakeme faaliyetinde bulunmak isterse, “makam itibariyle” de taraf olmalı, kamu dâvası açılmışsa katılarak iddia makamını işgal eder (CMK 237).

Suçtan zarar gören fert, ceza dâvası üzerinde başka şekillerde de müessirdir. Gerçekten birçok hallerde ferdin rızası olmaması bir suç unsurudur (meselâ TCK 116/1, 141). Bu hallerde zarar gören fert razı olmuş ise, suç meydana gelmeyeceğinden, ceza dâvası söz konusu olamayacaktır. Bazı hallerde ise suçtan zarar gören şahsın şikâyeti kovuşturma ve dolayısı ile muhakeme için şart koşulmuştur.

169. MAĞDUR ve SUÇTAN ZARAR GÖREN FERDİN TAYİNİ.

Zarar gören fert tarafı durumunda kimin bulunacağı yani suçtan zarar gören ferdin nasıl tayin edileceği önemli bir konudur. Bazen “mağdur” (CMK 12/4, 237/1, TCK 131/1), bazen “suçtan zarar gören kişi” veya “suç hakkında yetkili kimse” TCK 73/1, bazen “mutazarrır” denilen zarar gören ferde aktif veya pasif süje olarak haklar tanınır, ödevler verilirken, her hak ve ödevde kanun koyucunun farklı ölçü ile hareket etmesi mümkündür. Faraza şikâyet hakkı tayin edilirken başka, kamu dâvasına katılma hakkı tayin edilirken başka ölçü tutulmuş olabilir.

Bize göre de en uygun yol budur ve “suçtan zarar gören” terimi ihtiyaca göre yorumlanmalıdır. Meselâ hâkimin yargılamama mecburiyetinde (CMK 23), hâkimlerin objektifliğini en iyi sağlama amacı, en geniş yorumu gerektirir. Buna karşılık kamu dâvasına katılmanın sakıncalarını azaltmak için dar yoruma başvurulmalıdır.

⁹²⁹ Foschini, I, 108.

⁹³⁰ Mülga Ceza Kanunu da parti, cemiyet ve şirket temsilcileri bakımından da izin şartının kabul edilmiş olması (mülga TCK 488) bize izin müessesesinin mahiyetine aykırıdır.

^{22a} Dadermo/Farran: The French Legal System, London 1993, sh. 191.

⁹³¹ Bu konuda örnek olarak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 28/6/85 tarihli R(85)11 ve 17/9/87 tarihli, R, (87)21 numaralı tasviye kararları ile Fransız Ceza Muhakemesi Kanununa 1987 de eklenip 1981 ve 1987 de kısmen değiştirilen 706-3 den 706-13 Ceza Muhakemesi Tüzüğü'nün R 50-1 den R 50-28 maddelerini ve Almanların 18/12/86 tarihli olup 1/4/87 de yürürlüğe giren “Suçtan Zarar Görenlerin Korunması Kanununu” gösterebiliriz.

“Zarar” tâbiri *tehlikeyi* de içine alacak şekilde anlaşılmalıdır. Böylece, kovuşturması şikâyete bağlı suçların teşebbüs halinde kalması durumunda da suçtan zarar görenden bahsolunabilecek ve bu şahsın şikâyeti üzerine kovuşturma yapılabilecektir. Aynı şekilde, zararın sonradan ödenmesi, o kimsenin zarar gören sıfatını değiştirmeyecektir.⁹³²

Zarar gören fert tarafı (yani zarar gören şahıs) ile suç kurbanı veya mağdur (yani aleyhine suç işlenen kimse) her zaman aynı şahıs değildir.⁹³³ Meselâ öldürülen kimse suç kurbanıdır ve “mağdurdur”, fakat suçtan zarar görenler, bu ölümden zarar görenlerdir.⁹³⁴

Suç konusu şahıs, yani üzerinde suç işlenen şahıs ile zarar gören şahıs da her zaman aynı değildir. Meselâ alıkoymada alıkonan küçük, suç konusudur, fakat zarar gören velisidir, çünkü onun rızası hilâfına suç işlendiği kabul olunmaktadır (İÇBK: 8/5/40, 41/74).

Suçtan zarar gören birden fazla olabilir. Tüzel kişiler de suçtan zarar gören fert tarafını teşkil edebilirler. Mülga Kanunumuz hukuk dâvası açabilen dernek ve o ortaklıklara şahsî dâva açma yetkisini de tanımış, bunların tüzel kişi olmasını aramamıştı (CMUK 344/son). Kanun tüzel kişilerin katılma yetkisini açıkça benimsemiştir (CMK 237/1).

170. ZARAR GÖREN FERT TARAFIN DOĞUMUNDA FERDİN ROLÜ.

Savcının kovuşturmaya başlaması ile şahıs itibariyle taraf ve onlardan biri olan suçtan zarar gören taraf ortaya çıktığından, zarar gören fert tarafının doğumunda ferdin rolü, savcının kovuşturmaya başlaması ile ilgilidir. Meselâ zarar gören ferdin savcıya suçu haber vermesi onu otomatik olarak şahıs itibariyle taraf yapmaz. Zira savcı kovuşturma yapıp yapmayacağını kendisi kararlaştırır. Savcının başka yollardan suçu öğrenmesi halinde de kovuşturması kaide olarak mümkün ise de bazen suçtan zarar görenin şikâyetinin arandığı vardır. Bu takdirde fert, kovuşturma açılmasındaki rolünü şikâyeti yapmakla yerine getirir. Mülga Kanunda istisna olarak ferde şahsî dâva açma yetkisi verildiği vardı. Bu hallerde şahsî dâvayı açan fert hem makam itibariyle taraf hem şahıs itibariyle taraf durumuna kendi kendisini getirmekte, zarar gören fert tarafının doğumunda birinci derecede bir rol almakta idi.

171. ZARAR GÖREN FERT TARAFI BAKIMINDAN EHLİYET.

I. Dava açma ehliyeti.

Zarar gören fert kamu kovuşturmasında otomatik olarak zarar gören taraf olduğundan, zarar gören fert tarafı olmak için ehliyet şartı aranmaz. Küçük çocuk bile zarar gören fert tarafı olabilir.

Ancak, zarar gören taraf olabilmek başka, belli işlemleri yapabilmek başka şeylerdir. Belli muhakeme işlemleri bakımından ehil olmanın arandığı vardır. Bu da kaide olarak, gerçek kişilerde sadece temyiz kudretine sahip olmaktan ibarettir. Bu sebeple, kaide olarak, her tüzel kişi, mümeyyiz olan her gerçek kişi, zarar gören fert tarafı olarak faraza şikâyet edebilmeli, kamu dâvasına katılabilmelidir. Gerekliyse istisnalar kabul edilmelidir.⁹³⁵

II. Kanunlarımızdaki durum.

⁹³² 4. CD 6/12/63 (İKİD 64, 2690).

⁹³³ Bu fark nedeniyle, mülga Kanunda CMUK 162 inci maddenin 1985 de aldığı yeni şeklin 1. fıkrasında “suçtan zarar gören” yerine “mağdur” denilmesi hatalı olmuştu. Gerçi mağdur sözcüğü ile suçtan zarar görenin kastedildiği belirtilmiş değildir. Ancak 186. maddeye göre düzenlendiği bildirilen bu maddeye orada sayılanlardan fazla olarak “mağdurun” neden ve niçin eklendiği de açıklanmış değildi. Öyle tahmin ediyoruz ki ileride kamu dâvasına katılabilecek kişinin de bu işlemlerde hazır bulunması için bu ilâve yapılmış, yani suçtan zarar gören kastedilmişti (CMUK 365).

⁹³⁴ Karının zarar görmesi için nikâh şart değildir (4. CD 23/12/70 YKD 75, 123).

⁹³⁵ Çok defa bu hususu izah için Medenî Kanunun “münhasıran şahsa bağlı medeni hakların kullanılmasını” düzenleyen 16. maddesine başvurulmaktadır. Unutulmamalıdır ki faydalanma ve kullanma bakımından Medenî Kanunun düzenlediği haklar “medenî haklardır”. Bunlardan boşanma hakkı gibi bir kısmının kullanılmasının ancak dâva açmakla mümkün olması, bunların aslında medenî haklar olmasına manî değildir. Şikâyet hakkı ve müdahale hakkı ise medenî haklardan değildir. Bunlar Muhakeme Hukuku veya daha geniş olarak Kamu Hukuku haklarıdır, daha doğrusu yetkileridir. Muhakeme Hukuku haklarının da şahsa bağlı olanları bulunabilir. Bunları Muhakeme Hukuku düzenlemelidir. Şahsa bağlı hakların müşterek noktaları bakımından genel bir nazariye de kurulabilir.

1) Şikâyet bakımından ehliyet konusunda açıklık yoktur. Kanaatimizce mümeyyiz olan kimselerin şikâyet hakkı olduğunda⁹³⁶ tereddüt edilemez. Bu kimselerin kanunî temsilcileri olsa dahi, şikâyet hakkı münhasıran kendilerindedir. Kanunî temsilci⁹³⁷, temsil ettiği kimsenin mümeyyiz olmaması veya 15 yaşını bitirmediği için mümeyyiz sayılmaması⁹³⁸ sebebi ile şikâyet edememesi halinde, onun namına şikâyet edebilir.⁹³⁹ Şikâyetin geri alınmasında da durum ayındır. Mümeyyiz kimse şikâyeti geri alabilme hakkına sahiptir.⁹⁴⁰

Avukatların şikâyeti konusunda da açık bir norm yoktur. Fakat zarar görenin, hakkını koruması için avukata başvurduğunda, ona bu yetkiyi de verdiğini kabul etmemek için de sebep yoktur.⁹⁴¹

2) Şahsî dâva bakımından ehliyet konusunda mülga kanun temyiz kudretini kâfi görmemişti. Bunun sebebi şahsî davacının şahsî dâva dolayısı ile zarara uğrayabilmesi kadar şahsî hakkını da isteyebilmesidir. Kanun, kanunî temsilcisi bulunmamak şartını da aramıştır. Eğer varsa, şahsî dâvayı ancak kanunî temsilci⁹⁴² açabilir.⁹⁴³ Bu demektir ki şahsî dâva açmak için hem mümeyyiz hem reşit olmak hem de kısıtlanmamış bulunmak gerekirdi.

3) Kanunî temsilci, temsil ettiği kimse adına hareket ettiğinden, şikâyetçi veya katılan, kendisi değil, temsil ettiği kimsedir. Bu sebeple çocuğu adına katılan baba, çocuğunun bu arada reşit olması yüzünden temsil yetkisini kaybederse, çocuk katılan makamını ayrıca bir karara hacet olmadan işgal edebilir.⁹⁴⁴ Keza katılan çocuğu adına temyiz eden babanın bizzat katılan olması gerekmez.⁹⁴⁵

4) Haksız tutuklama ve yakalamalarda tazminat dâvası açmak için mümeyyiz olmak yeter⁹⁴⁶, zira kaideden ayrılmak için sebep yoktur. Kaldı ki bu ayrılma küçük aleyhine olacaktır.

⁹³⁶ Erem: I, 200; İçBK: 15/4/1942, 14/9.

⁹³⁷ Baba sağ olsa da ana tek başına hareket edebilir (5. CD 6/12/62, Çağlayan, “66” II, 44). Hacıri gerekecek kadar geri zekâlî kişinin anasının, vasi tayin edilmişse şikâyet edebileceği yolundaki karar (5. CD 29/12/87 YKD 88/6 860), eğer o kişiye vasi tayin edilmemişse, sırf bu yüzden suçluyu cezadan kurtaracağı için isabetli değildir. Ceza mahkemesi, nisbî muhakeme mekanizmasına dayanarak şikâyet etmiş olan anayı, ceza dâvası bakımından tayin edilmiş vasi gibi kabul edebilir.

⁹³⁸ İçBK: 20/2/69 (RG 14/3/69). 15 yaşını bitirmeyen küçüğe karşı işlenen söz atma ve sarkıntılık suçlarında küçüğün muvafakatinin veya şikâyetçi olmamasının tesiri yoktur denmekle, mümeyyiz de olsalar mümeyyiz sayılamayacakları kabul edilmiştir.

⁹³⁹ Mümeyyiz küçük şikâyet etmediği takdirde menfaatlerini korumak için onun yerine kanuni temsilcisinin şikâyet edebileceği kabul edilmiştir (İç BK: 15/4/42, 14/9). Bu gerekçe, mümeyyiz küçüğe şikâyet ehliyeti tanınması gerekçesi ile bağdaşamamaktadır.

⁹⁴⁰ CGK 25/2/71, İBD 71, 889. Mağdurun, şikâyetçi olmadığını beyan ettiği 26.6.99 tarihinde 18 yaşını bitirmemesi nedeniyle yasal süresi içinde sanıktan şikâyetçi olan kanuni temsilcisinin mürafakati olmadan şikâyetten vazgeçmesi mümkün değildir. 2. CD. 16. 09.2002, 5076 -14076 (Parlar/Hatipoğlu: TCK Genel Hükümler III, Teşebbüs, İştirak, İçtima ve Yaptırımlar 2005, Kazancı, s. 590).

⁹⁴¹ Yargıtay avukatın zarar gören adına şikâyet edebilmesini Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesindeki “sarhata” dayamakta ve böylece şikâyeti “hakları dâva etmek ve savunmak... bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek” cümlesinden saymaktadır (9. CD 11/11/86 YKD 87/2 307).

⁹⁴² Vasinin şahsî dava açması veya kamu dâvasına katılması için sulh hâkiminden izin alması (MK 405/8, Yeni MK 462), bizce şahsî hak dâvası da açmışsa aranmalıdır. Sadece ceza dâvası ile yetinmişse izin gerekmez (k-m: 5. CD 22/12/77 YKD 78, 1573; 7/12/84 İKİD 87/7 503; 3/11/86 YKD 87/5 761). Zira temsilci ceza dâvası açma yetkisini kanundan (CMUK 344) almaktadır. Sulh hâkiminden husumet izni alınmamış olması eksikliğinin, bu iznin sonradan alınması ile giderileceği kabul edilmiştir (5. CD 6/10/83 İKİD 82, 145).

⁹⁴³ Uygulamada, bizce isabetsiz olarak, mümeyyiz küçüklerin, temsilcilerinin yardımına muhtaç olmadan şahsî dâva açabileceği kabul edilmiştir (İçBK: 15/4/42, 14/9). Şahsî dâva hakkını, şahsa bağlı hak saymak ve şikâyet hakkı ile şahsî dâva ve müdahale haklarını bir tutmak gibi hatalı noktalardan hareket eden bu kararda varılan sonuç, kanuna aykırıdır. Zira kanun, “mağdur olan kimsenin kanunî mümessili varsa şahsî dâva açmak hakkı ona aittir” demektir (CMUK 344). Vazgeçmede velinin muvafakati aranmakla (4. CD 16/7/62, Çağlayan “66” III, 405), bu hata kısmen giderilmektedir.

⁹⁴⁴ CGK 18/12/69 (oybirliği) RKD 68; III/1, 30; k-m: CGK 28/6/65 Çağlayan “66” III, 391.

⁹⁴⁵ CGK 8/1/1962 (Çağlayan “66” III, 436).

⁹⁴⁶ CGK 5/7/79 YKD 79, 1351, Çağlayan “66”.

172. CEZA SORUMLUSU TARAF.

Suçtan zarar gören tarafın karşısında, zarar veren taraf vardır. Normun ceza müeyyidesine bakılarak bu tarafa *ceza sorumlusu taraf (parte responsabile penale)* denilmektedir.

Kamu davasına katılma konusunda Kanun katılma ehliyetinden söz etmemiştir. Ancak, mağdur veya suçtan zarar görenin çocuk, sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olması halinde Baro tarafından bir avukat görevlendirilmesi mecburiyeti kabul edilmiştir (CMK 239/2). Haksız tutuklama ve yakalamalarda tazminat davası açmak için, yukarıda belirtildiği gibi, mümeyyiz olmak yeter.

Toplum ve fert diyalektiği burada da karşımızdadır. Genellikle sadece fertlerin ceza sorumluluğu olduğu sanılır. Halbuki fert toplumun bir üyesidir ve suçta toplumun da bir sorumluluk payı vardır. Suçlardan dolayı açılan ceza dâvalarında sorumlu fert kadar, sorumlu toplum da yargılanmaktadır. Fert ile toplum arasında kalan bazı topluluklar da sorumlu olabilir. Bir ferdin işlediği suçtan mensup olduğu topluluk üyelerinin sorumlu olması da kabul edilmiştir.

173. CEZA SORUMLUSU DEVLET TARAFI.

Devlet, toplum olarak, suçtan zarar gördüğü gibi bir üyesinin işlediği suçtan dolayı da cezaen sorumludur. Gerçekten, suçlu ferdin içinde bulunduğu toplumun da o suçta rolü vardır. Fert ve toplum birlikte suç işlemişlerdir. İkisinin rolü her zaman eşit veya aynı değildir. Devlet ceza sorumlusu olsa da ayrıca bir ceza ile cezalandırılmaz. Devletin suçtan zarar gördüğü zarar ona kâfi bir ceza sayılır.

Ancak Devlete ayrıca ceza verilmemesi, onun ceza sorumlusu taraf olmasına engel olmaz. Fert ve Devlet diyalektiği, ferde ceza verilmesinde kendisini gösterir. Ferdin cezası tâyin olunurken Devletin sorumluluğu da nazara alınır. Devletin sorumluluğu çoğaldıkça ferdin cezası azalır.

Devlet ceza sorumlusu olduğundan sanıkla birlikte yargılanmaktadır. Toplumun menfaatini koruyan savcının sanık lehine de hareket etmesinin kabul edilmesindeki mantıkî sebep, sanığın menfaatlerini korumak değil, toplumun menfaatlerini korumaktır. Zira sanığın sorumlu olmadığı sabit olursa, toplumun da suçsuz ve sorumsuz olduğu anlaşılacaktır.⁹⁴⁷ Diğer taraftan, sanığın bir müdafii ile kendini müdafaa ettirmesinin kabul edilmesi de, sanığın fert olarak değil, fakat toplumun bir üyesi olarak, yani toplumun menfaatine müdafaa edilmesi demektir.

Devletin, ceza sorumlusu olması dolayısı ile, medeni sorumluluğu da vardır. Suçtan zarar görenlerin zararlarının ödenmesi konusunda son zamanlarda gittikçe artan çalışmalar, böyle bir sorumluluk bilinci ile daha iyi açıklanabilir.

174. CEZA SORUMLUSU FERT TARAFI: SANIK.

Ceza muhakemesinde ceza sorumlusu fert tarafı, *sanık* adını alır. Sanık kendisine suç isnat edilen, suçlu olduğu sanılan kimsedir. Görülüyor ki, bu terim “husumet”, yani normun müeyyidesi bakımından değil, “isnat”, yani normun kural kısmı bakımından kabul edilmiştir. Burada isnat, zarar veren durumunun isnatıdır.

Normun kaidesi bakımından sanık olan kimsenin, müeyyidesi bakımından *ceza sorumlusu* oluşu çeşitli şekillerde kendini gösterir. Bunun içindir ki sanıkların sorumluluk durumları da farklıdır: sanık ya doğrudan sorumludur veya dolayısı ile sorumludur.

I. Doğrudan doğruya sorumlu sanık.

Kendi eylemi olan suçtan sorumlu olan kimsedir. Sanık denilince akla gelen budur.

II. Dolayısı ile sorumlu sanık.

Üyesi bulunduğu topluluğun başka bir üyesinin eylemi olan suçtan sorumlu olan kimse, dolayısı ile sorumlu sanıktır. Bir topluluğun üyeleri arasında bağlılık dolayısı ile bir kimse, grubun bir başka üyesinin fiilinden sorumlu olabilir. Basın suçlarında da rastlanan ve ekseriya objektif diye

⁹⁴⁷ Foschini, I, 126.

nitelendirilen⁹⁴⁸ bu sorumluluk, sadece diğer üyenin fiilinden ileri gelmemektedir. Objektif sorumluluk, her suçta psikolojik unsurun bulunması icap ettiğine, bu unsur olmadıkça suç olamayacağına göre ceza sorumluluğunun da söz konusu olamayacağı demek olan “ceza sorumluluğunun subjektifliği” esasına⁹⁴⁹ aykırı olduğundan kabul edilemez.

Bu sebeple objektif sorumluluk yerine “dolayısı ile sorumluluk” (*responsabilità indiretta*) denilmelidir.⁹⁵⁰ Bu hallerde, grup üyeleri arasındaki ilişkinin önemi dolayısı ile sorumlu tutulan kimsenin de cezayı gerektiren bir fiili vardır ve böylece dolayısı ile sorumlu üye, diğerinin fiilini ya kolaylaştırdığı ya önlemediği için sorumlu tutulmakta, çok defa aynı ceza ile cezalandırılmaktadır.

Dolayısı ile sorumlu bazan doğrudan doğruya sorumlu ile birlikte, bazen de onun yerine cezalandırılır. Birinci hale “birlikte dolayısı ile sorumluluk”, ikinci hale “doğrudan doğruya suçlu yerine dolayısı ile sorumluluk” diyeceğiz.

1. Birlikte dolayısı ile sorumluluk.

Responsabilità aggiunta, “faillik” adı verilen suç ortaklığında (TCK 37) söz konusudur. Cezayı ağırlatan şahsî ve maddî sebeplerin, hatta suçu değiştirme dahi, eylem işlendiğinde bu sebebi bilen ortağa sirayet etmesi (mülga TCK 66, 67), eylem kendi eseri olmayan ortakların da dolayısı ile fakat birlikte sorumlu olduklarını göstermektedir. Mülga Türk Ceza Kanunu’nda birlikte dolayısı ile sorumluluk, kabahat suçlarında *tâbi ve metbu* hakkında da kabul edilmişti (Mülga TCK 60). Birlikte dolayısı ile sorumluluğa basın suçlarında da rastlanır. Süreli ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlarda eser sahibi sorumludur. Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür veya yayım yönetmeni, genel yayım yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur.

Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana, aittir (BasK 11/3). Süresiz yayınlarda eser sahibinin belli olmaması vs. hallerinde, yayımcı, yayımcının belli olmaması veya Türkiye’de yargılanamaması hallerinde ise, basımcı sorumlu olur (BasK 11/4).⁹⁵¹

2. Doğrudan doğruya suçlu yerine dolayısı ile sorumluluk.

(Responsabilità sostituta) misaline yine Basın Kanunu’nda rastlamaktayız. Süreli yayınlarda, sahibi belli olmayan yazı ve saireden sorumlu müdür veya onun rızası hilâfına yayımlanan kişi sorumludur. Mülga Basın Kanunu da mevkute sayılmayan basılmış eserlerle işlenen suçlarda doğrudan doğruya suçlu, eserin müellifi, muhaririri, mütercimi veya ressamı idi. Yürürlükteki Basın Kanunu’na göre, süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayım

⁹⁴⁸ [Dönmezer/Erman, II, n. 1008.](#)

⁹⁴⁹ Anayasa “ceza sorumluluğu şahsîdir” (AY 38/7) ve [İçel de \(Kitle haberleşme hukuku, 1977, s. 250\) “Kusursuz ceza olmaz” diyerek aynı sonuca varmışlardır.](#)

⁹⁵⁰ Foschini, I, 141.

⁹⁵¹ Mülga Basın Kanunu da mevkute ile işlenen suçlarda suçu vücuda getiren yazıyı yazanla birlikte “sorumlu müdür” de sorumlu tutulmuştu (Basın K “1983-2950” 16/1). Yazıyı yazan hakkında yargılama yapılamazsa da sorumlu müdür hakkında yapılabilir (k-m: *Özek*, İHFM., 74 (40), 89), zira sorumlu müdür suç işlenmesini önlesin, önlemezse sorumlu olsun diye kabul edilmiştir (*İçel*: Kitle haberleşme hukuku, 1977, s. 249). Birlikte sorumluluk halinde sorumlu müdüre sadece para cezası verilmektedir (Basın K “1983-2950” 16/1). Parayı da müessese verebileceğine göre, bu yersiz değişiklik âdetâ sorumlu müdürlük kurumuna son vermiştir. Ancak, Terörle Mücadele Kanunu’nda 2019 yılında değişen ayrı hükümler vardır: “*Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayım yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Ayrıca, basın ve yayım organlarının suçun işlenmesine iştirak etmemiş olan yayım sorumluları hakkında da bin günden beş bin güne kadar adli para cezasına hükümlenir. Haber verme sınırlarını aşmayan veya eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.*” (TMK 7/2).

yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir⁹⁵² (BasK 11/2,3).⁹⁵³ Basılı eser sahibinin veya yayınlayanın tüzel kişi olması halinde, meselâ sorumlu müdürle yani gerçek kişi ile birlikte onların da cezalandırılmaları durumunda tüzel kişiyi oluşturan gerçek kişiler, meselâ anonim şirketin ortakları da cezalandırılmış olmaktadır. Doğrudan doğruya suçlu yerine dolayısı ile sorumluluğun bir diğer örneğine de mülga Türk Ceza Kanunu'nda yoldan geçenler için tehlike teşkil edecek şeyleri pencere gibi yerlere koyanların belli olmaması halinde, fiili menedecek iktidarda bulunmak şartıyla, binanın idarecisinin veya zilyedinin cezalandırılmasında rastlanılmaktaydı (mülga TCK 559).

III. Ek sorumlu sanık.

Sanıkların sorumluluk bakımından üçüncü çeşididir. Bazen kanunlar doğrudan doğruya sanığın mahkûm olduğu para cezasını ödememesi halinde bir diğer şahsın bu cezaı ödemesini kabul eder.

Bu hale ek ceza sorumluluğu (*responsabilit  penale sussidiaria*) denilmektedir. Bu hale para cezasından doğan hukukî sorumluluk da denilmekte⁹⁵⁴ ise de bunun ceza sorumluluğu olduğu açıktır.⁹⁵⁵ Bir kere ek sorumlu, bunu sigorta gibi ödemiyor, suçu önlemediği için sorumlu tutuluyor. Diğer taraftan bu sorumluluk ancak ceza dâvasında belli olmaktadır. Meselâ mülga Millî Korunma Kanununa göre bazı suçlarda fail hakkında hükmolunan para cezalarından dolayı bunların çalıştıkları müessese veya sair hükmî şahıslar malen ve müteselsilen sorumludurlar (MKK 62).

Ceza sorumlusu her şahıs hakkında dava açılması gerekeceğinden ek sorumlu şahıslar hakkında da ceza dâvası açılmalı ve bu dâva, doğrudan doğruya sorumlu aleyhindeki dâva ile birlikte görülmelidir ki ileride para cezasını ödeme durumuna düşecek kimse, kendisini müdafaa edebilsin.

Aleyhlerinde dâva açılmadığında, ek sorumlu olanların doğrudan doğruya sorumluların dâvasına müdafaa makamına yardım için katılması ve müdafaa makamına geçmesi sağlanmalıdır.⁹⁵⁶

IV. Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu.

Basın Kanunu (m. 11) tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu kabul etmemiş, hukuki sorumlulukla yetinmiştir (m. 13). Türk Ceza Kanunu da tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmemiş (TCK 20/2), tedbir sorumluluğu olduğunu kabul etmiştir (TCK 60). Buna karşılık, tüzel kişi kabahatlerde sorumludur: bir tüzel kişinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından tüzel kişinin yararına olarak KK 43/A maddede sayılan suçların⁹⁵⁷ işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye onbin Türk lirasından elli milyon Türk lirasına kadar idarî para cezası verilir.

175. ŞAHIS İTİBARIYLA TARAFLARIN MAKAM İTİBARIYLA TARAF OLUŞU.

I. Makam itibariyle taraflar.

⁹⁵² Kanundaki “yayımlatan” sözcüğü, “yayımlayan” (naşir) olarak anlaşılmalıdır. Yayıncının yaptığı ise yayımlatma değil, yayımlamadır.

⁹⁵³ Sorumlu müdürün hapis cezasının para cezasına çevrilmesi mecburiyeti, sadece birlikte sorumluluk halinde kabul edildiğinden (Basın K “1979-2231” ve 1983-2950” 16/1:1), tek başına sorumluluk halinde çevirme mecburiyeti yoktur (9. CD 10/6/80 YKD 80 1448; CGK 26/4/82 YKD 82/8 1157).

⁹⁵⁴ **Dönmezer/Erman, II, n. 1160.** Erem bu durumu “maldan sorumluluk” olarak yani medenî (= hukukî) sorumluluk olarak kabul etmektedir (n. 99).

⁹⁵⁵ Foschini, I, 147.

⁹⁵⁶ **CPPI 112, 123 örnek alınabilir.** İsviçre'nin bazı kantonlarında da “sorumlu 3. kişiler” sanıkla beraber olmak üzere, dâvaya katılabilmektedir (Clerc, n. 117).

⁹⁵⁷ Dolandırıcılık (TCK 157, 158), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (TCK 188), ihaleye fesat karıştırma suçu (TCK 235), edimin ifasına fesat karıştırma suçu (TCK 236), rüşvet suçu (TCK 252), suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu (TCK 282), Bankacılık Kanununun 160 ıncı maddesinde tanımlanan zimmet suçu, Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan kaçakçılık suçları, Petrol Piyasası Kanununun Ek 5 inci maddesinde tanımlanan suç ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinde tanımlanan terörizmin finansmanı suçu.

Şahıs olarak taraf süjesi olanlar, muhakeme kolektif faaliyetinin mütalâa makamlarını işgal ettikleri zaman makam itibariyle taraf olurlar.

Şahıs itibariyle taraflar ceza muhakemesinde şu yollarla makam itibariyle taraf olurlar:

1) Suçtan zarar gören toplum tarafı, yani Devlet ya kamu dâvası açarak ya şahsî dâvayı kamu dâvasına dönüştürerek makam itibariyle taraf olur. Görülüyor ki kamu dâvasında davacı taraf daima Devlettir.⁹⁵⁸

2) Suçtan zarar gören fert tarafını teşkil eden kişiler kamu dâvasına katılarak taraf makamını işgal eder ve taraf olurlar.

3) Ceza sorumlusu fert tarafı, kamu dâvasını, bir kelime ile ceza dâvasının açılması ile sanık yani makam itibariyle taraf süjesi olur. Bir kişinin sanık olması için aleyhine bir ceza dâvası açılması yeter. Ceza dâvasının sonucu kendisini ilgilendiren medenî sorumlu ile ek ceza sorumlusu ise, aleyhlerinde dâva açılmamışsa da, ceza dâvasına katılabilmelidir.

II. Toplumsal müdafaa.

Ceza sorumlusu toplumun toplumsal müdafaa makamını işgal etmesi ancak sanığın bir müdafisi bulunması halinde mümkündür. Müdafiyi sanığın seçmesinin veya mahkemesinin tayin etmesinin önemi yoktur. Elverir ki müdafisin yaptığı müdafaanın toplumsal olduğu anlaşılmalı ve kabul edilmiş olsun.

176. SUÇLARDA MEDENÎ SORUMLULUK.

I. Medeni sorumluluk.

Her suç bir haksız fiildir.⁹⁵⁹ Suçlar ile haksız fiiller arasında yaptırım bakımından fark vardır. Eğer bir suç, zarar doğurmuşsa, Borçlar Kanunu'nda düzenlendiği şekilde giderim yaptırımı gerektirecektir (BK 49). Suçun ceza bakımından zararına haksız fiilin medenî zararı tekabül etmektedir. Ancak tazminat sorumluluğu sadece haksız fiile dayanmaz.

Medenî Hukuk adam çalıştırmanın (BK 66) veya yapı malikinin (BK 69) sorumluluğunda olduğu gibi, başka bakımlardan da tazminat sorumluluğu kabul etmiştir. Biz bunların hepsini *medenî sorumluluk* (*responsabilité civile*) adı altında toplayacağız.⁹⁶⁰

Ceza dâvası ceza mahkemesinde, tazminat dâvası hukuk mahkemesinde görüldüğü için, muhakemeler arasındaki bağlantı, karışık bağlantıdır.

II. Aynen iade müeyyidesi.

Suçtan kişinin gördüğü zararın sanığa ödettilmesinin Devleti de ilgilendirdiği, bu ödetmenin ceza gibi önleyici bir rolü olduğu açıktır. Bunun içindir ki kısa cezaların, gerektiğinde, “aynen iade veya tazmin” adlı bir çeşit cezaya⁹⁶¹ çevrilmesi kabul edilmiştir (TCK 50). Ceza ertelenmesinin, zararın ödettilmesine bağlanabilmesi (TCK 51/2) bunun için kabul edilmiştir.

Kanunlarımızda bu yoldaki normlar ihtiyacı karşılamaktan uzaktır. Daha etkili bir düzenleme gereklidir.⁹⁶² Bu konuda, tazmin Türk Ceza Kanunu ve CMK da ayrıca “uzlaşma” ve “adli kontrolün” koşulları arasında da sayılmıştır.

⁹⁵⁸ Kamu dâvasındaki davacının eski alışkanlıkla hukuku umumiye veya kamu hakları diye gösterilmesi bu sebeple yanlıştır.

⁹⁵⁹ *Kunter: Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi*, 1949, s. 120-125.

⁹⁶⁰ Medenî sorumluluk yerine hukukî, malî, malen veya maldan sorumluluk denildiğine çok rastlanılmaktadır.

⁹⁶¹ Görülüyor ki, burada ödeme veya geri verme, para cezası gibi, bir çeşit ceza olmaktadır. Kaldı ki sanık bakımından, bir miktar paranın para cezası olarak ödenmesi ile tazminat olarak ödenmesi arasında pek fark yoktur.

⁹⁶² TBB bu konuya eğilmiş ve: 1) zararın ödenmesi halinde hürriyeti kaldırıcı cezadan belli bir ölçüde indirme yapılmasını, 2) ağır suçlarda ödemeyi mümkün kılmak için sanığın malları üzerine kanunî ipotek konulmasını, 3) af, şartla salıverme, takdirî hafifletme gibi lehte işlemlerin ödeme şartına bağlanmasını, 4) bu konudaki hukuk dâvalarının harçsız görülmesini önermiştir (TBBB 74/26-2).

III. Devletin tazminat sorumluluğu.

Zarar görenin suçludan tazminat istemesi sisteminin yetmediği, hepsinde değilse de bazılarında zararı Devletin ödemesi gerektiği (CMK 141) tezi son zamanlar yaygınlaşmıştır.⁹⁶³ Nitekim 2004 yılında yürürlüğe giren 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun uyarınca, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddi zarara uğrayan kişilerin zararlarının karşılanacağı hüküm altına alınmıştır.

177. ŞAHSİ HAK UYUŞMAZLIĞINDA TARAFLAR.

Ceza hukukumuz şahsi hak davasını kabul etmemiştir. Bunun yerine adli kontrol ve uzlaşma prosedürleri sırasında mağdurun zararının giderilmesi sistemi öngörülmüştür. Şahsi hak bakımından çıkan uyuşmazlıklarda kimlerin taraf teşkil edeceği meselesi, zarar görenler ve sorumlu olanlara göre çözülebilecektir.

I. Davacı.

Şahsi davacı veya katılan, suçtan zarar gören sıfatı ile şahsi hak dâvasının da davacısı olacaktır. Ancak katılan veya şahsi davacı, şahsi hak davacısı da olmak isterse, hukuk dâvalarındaki ehliyet meselesi ile karşılaşır. Medenî Muhakeme Hukukunda davacı olmak için, haklarını kullanma ehliyeti de şart olarak aranmaktadır. Mümeyyiz olmayanlar ancak kanunî temsilcileri tarafından temsil edilebilirler, meğerki şahsa bağlı hak bahis konusu olsun.⁹⁶⁴ Kanunî temsilcinin her zaman kullanılabilmesi bir hak vardır. o halde suçtan zarar görenin bizzat şahsi hak isteyebilmek için mümeyyiz ve reşit olması ve mahcur olmaması gerekmektedir.

II. Medeni bakımdan sorumlu olanlar.

Şahsi hak uyuşmazlığında dâvalı tarafı teşkil edenler, *medenî bakımdan sorumlu olanlardır*. Bunlar da doğrudan doğruya ve dolayısı ile olmak üzere ikiye ayrılır:

1. Doğrudan doğruya medenî sorumlular.

Ceza muhakemesinde doğrudan doğruya sanık olanlardır. Aynı haksız fiilin birden fazla faili varsa bunlar hakkında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır (BK 61).⁹⁶⁵

2. Dolayısı ile medenî sorumlular.

Ceza sorumluluğunda olduğu gibi, medenî sorumlulukta da sorumluluk bakımından hukuken önem arz eden topluluk grupları içinde, grup üyeleri arasında dolayısı ile sorumluluk hali kabul edilmiştir. Haksız fiil faili olmadığı halde medenî sorumluluğu olanlar, ev reisi (MK 369), istihdam eden (BK 66),

⁹⁶³ Ceza Hukuku Milletlerarası 11. Kongresi (Budapeşte 1974), zarar ödenmesinin, hele suç faili belli değilse veya kovuşturulamıyorsa yahut ödeyemiyorsa, kamu düzenini ilgilendirdiği, sosyal dayanışma gereği olduğu noktasında birleşmiş, fakat tedbirlerde ayrılmıştır. *Dönmezer*, (Devlet ve suç mağduru ilişkisi, Onar'a Armağan, 1977, s. 179), bazı suçlarda maddi zararı Devletin ödemesini, ceza dâvası sona ermeden avans verilmesini, Devletin ödediği tazminatı suçludan isteyebilmesini önermektedir. Suç Sorunları Avrupa Komitesinin çalışmaları sonunda *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 77 (27)* sayılı 28/9/77 tarihli kararı ile suçtan doğan zararın ödenmesi konusunda 13 ilke kabul etmiştir. Bizde de uygulanması gereken bu ilkelerin başında, bir suçtan doğan bedenî zararlar ile bir suç sırasında öldürülen kişinin bakmakla yükümlü olduğu kişilerin zararlarının başka türlü ödettirilemiyorsa Devlet tarafından ödenmesi gelmektedir. Avrupa konseyinin şiddet suçları konusundaki çalışmaları da bu yolda yeni bir sözleşme ile sonuçlanmıştır: "*Şiddet suçlarından zarar görenlerin zararlarının ödettirilmesine dair Avrupa Sözleşmesi*". 116 numaralı olan ve 24/11/83 de imzaya açılmış olan bu Sözleşme 8 Kasım 1996 tarihinde 13 Devlet tarafından imzalanarak 1.2.1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. **Türkiye bu sözleşmeyi imzalamışsa da henüz onaylamamıştır.**

⁹⁶⁴ *Postacıoğlu*, 190.

⁹⁶⁵ Sanık aynı zamanda tazminat dâvasında dâvalı durumunda olduğundan, Hukuk Muhakemesinde olduğu gibi dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle (HMK 327) ve kötü niyetle veya haksız dava açılmasında (HMK 329) olduğu gibi, muhakeme masraflarının, vekâlet ücretinin davacıya ödettirilmesini isteyebilmelidir. Hatta mülga Ceza Muhakemesi Kanununda daha ileri gidilmiş, şahsi dâvada sanık beraat ederse sanığın masraflarının talep etmese de davacıya yükleneceği kabul edilmişti (CMUK "1985-3206" 413/1).

bina ve imal edilen şeyin maliki (BK 69), otelci (BK 478), donatanın gemi adamlarının kusurlarından doğan sorumluluğu (TK 1062) ve taşıyıcıdır (TK 1178).⁹⁶⁶

Ceza mahkemesinin kararı fiilin sanık tarafından işlenip işlenmediği hususunda hukuk hâkimini bağlayacağından, dolayısı ile medenî sorumlu ceza dâvasının sonucu üzerinde müessir olabilmelidir. Bu sebeple aleyhinde dâva açılmış olan dolayısı ile medenî sorumlunun müdafaa makamına geçmek üzere ceza dâvasına katılması sağlanmalıdır.⁹⁶⁷

20. § HÂKİM: GENEL BİLGİLER

178. Hâkimler ve sınıflandırmaları. 179. Hâkimlik şartları ve vasıfları. 180. Hâkimin bağımsızlığı. 181. Hâkimin objektifliği (tarafsızlığı ve kişiliğinden sıyrılması). 182. Hâkimin dâvaya bakamayacağı haller (Yargılamama mecburiyeti). 183. Hâkimin reddi dâvası ve hâkimin çekinmesi. 184. Hâkimin ödevleri. 185. Hâkimin yetkileri. 185-1. Zabıt kâtibi ve mahkemeye yardımcı teşkilat: Koruma kurulları.

178. HÂKİMLER VE SINIFLANDIRMALARI.

I. Makam itibariyle sūjellik.

Ceza muhakemesi ilişkisinin sūjelerinden biri olan ve yargılama makamını işgal eden hâkim, sadece makam itibariyle sūjedir. Yargılama makamları, hâkimlik ve mahkeme olmak üzere iki çeşit olduğuna göre hâkimlerin bazısı mahkeme adı verilen makamı, bazısı hâkimlik makamını işgal eder. Aynı hâkim iki çeşit makamı da işgal edebilir. Meselâ ağır ceza mahkemesi başkanı hem mahkeme makamını hem ağır ceza mahkemesi başkanlığı adını taşıyan bir çeşit hâkimlik makamını işgal eyler. Sūjenin yetki ve görevleri işgal ettiği makama göre değişir.

II. Hâkimlerin sınıflandırılması.

Hâkimler çeşitli bakımlardan sınıflandırılabilir: 1) *Görev bakımından hâkim- Kanun bakımından hâkim.* Her çeşit yargılama makamını işgal eden hâkim görev (yani gördüğü iş) bakımından yargı yapandır, yani “yargıcı” veya yargıçtır. Bir diğer söyleyişle hâkimdir. Ancak kanunlar bunların hepsine hâkim adını vermemiş olabilir. Adlî yargılama makamlarını işgal edenlerin hepsine hâkim denildiği halde, adliye-dışı yargılama makamlarındakilerin bir kısmının kanunlardaki adı hâkim değildir.

2) *Adliye hâkimi- Adliye-dışı hâkim.* Bu ayırma, yargılamanın adliye yargılaması ve adliye-dışı yargılama olarak ikiye bölünmesine uygundur.

3) *Olağan hâkim- Olağanüstü hâkim.* Olağan yahut yerleşmiş tabirle tabî hâkim (*juge naturel*) kavramı anayasalara girmiştir. 1961 Anayasasının 1971 değişikliğinde, mana farkı olmadığını gerekçede belirlemekle beraber “tabî hâkim” yerine “bir kimsenin kanunen tâbi olduğu mahkeme” terimini kullanarak “bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı (doğrusu yargılama) yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz” denilmişti (61 Any 32/2). 1982 Anayasası da 37’nci maddesinde eski 32’nci madde metnini tekrar etmiştir. Anayasa “kanunî hâkim” de denilebilecek olan “tabî hâkim” kavramını, olağanüstü olmayan yani

⁹⁶⁶ Dolayısı ile medenî sorumlular aleyhine şahsî dâva ile birlikte şahsî hak dâvası açabileceğini mülga kanun açıklamıştı (CMUK 351). Kamu dâvasına katılanın da varsa dolayısı ile medenî sorumlu aleyhine şahsî hak dâvası açılabilmesine kıyas yolu ile varılmalıdır (*Taner*, 117). Ancak dolayısı ile medenî sorumlular aleyhine ceza mahkemesinde şahsî hak dâvası açılabilmesi için bu kimseler aleyhine adliye mahkemesinde dâva açılabilmesi şartı aranmakta idi. Eğer dolayısı ile medenî sorumlu aleyhine şahsî hak dâvası adliye mahkemelerinin yetkisi dışında ise, bu dâvaya katılma yolu ile dâva dolayısı ile ceza mahkemesinde gördürmeğe imkân yoktu. Meselâ tank şoförünün taksirle yaptığı zarardan dolayı MSB aleyhindeki tazminat dâvaları Danıştay’da görüldüğünden (UM: 7/5/60 RG 29/6/60), ceza mahkemesinde şahsî hak dâvası açılmaz.

⁹⁶⁷ Yaralamağa sebebiyetten sanık İETT şoförü hakkındaki ceza dâvasına, istihdam eden sıfatı ile “ilerde benim aleyhimde tazminat dâvası açılacak” diyen İETT’nin katılması, zarar gören değil diye kanuna aykırı bulunmuştur (9. CD 5/11/86 YKD 87/6 962). Kanunun sadece iddia makamı bakımından katılmayı öngördüğü doğrudur. Burada tam katılma değil, taraf yardımcılığı, bir diğer söyleyişle yarım katılma söz konusudur ve müdafaa makamına yardım için katılmanın içtihatla kabulü imkânsız değildir. İETT’nin avukatı, nihayet sanığın bir ikinci müdafisi gibi sayılabilir.

olağan mahkemenin hâkimi diye tarif ettiğine göre, kanunî, tabii ve olağan hâkim terimleri aynı manaya gelmektedir. Mana farkı olmadığı belirtildiğine göre, olağan hâkimi, tabii hâkim gibi, şöyle tarif edebiliriz: Olağan hâkim, kanunla önceden kurulmuş her bakımdan yetkili yargılama makamındaki hâkimdir. Önceden kurulmuş olan bir mahkemenin madde itibarıyla görevinin değiştirilmesi ve görev değişikliğinden önce işlenen suçları yargılama ile görevlendirilmesi, tabii hâkim esasına aykırı değildir. Mesela, bir mahkemenin ilgasından sonra, bu mahkemenin yargılamakta olduğu suçların evvelce mevcut ağır ceza mahkemesinin bir dairesine verilmesi, “yeni” mahkeme kurulmadığı için, hukuka uygundur.

Olağan (veya tabii) hâkim esas, yürütme erkinin yargılama makamları üzerindeki muhtemel tesirini önlemek için kabul edilmiş bir teminat tedbiridir. Olağanüstü hâkim de bir olaydan sonra sırf o olay için kurulmuş veya olaya göre sonradan yetkili kılınmış yargılama makamında, özellikle mahkemede yer alan hâkimdir.

4) *Genel hâkim - Özel hâkim*. Bu ayırım da genel yargılama ve özel yargılama ayırımına uymaktadır. Özel yargılama makamlarını işgal edenler, meselâ mülga askerî mahkemelerdeki askerî hâkimlerle subay üyeler⁹⁶⁸, “özel” hâkim statüsünde idi.

5) *Cezada uzman hâkim - Cezada uzman olmayan hâkim*. Ceza hâkimlerinin cezada uzman olup olmaması bakımından da bir ayırım mevcuttur. Genellikle bu ayırım yapılmaz, bugün hukuk hâkimi olan şahıs yarın ceza hâkimi tayin edilir. Bizde de bu durum bu yoldadır. Buna karşılık ceza hâkimlerinin ceza sahasında uzman olmaları çoktan beri istenilmektedir. Cezaların şahsileştirilmesi prensibi, suçlunun şahsiyetinin tanınmasını gerektirmektedir. Bu ise ceza hâkiminin hukuktan gayri sahalarda da bilgi sahibi olmasını gerektirir. Bu da ceza hâkiminin gerek Üniversitede iken gerek Üniversiteden çıktıktan sonra kriminolojik bilgilerle donatılması demektir.⁹⁶⁹ Elbet ceza hâkiminden, bir kriminoloji uzmanı olması istenemez. Mesele, hâkimin görevini ifa ederken yapacağı senteze yeter derecede kriminolojik ilimlerde genel bilgilere sahip olmasından ibarettir.⁹⁷⁰ *Supreme Court'un*, hâkim in bakmakta olduğu davada bilinmesi gereken özel ve teknik bilgiyi, araştırarak öğrenmesi ve adeta o konunun “uzmanı” olması gerekmesini arayan “*Daubert*” kararı, hâkim in bilirkişinin tesirinde kalmasını önlemek açısından, yerindedir.

6) *Meslekten hâkim - meslekten olmayan hâkim*. Hâkimlerin çoğunluğu bu işi meslek olarak kabul etmişlerdir. Buna karşılık, meslekten olmayan kimselerin de hâkimlik görevini yaptığı vardır. 1961 Anayasası, hâkimlik mesleğinden söz etmekte, meslekten hâkimlere hâkimlik niteliğine sahip hâkim demektedir (61 Any 134, 138/4).⁹⁷¹ 1982 Anayasası hâkim denince hep meslekten hâkimi kasteder (Any 140/1).⁹⁷²

Meslekten hâkimler bizde adli ve idari hâkimlerdir. Mesleğe giriş ve meslekte ilerleyiş Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu tarafından düzenlenmiştir.

“Lâik” de denilen meslekten olmayan hâkimler üç çeşittir: a) *Halktan hâkimler*. Bazan meslekten hâkimin yanına meslekten olmayan kişiler verilir ve böylece kurulan mahkeme, ceza yargılaması görevi yapar. Bu kişiler aa) Ya halk arasında kura ile belirlenir; bb) Yahut belli bir süre ile seçim veya tâyin

⁹⁶⁸ Anayasanın hâkimi dar manada kullanmasına bakılarak hukukçu hâkimlere “Askerî hâkim”, subay hâkimlere “subay üye” denilmiştir. 2010 değişikliği ile madde, “*Askerî mahkemeler, bu Kanunda aksi yazılı olmadıkça üç askeri hâkim den kurulur*” şekline getirilmiştir (mülga AsMK “2010-6000” 2/1).

⁹⁶⁹ Ceza Hukuku Milletlerarası 3. Kongresi (Palermo 1933) ile Kriminoloji Milletlerarası 1. Kongresi (Paris 1938) de bunu önermiştir.

⁹⁷⁰ *Vienne: Rappot au Congrès International de Droit Pénal* (Atina, 1957).

⁹⁷¹ Çoğunluğun meslekten hâkim olması şartının savaş halinde aranmayacağı normu iptal edilmiştir (AYM 15/4/75 RG 262/76).

⁹⁷² Askerî mahkemelerin askerî hâkimleri de böyle idi. Bu mahkemelerdeki meslekten olmayan hâkime, hâkim bile denilmemekte, subay üye adı verilmekte idi (mülga AsMK 2). Görülüyor ki, adı hâkim olmasa da hâkimlik görevini yapan kişiler, yani subay üye olup, meslekten olmayan hâkimler yine vardır.

sistemi ile bu göreve getirilirler. “Echevinage” ve “Assessorat” denilen bu iki sistem, meselâ bazı Alman, İtalyan ve İsviçre mahkemelerinde uygulanmaktadır.⁹⁷³

b) *Uzman hâkimler*. Meslek dışı hâkimlerin bir çeşidi olan bu hâkimler, halk arasından gelişi güzel seçilmeyip, belli uzmanlıklarına göre bu makama getirilmektedirler. Meselâ bizde, askerî mahkemelerde hukukçu, Anayasa tâbiri ile hâkimlik niteliğine sahip üye yanında “subay üyeler” bulunmaktadır. Subaylar, askerlikteki uzmanlıkları dolayısı ile seçilmiş ve meslekten olan hukukçu hâkimle birlikte yargılama makamına geçirilmişlerdir.

Birçok memleketlerde çocuk mahkemelerinde meslekten hâkimin yanında sosyal yardım işlerinde, pedagojide, kriminolojide, çocuk bakımında uzman kimselerden üyeler bulundurulmaktadır. Fransa’da, İtalya’da durum böyledir. Bizde çocuk mahkemeleri sadece hukukçu hâkimlerden oluşmaktadır. Hattâ bazı memleketlerde çocuk mahkemelerinde meslekten hâkim de bulunmayıp sadece uzman kimseler arasından seçilen bir veya daha fazla hâkim bulunur.⁹⁷⁴

c) *Jüri*. Bazen da suçluluğun tespiti hususunda karar vermek görevi münhasıran jüri adı verilen kurullara bırakılır. Bu kurullar halk arasından seçilir. Aralarında meslekten hâkim yoktur. Bunlar kararlarını sorulan sorulara evet veya hayır demek suretiyle, yani gerekçesiz olarak bildirirler. Çok defa da akılla değil, hisle hareket ederler.

Jürinin vatanı İngiltere’dir. 1789 İhtilâlinde sonra Fransa’da ve onu takiben birçok memlekette kabul edilmiştir. Jürinin Büyük Jüri ve Küçük Jüri diye ikiye ayrıldığı vardır. İşin mahkeme önüne getirilip getirilmeyeceğini kestiren, yani isnatın kovuşturma evresine geçmeği haklı gösterecek kuvvetle olup olmadığına karar veren Büyük Jüri yavaş yavaş ortadan kalkmaktadır.⁹⁷⁵ Hükümlerde suçluluk hakkında evet veya hayır diye karar veren ve bugün jüri denince akla gelen “küçük jüriler” de aynı yolu tutmaktadır.⁹⁷⁶ Jürinin kararından sonra meslekten olan hâkimin veya hâkimlerin işi, cezayı tayinden ibarettir. Bazı memleketlerde, meselâ İtalya’da, sanık ve suçtan zarar görenin birlikte istemeleri şartıyla, hakaret suçlarında isnat olunan maddenin ispatı konusunda “şeref jürisi” teşkil **olunmaktadır (CPI 596/2)**.

III. Kanaatimiz.

Biz meslek dışı hâkimlerin yargılama görevi yapmasına taraftar değiliz. Suçluluğu tesbit meselesi, suçları bugün kanun gösterdiğine göre, hukukî bir meseledir.⁹⁷⁷ Kaldı ki, hâkimlik özel bir statüyü ve teminatı da gerektirir. Halktan seçilen hâkim bunlardan yoksun kalacaktır.⁹⁷⁸

⁹⁷³ Fransa’da ağır ceza mahkemesi diye çevirebileceğimiz “cour d’Assises”lerde mahkemenin 3 hukukçu hâkimi vardır. Bunlar da başkan, istinaf mahkemesi daire başkan veya üyesidir. Geriye kalan iki üye de oradaki mahkemelerin hâkimleri arasından seçilirler. Fransızlar bunlara da “*assesseur*” demekte iseler **de (CPPF 248, 249)** meslekten hukukçu hâkim olan bu üyelerin halktan seçilen “*assesseur*”lerden farklı oldukları açıktır. İstinafta ve Yargıtay’da olduğu gibi “*conseiller*” diye adlandırmaları uygun olurdu. Farklı terimin tarihi gelişmelerle açıklanabileceğini sanıyoruz.

⁹⁷⁴ Son zamanlarda büyüklere mahsus ceza mahkemeleri teşkilâtında da değişiklikler yapılması ve hâkimlik mesleği dışındaki uzman kimselerin de “müeyyidenin tayini” hususunda görevlendirilmesi istenilmektedir. Muhakemenin ikiye bölünmesi denilen bir esasa göre birinci kısımda suçluluk meseleleri çözülmeli, ikinci kısımda müeyyide suçlunun şahsiyetine uydurulmalıdır. İşte bu ikinci kısmın ayrı bir mahkemeye verilmesini ve burada meslekten hâkimin yanında psikolog, pedagoğ, hekim gibi uzman hâkimler bulundurulmasını isteyenler vardır.

⁹⁷⁵ İngiltere’de 1933 de kaldırılan büyük jüriye bugün Birleşik Amerika’nın bazı eyaletlerinde rastlanmaktadır.

⁹⁷⁶ Meselâ İsviçre’de jüri tecrübesi başarılı olmadığından ya uygulama alanı daraltmış ya meslekten hâkimlerle birlikte çalışmaları sağlanmış yahut Anayasa zorlamıyorsa büsbütün kaldırılmıştır. Bugün sadece Friburg kantonunda ve 1933’ten beri uygulanmayan Federal sistemde kalmıştır (*Clerc*, n. 7, 58). Fransa’da 1941’den beri sadece adı vardır, zira önceden hazırlanmış listeden kura ile seçilen jüri üyeleri ve gerektiğinde yedekleri artık mahkemenin meslekten hâkim üyeleri gibi, onlarla birlikte kurulu oluşturmakta ve birlikte çalışıp birlikte karar **vermektedirler (CPPF 355-362)**.

⁹⁷⁷ Bir ara jüri üyeliği yapmış olan *André Gide*, tecrübelerine dayanarak, jürilerin bazı suçları, meselâ ırza tasaddiyi önemsiz bularak sanığı beraat ettirdiklerini, şaşkınlık ve sıkıntı ile müzakere edip karar verdiklerini, jürilerin oluşturulmasının yetersiz ve kusurlu olduğunu hatıralarında anlatmıştır (Cinayet Mahkemesi Anıları. Türkçesi *Sami Selçuk*, Ankara, 1983).

⁹⁷⁸ Almanya’da bugün bazı mahkemelerde halktan hâkimlerin de bulunması tarihi sebeplere dayanmaktadır ve bunların kararlardaki rolleri pek azdır. Meslekten hâkimler bağımsız olduklarından, halktan hâkimlerin toplu mahkemelerde bulunması

Müeyyidenin tayini meselesinde hukukçu hâkim, teknik elemanlarla birlikte karar verebilir. Ancak bunun için de suçluluğun tespiti ve müeyyidenin tayini işlemlerinin ayrılması gerekmektedir. Çeşitli nedenlerle meslekten hâkimlerin yanına meslekten olmayan hâkimlerin katılması kabul edildiğinde, bu karma sistemlerin sakıncalarını gidermeğe çalışmak başlıca hedef olmalıdır.⁹⁷⁹

Biz, halkın yargılamaya katılmasını demokrasinin mantıkî sonucu sayan görüşe katılmıyoruz.⁹⁸⁰ Bizce, hekimlik gibi, mühendislik gibi, yargılama da bir ihtisas işidir ve öyle olmalıdır. Halkın katılması, hukukî sorunların çözülmesi demek olan yargılamada değil, hangi eylemlerin suç sayılacağını göstermede yani yasama faaliyetinde gerçekleşmelidir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, bir toplumun demokratik olması için halkın jüri olarak yargılamaya katılmasını şart koşturmamıştır. Halktan seçilen hâkimler için de durum aynıdır. Buna karşı, Sözleşme halkın yargılamaya katılmasını da yasaklamış değildir.⁹⁸¹ Diğer taraftan, suçların sayısı gün geçtikçe arttığından bütün ceza yargılaması faaliyetini meslekten hâkimlere gördürmeğe maddî imkân da yoktur.⁹⁸²

179. HÂKİMLİK ŞARTLARI ve VASIFLARI.

I. Hâkimlik şartları.

1. Tayin şartı.

a) *Hukuk mesleklerine giriş sınavında başarılı olmak ve hâkim ve savcı yardımcısı olarak tayin.*

2022 yılında yürürlüğe giren 7413 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile, hakimlik ve savcılığa atanmak için ve *hukuk meslekleri giriş sınavında*⁹⁸³ *başarılı olmak ve hâkim ve savcı yardımcılığı dönemini*⁹⁸⁴ *geçirmek* (HSK 8) suretiyle hakimlik ehliyetini kanıtlamak koşulları ön görülmüştür (HSK 7).

İlk tayin mesleğe kabul demektir. Mesleğe kabul şartlarının başında hukuk bilgisi gelir. Üniversitelerin verdiği daha çok temel bilgiler olduğundan genellikle soyuttur. Bu bilginin somutlaşması, staj mekanizması başarılı olamadığı takdirde, ancak uygulamada ve zamanla mümkün olabilmektedir. Türkiye Adalet Akademisi hâkim ve savcı adayları ile hakim ve savcılara yönelik eğitim planları hazırlayıp bunları uygulayarak hizmet vermektedir.⁹⁸⁵

sanık bakımından teminat olarak zorunlu görülmemekte (*Herrmann*, 69) ve halktan hâkimlerin kaldırılması lehinde bir cereyan bulunmaktadır (*Yenisey*, I- 637/5).

⁹⁷⁹ Anayasa Mahkemesi, iş mahkemelerinde işçi ve işveren temsilcilerinin yer almasını, bunların bağımsız olmadıkları teminatları bulunmadığı gibi gerekçelerle Anayasaya aykırı bulunduğu (Any M: 13/4/71; RG 16/11/71) iş mahkemeleri bugün tek hâkimlidir. İş mahkemelerinde bu temsilcilerin bulunmaları bizce sosyal barış bakımından yararlıdır. Böyle karma kuruluşlu mahkemenin kararlarına karşı meslekten hâkimlerden oluşan mahkemelerin denetimi sağlanarak yararlı sistem devam ettirilmelidir.

⁹⁸⁰ *Tosun* bu görüştedir (I, 363). *Yurtcan* da, halktan seçilmiş hâkim veya jüri olmadıkça demokratik düşüncenin tam olarak gerçekleştiğini söylemenin güç olduğu görüşündedir (s. 7). Demokratik rejimli bazı ülkelerde jüri veya karma mahkemeler bulunabilir ama bunların bulunmadığı ülkelerin rejiminin demokratik olmadığı söylenemez. Bulunanların hepsinin de demokratik rejimli olduklarının söylenemeyeceği gibi. Otoriter rejimlerin, halkın yargılamaya katılmasına uygun olmadığı görüşünden (*Tosun*, I, 374) hareket edilince, otoriter rejimli olduğu şüphe götürmeyen ülkelerdeki karma mahkemeler nasıl açıklanacak?

⁹⁸¹ *Poncet*, 41.

⁹⁸² Bu yüzdendir ki, (bizde şimdi kaldırılan) idarenin ceza kararnamesi ile ceza tâyin etmesini, uzlaşma yolunun kabul edilmesini, hattâ düne kadar bizde görüldüğü üzere Vergi İtiraz ve Temyiz Komisyonlarında olduğu gibi bu cezaları kabul etmeyenlerin başvurusu üzerine yine idare içinde meslekten olmayan hâkimlerin bir yargılama yapmasını da kabul etmek bir zaruret olmuştur. Ancak hem yargılamasız olarak kararname ile verilen cezaların hem de sadece meslekten olmayan hâkimlerin yaptıkları yargılama faaliyeti sonunda verilen kararların ilgililerce kabul edilmemesi halinde, adlî veya vergi mahkemesi gibi idarî olabilen bir yargılama denetimi yapılması, yani meslekten ve teminatlı hâkimlerin yargılamasına başvurulması gerekmektedir.

⁹⁸³ Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı ve İdari Yargı Ön Sınavı Yönetmeliği, RG 8 Mayıs 2024.

⁹⁸⁴ Türkiye Adalet Akademisi Hâkim ve Savcı Yardımcıları Eğitim ve Sınav Yönetmeliği; RG 7 Mayıs 2024.

⁹⁸⁵ Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi kurulmasını öngören ve 1988-3446 numaralı kanunla ve 1993 yılında KHK 493 ile (Anayasa Mahkemesi bu değişikliği iptal etmiştir: 6/10/1993) değişikliğe uğrayan 1985-3221 numaralı kanun, 2003-

Adlî olsun, idarî olsun diğer hâkim ve savcılarda önce Adalet Bakanlığınca yapılan “yardımcılığa” atama vardır (HSK 9). Hâkim ve savcı yardımcılarının görev ve yetkileri HSK 10/A madde ile düzenlenmiştir. Hâkim ve savcı yardımcılığı süresi sonunda başarılı olan ve mâni hali olmayan hâkim ve savcı yardımcılarının mesleğe kabulüne Hakimler ve Savcılar Kurulunca karar verilir. Mesleğe kabulüne karar verilen hâkim ve savcılarının görev yerleri Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca ad çekmek suretiyle belirlenir (HSK 13).

b) *Belli bir makama tayin.*

Mesleğe kabul için, kabule engel bir halin görülmemiş olması da gerekir (HSK 13). Bunda hata yapıldığı sonradan anlaşılabilir. Meselâ hâkimin ahlâkî vasıfları olmadığı yahut diplomasının sahte olduğu meydana çıkabilir. Bu takdirde tayin şartı mevcut olduğundan, hâkimin yapmış olduğu işlemler geçerlidir. Ancak işlemlerde hata varsa kanun yolları da mevcutsa, bu yollarla hataların giderilmesi mümkündür.

Tayin şartı, hâkimin kanunlara uygun olarak tayin edilmiş, yani belli bir yargılama makamını işgal yetkisini almış olması demektir. Yüksek mahkemeler hâkimlerinin nasıl tayin edileceklerini Anayasa göstermiştir. Meselâ Yargıtay üyeleri, birinci sınıfa ayrılmış adli hâkimler ve savcılar ile bu meslekten sayılanlar arasından Hâkimler ve Savcılar Kurulunca seçilir (AY 154/2, YK 29). Birinci başkan, birinci başkanvekilleri ve daire başkanlarını Yargıtay Genel Kurulu kendi üyeleri arasından 4 yıl için seçer. Yeniden seçilmek mümkündür (AY 154/3, YK 30, 31). Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcivekili, Yargıtay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından belirleyeceği beş aday içinden Cumhurbaşkanlığı tarafından keza dört yıl için seçilirler. Yeniden seçilme mümkündür (AY 154/4, YK 32). Bu seçimler hiçbir makamın tasdikine tâbi değildir.⁹⁸⁶

Kanunda, açıklık yoksa da bir hâkimin falan yerdeki mahkemenin varsa falan dairesine başkan veya üye olarak tayin edilmesi, “olağan hâkim” esasının gereğidir. Tayin belli makamı işgal yetkisi verir. Yetki verme sürekli ise, dar manada tayin söz konusudur. “Geçici yetki” vermede de geniş manada tayin söz konusudur.⁹⁸⁷ Hakimler ve Savcılar Kurulu, hâkim ve savcılarını sürekli görev yerlerinin dışındaki bir yargı çevresinde veya aynı yerde dört aydan fazla olmamak koşulu ile geçici yetki ile görevlendirmeye yetkilidir. Adalet Bakanı da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bir yargı çevresindeki hâkim veya savcıyı ihtiyaç duyulan başka bir yargı çevresinde görev yapmak üzere geçici olarak yetkili kılabilir. Adalet Bakanı hâkim ve savcılarını muvafakatlerini alarak Bakanlık hizmetlerinde de geçici olarak görevlendirebilir (HSK 47). Tayin şartı tebliğ ile gerçekleşir.⁹⁸⁸

2) *Görev şartı.* Hâkimin yargılama görevini yapabilmesi için, tayin edildiği göreve başlamış olması, izin veya başka yere tayin gibi, bir sebeple görevden ayrılmamış bulunması da lâzımdır.⁹⁸⁹

4954 sayılı *Türkiye Adalet Akademisi Kanunu* ile yürürlükten kaldırılmıştır. Daha sonra Adalet Akademisi kapatılmış ve 2019 yılında 34 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile tekrar açılmıştır.

⁹⁸⁶ Atamalarda müşterek karar söz konusu ise de (HSK 13), seçim ile atama arasındaki fark, tasdik bakımından da bir fark yaratmaktadır.

⁹⁸⁷ Geçici yetki verme de bir tâyindir. Bu sebeple, tabii hâkim esasına aykırı değildir. (k-m: *Yüce*, 102; *Alacakaptan*: karar notu, DİB 69, 11). Bununla beraber, bu müesseseye ancak zorunluk hallerinde başvurmalı, yetki süresi önceden belirtilmelidir. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 9.3.1998 tarihinde yaptığı toplantıda birden fazla mahkeme başkanı bulunan yerlerde geçici olarak boş bulunan mahkeme başkanlığına kimin bakacağı hususunu görüşmüştür. Birden fazla mahkeme başkanlığı bulunan yerlerde başkanlardan birinin hukuken veya fiilen görev başında olmaması halinde, heyetini o mahkemenin kıdemli üyesinin başkanlığında toplanmasına, mahkemenin üye sayısı bu şekilde toplanmaya yeterli değilse o yerdeki diğer mahkeme başkanlarından komisyon başkanınca tespit edilecek birinin başkanlığında, diğer başkan veya başkanların iş durumu itibarıyla katılımı mümkün olmaz ise, bu defa komisyon başkanınca tensip edilecek o yerde görevli bir başka hâkim in katılımı ve mahkemenin kendi müstemir yetkili üyelerinden kıdemli olanın başkanlığında heyetin teşekkül ettirilmesine karar vermiştir (Yargı Mevzuatı Bülteni 31.3.1998 Sayı 46, sayfa 5).

⁹⁸⁸ CGK 5/2/68 RKD 69, III/1, 11.

⁹⁸⁹ Yetki belgesi her dâva dosyasına konulmalı veya tutanağa geçirilmelidir (CGK 24/5/76 YKD 77, 1142). Başka yere tayin edilen hâkimin görevi, tayin kararını tebellüğ ettiğinde sona erer (*Kantar*, 367; *Yüce*: Tez, s. 118; 2. CD 1/6/48, HİD 49/20, 71; k-m: *Erem*, n. 335).

3) *Medenî ehliyet*. Hâkim, medenî hakları kullanmada aranan ehliyete sahip olmalı, yani şuur ve iradesine malik bulunmalıdır. Sarhoşluk, akıl hastalığı, uyku gibi sebeplerle şuur ve iradesine sahip olmayan bir hâkim, hâkimlik görevini yapmaya ehil değildir.

II. Hâkimlik vasıfları.

Millet namına yargılama görevini yapan “karar niteliğinde hüküm” veren hâkimin, ahlâk, bilgi ve verimlilik gibi genel vasıfların yanında, psikolojik olan hükümlerinin isabetli olması için, bazı vasıfları daha haiz olması gerekmektedir. Hüküm veren; peşin hüküm sahibi olmayacak, inatçılık etmeyecek, şaşkınlık göstermeyecek, karakterli olacak, kendine hâkim olmasını bilecek, yorgun, hasta, düşünceli olmayacaktır. Hüküm verenlerin başında geldiğinden hâkimlerin de bu vasıfları haiz olması gerekeceğinden şüphe yoktur.⁹⁹⁰

Psikolojik hüküm bakımından aranan vasıflar içinde ikisi çok önemli olduklarından doktrin ve kanunlar bunlar üzerinde durmak lüzumunu duymuşlardır. Bunlara bağımsızlık ve tarafsızlık denilegelmekte ise de biz, tarafsızlık yerine, onu da içeren “objektiflikten” söz edilerek bu iki temel vasfı “*bağımsızlık ve objektiflik*” diye adlandırmaktan yanayız. Bağımsızlık ve tarafsızlık denilegelen vasıflar o kadar önemli görülmüşlerdir ki vasıf olmaktan çıkmışlar ve sanık için bir hak olarak kabul olunmuşlardır. Gerçekten Birleşmiş Milletler “İnsan Hakları Evrensel Beyanname”nde şöyle denilmektedir: “*Herkes haklarının, borçlarının veya kendisine karşı cezai mahiyette herhangi bir isnatın tespitinde, dâvanın bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından... görülmesi hakkına sahiptir*” (İHEB 10). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi de mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmasını aramaktadır (İHAS 6.1).

III. Ayrı memurluk statüsü.

“Hakların ve özgürlüklerin güvencesi olan yargılama faaliyeti, lâlettayin bir idarî hizmet ve hâkim de sadece bir memur değildir. Uygarlıkta ilerlemiş bütün ülkelerin hâkimlere memur statüsünden ayrı bir statü uygulamasının ve bu ilkenin Anayasamızın 140 ıncı maddesinde yer almasının nedeni budur.”⁹⁹¹

Hâkimlik çok güç ve manevî sorumluluğu çok fazla bir meslek olduğundan, onu her bakımdan çekici kılmak ve bu arada saygınlığını ve güvenilirliğini sağlamak lazımdır.⁹⁹²

Ceza Kanunu tanımlar maddesinde, “yargı görevini yapan” deyiminden; Yüksek Mahkemeler ve adli, idari ve askeri mahkemeler üye ve hâkimleri ile C. Savcısı ve avukatların anlaşıldığını (TCK 6/d) belirtmiş, hâkimi kamu görevlisinden ayırmıştır. Kamu görevlisi; “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yolu ile ya da herhangi bir surette, sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” şeklinde anlaşılmaktadır (TCK 6/c).

180. HÂKİMİN BAĞIMSIZLIĞI.

I. Hâkimlerin “hür” olması.

⁹⁹⁰ Mecelle, ilmî vasıf (m. 1793) ve temyiz kudretinden (m. 1794) ayrı olarak ‘Hâkim; hâkim (akıllı), fehim (anlayışlı), müstakim (doğru), emin (hain olmayan), mekin (vakarlı), metin (metanetli) olmalıdır’ demekle (m. 1792) bu vasıfların çoğunu belirtmiştir.

⁹⁹¹ Renda (Nihat): 1984-1985 Adalet yılını açış konuşması, YD 84/4 381; AdD 84/5 1180.

⁹⁹² Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı Anayasa Mahkemesi tarafından kendi üyeleri arasından seçilir (Ayn. 158/2). Üyeleri ise, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Danıştay Genel Kurulunca kendi daire başkan ve üyeleri arasından üçer asıl, üçer yedek üye olarak seçilir (UMK 2). Uyuşmazlık Mahkemesi Kanununda 1982 yılında yapılan değişiklik ile, Yargıtay hukuk ve ceza kurullarınca gösterilecek iki kat aday arasından üyelerin HSYK tarafından seçilmesinin kabul edilmesi (UMK “82-2592” 2/6 ve 7) bu bakımdan isabetsiz olmuştur. Hem HSYK Yargıtay’ın üstünde değildir. Hem de kendi başkanını bile seçen Yargıtay’ın temsilcisini seçememesi, en yüksek mahkememiz olan Yargıtay’ı halkın gözünden düşürücü niteliktedir. Hâkimlerin oturdukları ve çalıştıkları yerlerin bu saygınlığı zedeleyecek nitelikte olmaması gerektiği üzerinde durmağa bile yer görmüyoruz.

Hâkimi, diğer memurlardan ayıran en belirgin özellik, onun bağımsız oluşudur. Bağımsızlık yargılamaya, yasama ve yürütmenin üstünde olduğundan dolayı değil, görevini hakkı ile ve tam yapabilmesi için tanınmıştır. Bir diğer söyleyişle yargılama, gücünü bağımsızlığından alır.⁹⁹³

Hâkimlerin bağımsızlığı, kararlarını verirken hür olmaları, hiçbir dış baskı ve tesir altında bulunmamaları demektir. Baskı yapılması kadar, yapabilmesi ihtimali de hâkimlerin bağımsızlığını zedeler.⁹⁹⁴

Hâkimlerin bağımsız olması, yaptıkları yargılama görevinin o kadar tabii bir icabıdır ki, totaliter rejimler bile çok defa bağımsızlığı inkâr edememişlerdir.⁹⁹⁵ Demokratik rejim, bu ilkeyi hem kabul eden hem de uygulayan rejimdir, çünkü hâkimlerin bağımsızlığı, her türlü hak ve hürriyetlerin teminatıdır. Bu ilke hem her memlekette Anayasalarla teminat altına alınacak kadar önemli sayılmıştır. Anayasamız da hâkimlerin bağımsızlığı (AY 138) ilkesini ele almış, hatta onu ana hatları ile düzenlemiştir. Ancak, mahkemeler her zaman tek hâkimli olmadıklarından, bazı üyelerin bağımsızlığı da mahkemenin bağımsızlığı sonucunu muhakkak doğurmayacağından⁹⁹⁶, “mahkeme bağımsızlığı”, kavramına da ihtiyaç vardır. Nitekim Anayasa mahkemelerinin bağımsızlığından da söz etmiştir (AY 9).

II. Bağımsızlık.

Hâkim, dâvada çatışan menfaatler arasında adalet denilen dengeyi bulacaktır. Adalet dağıtma da denilen “yargılamanın” iyi işleyebilmesi, adalet terazisinin ne eksik ne fazla, tam tartmasını gerektirir. Tam tartmanın bir şartı, dış etkilerin bulunmaması, hâkimin muhakeme dışı toplumsal nitelikte etkilere kapılmadan karar verebilmesi, bir kelime ile “hâkimlerin bağımsızlığıdır”. Bu bağımsızlık Anayasasının şu normu ile genel olarak sağlanmıştır: “Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak, vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi yargılama yetkisinin kullanılmasında mahkemelere, hâkimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz” (AY 138/1 ve 2). Kanun bunlara “Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev yaparlar” formüllerini de eklemiştir (HSK 4).

⁹⁹³ *Turhan (Derviş)*: 1983-84 Adalet yılını açış konuşması, YD 83/4 419. Hâkim in bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda ayrıntılı açıklamalar için bakınız: *Centel*: Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkim in Tarafsızlığı, Kazancı yayınları, İstanbul 1996.

⁹⁹⁴ Hâkimlerin bağımsızlığını “emir almamak” (*Tosun*, I, 324) veya “yürütmeye ve yasama organlarından emir, talimat ve tavsiye almamak” (*Kuru*, 36) diye tarif etmek eksik kalmaktadır. Adalet Bakanı ile Bakanlık Müştesarının Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun dışına çıkarılması önerisine, *Keskin* de taraftardı (*Keskin*: Yargıç Bağımsızlığı, Kunter’e Armağan, 1998, 139).

⁹⁹⁵ Sadece Hitler rejimi, hâkimlerin bağımsızlığını kendisine yakıştıramamış, bağımsızlığın kalkması gerektiğini iddia etmişti. Ancak bu rejim dahi, bu iddiasını kanunlara geçirememiştir.

⁹⁹⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemeden söz etmek için yargılama yapmağı yeter görmemekte, bağımsızlığını da aramakta, bunun için de yürütmeye ve taraflara karşı bağımsızlığına, üyelerin görev sürelerine ve muhakeme normlarının garantilerine bakmaktadır. Bu nedenledir ki Avusturya’da toprak dâvalarında son sözü söyleyen Bölge Komisyonlarını, üyeler çeşitli menfaat grupları arasından Eyalet Hükümeti tarafından seçildiği halde, İHAS 6/1 açısından bağımsız mahkeme saymıştır (*Ringeisen* dâvası 16/7/71, n. 95-97; *Ettl ve diğerleri* dâvası, 23/4/87, n. 36-41). Hollanda Askerî Yüksek Mahkemesini de 2 sivil hâkim yanında 4 asker üye bulunmasına rağmen, bağımsız mahkeme kabul etmiştir. (*Incal ve Çıraklar* davalarında ise, aynı mahkeme DGM’deki asker üyelerin yürütme organı tarafından atanmalarını hukuka aykırı buldu.) Keza Belçika’da hekimlerin disiplin suçlarında yargılama yapan İstinaf Komisyonlarını, İnsan Hakları Komisyonunun görüşünün aksine, bağımsız saymıştır. Mahkeme bu kararını, kurulun yarı yarıya hâkimlerden ve hekimlerden oluşmasının, oyu üstün tutulan başkanın hâkimler arasından tayin edilmesinin bir teminat olduğu, hekimlerin de bölge komisyonları tarafından beş yıl için seçilmiş olmasının mahkemenin bağımsızlığı için yettiği gerekçelerine dayamıştır (*Le Compte, van Leuven ve De Mayer dâvası*, 27/5/81). *Incal ve Çıraklar* davalarında ise, aynı mahkeme DGM’deki asker üyelerin dört yıl için atanmalarını Sözleşmenin ihlali olarak kabul etti. Birbirini tekrar eden gerekçeler içeren bu kararlarda, sadece o iki olaya ilişkin olarak, mahkeme bünyesinde askeri üye bulunmasının dürüst yargılanma hakkını (*fair trial*) ihlal ettiği kabul edilmiştir. Diğer bir ifade ile, mahkemenin gösterilen bir tanığı dinlememesi olgusu ile birleştiğinde, hak ihlali bu somut olaylara ilişkin olarak kabul edilmiştir. Kararlar genel değildir. Bu kriterler Türkiye hakkında uygulanırken neden ters sonuç veriyor? Mahkemenin bize karşı bir önyargısı mı var? Sübjektif değerlendirmeler hâkim in reddi sebebi olamamalı mı? Bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı konusundaki İHAM kararları; *Brown v. Birleşik Krallık*; *Chappell v. Birleşik Krallık*; *Delcourt v. Belçika* (1969); *Engel v. Hollanda*; *Fey v. Avusturya*; *Gregory v. Birleşik Krallık*; *Mc Gonell v. Fransa*; *Sonder v. Birleşik Krallık*; *Y ve Y v. İrlanda* (1981); *Beaumartin v. Fransa* (1994).

Hâkim bağımsızlığı adil yargılanma hakkının temel unsurlarındandır. Sözleşmenin 6. maddesi “Her şahıs kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının dinlenmesini istemek hakkını haizdir” diyerek, “temel hakların kısıtlanmasında hâkim kararı güvencesinin” önemini vurgulamıştır (AY 19/2).⁹⁹⁷

Hâkimlerin görevlerinin yargılama ve idare görevleri diye ikiye ayrılması ve idare görevleri bakımından Adalet Bakanlığına bağlı tutulmaları (HSK 5/4), hâkimlerin bağımsızlığı ile bağdaşmaz.

Bağımsızlık, hâkimlerin görevlerini tam ve hakkiyle yapabilmeleri için kabul edildiğinden, onların görevlerini yapmamaları veya kötü yapmaları sonucunu doğurmamalı, keyfiliğe dönüşmemeli, adalet mekanizmasının felce uğramasına sebep olmamalıdır.

Diğer taraftan, sadece hâkimlerin bağımsızlığından söz edildiğine dikkat edilmelidir. Savcılar bağımsız değildir ve bağımsızlıkları temenni dahi edilmemelidir. Savcılar hakkındaki hükümlerin hâkimlere de uygulanması söz konusu olduğunda, savcılar bağımlı, hâkimlerin bağımsız oldukları gözden uzak tutulmamalıdır.

Bağımsızlığın meslekten olmayan hâkimlere sağlanması imkânsız denecek kadar güç olduğundan, biz meslek-dışı hâkimlerin kabulünü, bağımsızlık yönünden de tehlikeli buluyoruz. Ancak suçların ve uyuşmazlıkların artması yüzünden, bunların bazılarının meslek-dışı hâkimler tarafından çözülmesi, hatta idarece ceza verilmesi bir zorunluk olmuştur. Anayasa bunun sakıncalarını önleyecek çareyi bulmuştur: “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı(lama) yolu açıktır” (AY 125/1). Gerçi burada göz önünde tutulan idarî yargılamadır. Ama ceza ile ilgili işlemlerde adlî yargılama denetimini kabul etmemek için sebep yoktur. Kaldı ki denetimin çoğunu yapacak olan vergi mahkemeleri de idarî yargılamanın bir organıdır.

III. Adalete güven.

Hâkimin bağımsız ve dolayısı ile âdil olması da yetmez. Onun bağımsız ve âdil olduğundan şüphe dahi edilmemelidir. “Siyasal iktidar tarafından atanan, görevinden alınarak yerinin veya görevinin değiştirilmesi her zaman mümkün bulunan hâkimlerin verdikleri kararlar, ne kadar doğru olursa olsun, halk tarafından kuşku ile karşılanır ve çok zaman halk o kararlara karşı saygı duymaz. Bu hal toplumun Adalete karşı güvenini sarsar. Bir toplumda halk Adalete inanmaz duruma gelmişse o rejim çürümüş demektir ve kısa bir zamanda çökmeğe mahkûmdur”.⁹⁹⁸

IV. Hâkimlik teminatı.

Kanunun “hâkim bağımsızdır” demesi ile hâkim bağımsız olmaz. Bunu sağlayacak çarelere, yani teminatlara ihtiyaç vardır. Teminatlar az veya çok olabilir; ama bağımsızlık ya vardır ya yoktur. Bu nedenle bağımsızlık konusunda önemli olan, teminatların bağımsızlığı sağlayıp sağlayamadığıdır. Sağlamağa yetiyorlarsa, az da olsalar, mesele yoktur.

Hâkimlerin bağımsızlığı çeşitli tesirlerden korunmalıdır.⁹⁹⁹ Hâkimlerin bağımsızlığını zedeleyebilecek tesirler farklı olduklarından, farklı teminatları gerektireceği açıktır. Biz, çeşitli

⁹⁹⁷ Ceza muhakemesinde uygulanan araştırma ve koruma tedbirleri şüpheli ve sanığın temel haklarının kesin hükümden önce sınırlandırılması niteliğindedir. Bu tür hak kısıtlamalarının yapılabilmesi için bağımsız ve tarafsız bir hâkimin denetimi gereklidir (*Richtervorbehalt*). Devletin gerekli yasal alt yapıyı oluşturup, örgütlenmeyi de yaparak temel hak kısıtlamalarının etkili bir yargı denetiminden geçmesini sağlamak görevi vardır (*Kingreen/Poscher* 2021, Kn 140). Temel hak kısıtlamasının Kanun ile yapılması (AY 13) mecburiyeti dışında, bu yasalarda hâkimin karar verirken göz önünde tutacağı, katalog suç sayma benzeri ek güvencelerin yerleştirilmiş olması sınırlamanın güçlendirilmesi gerekir (*Schranken-Schranke*) (*Kingreen/Poscher* 2021, Kn 350, 1367). Ceza Muhakemesi Hukuku açısından büyük önem taşıyan hâkim güvencesi bütün koruma tedbirleri bakımından ön görülmemiş, bazı hallerde savcı kararı ve hatta savcının soruşturma görevlisinin kararı ile yetinilmiştir (*Roxin/Schünemann* 2014, §29, Kn 7, 25). Hukuk Devletinde temel hak kısıtlamada suçun işlendiği şüphesinin denetlenmesi bakımından hâkim güvencesi bulunması yeterli değildir, fiilin yasaya uygun ortamda ortaya konulan delillerle ispatı da gerekir. Bu gereklilik bir insan hakkı olarak tanınmıştır (*Schroeder/Verrel* 2019, Kn 232).

⁹⁹⁸ *Turhan (Derviş)*: 1981-82 Adalet yılını açış konuşması. YD 82/IV 461.

⁹⁹⁹ Bağımsızlık kavramı, hâkimin dışında ona tesir edebilecek bir kuvveti gerektirir. Hâkimin Devlete karşı bağımsızlığı söz konusu değildir. Çünkü kendisi de Devlet makinesinin bir çarkıdır. Bağımsızlığı zedeleyebilecekler, meselâ Devletin diğer çarkları, yani şu veya bu organlarıdır, fakat Devlet değildir (k-m: *Tosun*, I, 316).

tesirlerden korunmayı, tesirlerin kaynaklarına karşı korunma olarak dört grupta toplayarak açıklayacağız: (1) Yasama organına karşı korunma, (2) Yürütme organına karşı korunma. Hâkimlerin bağımsızlığını yürütme organına karşı korumanın, kullanılan vasıtaya göre, iki alt-grubu vardır: a) Hâkimlik teminatı ile koruma, b) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu¹⁰⁰⁰ ile koruma, (3) Yargılama organına karşı korunma, (4) Ortama karşı korunma.

1. Hâkimin bağımsızlığının yasama organına karşı korunması.

a) Anayasa gereğince hiçbir organ hâkimlere emir veremeyeceğine göre, kanunla dahi emir verilemez. Kanunların emrediciliği ile mecburîliği farklı şeylerdir.

b) Görülmekte olan bir dâva hakkında yasama meclislerinde yargılama yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz (AY 138/3).¹⁰⁰¹

c) Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargılama yetkisine sahip olağanüstü mahkemeler kurulamaz (AY 37/2).

Bunun dışında görülmekte olan belli bir davanın belli bir şekilde sonuçlanması amacıyla yasama organının kanun yapması da hâkim bağımsızlığı ile bağdaşmaz.¹⁰⁰²

2. Hâkim bağımsızlığının yürütme organına karşı korunması: Hâkimlik teminatı.

Hâkimlerin yürütmeye karşı bağımsızlığını sağlayan tedbirlerin başında “Hâkimlik teminatı” gelir. Bizde savcılarının da yararlanması için bu teminat “hâkimlik ve savcılık teminatına” dönüştürülmüştür (AY 139, HSK 44).¹⁰⁰³ 1982 Anayasası bir yandan bu teminatı savcılığa da tanımakla, bir yandan da “Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler” demekle (AY 140/7, HSK 4), hâkimlik teminatı ile bağımsızlık arasındaki bağı koparmış ve bu teminatı, savcılarının da yararlanabildiği bir teminat seviyesine indirmiştir. Anayasada savcılarının bağımsızlığından söz edilmediğine göre, bu iki farklı mesleğe tanınan teminatların bazı noktalarda farklı olması gerekirdi. Savcı ve hâkimlere tanınan teminatın farklı olması ise, bunların aynı maddede düzenlenmelerini elbet engellemezdi.

Bugün “hâkimler ve savcılar teminatı”, Anayasadaki sıraya göre şu 3 çeşit teminatı sağlamaktadır (AY 139, HSK 44):

a) Hâkimler ve savcılar azlolunamazlar.

Bu teminat Hâkimler Kanununun eski şeklinde yoktu. 1961 Anayasasına uydurulmak için sonradan konmuştu. 61 Anayasasına da eski Anayasadan geçmişti. 1981 de çıkarılmışken 82 Anayasasına tekrar kondu. İdare Hukukundaki gelişmelere göre, “azilden” maksat, memurluktan çıkarmadır. Bu da Anayasada istisnalar koyarak (AY 139/2) ve kanunda “görevin sona ermesi” başlıklı madde ile (HSK 53) düzenlendiğine göre, bu teminat çeşidi fazla bir şey ifade etmemektedir.

b) Yaş teminatı vardır.

¹⁰⁰⁰ (Centel/Zafer 2005, 420/a): Hâkimler ve Savcılar Kurulunun işleyişi ve yapısı eleştirilmektedir. Hâkimler ve Savcılar Kurulunun kararlarına karşı Başkan ve ilgililer “yeniden inceleme” talebinde bulunabilirler. Dairelerin yeniden inceleme üzerine verdiği kararlara karşı Genel Kurula itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Meslekten çıkarma cezaları dışındaki kararların (HSKK 33/5) yargı yolunun kapalı olması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

¹⁰⁰¹ 132. madde, 1981 Anayasasının 138. maddesi Meclis soruşturması hazırlık komisyonu çalışmalarını durduracak şekilde yorumlanamaz (AYM: 18/6/70 RG 17/12/70).

¹⁰⁰² Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 25.05.1993 tarihli *Kokkinakis-Yunanistan* kararında; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. maddesi kapsamında inceleme yapmış ve dolaylı olarak görülmekte olan bir davayı etkilemek amacıyla kanun değişikliği yapılmasını eleştirmiştir (*Gilles Dutertre: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi yayınları Ankara 2007, s. 207, 361*).

¹⁰⁰³ Hâkimlik teminatının ilk defa hâkimlik ve savcılık teminatına dönüşmesi 81-2462 numaralı kanunla gerçekleşti. Tafsilat ve eleştiri Bkz: *Kunter: CMH, 7. bası, s. 269*.

Hâkim ve savcılar, kendileri istemedikçe, Anayasada gösterilen yaştan¹⁰⁰⁴ (yani 140. maddeye göre 65 yaşını bitirmeden) önce emekliye ayrılamazlar.¹⁰⁰⁵

c) *Özlük hakları korunmuştur.*

Hâkim ve savcılar, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınmazlar.

ç) *Coğrafi teminat.*

Hâkim ve savcılara coğrafi teminat tanınmamıştır: “*Hâkim ve savcılar, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun hazırlayacağı Atama ve Nakil Yönetmeliğine uygun olarak, aynı veya başka yerlerdeki eşit veya daha üst görevlere kazanılmış hak aylık ve kadro dereceleriyle naklen atanırlar. Adli ve idari yargı teşkilatı bulunan yerler; coğrafi ve ekonomik şartları, sosyal, sağlık ve kültürel imkanları, mahrumiyet dereceleri ile ulaşım ve diğer durumları dikkate alınarak bölgelere ayrılır ve her bölgedeki görev süreleri saptanır*” (HSK 35).¹⁰⁰⁶

Bölge sisteminin faydası elbet yok değildir. Ancak zararları bizce faydasından fazladır. Hâkimliğin çekici yönünün kalmaması¹⁰⁰⁷, hâkim kadrolarında boşlukların artması sebeplerini biraz da burada aramak gerekir.¹⁰⁰⁸ Yeni kanuna göre hâkimlik ve savcılık eşit sayıldığından, adli yargılama hâkiminin adli yargılama savcılığına muvafakati olmadan da nakli bugün mümkün hale gelmiştir. Gerçi şimdi tayinleri Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yapıyor ama hâkimlerin bu kurula karşı da bağımsızlığını korumada ve istemeden savcılığa nakledilememelerinde büyük yarar vardır.¹⁰⁰⁹ Kaldı ki Hâkimler ve

¹⁰⁰⁴ Bu metin sanki Anayasada yer alıyormuş gibi Anayasa atf yapılması, kanun yapma tekniğine ters düşmektedir.

¹⁰⁰⁵ Eski Hâkimler Kanununda teminatı düzenleyen 79. maddenin 2. bendinde, yaş haddinden fazla olarak malûliyet hali bakımından bir istisna konmuştu. Bunun kaldırılması ile teminat artmamaktadır. Zira bu durum görevin sona ermesi nedeni olarak zaten düzenlenmiştir (HSK 53. e).

¹⁰⁰⁶ Eskiden, hâkimlik teminatının bir dördüncü çeşidi daha vardı. Coğrafi teminat veya yer teminatı denilen bu çeşit, “hâkimin (savcının değil) muvafakati olmaksızın, terfi suretiyle de olsa, mevki ve memuriyetinin değiştirilmemesi” idi. 1961 Anayasası bu teminata yer vermemişti. Zaten Hâkimler Kanunu da bu teminatı 3. derecenin 7. derecesine gelmemiş hâkimlere, öteki teminatlar gibi, tanııyordu. Hâkimler Kanununun 79 uncu maddesinin, hâkimlerin bir kısmına teminat tanıyan hükmü Anayasa ile ilga edildiğinden bütün hâkimler Anayasadaki teminattan faydalanmaktadırlar. Anayasa Mahkemesi, ilga tezini kabul etmediğinden, 79 uncu maddenin 1 inci fıkrasını, A bendi bakımından iptal etti (3-4/11/66, RG 13/4/67). 79. madde, 1972-1597 numaralı kanunla Anayasaya uyduruldu. 1981-2462 numaralı kanun, bu konuda bir değişiklik getirmede. 1972 de Hâkimler Kanunu değiştirilerek coğrafi teminat kaldırıldı ve yerine Yüksek Hâkimler Kurulunun bölgeler tespit ederek münavebe ile belli sürelerle yer değiştirilebilmesi sistemi getirildi. 1982 Anayasası da coğrafi teminatı hâkimlik teminatı arasında göstermedi. 1983-2802 numaralı yeni “Hâkimler ve Savcılar Kanunu” da bölge sistemini benimsedi ve yer değiştirme suretiyle atamaların Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun hazırlayacağı atama ve nakil yönetmeliğine uygun olarak yapılacağı hükmüne getirdi (HSK 35).

¹⁰⁰⁷ *Renda (Nihat)*: 1984-85, 1985-86 ve 1986-87 Adalet yılı açılış konuşmaları. YD 84/4 383; 85/4 363; 86/4 390).

¹⁰⁰⁸ Diğer taraftan, gözden çok defa kaçırılan bir nokta da şudur: 1934 tarihli Hâkimler Kanununun 79 uncu maddesinin (B) bendinde yer alan teminat, sadece coğrafya veya yer ile ilgili değildi. Hâkimin muvafakati olmaksızın terfi suretiyle olsa da mevki ve memuriyeti değiştirilemezdi. Bu demekti ki aynı yerde de olsa bir hâkimi savcılık kadrosuna geçirmek için muvafakatini almak lâzımdı. Zira bu teminat bağımsızlık teminatı idi ve bir hâkimin savcı olması ise bağımsızlığını kaybetmesi, istemediği yerlere bundan sonra tayin edilebileceği anlamına geliyordu. Bunun korkusu bile bağımsızlığı zedelemeye yeter sayılıyordu.

¹⁰⁰⁹ Hâkimler Kanununun hâkimlik teminatını düzenleyen 79. maddesinin 1934’teki ilk şeklinin B bendinde “*muvafakatleri olmaksızın, terfi suretiyle dahi olsa, mevki ve memuriyetleri değiştirilemez*” denilmişti. 1961 Anayasası, Hâkimlik teminatını oluşturan teminatları sayarken, yer teminatı veya coğrafi teminat da denilen bu teminatı almadı. Zaten Hâkimler Kanunu da bu teminatı 3. sınıfın 7. derecesine henüz gelmemiş hâkimlere tanııyordu. Anayasa Mahkemesi, bu tanıınamayı 1) Anayasa teminatı söz konusu olmadığı, 2) hâkimlerin bağımsızlığını zedelediği gerekçeleriyle Anayasaya aykırı bulmadı (3-4/11/66 RG 13/4/67). Bu teminat Anayasada sayılmasa da kanunla kabulüne elbet imkân vardı, hatta pek isabetli olurdu. Yargıtay 1. Başkanı Recai *Seçkin*’in 1963-64 adalet yılını açış konuşmasında belirttiği gibi, “Anayasa hâkimler için her yönden ileri bir durum yaratmağı amaç edinmiş, herhangi bir yönde gerilemeğı düşünmemiştir” ve “Yüksek Hâkimler Kurulunun iradesi ile de olsa yerini kaybedebileceği endişesine kapılan bir hâkim, görevini adalet icaplarına uygun bir şekilde yapmakta müşkülâta düşebilir”. Diğer taraftan, bağımsızlık üzerinde olmasa da yer teminatı hâkimlik vasıfları üzerinde müessirdir ve bu teminatın kalkması, mesleğe girmek isteyenlerin seviyesini düşürebilir, iyi elemanların meslekten ayrılmasına yol açabilir. Seçim kurullarında hâkimlerin bulunduğu düşünülürse siyasî partilerin işlerine gelmeyen hâkimlerin yerini değiştirmek için canla başla hatta pek dürüst olmayan şekillerle çalışacaklarında şüphe edilmez. Buna karşılık, yer tazminatının elverişsiz bölgelerde çalışan hâkimleri mağdur duruma düşürdüğü de bir hakikattir. Buna çare bulmak da şarttır.

Savcılar Yüksek Kurulu da savcılarla hâkimler bir tutulduğundan beri, ilk defa kurulmuş olan Yüksek Hâkimlerin Kurulundan çok farklı bir yapıya sahiptir.

d) Hâkimler ve Savcılar Kurulu eli ile sağlanan bağımsızlık.

Hâkimler ve Savcılar Kurulu¹⁰¹⁰ Adalet Bakanının başkanlığında Yargıtay'dan 3 asil ve 3 yedek, Danıştay'dan 2 asil ve 2 yedek üye ile Adalet Bakanlığı müsteşarından oluşur. Yargıtay ve Danıştay'dan gelen üyeler, bunların genel kurulların her üyelik için kendi aralarından seçecekleri üç aday arasında Cumhurbaşkanınca seçilir.¹⁰¹¹

Kurulun başlıca görevleri: 1) Yargıtay ve Danıştay üyeleri ile Uyuşmazlık Mahkemesinin askerî yargılama dışından gelen üyelerini seçmek, 2) Bir mahkemenin veya bir hâkimin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargılama çevresinin değiştirilmesi konusunda Adalet Bakanlığının tekliflerini karara bağlamak, 3) Hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme¹⁰¹², atama, nakletme, geçici yetki verme, yükseltme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmanın uygun görülmemesi hakkında karar verme, görevden uzaklaştırma, disiplin cezası verme ile ilgili işlemlerini yapmaktır. Hâkim ve savcılarının bunlar dışında kalan özlük işleri Adalet Bakanlığınca yapılır. Bunların başında soruşturma, kovuşturma ve denetim (teftiş) işlemleri gelmektedir (HSK 82, 89, 99). Denetimde siyasî müdahalenin etkisiz hale getirilmesi için teftiş kurulunun Hâkimler Kuruluna bağlanması ve müfettişlerin gerektiğinde Kurulca görevlendirilmesi yerinde olacaktır.¹⁰¹³

Adalet Bakanı ve ilgililer kurul kararlarının yeniden incelenmesini isteyebilir. Yeniden incelenme sonunda verilen kararlara karşı itiraz edebilirler. Asil ve yedek bütün üyelere oluşan "İtirazları İnceleme Komisyonunun" vereceği kararlar kesindir (HSYKK 11 ve 12). Kurul kararlarına karşı yargılama makamlarına başvurulamaz. ¹⁰¹⁴ "Hâkimlik teminatının bugün arzulanan" düzeyde bulunmamasının ve yargılama teşkilâtındaki çözülmenin ¹⁰¹⁵ nedenleri arasında bunun da bulunduğu şüphe edilmemelidir. Kaldı ki bu Kurul, artık 1961 Anayasası ile kurulmuş olan Yüksek Hâkimler Kurulu değildir¹⁰¹⁶ ve Yargıtay Birinci Başkanı gibi en yetkili kişiler

Yargıtay Birinci Başkanı, yukarıda sözü geçen konuşmasında, elverişli bölgelerdeki açıkların elverişsiz yerlerdeki hâkimlerle doldurulmasını, elverişli yerlerde yükselme süresi dolanlara başka yerler teklif edilmesini, kabul etmeyenlerin yükselmeden yoksun bırakılmasını ve elverişsiz bölgelerde çalışanlara veya belli bir süre çalışmış olanlara ek ödenek verilmesini tavsiye etmişti.

¹⁰¹⁰ Yürütme organına karşı hâkimlerin bağımsızlığını sağlamak üzere ilk defa 1961 Anayasası ile karşımıza çıkan bir çare de "Yüksek Hâkimlerin Kurulu" adını taşıyordu. Bu kurul yerini 1981 de "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna" terk etti ve 1982 Anayasasına da bu adla girdi (AY 159). Görülüyor ki bu kurul artık hâkimlerin bağımsızlığını teminat altına almamaktadır, zira bağımsız olmayan savcılara ne kadar teminat tanınabilirse hâkimlere de onları tanımaktadır. Bunun bir örneğine hâkimin de savcı gibi idarî görevi yönünden bakanlığa bağlanmasında rastlamaktayız (AY 140/5, HSK 5/4).

¹⁰¹¹ İlk üyeler 4 yıl için Cumhurbaşkanı tarafından seçilmişlerdir (HSYKK g.m.l). Geçiş dönemi düzenlemesi haklı görülebilirse de, normal düzenlemelerde Yargıtay ve Danıştay Genel Kurullarının temsilcilerini kendilerinin seçmeleri, Yargıtay 1. Başkanı Coşar'ın da belirttiği üzere (1988-89 Adalet yılı açış konuşması, YD 88/4 390) daha demokratik ve daha isabetli olacaktır.

¹⁰¹² Hâkim adaylığı, hâkimlik mesleğinden olmadığından adaylığa kabul yetkisinin bakana bırakılması bağımsızlık prensibine aykırı değilse de mesleğe ancak Bakanın seçtikleri girebileceğinden bu yetkinin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna verilmesi isabetli olurdu.

¹⁰¹³ Bizce "hâkimlerin" özlük işlerinin Adalet Bakanlığınca yapılması sakıncalıdır. Zira HSK'nun önüne sekreterliği Adalet Bakanlığı tarafından yapılmış hazır listeler gelmektedir. Bu listeler üzerinden hâkim (ve savcılarının) periyodik olarak görev yerleri değiştirilmektedir. Listelerin Adalet Bakanlığınca hazırlanması Kurul'u adeta işlevsiz hale getirmekte ve Kurul tarafından yapılan değişiklikler eleştiri kaynağı yapılabilmektedir. Savcılarının statüsü ayrı olarak ele alınmalıdır. Hâkimleri ise özlük işlerinin yargı bağımsızlığına uygun bir şekilde nasıl düzenlenmesi gerektiğini aşağıda belirtiyoruz. Kurulda Adalet Bakanının ve müsteşarının bulunması "kuvvetler ayrılığı prensibinin kesin bir ayırım olmadığı, erkerin birbirlerini dengelemesi gerektiği" düşüncesiyle bir ölçüde tevtil edilebilirse de bizce hâkimler hakkına yapılan soruşturma, kovuşturma ve denetim işlemlerinin Adalet Bakanlığı tarafından yapılması hâkim bağımsızlığının en büyük tehlikesini oluşturmaktadır.

¹⁰¹⁴ Renda (Nihat): 1984-85 Adalet yılı açış konuşması. YD 84/4. 385.

¹⁰¹⁵ Renda (Nihat): Yukarıdaki notta sözü geçen konuşma, s. 384.

¹⁰¹⁶ Yargıtay Birinci Başkanı Nihat Renda, 1961 de Yargıtay Birinci Başkanı olan Recai Seçkin'in endişesinin 20 yılda gerçekleştiğini ve Kurul yapısının değişikliğe uğradığını da belirtmiştir (YD 84/4 384). Bu değişikliğin başında, 1982-83 Adalet yılı açış konuşmasında Birinci Başkan Derviş Turhan'ın üzerinde durduğu gibi (YD 82/4 504) demokratik rejime

“Bugün mevcut düzenlemeye göre, yargı bağımsızlığı ve hâkim güvencesinin gerçek anlamda var olduğunu söylemek çok güçtür”¹⁰¹⁷ veya “şimdi ise yargı bağımsızlığının ve yargıç güvencesinin biraz daha daraltıldığı bir dönemi yaşıyoruz”¹⁰¹⁸ diyebilmişlerdir. Hâkimlerin bağımsızlığını yürütme organına karşı koruyacak bir kurulda, yürütme organında yer alan Adalet Bakanının ve Bakanlığın yüksek bürokratların yer almaması gerekir. Ayrıca görevlendirilen hâkimlerin görevlerini gereği gibi yapabilmeleri için, 1961 Anayasasında öngördüğü gibi, başka hiçbir işte çalışmamaları yerinde olmuştur.

Cumhurbaşkanının başkanlığını yapacağı bağımsız bir Hâkimler ve Savcılar Kurulunun kabulü ile “hâkimlerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına gerçek anlamda bir çözüm” sağlanabileceği yolundaki Yargıtay’ın görüşüne¹⁰¹⁹, savcılarının bağımsız olmayışlarının gerektirdiği düzenlemelere de yer verileceğini umarak biz de katılıyor, böylece hâkimler gibi savcılarının da “bütün sorunlarının dahi âdil, daha etkili ve daha gerçekçi bir çözüme” ulaşacağına şüphe etmiyoruz.

3. Hâkim bağımsızlığının yargılama organına karşı korunması.

Belli bir yargılama makamını işgal eden hâkimin, bütün yargılama makamlarından oluşan ve yasama ve yürütmeden ayrı bir kuvvet olarak kabul edilegelen “yargılama organı” bakımından da bağımsızlığı söz konusudur. Yargılama makamları arasında altlık üstlük gibi bir hiyerarşi, ancak görevin belli bir muhakemede koordinasyonunun haklı kıldığı ölçüde kabul edilebilir.

Meselâ yüksek hâkim, kanun yolu muhakemesinin kabul edildiği sınırlar içinde aşağı hâkimin bir kararını bozabilir veya onu bağlayacak bir karar verebilir¹⁰²⁰ Fakat, yüksek hâkimlerin önceden, genel nitelikte emir ve talimat vermeleri, hâkimlerin belli bir dâvada serbestçe karar vermesi demek olan bağımsızlığa ters düşer.¹⁰²¹ Zira hâkimin elindeki adalet terazisinin bir kefesini ağır bastırarak niteliktedir. Bizde, İçtihat Birleştirme Kararlarının mahkemeleri bağlayıcılığı, bu bakımdan hâkimlerin bağımsızlığına ve Anayasaya aykırıdır.

4. Hâkim bağımsızlığının ortama karşı korunması.

Hâkim’in karar verme özgürlüğünü, içinde bulunduğu ortam da etkileyebilir. Bunu önlemek için çeşitli çarelere başvurulmuştur. Meselâ, hâkimler, kanunda belirlenenlerden başka, genel veya özel, hiçbir görev alamazlar (AY 140/6).

Hâkimlerin hakem olması da kabul edilmemiştir (İçBK: 13/5/64 RG 8/7/65). Bir hâkimin eşi veya yakını olan avukat, o hâkimin baktığı işte avukatlık yapamaz ve belli kamu görevi yapanlar, belli tüzel kişiler aleyhinde iş alamazlar (Av. K. 12, 13). Duruşmanın disiplini koruyan normların bir amacı da dinleyicilerin muhtemel tesirini önlemektir. Müzakereler gizlidir. Ortamın karar üzerinde baskısı

geçildiğinde siyasî etkiler dışında kalamayacak olan Adalet Bakanının oy hakkı ile kurul başkanlığına getirilmesi geldiğinde şüphe etmemekteyiz.

¹⁰¹⁷ Renda (Nihat): 1985-86 Adalet yılı açış konuşması. YD 85/4 367. Birinci Başkan Ahmet Coşar da Kurulda Adalet Bakanı ile müsteşarın görev almasının yargı bağımsızlığının yargı güvencesi ile bağdaşmadığını, dahası sakıncalı olduğunu bir kere daha belirtmiş, ayrı yeri, bütçesi ve personeli olması gereğini vurgulamıştır (1987-88 ve 1988-89 açış konuşmaları, YD 87/4 386 ve 88/4 389).

¹⁰¹⁸ Coşar (Ahmet): 1987-88 Adalet yılı açış konuşması, YD 87/4 385.

¹⁰¹⁹ Yargıtay Birinci Başkanı Nihat Renda 1984-85 Adalet yılı açış konuşmasında, Yargıtay’ın Anayasa hakkındaki yazılı görüşünde bu yoldaki en büyük dileklerine de yer verildiğini bildirmektedir (YD 84/4 385).

¹⁰²⁰ Keza Tosun, I, 441. Anayasa Mahkemesi de kanun yoluna başvurmanın, kanun yolunda kesin ve hâkimi bağlayıcı karar vermenin bağımsızlığa aykırı olmadığına karar vermiş (18/2/71 RG 9/7/71) uymama üzerine Genel Kurulun kararına uymak mecburiyetini de Anayasaya aykırı görmemiştir (20/10/77 RG 2/2/78).

¹⁰²¹ Foschini, I, 330; Tosun, I, 442.

ağırlaşınca, kamu emniyeti nedenine dayanılarak muhakemenin nakli yoluna gidilebilir. Bu da yetmezse¹⁰²² yarı askerî veya askerî mahkemelere başvurulduğu vardır.¹⁰²³

Bu konuda hâkimlerin, dördüncü kuvvet denilen basına karşı korunması özel bir önem taşır. Ceza Muhakemesi Kanunu istisnaları saklı tutarak, adliye binası içinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli ve görüntülü kayıt ve nakil olanağı sağlayan aletlerin kullanılmasını yasaklamıştır. Bu hüküm, adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adli işlemlerin icrasında da uygulanır (CMK 183). Almanya’da da bina içinde film ve fotoğraf çekilmesi yasaktır (GVG 169).

Bunun içindir ki Anayasa¹⁰²⁴ yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi için basın hürriyetinin sınırlanabileceğini kabul etmiş (AY 26/2 ve 28/3), yeni Basın Kanunu¹⁰²⁵ da başlığında “yargıyı etkileme” kelimeleri yer almakta olan mülga 19. maddesi ile basına sınırlama getirmişti. Ancak, madde içeriğinde “yargıyı etkileme” unsuruna yer verilmemişti. Daha sonra 2012 yılında 6352 sayılı Kanun ile TCK 277’de değişiklik yapıldı ve “yargı görevini yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs” suçu yaratıldı.

Mülga Çocuk Mahkemeleri Kanunu da küçüklerin suçları ve bunların yargılanmaları ile ilgili her türlü yayınları yasaklamıştı (ÇMK 40). Sanığın onsekiz yaşını doldurmadığı hallerde duruşmanın “zorunlu” olarak kapalı yapılması, hükmün de kapalı duruşmada açıklanması (CMK 185), kapalı duruşmanın içeriğinin yayımlanması da yasaklandığı (CMK 187/2) için, Çocuk Koruma Kanunu (2005-5395) bu konuyu düzenlemedi. Sadece temel ilkeleri düzenleyen maddesinde, çocuğun haklarının korunması amacıyla, çocuklar hakkında yürütülen işlemlerde, yargılama ve kararların yerine getirilmesinde kimliğinin başkaları tarafından belirlenmemesine yönelik önlemlerin alınması ilkesini kabul etti (ÇKK 4/1-1).

181. HÂKİMİN OBJEKTİFLİĞİ ve KİŞİLİĞİNDEN SIYRILMASI.

I. Hâkimin objektifliği.

Hâkimin elindeki terazinin tam tartmasının ikinci şartı da hâkimin muhakeme içi etkilerden korunmasıdır. Buna “hâkimlerin objektifliği” diyeceğiz. Kanunda, objektiflik yerine, yanlışlıkla “tarafsızlık” denilmiştir. Halbuki tarafsızlık, objektifliğin sadece bir yönüdür. İkinci yönü, “kişisiz” de denilebilecek olan “kişilikten sıyrılmadır”.¹⁰²⁶

II. Hâkimin tarafsızlığı - Kanun önünde eşitlik.

Hâkimin taraflar bakımından objektif olmasına, yani taraflar bakımından sübjektif davranmamasına “hâkimin tarafsızlığı” denilir. Bu tarafsızlık, taraf makamlarında aynı durumda başkaları da olsa, aynı

¹⁰²² “Milletin varlığını tehdit eden umumî bir tehlike”, bazı şartlarla, İnsan Haklarına aykırı tedbirleri caiz kılabilmektedir (İHAS 15).

¹⁰²³ Askeri mahkemeler kaldırılınca adliye mahkemeleri askeri suçları yargılamaktadır.

¹⁰²⁴ Yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için, bilirkişilerce ve tanıklara da tesir ve baskı önlenmelidir.

¹⁰²⁵ Mülga Basın Kanunu da ceza kovuşturmasının başlaması ile hükmün yargı halini almasına kadar hâkim ve mahkemelerin hüküm, karar ve işlemleri hakkında mütalâa yayınlanmasını yasaklamıştı (mülga Basın Kanunu “1960-143” m. 30). Kanunun bu hükmü çok geniş idi. Madde tadil edilinceye kadar Anayasaya uygun bir şekilde yorumlanması, ancak hâkimler üzerinde baskı yapıp yargılamanın gereğince yapılmasına engel olabilecek yayınların suç sayılması, bu mahiyette olmayan yayınlar, meselâ bir mahkeme kararının ilmi bir dergide ilmi bakımdan tahlil ve tenkidi serbest olması şeklinde görüş bildirmiştik.

¹⁰²⁶ Bu ayrımlar genellikle yapılmamaktadır. Biz de ilk beş basıda herkes gibi böyle davranmıştık. Objektiflik diyene rastlamış değiliz. Fakat onun yerine “*estraneità*” (yabancılık) (*Foschini*, I, 335) veya “*impassibilità*” (etkilenmezlik) (*Nicolini: Delle impassibilità del magistrato*, 1839, Foschini’den nakil) diyen vardır. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi* de (*Piersack* dâvası, 1/10/82 n. 31) Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasında sözü geçen tarafsızlığın iki yönlü olduğunu belirterek bu tezin esasını, değişik biçimde de olsa, benimsemiştir. Bu kararda tarafsızlığın genellikle peşin hüküm sahibi olmamak diye tarif edilmiş, fakat bunun da sübjektif ve objektif iki yönü olduğu, bulunmaması delillerle ispat edilecek olan sübjektif tarafsızlığın yetmediği, zira demokratik toplumlarda dış görünüşler bakımından da hâkimden şüphe edilmemesi yani objektif tarafsızlık arandığı bu nedenle hazırlık soruşturmasında belli bir rol almış olan savcının sonradan hâkim olarak dâvaya bakmaması gerektiği belirtilmiştir. *AİHM, De Cubber* (26/10/84 n. 30) ve *Pauwels* (26/5/88 n. 38) dâvalarında da aynı yönde karar vermiştir.

kararın verilmesini sağlar. Anayasa “herkes... kanun önünde eşittir” (m. 121/I) derken, bunu kastetmektedir. Adalet sembolünün elinde terazi bulunan gözü kapalı bir kişi olarak kabul edilegelmesi, hâkimin taraflardan birinin olumlu veya olumsuz etkisi altında kalmaması gerektiğini gösterir. Hâkim gözü ne kadar kapalı olursa yani taraflara yabancı kalabildiği ölçüde doğru ve isabetli karar verir.¹⁰²⁷

Hâkimlerin tarafsızlığı, taraflarla arasında herhangi bir menfaat bağı, durum benzerliği olmamasını gerektirirse de bunun %100 gerçekleşmesi imkânsızdır. Hâkim taraflardan biri gibi, baba veya koca durumunda veya onunla aynı dinden veya sosyal gruptan olabilir. Böyle genel ve ikinci derecede durum benzerliklerinin hâkimin tarafsızlığını zedelemeyeceği kabul olunabilir. Buna karşılık, meselâ eşinin veya çocuğunun dâvasına bakarken hâkimin tarafsız kalamayacağını hayat tecrübeleri bize öğretmiştir. Hâkimin tarafsız kalamayacağı veya tarafsızlığının tehlikeye girdiği bilinen hallerde o hâkime yargılamama mecburiyeti yüklenerek tarafsızlık sağlanır.

III. Hâkimin kişiliğinden sıyrılması.

Hâkimin objektifliğinin yani sübjektif davranmamasının ikinci yönü de kendi bakımındandır, kendi kişiliğinden sıyrılmasıdır. Terazi kimin elinde olursa olsun tartının değişmemesinde olduğu gibi, hâkim de karar verirken kişisel görüşlerine ve değer ölçülerine göre hareket etmemeli, onun yerinde başka bir hâkim olsaydı nasıl karar verecek idiye o kararı vermelidir. “Kanun herkes için eşittir” denirken belirtmek istenilen de budur. Bir diğer söyleyişle karar, kendisinin değil, makamın kararıdır.

Hâkimler, makine değil, insan olduklarına göre bu amacın da %100 olmasa da mümkün olduğu kadar gerçekleştirilmesine çalışılır ve bunun için özellikle şu çarelere başvurulur; a) hâkimlerin meslekten olmaları, b) toplu hâkim sistemi ve dereceler, c) hâkimin olay hakkındaki kişisel bilgisine kararında dayanmaması ve ç) hâkimlerin sorumluluğu.¹⁰²⁸ Gerçekten kararı hâkimin değil, makamın verdiği kabul edildiğine göre hâkimin kişisel sorumluluğu söz konusu olamamalıdır.¹⁰²⁹

IV. Görev yapma mecburiyeti.

Hâkimler görevlerini yapmağa mecburdurlar. Hiçbir mahkeme yetkisi içinde olan dâvalara bakmazlık edemez. Ancak hâkimleri her dâvaya bakmağa zorlamanın da sakıncaları vardır. İşte muhakeme kanunları¹⁰³⁰, hâkimlerin yargılamama mecburiyetini, çekinmelerini ve tarafların ret isteyebilmelerini mümkün kılmakla, hâkimlerin objektifliğini temine çalışırlar. Hatta aynı sebeple, yargılama görevini yapmada tutanak düzenlemek (zabıt tutmak) suretiyle hâkimlerin yardımcısı olan zabıt kâtiplerinin de görev yapamaması ve reddi istenmesi kabul olunmuştur (CMK 30).

¹⁰²⁷ *Kunter*: Gözü kapalı adalet, Cumhuriyet, 10/8/52. Bazı yazılı imtihanlarda ilgilinin kimliğini gösteren kısımların “kapatılmasının” amacı da not vereceklerin tarafsızlığını sağlamaktır.

¹⁰²⁸ *Kuru*, 1029; *Postacıoğlu*, 69; *Üstündağ*, I, 97.

¹⁰²⁹ Hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir: a) Kayırma veya taraf tutma yahut taraflardan birine olan kin veya düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması. b) Sağlanan veya vaat edilen bir menfaat sebebiyle kanuna aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması. c) Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması. ç) Duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması. d) Duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif edilmiş veya söylenmeyen bir sözün hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş ve buna dayanılarak hüküm verilmiş olması. e) Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması. Tazminat davasının açılması, hâkime karşı bir ceza soruşturmasının yapılması yahut mahkûmiyet şartına bağlanamaz. Devlet, ödediği tazminat nedeniyle, sorumlu hâkime ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder (HMK 46). Devlet aleyhine açılan tazminat davası, ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hâkimlerinin fiil ve kararlarından dolayı, Yargıtay ilgili hukuk dairesinde; Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinde ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülür. Dava, bu dairenin Başkan ve üyelerinin fiil ve kararlarından dolayı ise yargılama Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesinde yapılır. Verilen kararların temyiz incelemesi Hukuk Genel Kurulunca yapılır. Temyiz incelemesine, kararı veren başkan ile üyeler katılamaz. Devletin sorumlu hâkime karşı açacağı rücu davası, tazminat davasını karara bağlamış olan mahkemede görülür (HMK 47). Tazminat davası dilekçesinde hangi sorumluluk sebebine dayanıldığı ve delilleri açıkça belirtilir; varsa belgeler de eklenir. Mahkeme, açılan tazminat davasını, ilgili hâkime resen ihbar eder (HMK 48). Dava esastan reddedilirse davacı, beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına mahkûm edilir (HMK 49).

¹⁰³⁰ Hâkimlerin tarafsızlığını sağlayacak bu normların mahkemenin cezaî, medenî, idarî veya askerî oluşuna göre farklı olması için hiçbir sebep yoktur.

182. HÂKİMİN DÂVAYA BAKAMAYACAĞI HALLER.

I. Görev yapma mecburiyetinin istisnaları.

Hâkimin iyi bir hâkim olması için objektif olması arandığına göre, bunu sağlamak gerekir. Bunun çarelerinden biri, hâkimin objektifliğini tehlikeye sokan hallerde ona hâkimlik yaptırmamaktır. Hâkimin dâvaya bakamayacağı haller¹⁰³¹ sınırlayıcı ve istisnâ olduklarından dar yorumlanmalı yani yorum ile genişletilmemeli¹⁰³² ve sayıları artırılmamalıdır. Kanunumuz bu halleri iki grupta toplamıştır: 1) Hâkimin, istinabe üzerine de olsa, hiçbir yargılama işlemi yapamayacağı haller, 2) Hâkimin belli işlemleri yapamayacağı haller.

II. Yasaklılık.

Hâkimin hiçbir yargılama işlemi yapamayacağı haller objektifliği kendisi veya taraflar bakımından sağlamalarına göre (CMK 22) iki çeşittir:

1) Kendisi bakımından objektifliği için kabul edilen şu hallerde hâkim hiçbir yargılama işlemi yapamaz: 1) Suçtan kendisi zarar¹⁰³³ görmüşse, 2) Aynı dâvada savcılık¹⁰³⁴ veya adli zabıta memurluğu görevini yahut sanık veya şüpheli müdafiliği veya mağdur avukatlığını¹⁰³⁵ yapmışsa, 3) Aynı dâvada tanık¹⁰³⁶ veya bilirkişi sıfatı ile dinlenmişse.

2) Taraflar bakımından objektifliği için kabul edilen şu hallerde de hâkim hiçbir yargılama işlemi yapamaz: 1) Sonradan kalksa bile şüpheli sanık veya mağdur ile aralarında evlilik veya vesayet veya kayımlık bağı bulunmusa, 2) Sanık şüpheli veya mağdur¹⁰³⁷ ile aralarında yakın¹⁰³⁸ hısımlık¹⁰³⁹ veya evlât edinme bağı varsa.

III. Belli işlemlerde yasaklılık.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 1985 değişikliğinden önce konuyu sorsoruşturma bakımından da düzenlemiş ve delil toplama ve sonuç çıkarma devreleri ile birlikte ilksoruşturmayı ele alarak, esas hakkında bir görüşe varacak şekilde “ilksoruşturma yapmış olan” hâkimin sorsoruşturma yapamayacağını belirtmişti (CMUK 22/2).¹⁰⁴⁰ Maksat, hakimın esas hakkında edinmiş olduğu kişisel

¹⁰³¹ Yasaklar (memnuiyet) yerine mecburiyeti seçtik.

¹⁰³² CGK 10/9/63 *Çağlayan* “66”, I, 230; *Yüce*: YD 79, 266; k-m: CGK 16/10/67 İKİD 67, 5696 (Bu kararda, savcının karısı olması, hâkimin dâvaya bakamayacağı haller arasına sokulmuştur. Bu hal bizce şüphe sebebi sayılabilir).

¹⁰³³ Burada zarar ölçüsü geniş tutulmalıdır.

¹⁰³⁴ Hâkimin **CMK 155 ile** yaptığı işlemler savcılık değildir (CGK 23/9/74, YKD 75/8, 69). Keza ihbar dilekçesini sorsoruşturma için kolluğa havale etmek, savcılık yapmak sayılmamalıdır. Buna karşılık, sonradan hâkim sınıfına geçen savcı, yardımcısının koğuşturduğu işlerde de hâkimlik yapmamalıdır. Fiilî duruma bakıp bu kimsenin savcılık yapmamış olduğunu kabul etmek (Fransız Yt: 17/1/64) savcılığın bölünmezliği esasına aykırı olup savcı şahsen hiçbir muamele yapmamış olsa dahi kovuşturmada, dolayısı ile rolü olmadığı söylenemeyeceğinden, isabetsizdir (*Rassat*, No. 109). k-m: *Keyman*, 188.

¹⁰³⁵ Müdafî sanık bakımından bahis konusu olabilir. Mehadza olduğu gibi mağdurun avukatından bahsolunmalıdır.

¹⁰³⁶ CGK 13.6.2006: E. 2006/4-122 K. 2006/162: Tanıklar M.Ü. ve İ.Y.'nin anlatımlarının aşamalarda değişiklik göstermemesi, dosyadaki diğer bilgi ve belgelerin hüküm vermeye yeterli olması ve suçlayıcı kanıtların temel dayanağını oluşturan iletişim tespitinin yasal kanıt niteliğini taşımadığının açıklıkla ortaya çıkması karşısında, her ne kadar kendisi de aynı olayda *tanık olan kişinin davada hâkim olarak görev yapması* yasaya aykırı ise de, bu usulî eksiklik sonuca etkili ve bozmayı gerektirir etkinlikte görülmemiş, esasın görüşülmesine geçilmesi oyçokluğuyla kararlaştırılmıştır.

¹⁰³⁷ Suçtan zarar gören denilmeliydi ve öyle de anmalıdır. Şekilci bir yorum yapılırsa, kanunda mağdur denildiğinden yakınlık derecelerini hesaplarken kamu dâvasına katılan oğula değil, ölen babaya bakılması gerekecektir.

¹⁰³⁸ Mülga Kanunumuz yakınlık ölçüsü olarak, kan veya sıhrî hısımlıkta; usul ve fûru olmayı üçüncü dereceye kadar (dahil) civar kan hısımlığını, ikinci dereceye kadar (dahil) civar sıhrî hısımlığı kabul etmişti (CMUK 21/3).

¹⁰³⁹ Maddenin **Medenî Muhakeme Kanununa uydurulması için Medenî Kanun terimleri ihmal edilmiştir. Nesepten veya sebepten tâbirleri kan veya sıhriyet hısımlığı diye anlaşılmalıdır. Tercüme de hatalıdır. Kanunun yazılışına göre hâkim meselâ evlât edindiği kimsenin çocuğunu yargılayabilecektir. Halbuki mehad kanun, evlâtlık münasebetinden doğan hısımlığın usul ve fûru şeklinde olanını sınırsız şekilde yargılamama sebebi saymıştır. Sıhrî hısımlıkta evlilik kalksa bile denilmesine de lüzum yoktur, zira evliliğin kalkması zaten sıhrî hısımlığa tesir etmez (MK 18/2).**

¹⁰⁴⁰ Tafsilat için bkz. Kunter: 7. Bası, No. 182.

bilgiden sıyrılamaması tehlikesini ortadan kaldırmak ve hakkaniyete uygun davranılmadığı şüphesini dahi uyandırmamaktı. 1985'ten beri kanun bu konuyu sadece kanun yolları yargılaması bakımından düzenlemiştir.

Aleyhine olağan kanun yollarından birine müracaat edilmiş olan karara iştirak eden hakimler, bu karara dair kanun yolu muhakemesinde yargılamaya katılamaz (CMUK 22).

Hâkimin belli yargılama işlemlerini yapamayacağı haller de vardır (CMK 23). Hâkimin iyi bir hâkim gibi hareket edemeyeceğinin kanun koyucu tarafından önceden kabul edildiği hâkimin böyle davranması imkânsız değildir. Fakat bir taraftan, ihtimal ölçüsü fazla olan tehlikeyi önlemek amacı ile, bir taraftan da Muhakeme Hukukunda hakkaniyete uygun davranılmadığı şüphesini¹⁰⁴¹ dahi uyandırmamak gerektiğinden, bu hallerde kanunlar hâkimlerin belli yargılama işlemlerini yapamamasını kabul etmişlerdir.¹⁰⁴² Kanunların gösterdiği bu haller istisnaî olduklarından genişletilemezler. Sayılan haller dışında kaldığı içindir ki bir hâkimin kovuşturma işlemlerini yapması için, aynı veya başka mahkemede kovuşturma yapmış olması engel değildir ve her bakımdan ve özellikle madde bakımından yetkisizlik kararı veren mahkemenin hâkimi, diğer mahkemenin hâkimi olarak kovuşturma yapabilir.¹⁰⁴³

1. Karara katılan hâkimin yüksek görevli mahkemeden yasaklanması (CMK 23/1).

Hâkimin esas hakkında edinmiş olduğu kişisel bilgiden sıyrılmasını sağlamak için, hâkim in hakkaniyete uygun davranmadığı şüphesini dahi uyandırmamak amacıyla, “bir karar veya hükme katılan hâkim in yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılması”, kabul edilmemiştir (CMK 23/1).¹⁰⁴⁴

¹⁰⁴¹ Hâkimin dâvaya bakamaması sebebi gibi buradaki şüphe, kanun konucunun kabul ettiği şüphe ve hâkimin reddi sebebi olan ve kanun koyucunun önceden kabul etmeyip takdirini taraflar ve hâkime bıraktığı şüpheden farklıdır. Bir İçtihat Birleştirme Kararında (5/12/77 RG 11/2/78) sorgu hâkiminin oyunu belli etmesi gerekçesine dayanılmakla bu ikisi karıştırılmıştır (*Kunter*: Madde itibarıyla yetkisizlik kararı ve hâkimin oyunu belli etmesi. İHFİM “43”, 178, s. 9).

¹⁰⁴² 125 *Yüce* (YD 79, s. 279), ilksoruşturma yapan hâkimin sorsoruşturma yapamamasını, sorsoruşturma açma kararını verirken kanaatini açıklaması ve peşin hükümlü hâkim durumuna gelerek ilgililer bakımından şüpheli durumuna geçmesi ile açıklamakta, peşin hükmün tesirinde kalması objektif tehlikesini ise *Altavilla*'nın “sorsoruşturmada dış tesirler altında kalan hâkime nazaran sorgu hâkiminin daha objektif karar verebileceği” görüşüne dayanarak kabul etmemektedir. Sorsoruşturma açılması kararını veren ilksoruşturma yapmış saymak, bu kararı ithamname saymadan farksız ve dolayısı ile yersizdir. Kaldı ki, başlangıçta sorgu hâkimi ve karar hâkimi ayırımı yapmış olan mülga Kanunumuzun, sorgu hâkimini açıkça belirtmesine ters düşmektedir. Yine kaldı ki *Altavilla*'nın sözünden, olsa olsa, ilksoruşturma varken sorsoruşturmaya gerek olmadığı sonucu çıkarılabilir. Fakat ilksoruşturmayı eleme amacı ile yapan ve son sözün ikinci bir soruşturma sonunda söylenmesini kabul eden bir sistem içinde artık *Altavilla*'ya dayanılmaz. Zira sorsoruşturmanın ikinci bir soruşturma olması için ikinci bir hâkim tarafından yapılması sistemin mantıklı bir sonucudur. Yine kaldı ki kararla oy açıklama tezi, yargılamama mecburiyetinin sadece karar hâkimi bakımından kabulünü haklı gösterir. Karar hâkimliğini mahkemenin de yapabileceği ve Almanya'da sorsoruşturma açma kararını duruşma yapacak mahkemenin verdiği (§ 199) düşünülürse, bu tezin yanlışlığı açıkça ortaya çıkar.

¹⁰⁴³ K-m: *Erem*, n. 47; *Yurtcan*, maddesel yetkisizlik kararı veren yargıcın üst mahkemede yargıya katılması. İHFİM “43”, 1978, 485. Mahkemeler, 6. basıda belirttiğimiz gibi, bu konuda bocalamışlardır. Sonunda bir İçBK (5/12/77 RG 11/2/78), sadece iddianame veya sorsoruşturma açılması kararındaki vasa dayanılarak madde itibarıyla yetkisizlik kararı veren hâkimin sorsoruşturma yapabileceğini yani kendi tavsifine dayanmışsa yapamayacağını kabul etmiştir. Bizce, bir kere hâkim dâva tavsifine dayanamaz. Kendi tavsifi de geçicidir, oy belli etme sayılmaz. Sayılsa da oy belli etme yargılamama sebebi değildir, haklı şüphe sebebi olarak ret sebeplerindedir. Nihayet, madde yönünden yetkisizlik kararının, sorsoruşturma açılması kararına benzetilmesinin amacı başkadır (*Kunter*: Madde itibarıyla yetkisizlik kararı ve hâkimin oyunu belli etmesi İHFİM “43”, 1978, s. 325). Kaldı ki Asliye mahkemesinde madde yönünden yetkisizlik kararı vermiş olan hâkim, bozmadan sonra ağırceza mahkemesinde duruşmaya evleviyetle katılabilir. İlk karar ile reyini açıklamış olması engel değildir (CGK 10/5/76 YKD 77, 990; k-m: CGK 1/3/71 RKD 72, II). Zira bozmadan sonra aynı hâkimin sorsoruşturma yapmasını kanun kabul etmiştir. Madde itibarıyla yetkisizlik iddiasını reddeden hâkim de dâvaya bakmağa devam etmiyor mu? Madde itibarıyla yetkisizlik kararının sorsoruşturma açılması kararına 263. maddede benzetilmesinin amacı başkadır. Son soruşturmada madde yönünden yetkisizlik kararı veren hâkim, ilksoruşturma yapmışçasına, bu kararın sorsoruşturma açılması kararına benzetilmesinin amacı başka değilmişçesine, yüksek yetkili mahkemenin talimatı ile tanık dinlemeyeceğinin hâlâ kabul edildiğini (CGK 19/3/84 YKD 84/6, 926) üzümlere görmektedir.

¹⁰⁴⁴ Mülga Kanunumuz 1985 değişikliğinden önce konuyu sorsoruşturma bakımından da düzenlemiş ve delil toplama ve sonuç çıkarma aşamaları ile birlikte ilksoruşturmayı ele alarak, esas hakkında bir görüşe varacak şekilde “İlksoruşturma yapmış olan” hâkimin sorsoruşturma yapamayacağını belirtmişti (CMUK 22/2). Tafsilât için Bkz. *Kunter*: 7. bası, No. 182. (*Şahin* 2005, 130): Sulh Ceza hâkim i gerektiğinde bütün soruşturma işlemlerini yapabildiğinden dolayı yargılamada yer alması

2. Soruşturma evresinde CMK 163 kapsamında görev alan hâkim in, kovuşturmadan yasaklanması (CMK 23/2).

Ceza Muhakemesi Kanunu, 2005 yılında yürürlüğe giren ilk şeklinde, soruşturma evresinde görev yapan hâkim in, kovuşturma evresinde görev yapmasını yasaklamıştı (CMK 23/2). Böylece tutuklama kararı veren hâkim in esas hakkındaki hükmü vermesi¹⁰⁴⁵ yasaklanmış bulunmakta idi. “Hukuk Labirenti” şeklinde yapılan düzenleme ile, 2005-5320, m. 11, bu hükmün CMK 163 dışında uygulanmayacağı istisnasını getirdi. Bu yeni duruma göre, sadece, C. savcısına ulaşamayan hallerde görev yapan hâkim, ileriki aşamalarda muhakeme işlemi yapamayacaktır. Mesela, CMK 163 kapsamında herhangi bir muhakeme hukuku işlemi yapan veya herhangi bir karar veren sulh ceza hâkim i, artık o işin kovuşturma evresine katılamayacaktır.¹⁰⁴⁶

3. Önceki yargılamada görev alan hâkimin, yargılamanın yenilenmesinden yasaklanması (CMK 23/3).

Önceki hukukumuzda olmayan diğer bir yenilik de, *yargılamanın yenilenmesi* (muhakemenin iadesi)¹⁰⁴⁷ aşamasında kabul edilmiştir. Buna göre, “yargılamanın yenilenmesi” halinde, önceki yargılamada görev yapan¹⁰⁴⁸ hâkim , aynı işte görev alamaz (bu konudaki açıklamalar için, *yargılamanın yenilenmesi* bahsine bakınız).

IV. Özel yasaklar

Yargılamama mecburiyetinin özel kanunlarla düzenlendiği vardır (Meselâ Seçimlerin Temel Hükümleri Kanunu, m. 177).

V. Müeyyide

Hâkim, yargılamama mecburiyetine rağmen bir işlem yaparsa, bir karar verirse ne olacaktır. Kanunda sadece temyiz sebebi olacağına dair sarahat vardır (CMK 289/1b). Bu hüküm sadece aleyhinde temyiz yolu açık olan kararlara taallük etmektedir. Biz temyiz yolu hakkındaki bu hükmü itiraz yoluna da teşmil ederek diyeceğiz ki, kararlar aleyhinde bu hallerde olağan kanun yollarına gidilir. Kanun yolu

yasaklanmıştır. Maksat, hâkimin esas hakkında edinmiş olduğu kişisel bilgidен sınırlanması tehlikesini ortadan kaldırmak ve hakkaniyete uygun davranılmadığı şüphesini dahi uyandırmamaktır. 5/12/77 tarihli İçtihat Birleştirme Kararı maksadı çok yanlış olarak, hâkimin oyunu belli etmesi olarak kabul etti. Tafsilat için Bkz: *Kunter*: Madde itibariyle yetkisizlik kararı ve hâkimin oyunu belli etmesi. İHFM “43” 1978, s. 9. 6. CD. 14.12.93 (E. 1993/8637, K. 1993/9906): Suçun niteliğini belirterek uygulanacak yasa maddelerini gösterip görevsizlik kararı veren hâkimin, aynı davanın görevli üst mahkemede yargılanmasına katılmayacağı gözetilmeden hüküm kurulması usule aykırıdır. 1985 den beri kanun bu konuyu sadece kanun yolları yargılaması bakımından düzenlemiştir. Kanunda artık ilksoruşturma yapanın sorsoruşturma yapamayacağı yolunda bir açıklama bulunmaması, muhakeme hukuku esasları ve İHAS 6/1 çiğnenemeyeceğine göre, özel muhakeme normları gereğince, meselâ Hâkim lerin görev suçlarında ilksoruşturma niteliğinde soruşturma yapanların sorsoruşturma yapabileceği anlamına gelmeyecektir. Sadece kararı aleyhine kanun yoluna başvurulmuş hâkim değil bir karar veya hükme katılmış hâkim yargılamaya katılamaz (*Özbek* 2005, 121).

¹⁰⁴⁵ Kanun gerçi kanun yolu deyince hep olağan yolları öngörmüştür. Ancak olağanüstü kanun yolunda esastan ayrılmak için haklı bir neden görmediğimizden, artık, boşluktan yararlanarak, olağanüstü yollarda da, maddî imkân oldukça, 22 inci maddenin uygulanmasından yanayız. Almanlar muhakemenin yenilenmesinde madde değişikliği yolunu tutmuşlardır (StPO 23, II). Biz, yorumla da bu sonuca varılabileceği görüşünderiz.

¹⁰⁴⁶ *Donay* (2009, 35) bu hükmün sadece hâkim lik makamı işlemlerini kapsadığı, Sulh Ceza Hâkim inin CMK 163/2 kapsamında kolluk amir ve memurlarına verilen araştırma işlemi yapma emirlerini kapsamadığı görüşündedir. Bizce önemli olan, *esas hakkında bilgi sahibi olmaktır*. Sulh Ceza Hâkim i kolluğa emir vererek araştırma işlemi yaptırmış, tedbir aldırılmışsa, önyargı oluşturacak şekilde olayı öğrenmiş olabilir. Bu gibi hallerde kovuşturma evresinde görev alması yasaklanmalıdır.

¹⁰⁴⁷ Kanun yolu yargılamasından maksat, kanun yolu makamının yaptığı yargılamadır. Bozmadan sonra davanın başka bir mahkemeye gönderilmesi diye bir ilke bulunmadığına göre kararı bozulan hâkimin dâvaya bakması ondan şüphelenmek için haklı bir sebep değildir (AİHM: 16/7/71 “*Ringelsen* dâvası” § 97). Bununla beraber Almanya’da 1965 reformu ile bozmadan sonra hem başka mahkemeye göndermek hem de aynı hâkime bozmadan sonraki derecede hâkimlik yaptırmamak kabul edilmiştir (§ 23) (*Barosio*, 225),

¹⁰⁴⁸ Kanun yolu dâvası, muhakemesi ve yargılaması gibi kavramlar henüz yerleşmediğinden kanunda sadece “karara iştirak edememekten” bahsedilmiştir. Yargılama faaliyetinin sadece karar vermekten ibaret olmadığı, hâkimlerin bundan gayri yargılama muamelelerine de katılamayacakları açıktır.

kaçırılmışsa, kararlar geçerlidir. Kanun yolu yoksa veya karardan gayri muamele bahis konusu ise hukuken yok saymak doğru olur.¹⁰⁴⁹ En iyisi kanunun açık bir hüküm sevketmesidir.

VI. Hâkim in reddi davası.

Hâkim in reddi davası üzerine mahkeme kovuşturma evresinde ileri sürülen istemi, süresinde yapılmamışsa, red sebebi veya delil gösterilmemişse, istemin duruşmayı uzatmak amacıyla yapıldığı açıkça anlaşılıyorsa, geri çevirir (CMK 31/1). Bu tespiti red davasına bakmakla yetkili olan mahkeme yani reddedilen hâkim in mensup olduğu mahkeme yapacaktır (CMK 31/2).

183. HÂKİMİN REDDİ ve ÇEKİNMESİ.

I. Hâkim in reddi sebepleri.

Hâkimin reddi dâvası, yargılamanın hâkimlerce objektif olarak yapılmasını sağlayan çarelerden biridir. Hâkimin tarafsız kalamayacağı veya kişiliğinden sıyrılamayacağı halleri ya kanun koyucu önceden götür yahut bu halleri hâkimin takdirine bırakır. Birinci ihtimal “yargılamama mecburiyeti” hallerinde karşımıza çıkar. İkinci ihtimal ise “şüpheli sebepleri” diye adlandırılır. Her iki halde de ilgililere, bunu ileri sürerek, hâkimin dâvaya bakmamasına karar verilmesi için yargılama makamına başvurma yetkisi verilmiştir. Talî ceza dâvalarından birini oluşturan bu başvuruya “hâkimin reddi dâvası” denilir.¹⁰⁵⁰

Red davasının açılması. Hâkim in yargılamaya katılmasının yasak olduğu, yani “davaya bakamayacağı” haller (CMK 23) ile, “tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer sebeplerden” dolayı, hâkim in reddi istenebilir (CMK 24).

Eski Kanunda (CMUK 24/1) “tarafsızlık şüphesi” şeklinde gösterilen yanlış düzenleme, Yeni Kanunda “şüpheye düşürecek sebepler” şeklinde düzeltilmiştir (CMK 24/2). Buradaki maksat hâkimin objektif hareket etmeyeceğinden korkulmasıdır.¹⁰⁵¹ Kanun bu sebepleri saymamıştır.¹⁰⁵²

Tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebeplerden dolayı bir hâkim in reddolunması için, hâkim in mensup olduğu mahkemede dilekçe ile veya zabıt katibine bir tutanak düzenlenmesi için yapılacak sözlü beyanla tali dava açılır (CMK 26/1).

Duruşmada sözlü beyan zapta geçtiğinden, red davası açılmış sayılmalıdır.¹⁰⁵³ Beyan açık olmalıdır.¹⁰⁵⁴

¹⁰⁴⁹ 127 *Kantar*, 45. Tatbikatta sorgu hâkiminin mecburiyete aykırı muameleleri yok sayılmış muhakeme kendi hâkimliğine nakledilen sorgu hâkiminin bu muameleleri yeniden yapması gerektiği kabul olunmuştur (1. CD 21/5/59, *Çağlayan*, “66” I, 222).

¹⁰⁵⁰ Tarafra tanınan imkân sadece red dâvası açmaktır. Uygulamada rastlanan “hâkimin çekinmesini isteme”nin kanunda yeri yoktur. Böyle bir istek işleme konulmamalıdır. Anayasa Mahkemesi 3.5.1999 (E. 1999/19, K. 1999/12, RG. 17.7.1999). Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 32 ve 36/3 maddelerinin Anayasanın 11 ve 138. maddelerine aykırılığı iddiasıyla dava açılmıştır. Anayasa Mahkemesi hâkim in reddi ile ilgili olan bu maddeleri Anayasa Mahkemesi Ahlat Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından bakılan davada uygulanacak bir kural olmaması nedeniyle itirazda bulunan mahkemenin yetkisizliği nedeniyle ret kararı verirken ayrıca Anayasanın geçici 15 nci maddesi açısından da başvuran mahkeme yetkisizliğine karar vermiştir.

¹⁰⁵¹ Kanunumuz bu sebepleri “hâkimin bitarafliğinden şüpheye düşürecek sebepler” diye göstermiştir. Tarafsızlık sözcüğü, hâkimin kendisinin tesirinde kalması şüphesini de içine alacak şekilde objektif olarak anlaşılmalıdır.

¹⁰⁵² Meselâ mağdurun nişanlısı olmak. Keza hâkimin oyunu belli etmesi de şüpheli sebepleri arasına girer. Oy belli etme kesin ve sübuta ilişkin olmalıdır. Hukukî görüşün bir kitap veya karar (1. CD 1/4/67 DİB 69, 37) ile açıklanmış olması ret sebebi değildir. Keza tutuklama kararı da bu nitelikte olmadığından, oy belli etme sayılmaz (İçBK 5/12/77 RG 11/2/78). Ayrıca bkz. *Centel/Zafer*, 465.

¹⁰⁵³ k-m: *Tosun*, I, 344.

¹⁰⁵⁴ Medenî Muhakemede hâkimi çekinmeğe davetin red dâvası sayıldığı vardır (3. HD: 2/4/70 İBD 71, 902, HG: 22/4/77 YKD 78, 1240).

Red davasını; C. Savcısı, şüpheli, sanık¹⁰⁵⁵ veya bunların müdafii; katılan veya vekili açabilir (CMK 24/2).

Davanın açılması zamanı, red sebebine göre değişir:

a) Yargılamaya katılmayacak hâkimin (CMK 23) reddi davası bakımından zaman sınırlaması yoktur. Şu kadar ki, dava red olunacak hâkimin elinden çıkmamış olmalıdır.

b) Haklı şüphe sebebine dayanılıyorsa, zaman bakımından sınırlama vardır:

i) Kovuşturma evresinde hâkim in reddi, ilk derece mahkemelerinde sanığın sorgusu başlayınca; duruşmalı işlerde Bölge Adliye Mahkemelerinde inceleme raporu açıklanmaya kadar istenebilir (CMK 25/1).¹⁰⁵⁶

ii) Temyiz yolu davasında duruşma yapılıyorsa, Yargıtay’ca görevlendirilen üye veya tetkik hâkimi tarafından yazılmış olan rapor üyelere açıklanmaya kadar red davası açılmalıdır (CMK 25/1).

iii) Diğer hallerde Kanun zaman kayıtlaması yapmadığından, hâkim yargılama faaliyetini yaptığı müddetçe red davası açılabilir (CMK 25/1 son cümle).¹⁰⁵⁷

Süre kabul edilen hallerde ilgililer, şüphe sebebinin süre geçtikten sonra öğrenseler de yeni CMK sistemi uyarınca dava açabilirler. Meğerki, sebep sonradan ortaya çıksın¹⁰⁵⁸: CMK şüphe sebebinin sonradan öğrenilmesi halinde dava açılabilirliğini öngörmüştür. Sonradan ortaya çıkan veya öğrenilen sebeplerle duruşma veya inceleme bitinceye kadar da hâkimin reddi istenebilir. Ceza Muhakemesi Kanunu, bu istemin red sebebinin öğrenilmesinden itibaren 7 gün içinde yapılması koşulunu öngörmüştür (CMK 25/2).

II. Kabul edilebilirlik.

Her davada önce kabul edilebilirlik sorunu çözülür.¹⁰⁵⁹ Kanunun “geri çevirme” adını verdiği (CMK 31) ve soruşturma evresinde verilen “kabul kararı”, şöyle düzenlenmiştir:

1. “Kovuşturma evresinde ileri sürülen hâkim in reddi istemi.

Red istemi süresinde yapılmamışsa, red sebebi ve (inandırıcı) delil gösterilmemişse, red isteminin¹⁰⁶⁰ duruşmayı uzatmak amacıyla yapıldığı açıkça anlaşılıyorsa, mahkeme istemi geri çevirir (CMK 31/1).¹⁰⁶¹ Bu hallerde ret istemi, toplu mahkemelerde reddedilen hâkim in müzakereye katılması ile, tek

¹⁰⁵⁵ Kanunda açıkça sayılmadığından müdafii, sanığı temsil etmedikçe ve vekâletnamede açıklık olmadıkça, red dâvası açamaz.

¹⁰⁵⁶ Eski CMUK iddianamenin okunmasından önce açıklama şartını koymuştu (CMUK 24/1). Kanun, 1985 değişikliğinden önce sadece asliye mahkemesi demektedir. Biz *Kantar* (s. 48) ile birlikte sulh mahkemesinde de uygulanmalıydı. *Taner* (s. 40) aksi görüştedir. 1985 değişikliğinde “mahkemeler” demekle sorun görüşümüzden yana çözülmüştür.

¹⁰⁵⁷ Mülga Kanunda açıkça belirtilmemişse de, şüpheli hâkimin dâvaya bakmaması Muhakeme Hukukunun temellerinden birini oluşturduğundan, asıl ceza muhakemesinin emniyet tedbiri muhakemesi çeşitlerinde ve dar mânâda tali ceza muhakemelerinde de, özel bir norm ile süre konmuş olmadıkça, hâkimin reddi dâvasının sözü geçen yargılama faaliyetleri devam ettiği sürece açılabilirliği kabul edilmelidir.

¹⁰⁵⁸ Birinci oturumdan sonra ortaya çıkan şüphe sebebi üzerine, duruşma bitmedi diye, 20 inci oturumda red istenmesi kanunun ruhuna aykırı olduğundan, ortaya çıkmayı takip eden ilk oturumda red dâvası açılmalıdır. Nitekim Almanlar bizim 1936 da fıkra ekleyerek yaptığımız değişikliği 1965 de gerçekleştirdiklerinde gecikmemek şartını açıkça koydular (§ 25) (*Barosio*, 226).

¹⁰⁵⁹ Almanya’da 1965 reformu ile kabul edilmezlik düzenlenmiş ve nedenleri açıklanmıştır. Reddi istenilen hâkimin mensup olduğu makam, hattâ tek ise kendisi bu kararı verebilmektedir. Oybirliği arandığı vardır (§ 26 a).

¹⁰⁶⁰ Hâkimin reddi dâvasının reddi kararının yargı halini alması, aynı sebepten dolayı ikinci bir red dâvasının reddedilmesini gerektirir. Bu red kararını, dâvanın açıldığı makam, yani hâkimin reddi istenen makam verecektir. Bir olayda altıncı red dâvasında, başka gerekçe ile de olsa, bu sonuca varılabilmektedir (CGK 22/11/65, *Çağlayan* “66” I, 241). Bir diğer olayda dördüncü dâva kabule şayan görülmemiştir (1. CD 13/3/74 RKD 74, 45).

¹⁰⁶¹ Dâvanın kabul edilmediği veya kabule şayan görülmediği kararı yerine geri çevrildiği kararı denilmesi (CMUK 29 a) isabetli olmamıştır. Mahkemenin kararı olumlu ise “dâvanın kabulüne” yerine “geri çevrilmesine karar verdim” gibi yersiz bir

hâkimli mahkemelerde de, reddedilen hâkim in kendisi tarafından geri çevrilir. Kabule şayan görmeme kararı, toplu mahkemelerde reddi istenen hâkimin müzakereye katılması ile, tek hakimli mahkemelerde reddi istenen hâkim tarafından verilecek ve aleyhine ancak hükümlerle birlikte kanun yoluna gidilebilecektir ‘CMUK 29a).¹⁰⁶²

2. Karar.

Mahkeme reddi istenen hâkimden red sebebi hakkında izahat isteyebilir. Hâkim görüşlerini yazılı olarak bildirir (CMK 26/3). Hâkim ret sebebinin doğru olduğunu kabul ederse, sabit görülen sebebin hâkim in reddini gerektirip gerektirmediği hususunda bir karar verilir.¹⁰⁶³ Görülüyor ki, sebebin hâkim tarafından kabulü davanın kabule şayan görülmesi kararı yerine geçmektedir.

3. İtiraz.

Kabule şayan görmeme (ret isteminin geri çevrilmesi kararı), mahkeme tarafından verildiği halde, “itiraz” edilebilen kararlardandır (CMK 31/3).

III. Esas hakkında karar verilmesi.

Hâkimin reddi davası kabul edildikten sonra (yani istemin geri çevrilmediği durumlarda), hâkimin esas davaya bakıp bakamayacağına dair bir karar verilir. Hâkimin reddi istemine mensup olduğu mahkemece karar verilir.

Ancak, reddi istenen hâkim, müzakereye katılamaz. Bu nedenle mahkeme teşekkül¹⁰⁶⁴ edemezse; 1) Reddi istenen hâkim asliye ceza mahkemesine¹⁰⁶⁵ mensup ise, bu mahkemenin yargı çevresi içerisinde bulunan ağır ceza mahkemesine,

2) Reddi istenen hâkim ağır ceza mahkemesine mensup ise o yerde, ağır ceza mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması halinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için (1) numaralı daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi bulunması halinde ise, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir (CMK 27/1).

3) Red istemi sulh ceza hâkim ine karşı ise, yargı çevresi içinde bulunduğu asliye ceza mahkemesi ve tek hâkim e karşı ise, yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesi karar verir (CMK 27/2).

4) Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairelerinin başkan ve üyelerinin reddi istemi, reddedilen başkan ve üye katılmaksızın görevli olduğu dairece incelenerek karara bağlanır (CMK 27/3).

5) Yargıtay daire veya genel kurullarında başkan ve üyelerin reddi istenebilir. Red davası, reddi istenilenler katılmaksızın ilgili daire veya genel kurulca kesin karara bağlanır. Daire ve kurullarının toplanmalarını engelleyen toplu ret davaları dinlenmez (YK 39/3).¹⁰⁶⁶

tâbir kullanmağa mecbur kalması bunu açıkça göstermektedir. Bu durumda dâvanın reddi kararı verilmesi de esastan ret ile karışacağından uygun değildir.

¹⁰⁶² Mülga CMUK bu karar aleyhine sadece son kararlarla birlikte kanun yoluna gidilebilmesini kabul etmişti (CMUK 29a). Yargıtay, ret dâvasını kabul etmeyen kararı elbet denetleyecektir. Nitekim, duruşmayı uzatmak istiyorlar diye verilen kararı Yargıtay, sonraki oturuma çok zaman vardı, ret sorunu o arada esastan çözülebilirdi diye, tabii sonkararla birlikte bozmuş (CGK 9/7/84 1575), mahkemenin hatalı kararı ve böyle bozma kararlarına dahi uymamanın kabul edilmesindeki isabetsizlik duruşmanın çok yersiz bir şekilde ve korkulduğundan fazla uzamasına yol açmıştır.

¹⁰⁶³ 142 “Reddolunan hâkim, red talebinin haklı olduğunu tasdik ederse red hakkında karar verilemez” cümlesi (CMUK 26/2) Alman Kanununun yanlış anlaşılmasına dayanmaktadır. Orada sebebin varlığının kabul edileceği açıklanmıştır. Varlığı kabul edilen sebebin reddi gerektirip gerektirmeyeceği, ayrı bir konudur. Şu halde, sebebin kabulü, hâkimin çekinmesi, demek değildir. Çekinmiş sayılması ve çekinme hükümlerinin uygulanması için, hâkimin açıkça çekinmesi gerekir.

¹⁰⁶⁴ Ağır ceza kuruluna katılmağa yetkili hâkimler varsa, mahkeme teşekkül ediyor demektir. Kimlerin katılacağı aynı mahkemece halledilmelidir (CGK 1/12/69 Alicanoğlu, 101). Zaten bunların bir sırası olmalıdır. Mercii kararını istemek (1. CD 23/12/69 İKİD 70, 8486) hem gereksizdir, hem işi uzatır.

¹⁰⁶⁵ İcra hâkimi ceza dâvasını görmekten çekinirse, merci ağır ceza mahkemesidir (4. HD: 4/12/65; RKD 66, 5, II/2, 73).

¹⁰⁶⁶ Birinci Hukuk Dairesinin başkanı ile dört üyesi reddedildiğinde, Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu “reddin toplu olup olmadığına, değilse, esasına 1. HD karar versin” diyerek (27/11/83 YKD 83/12 1729) dairenin görevsizlik kararını

Tek hâkimli mahkemelerde aynı yetkiyi haiz başka hâkim varsa, mahkeme makamını o da işgal edebileceğinden ve mahkeme teşekkül edeceğinden, yine aynı mahkeme ret dâvasına bakabilecek demektir.¹⁰⁶⁷ Keza o yerde madde itibariyle yetkisi aynı olan bir başka mahkeme, daha doğrusu, aynı mahkemenin bir başka dairesi varsa, daireler arasında yetki bakımından bir özellik de yoksa, mahkeme aynı olduğundan öteki daire ret dâvası hakkında karar verebilmelidir.¹⁰⁶⁸

Ret davasını açan kişi, red sebebini ispatla yükümlüdür.¹⁰⁶⁹ 2004 kanun koyucusu red isteminde bulunana, öğrendiği ret sebeplerinin tümünü bir defada açıklamak ve süresi içinde olguları ile birlikte ortaya koymak yükümlülüğünü vermiştir (CMK 26/2). Bu hususta yeminin kabul olunmayacağına dair olan mülga CMUK 25/2 yeni CMK'ya alınmamıştır. Reddi istenen hâkim ret sebepleri hakkındaki görüşlerini yazılı olarak bildirmek zorundadır (CMK 26/3).

Ret isteminin esastan kabulüne ilişkin kararlar kesindir. Esasın reddi kararı aleyhine itiraz yolu açılmıştır. İtiraz üzerine verilen ret kararı hükümlerle birlikte incelenir (CMK 28).¹⁰⁷⁰

Ret isteminin kabulü halinde, davaya bakmakla bir başka hâkim veya mahkeme görevlendirilir (CMK 27/4).¹⁰⁷¹ 2004 kanun koyucusu dosya elinde olan mercie, davaya bakacak olan hâkimi veya mahkemeyi görevlendirme yetkisini vererek, işlerin Yargıtay'a kadar giderek, uzamasını önlemiştir. Hâkim in reddinde de (CMK 30/3), çekinmenin uygun bulunması halinde, davaya bakmakla bir başka hâkim veya mahkeme merci tarafından görevlendirilmektedir.

IV. Kötü niyetle açılan davalarda müeyyide yoktur.

Mülga CMUK 26/3 de yer alan, red sebebini varit olmadığı halde hükmedilen hafif para cezası, yeni Kanuna alınmamıştır.

V. Hâkimin çekinmesi.

Yargılamanın objektif olarak yapılmasını sağlayan diğer bir çare, red davasını hâkim in kendisinin açması demek olan “çekinme” ile sağlanır (CMK 30). Hâkim “yasaklılığı” gerektiren sebeplere (CMK 22, 23) dayanarak çekindiğinde; merci bir başka hâkim i veya mahkemeyi davaya bakmakla görevlendirir (CMK 30/1). Hâkim, tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebepler (CMK 24) ileri sürülerek çekindiğinde merci çekinmenin uygun olup olmadığına karar verir. Çekinmenin uygun bulunması halinde, davaya bakmakla bir başka hâkim veya mahkeme görevlendirilir.

kaldırılmıştır. Reddi istenilen beş hâkim katılmadan daire nasıl toplanacak? Eğer yeteri kadar üye var da toplanabiliyorsa, toplu ret yani toplantıyı engelleyen reddin söz edilememek gerekmez mi?

¹⁰⁶⁷ 19/1/1959 tarihli, 29/1 sayılı İçtihat Birleştirme Kararı, bir yerde aynı yetkiyi haiz başka hâkimler oldukça, mahkemelerin teşekkül edememesinin söz konusu olamayacağını belirtmiştir.

¹⁰⁶⁸ Aykırı içtihadı rastlanmaktadır (5. CD 22/2/63, Çağlayan “66”, I, 243).

¹⁰⁶⁹ Burada ispattan söz edilmesinin isabetli olmadığı, maksadın inanılabilirliğin kabulü olduğu, bunun da hâkim tarafından “muhtemel” sayılması anlamına geldiği anlaşılmaktadır (Barosio, 228). Nitekim medenî muhakemede böyledir (HMK 34/son).

¹⁰⁷⁰ Eski CMUK 27/2'de kabul edilen “esasın reddi kararı aleyhine” ancak son kararlar birlikte kanun yoluna gitme sistemi terkedilmiştir. 27. maddenin, ret talebinin kabul edilmemesine dair karar aleyhine acele itiraz taniyan 1. fıkrası, 2. fıkrada esasız olduğuna dair soruşturmada verilen karardan söz edilmesinden de anlaşıldığı üzere, ilksoruşturmada verildi. İlksoruşturma kalkınca 1. fıkranın bununla ilgili son cümlesi de çıkarılmalıydı. Uygulamada temyiz yolu tanınmaktadır (4. CD 29/4/87 Yenisey'den naklen II, n. 637.5).

¹⁰⁷¹ Bu hususta, yetki, CMUK'da açık hüküm bulunmadığı için, muhakemenin nakli yolu ile 14 ncü madde ile hallediliyordu. Dosya elinde olan merciin nakle karar verememesi, bu karar için başka makama gidilmesi işleri uzatmaktadır. Faydalı bir yanı da yoktur. 1936 tâdilinde, çekinme halinde kabule karar verilemeyeceği sanılarak “olsa olsa nakil kararı” verilir diye 29. maddeye eklenen hüküm mehzarında yoktu. Zira her iki durumda da karar verecek merciler aynı idi. Bizde 26 ve 14. maddelerdeki mercilerin farklı olmasının haklı bir sebebi yoktur. 26. maddedekiler esas alınarak birleştirilmelidir.

Hâkimin çekinmesi, ret dâvasını kendisinin açmasıdır.¹⁰⁷² Bu dâva da bir kararla sona erecektir. Dâva sebebi yargılamama mecburiyeti hallerinden biri ise, bunu varit gören merci çekinmeyi de kabul edecektir. Şüphe sebebi söz konusu ise, merci çekinmenin kabulü konusunu da karara bağlayacaktır.¹⁰⁷³

VI. Reddedilen hâkim in yetkisi.

Reddi istenilen veya çekinen hâkim, ret hakkında bir karar verilinceye kadar yalnız gecikmesinde sakınca olan işlemleri yapar (CMK 29/1, 30/3).

Ancak hâkimin oturum sırasında reddedilmesi halinde, bu konuda bir karar verilebilmesi için oturuma ara vermek gerekse bile, ara vermeksizin devam olunur. Şu kadar ki, 216'ncı madde uyarınca tarafların iddia ve sözlerinin dinlenilmesine geçilemez ve red konusunda bir karar verilmeden, reddedilen hâkim tarafından veya onun katılımıyla bir sonraki oturuma başlanamaz (CMK 29/2). Red isteminin kabulüne karar verildiğinde, gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle yapılmış işlemler dışında, duruşma tekrarlanır (CMK 29/3).

Ret davası reddolunursa, gecikebilecek bir işlemi yapmış olan hâkimin yetkili olduğu anlaşılacağından bir sorun çıkmaz. Fakat gecikebilecek işlemi yapan hâkim in reddi gerçekleşirse ve dava yeni hâkim tarafından görülecekse, bu yeni hâkim istek üzerine veya resen o işlemi ortadan kaldırıp yeniden yapabilir.

184. HÂKİMİN ÖDEVLERİ.

Ceza muhakemesi ilişkisinin sùjelerinden biri olan hâkim, bazen pasif sùje durumunda olur. Bu durumda hâkimin kamu ödevinden veya kısaca ödevinden bahsedilir. Hâkimin ödevi mecburî veya ihtiyarî olabilir. Ödev mecburî ise, hâkim yetkilerini kullanmağa ve görevi yapmağa mecburdur, bağılılığı mutlaklıtır. İhtiyar da denilen ihtiyarî ödev halinde, yine bir ödev vardır. Bu, hâkime bırakılmış olan bir lüzüm şartının aranması ödevidir. Ödevin ne vakit mecburî ne vakit ihtiyarî olduğunu, çekinme yetkisini verdiği hallerde olduğu gibi, kanun açıklar.

Hâkimlerin, mecburî ve ihtiyarî ödevlerinin tafsilâtı sırası geldikçe görülmüş veya görülecektir. Burada mecburî ödevlerin hepsini içine alan, genel mahiyette olan iki mecburiyetten bahsedeceğiz:

A) *Yargılama görevini yapma mecburiyeti.* Hâkimler, Anayasanın da belirttiği gibi (AY 36/2)¹⁰⁷⁴ yetkileri içinde olan dâvalara bakmazlık edemezler. Hâkimler dâvalara ancak, geniş mânâda “yetki” dışında olması sebebine dayanarak bakmayabilirler.

Hâkimlerin bu mecburiyetlerinin medenî ve cezaî müeyyideleri vardır. Hâkimlerin görevlerini yapmamaları veya geç yapmaları bir suç teşkil eder. Hâkim ler Anayasada da belirtildiği gibi (AY 36/2) yetkileri içinde olan davalara bakmak mecburi ödevi altındadırlar. Hâkim sadece “yetkisi dışındaki” davalara bakmayabilir.

¹⁰⁷² 153 Hâkimin sadece yargılamama mecburiyeti halini ileri sürerek açtığı red dâvasına “çekinme” demenin (*Kuru*, 51), hattâ medenî muhakeme sistemine uyduğunu sanmıyoruz. Aşağıdaki notta belirtildiği üzere denetleme sistemi kabul edilmişse, hâkimin meselâ “ben suçtan zarar gördüm” demesi de denetlenmelidir.

¹⁰⁷³ 154 Hâkimin çekinmesinde iki sistem düşünülebilir. Ya Almanya ve Fransa’da olduğu gibi, hâkimlerin yargılama işini başlarından atmak isteyebileceği hesaba katılarak bir merciin bu konuda bir karar vermesi istenir. Yahut objektiflik ilkesi üstün tutulur ve “objektif kalamayacağımdan korkuyorum” diye çekinen hâkimi yargılama yapmağa mecbur etmemek için ona çekinme hakkı denetimsiz tanınır. İlk beş basıda ikinci sistemi savunmuştu. Kanunumuz da 1936 da 29. madde değişikliği ile bu sistemi kabul etmiş, 5/6/41 tarihli İçBK da bunu teyit eylemişti. Bu değişiklikle 26. maddeye yanlışlıkla giren bir hükmün tesiri olduğunu sanıyoruz. 1973 de ilk sisteme dönülürken Mecliste yapılan konuşmalardan çekinme hakkının kötüye kullanıldığını, İstanbul’da dahi bir dâvaya bakacak hâkim bulunamaz hale geldiğini öğrendiğimizden, artık birinci sistemden yanayız. Keza *Yurtcan: Değişiklikler*, s. 23. Kaldı ki bu sistem medenî muhakemede de hâkimdir (*Postacıoğlu*, 82; *Üstündağ*, I, 115; *Bilge/Önen*, 219; *Kuru*, 52).

¹⁰⁷⁴ Anayasadaki (AY 36/2) “mahkeme” tâbiri hâkimlik makamlarını da içine alacak şekilde, yani yargılama makamı mânâsına alınmalıdır.

Hâkimlerin görevlerini yapmamaları veya geç yapmaları suçtur (TCK 257).¹⁰⁷⁵ Sadece hâkim in görevini yapmaması veya geç yapması nedeniyle hâkim aleyhine tazminat davası açılabilir (HMK 573).¹⁰⁷⁶

B) Hâkimler yargılama görevini “gereği” gibi yapmakla görevlidirler. Ancak emir ve iltimasa dayanarak hâkimin karar vermesi suçu (mülga TCK 233, 244) Yeni Ceza Kanununa dahil edilmemiştir.

185. HÂKİMİN YETKİLERİ.

Muhakeme ilişkisinin sùjelerinden olan hâkimin aktif sùje durumu da vardır. Bu hallerde hâkimin “yetkilerinden” bahs olunur.

Hâkimlerin, meselâ tutuklama, arama kararları verme gibi çeşitli yetkileri vardır. Bunları sırası geldikçe göreceğiz. Bütün bu yetkiler, genel olan “yargılama görevini yapma yetkisinin” veya kısaca “yargılama yetkisinin” birer çeşididir. Yargılama görevi çeşitli faaliyetleri gerektirdiği için bu çeşitli faaliyetlere göre çeşitli yetkilerden bahs olunmaktadır. Fakat hepsi “*yargılama yetkisi*” kavramı içinde toplamak mümkündür.

Yargılama görevini, yargılama makamlarını işgal eden hâkimler ifa eder. Onun içindir ki hâkimler yargılama yetkisini işgal ettikleri makamlardan alırlar. Yargılama yetkisi ise, zaruretlar dolayısı ile, yargılama makamları arasında bölüşülmüştür. Her hâkim, ancak işgal ettiği makama düşen hisse nisbetinde yargılama yetkisine sahiptir. Yargılama yetkisinden her makama düşen hisseye “*competenza, compétence*” denilmektedir. Biz buna “*yargılama makamı yetkisi*” diyeceğiz. Belli bir hâkimden bahs olunurken sadece “yetki” denildiği zaman anlaşılabilir da budur.

Yargılama yetkisinin yargılama makamları arasında bölüşülmesindeki esasların tesbiti, her hâkimin, daha doğrusu her yargılama makamının yetkisinin tâyini Muhakeme Hukukunun esaslı meselelerinden biridir.

Biz yargılama yetkisinin yargılama makamları arasında bölüşülmesinde beş esastan hareket edeceğiz. Bunlar; millet, madde, yer, görev ve şahıs esaslarıdır. Bunun içindir ki yetkiyi beş çeşitli olarak tetkik edeceğiz. 1) *millet yönünden yetki*, 2) *madde yönünden yetki*, 3) *yer yönünden yetki*, 4) *görev yönünden yetki* kişi yönünden yetki.

Yargılama yetkisinin bölüşülmesi, kaide olarak, mahkeme makamları arasındadır, yani kovuşturma evresi bakımındandır. İstisna, görev yönünden yetkide söz konusu olur. Gerçekten meselâ soruşturma evresinde hangi yargılama makamının yetkili olduğu meselesi, görev yönünden yetkinin evre ve aşama bakımından olan çeşidi ile ilgili bir meseledir.

185-1. ZABİT KÂTİBİ ve YARDIMCI TEŞKİLAT: KORUMA KURULLARI.

Muhakemenin yürüyüşü için gerekli en önemli sùjelerden biri de zabıt katibidir. Kanun hâkim in reddi ve davaya bakamaması sebeplerinin zabıt kâtibi için de geçerli olduğunu belirtmiştir (CMK 32).

“Mahkemeye Yardımcı Teşkilat” kavramı Türk Hukukuna yeni girmiş bulunmaktadır. 2004-5275 numaralı “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun”, “denetimli serbestlik ve yardım merkezleriyle koruma kurulları” adı altında yargılanan kişiler hakkında sosyal araştırma raporlarının düzenlenmesi ve mağdurun korunması gibi görevleri yerine getirmek üzere “denetimli serbestlik ve yardım merkezleri” kurulmasını öngörmüştür (2004-5275, 104/1). Bu Kanun 20 Temmuz 2005 tarihinde 5402 numaralı Kanun olarak yayınlandı. Yeni Ceza Adalet Sisteminin temel direklerinden biri olan “denetimli serbestlik”, bu kanun uyarınca kurulacak koruma kurulları ve buna bağlı personelden oluşmaktadır. Koruma kurullarının görevi 17’nci maddede gösterilmiştir.

¹⁰⁷⁵ Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 230, 231 inci maddesinde yer alan “iştikai anil hükkam” davası ile 232, 233 üncü maddeleri hâkim lerin suçlarını düzenlemekte iken, bunlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa dahil edilmemişlerdir.

¹⁰⁷⁶ Bu hüküm ceza hâkimlerine de uygulanır ((İçBK: 25/3/1931, 19-25, D. III, 12, 249). HMK 574-576’daki usulün Yargıtay hâkimlerine uygulanamayacağına, Hukuk Genel Kurulunun ancak Yüce Divanda ceza sorumluluğu kararı verildikten sonra tazminat davasına bakabileceğine karar verilmiştir (HG 14/1) 76 YKD 76/6, 787; 14/1/87 YKD 87/6, 828).

Şimdi artık Kanunu da çıkan bu kurumun, Almanya'daki “*Rechtspfleger*” ve Amerika'daki “*Court Menagement*” gibi örgütlenmesini ve *probation* hizmetlerini hakkıyla vermesini umut ederiz.¹⁰⁷⁷

Mahkemeye yardımcı teşkilatların multi disiplinler nitelikte oldukları ve adliye dışı organlarla adli organları bir araya getiren bir yapıya sahip oldukları bilinmelidir. Bu tür hizmeti veren süljelerden en önemlilerden biri olan “sosyal çalışma görevlileri” özellikle çocuk adaleti sistemi içerisinde veya aile içi şiddet olaylarında yaptıkları sosyal araştırmalarla muhakemeyi yönlendiren yeni bir “ceza muhakemesi sujesi” olarak hak ettiği yeri bulmalıdır. Hamide Opuz-Türkiye kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de vurguladığı gibi, çeşitli defalar aile içi şiddetin yaşandığı bir ortamda, uygulanan şiddetin sosyal sebeplerini araştırıp önleyici tedbirler alınmaması neticesinde ölüm meydana gelirse, bundan Devlet sorumlu tutulmaktadır. Bu karar sosyal çalışma görevlilerinin yaptığı görevin önemini vurgulayan yerinde bir karardır.

21. § HÂKİM: MİLLET YÖNÜNDE YETKİ

186. Millet yönünden yetki. 187. Millet yönünden yetki uyuşmazlıkları.

186. MİLLET YÖNÜNDE YETKİ.

Muhakeme Hukukunda yargılama yetkisinin sınırı, önce milli yargılama makamlarının yetkilerinin tâyini suretiyle çizilir. Türk hâkimlerinin yargılama yetkisi, Türk mahkemelerince çözülmesi kabul edilen uyuşmazlıklara münhasırdır. “Millî yargılama yetkisi” veya “Milli Yetki” de diyebileceğimiz “millet yönünden yetki”, hâkimler muhakeme işlemlerini yaptıklarına göre, bir bakıma, muhakeme kanunlarının yer yönünden uygulanması meselesidir. Çeşitli Devletlerdeki yargılama makamları arasında millet yönünden yetki bölüşülmesi, hukuk ve ticaret uyuşmazlıkları söz konusu olduğunda Devletler Hususî Hukukunu ilgilendirmektedir.¹⁰⁷⁸ Ceza uyuşmazlıklarını çözme bakımından, ceza hâkimlerinin millet yönünden yetkisi de ceza muhakemesi kanunlarının her yönünden uygulanması meselesi olup kaide olarak ceza kanunlarının yeryönünden uygulanması düzenine bağlıdır. Zira ceza hâkimleri kaide olarak kendi Devletlerinin ceza kanunlarını uygular.¹⁰⁷⁹ Meselâ Türk Ceza Kanunu'nun memleket dışında işlenen belli suçlarda uygulanmasını kabul etmek (TCK 11, 12, 13), bu kanunu Türk mahkemeleri uygulayacağından, Türk hâkiminin de yetkili olduğunu belirtmek demektir. Ancak, bir memleket mahkemelerinde yabancı ceza kanunlarının uygulanması da kabul edilebilir.¹⁰⁸⁰ Bu hallerde, millî ceza kanununun da doğrudan doğruya veya dolayısı ile uygulanabilmesi kabul edilmemişse, hâkimin millî yetkisinin özel olarak belirtilmesi gerekir.

¹⁰⁷⁷ Nursal/Ataç: ‘Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi’, Ankara 2006; Öztürk/Erdem/Özbek (1999), 394) «yargı memurları» adını verdikleri mahkemeye yardımcı teşkilatı, Adliye'nin astsubayları olarak nitelendirmektedirler.

¹⁰⁷⁸ Yargılama yetkisinin Devletler arasında Hususî Hukuk bakımından bölüşülmesinin, bir diğer söyleyişle “yargılama yetkisi” (kazaî salâhiyet, *compétence juridictionnelle*) denilegelen bahsin, Devletler Hususî Hukuku dışında kaldığı ve “Milletlerarası Muhakeme Hukuku”nun konusunu oluşturduğu yolunda özellikle Almanya ve İtalya’da etkin bir görüş varsa da (Altuğ: Devletler Hususî Hukukunda yargı yetkisi, 2. bası, 1979, s. 9), Milletlerarası Muhakeme Hukuku, bizce, şu veya bu Devletin değil, milletlerarası yargılama makamlarının milletlerarası uyuşmazlıkları çözümünde söz konusu olabilir.

¹⁰⁷⁹ Tezcan (s. 114) mülkîlik kaidesine göre suçun işlendiği yerin kanunu uygulanmak gerektiği halde yargılama yapan Devletin kanununun uygulanmasına karşı olan görüşleri eleştirmekte ve Devletlerin bazı hallerde, sırf kendi ceza kanunları uygulansın diye kendi mahkemelerini yetkili saydıklarını söylemektedir.

¹⁰⁸⁰ Meselâ İsviçre Ceza Kanununa göre (CPS 5, 6) lehte ise yabancı ceza kanunu uygulanır. Dolayısı ile uygulama için. Mülga Türk Ceza Kanunu’na 1991 yılında 3756 numaralı Kanun ile eklenen 10a maddede yabancı ceza kanunundaki cezanın göz önünde tutulabileceğini öngörmektedir. Suçun işlendiği yer ve ülke ile millet yönünden yetki konusundaki özel bazı sözleşmeler hakkında tafsilat için Bkz. Tezcan, s. 164-230, 382-402; Yenisey: Milletlerarası Ceza Hukuku, s. 10-47 ve 375-546.

Millet yönünden yetkiyi tayinde çok defa suçun işlendiği yere bakılır.¹⁰⁸¹ Uçağın tescil edildiği Devlete bakıldığı vardır.¹⁰⁸² Neticesi hareketten ayrılabilen suçlarda bunlardan herhangi biri Türkiye’de olmuşsa, suç Türkiye’de işlenmiş sayılır. İsbet ve netice ayrılması söz konusu olabilen suçlarda ise hareket ve isabetten herhangi biri suçun Türkiye’de işlenmiş sayılması için yeterlidir.¹⁰⁸³

Ceza kanunlarının uygulama alanı ülke sınırları ile bağlı olmadığından bir Devlet ülke dışında işlenen belli suçlarda kendi mahkemelerine millet itibariyle yetki verebilmektedir. Hattâ, bir Devletin millet itibariyle yetkisiz mahkemesinin sözleşme ile ve “*kovuşturmanın aktarılması*” mekanizması sayesinde yetkili kılındığı vardır. Nitekim Avrupa Konseyi ceza kovuşturmalarının ve dolayısı ile mahkemelerinin en iyi yapılabilecek memlekete aktarılması için bir sözleşme hazırlamıştır.

187. MİLLET YÖNÜNDEN YETKİ UYUŞMAZLIKLARI.

Bir Devletin bir uyumsuzluğu çözüme yetkisini kendi yargılama makamlarına vermesi, başka Devletlerin de, kendi makamlarına aynı yetkiyi vermesine engel olamaz. Meselâ İngiliz karasularında bir Türk gemisinde işlenen suçtan dolayı İngiliz kanunları İngiliz mahkemelerini, Türk kanunu da Türk mahkemelerini yetkili saymaktadır.

Aynı zamanda birden fazla Devletin kanunu, kendi mahkemelerini yetkili sayıyorsa, bakılacaktır: a) Eğer bir Devlet (Meselâ Türkiye) diğerinin yetkisini tanıyorsa¹⁰⁸⁴, ortada uyumsuzluk yoktur. Burada mesele, sadece Türk mahkemelerinde de yargılama yapıp yapılmayacağı, yapılmayacaksa yabancı yargının Türkiye’deki değerinin ne olacağı meselesidir. b) Eğer bir Devlet diğerinin yargılama yetkisini Devletler Hukukuna aykırı diye tanımaz ve sadece kendisinin yargılama yetkisine sahip olduğunu iddia ederse, iki Devlet arasında millî yetki bakımından bir uyumsuzluk çıkmış demektir. Bu uyumsuzluk, iki Devlet arasında Devletler Hukukuna ait bir uyumsuzluk olduğundan Lahey’deki “Milletlerarası Adalet Divanı” tarafından Devletler Hukuku normlarına göre halledilir.¹⁰⁸⁵

¹⁰⁸¹ Suçun işlendiği yer ve ülke ile millet yönünden yetki konusundaki özel bazı sözleşmeler hakkında tafsilat için Bkz. *Tezcan*, s. 164-230, 382-402; *Yenisey*: Milletlerarası Ceza Hukuku, s. 10-47 ve 375-546.

¹⁰⁸² 1963 tarihli Tokyo Sözleşmesi (RG 8/12/75).

¹⁰⁸³ *Kunter*: Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi, 1954, s. 91-94. *Tezcan* (s. 225), birden fazla Devlete yetki veren bu sistemin milletlerarası uyumsuzlukları artırmasına, mülkîlik kaidesinin varlık nedenine aykırı düşmesine rağmen, “ne bis in idem” gibi Devletler arasındaki işbirliği çarelerine başvurularak kullanılabilceği görüşündedir.

¹⁰⁸⁴ Bu tanıma, çok defa, millî hukukun bir dalı olan Milletlerarası Ceza Hukukunun normları ile Sözleşmeler sayesinde mümkün olmaktadır. Bkz. *Yenisey*: Milletlerarası Ceza Hukuku, s. 11, 46.

¹⁰⁸⁵ Her Devlet yargılama yetkisini kendisi tâyin eder. Suçluların cezasız kalmaması için, Devletler Hukuku Devletlerin yetkilerini kısıtmalı, gerekiyorsa, onlara yetki vermelidir. Bu nedenle bir Devletin yetkisi konusunda uyumsuzluk çıktığında millî kanuna göre yetkisi bulunup bulunmadığı, yetkili ise bunun Devletler Hukuku normuna aykırı olup olmadığı araştırılmalıdır. Devletler Hukuku normları da görüşe göre değil, amaca ve Ceza Hukuku esaslarına göre yorumlanmalıdır. Memleketimizi de ilgilendiren bir misal, *Bozkurt-Lotüs* dâvasıdır. 2 Ağustos 1926 tarihinde Ege denizinde iki geminin çarpışmasından sonra sekiz Türkün ölümüne sebep olan Fransız kaptan, geminin ertesi günü vardığı İstanbul limanında yargılanmış ve mahkûm olmuştu. Türk mahkemelerinin yargılama yetkisini tanımayan Fransa ile Türkiye arasında çıkan uyumsuzluk, Milletlerarası Adalet Divanı tarafından 7 Eylül 1927 de halledildi ve Divan, Türkiye’nin hareketinin Devletler Umumî Hukukuna aykırı olmadığına karar verdi (*Adalet* Bakanlığı: Beynelmîlel Lahey Adalet Divanı huzurunda *Bozkurt-Lotüs dâvası*, Ankara 1927). Divan bu kararında bayrak Devletin yetkisi hakkında Devletler Hukukunda teamül olmadığına dayanmıştı. Açıkdeniz ve karasularındaki çatışmalarda cezaî yetki konusunda 1952 Brüksel sözleşmesi, hem geminin bayrağını taşıdığı, hem kusurlu olan kişinin vatandaşı olduğu Devletin yetkisini tanımış ve kaptana ehliyet veren Devletin de ehliyet konusunda karar alabilmesini kabul etmiştir. Türkiye bu sözleşmeye katılmamıştır. Bu hükümler 1958 Cenevre Açıkdeniz Sözleşmesinde de benimsenmekle Devletler Hukukunda bir teamül oluşmaktadır (*Çetینگil*: İBD 72, 1090). 1958 Sözleşmesinin 11. maddesi görünüşte sadece ve şartsız olarak bayrak Devleti ile suçlunun Devletine yargılama yetkisi tanır gibidir. Aslında, onu hazırlayanların amacı, açıkdenizlerdeki çatışmalarda kaptanları yabancı mahkemelerde yargılanmak riskinden kurtarmaktır. Bunun için anti-Lotüs diyenler vardır. Ancak madde sistematik şekilde yorumlanmalıdır. Yabancı sulardaki çatışmadan sonra Türkiye’ye gelirse bir Türke veya Türk gemisine karşı işlendi diye Türkiye yargılayabildiği halde, açıkdenizdekinde niye yargılamasın? 11. madde istisnası suçlunun gemide bulunması ve geminin de açıkdenizde olması şartlarına bağlanmıştır. Bu görüş nedeniyle İsrail, Sözleşmeye katılmasına rağmen Lotüs dâvasına benzer bir işte kendi mahkemelerine yetki veren bir kanunu kabulde sakınca görmemiştir (*Feller*: La resolution des conflits de juridiction en matiére pénale, RIDP 74, 546).

22. § HÂKİM: MADDE YÖNÜNDE YETKİ

188. Madde yönünden yetki ve olay mahkemeleri kuruluşu. 189. (Mülga) Sulh ceza mahkemesinin görevi. 190. Asliye ceza mahkemesinin görevi. 191. Ağır ceza mahkemesinin görevi. 192. Adli özel ceza mahkemelerinin madde yönünden yetkisi. 193. Madde yönünden görevsizlik kararı ve yetkisiz hâkimin yaptığı işlemler. 194. Yüksek yetkili mahkemenin görevsizlik kararı verememesi. 195. Bağlantılı muhakemelerin yüksek yetkili mahkemede birleştirilmesi. 196. Madde yönünden yetki uyumsuzlukları.

188. MADDE YÖNÜNDE YETKİ ve OLAY MAHKEMELERİ.

Madde¹⁰⁸⁶ yönünden yetki asıl ceza dâvasının konusu olan olayın hukukî tavsifini teşkil eden suç çeşidinin ve dolayısı ile cezanın ağırlık derecesine göre yargılama yetkisinin ilk mahkemeler, bir diğer söyleyişle olay mahkemeleri¹⁰⁸⁷ arasında bölüşülmesi sonucunda her mahkemeye düşen yargılama yetkisi payı demektir.

Madde yönünden yetkiye mülga kanunumuz “*vazife*” demişti. Yeni kanunlarda da “*görev*” denilmektedir. Görev, muhakeme ilişkisinin objesi olan fonksiyonu (yani görülen işi) ifade ettiğinden ve bu manada kanunlarda hatta Anayasada (AY 140) kullanıldığından, muhakeme ilişkisinin süje bakımından ifadesinde başka bir terim kullanılmalıdır. Diğer taraftan, görevin, ödev yerine de olsa, madde itibariyle yetkiyi ifade için kullanılması doğru değildir. Çünkü, madde itibariyle yetki aktif süje bakımından, ödev ise pasif süje bakımından bahis konusudur. Bunun için kısa bir terim bulununcaya kadar *madde bakımından yetki* demeği tercih etmekteyiz. Ancak meselâ *asliye mahkemesinin yetkisi* sözlerinde olduğu gibi, madde yönünden olduğu açıkça anlaşılan hallerde, sadece yetki denilebilecektir.

Bizde genel ceza yargılamasında olay mahkemeleri, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri olmak üzere iki basamaklıdır.¹⁰⁸⁸ Bu mahkemelerin hangi suçlardan dolayı ceza yargılaması yapacakları meselesinin çözülmesi için *suçlara* ve dolayısı ile *cezalara* bakılır. Cezası ağır olan suçlara bakan mahkeme, cezası daha hafif olan suçlara bakan mahkemeye nazaran *yüksek yetkili* mahkemedir. Madde yönünden yetki, mahkemeler arasında *aşağı yetkili*, *yüksek yetkili* gibi bir basamak farkını zaruri kılar.¹⁰⁸⁹ Madde yönünden bölüşme, yüksek mahkemeleri daha teminatlı kılacak biçimde mahkemelerin kuruluşunda ve işleyişinde farklılık gerektirir. Bu nedenle bu bölüşme, *kamu düzenini*¹⁰⁹⁰ ilgilendirir.

Müşterek yüksek yetkili mahkemenin de söz konusu olduğu haller vardır. Aynı ağır ceza mahkemesi çevresindeki asliye ceza mahkemeleri için müşterek yüksek yetkili mahkeme, o ağır ceza mahkemesidir. Asliye ceza mahkemeleri ağır ceza mahkemesi çevresinde değillerse, çevresi içinde buldukları ağır ceza mahkemesi müşterek yüksek yetkili mahkemedir. Bunlar aynı ağır ceza çevresi içinde de değillerse,

¹⁰⁸⁶ Burada söz konusu olan kanun maddesi değil, *şekilin* karşıtı olan ve öz anlamına gelen *maddedir*.

¹⁰⁸⁷ Madde itibariyle yetki sadece mahkeme yani sorsoruşturma bakımındandır. Ağır ceza ve asliye mahkemeleri yanında ayrı sorgu hâkimlikleri olmadığından, bizde bu mesele ilksorsuşturmada, dolayısı ile de olsa çıkmıyordu. Aynı olsalardı bu bölüşme, sorgu hâkimlikleri bakımından değil, onların yanlarında buldukları mahkemeler dolayısı ile söz konusu olabilecekti. *Tosun*, madde yönünden yetkileri sulh–asliye–ağır ceza mahkemeleri arasında yetki bölüşülmesi olarak ele almış ise de, Yargıtay daireleri arasındaki bölüşmeyi hem görev bakımından hem de madde bakımından yetki diye göstermektedir (s. 491, 518).

¹⁰⁸⁸ Adli yargı ilk derece mahkemeleri hukuk mahkemeleri ve ceza mahkemeleri diye ikiye ayrılmış ve genel mahkemeleri üç basamaklı kurulmuştu (2004-5235 AdYMK 8). Sulh ceza mahkemeleri (AdYMK 10) kaldırılınca, asliye ceza mahkemeleri (AdYMK 11) ve ağır ceza mahkemeleri (AdYMK 12) olmak üzere iki basamaklı bir yapı oluştu. Özel Kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemeleri saklı tutulmuştur.

¹⁰⁸⁹ Aşağılık ve yükseklik bir basamak meselesi olup derece ile ilgili değildir. Mülga İnfaz Kanunundaki gibi (m. 19/3), *aynı derecede* denilmesi hatalıdır.

¹⁰⁹⁰ Bu bölüşmeyi maslahata uygunluğu ifade eden iş bölümü yararı ile açıklamak bu nedenle isabetli değildir.

müşterek yüksek yetkili mahkemenin, Yargıtay olduğu kabul edilir. Mahkemelerden biri Yargıtay'ın bir ceza dairesi ise, müşterek yüksek mahkeme, Ceza Genel Kuruludur.¹⁰⁹¹

189. (MÜLGA) SULH CEZA MAHKEMESİ.

Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içinde idi (AdYMK 10).

190. ASLİYE CEZA MAHKEMESİNİN GÖREVİ.

Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır (AdYMK 11).

191. AĞIR CEZA MAHKEMESİNİN GÖREVİ.

“Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanunu’nda yer alan yağma (m. 148), irtikap (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflas (m. 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmak ağır ceza mahkemeleri¹⁰⁹² görevlidir” (AdYMK 12).¹⁰⁹³ @YAZ Sh. 377

192. ADLİ ÖZEL CEZA MAHKEMELERİNİN MADDE YÖNÜNDE YETKİSİ.

@ YAZ Sh. 377-378 Eski No. 8.4 den alınız

Adliye-içi veya adliye-dışı olabilen ve özellikleri dolayısı ile genel ceza mahkemelerine nazaran özel sayılan ceza yargılaması makamları, çeşitlidir. Başlıca özel ceza mahkemelerimiz şunlardır: Yüce Divan, Anayasa Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi, Basın Mahkemesi, Trafik Mahkemesi, Döviz Mahkemesi, İcra Mahkemesi, Danıştay, Vergi Mahkemesi, Askerî Mahkeme, Terör suçları ve örgütlü suçları yargılayan mahkemeler, Kadastro Mahkemesi, Çocuk Mahkemeleri, Patent Mahkemesi, Marka Mahkemesi Endüstriyel Tasarım Mahkemesi, Coğrafi İşaretlerin Korunması Mahkemesi (bu mahkemelerin kuruluş ve madde yönünden yetkileri için bakınız; No. 8.4).

193. GÖREVSİZLİK KARARI ve GÖREVSİZ HÂKİMİN YAPTIĞI İŞLEMLER.

I. Görevsizlik.

Bir hâkim, ancak işgal ettiği mahkeme makamının madde yönünden yetkisine giren davalara bakabilir. Bunlar dışında kalanlara bakamaz, zira yetkisi yoktur, yetkisizdir. Buna madde yönünden yetkisizlik denir. Kanunda madde yönünden yetkiye “görev” dendiğinden, buna da “vazifesizlik” veya “görevsizlik” denilmektedir.

¹⁰⁹¹ CGK 17/11/52, 100-98 (Çağlayan, I, 206).

¹⁰⁹² 11. CD, 2004/3245 E. 2005/8593 K. 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 22/3. maddesinde “Banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları, denetim veya sorumlulukları altında bulunan bankaya ait para veya sair varlıkları zimmetlerine geçirirlerse altı yıldan oniki yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler. Bu fıkra gösterilen suç, bankayı aldatacak ve fiilin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenmişse faile oniki yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis ve meydana gelen zararın üç katı kadar ağır para cezası verilir”, şeklinde yer verilen düzenleme ile işlenen suçun hileli hareketler ile gerçekleştirilen nitelikli hali bakımından cezanın 12 yıldan aşağı olamayacağı öngörülmüştür. Suçun basit halinin yargılaması Asliye Ceza Mahkemesinin görev alanında kalırken, nitelikli hali bakımından yargılama Ağır Ceza Mahkemesinin görev alanı içindedir. Görülmekte olan bir dava da suçun nitelikli halinin ağır ceza mahkemesinin yetkisi çerçevesinde olması halinde, suçun basit halinin yargılamasının da ağır ceza mahkemesi tarafından yapılması gerekmektedir. Suçun basit veya nitelikli halinin hangisinin oluştuğunun tespiti bakımından delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi üst dereceli mahkeme tarafından yapılması gerekliliği Yargıtay tarafından vurgulanmıştır. Böyle bir durumda alt dereceli mahkeme delillerin değerlendirilmesi görevine üstlenmek yerine görevsizlik kararı vermelidir. Karar da mudiye ait hesaptan sanıkça para çekilmesi, banka hesap kayıtları, hesap hareketleri gibi dokümanlar belirti delili olarak kabul edilir.

¹⁰⁹³ 5. CD 2005/18579 E., 2006/343 K. Ağır ceza mahkemesinde yargılama yapılması gereken suçlar bakımından, teşebbüs halinde kalan bir suçun söz konusu olması halinde, suçun temel hali bakımından görevli olan ağır ceza mahkemesi teşebbüs halinde kalan suçun yargılamasında da görevlidir.

Her mahkemenin ancak madde yönünden yetkili olduğu dâvalara bakabilmesi, kamu düzenini ilgilendirir. İlgililerin madde yönünden yetkisizlik dâvası açmaları, yani böyle bir iddiada bulunup bu hususta karar verilmesini istemeleri mümkün olduğu gibi, mahkeme de kendiliğinden karar verebilir. Madde yönünden yetkisizlik dâvası, asıl dâvayı gören mahkemede, sözlü veya yazılı bir talep ile açılır. Bu talî dâvaya aynı mahkeme bakar.¹⁰⁹⁴

Madde yönünden yetkisizlik kararı, davacının¹⁰⁹⁵ veya davalının tavsifine dayanamaz. Hâkimin tasvifi ise, geçicidir. Bu sebeple oyunu belli etmiş sayılamaz.

Madde yönünden yetkinin kamu düzenini ilgilendirmesinin bir diğer ve yer yönünden farklı sonucu da muhakemenin “her hal ve derecesinde” (kovuşturma evresinin her aşamasında) ele alınıp gerekli kararın verilebilmesidir (CMK 4/1). Bu demektir ki kaide olarak zaman bakımından bir sınırlama yoktur.¹⁰⁹⁶ Ancak bir “önkoşul” vardır, o da iddianamenin kabul edilmiş olmasıdır. İşin mahkemenin görevini aşması halinde, iddianamenin kabulünden sonra, kovuşturmanın her evresinde görevsizlik kararı verir (CMK 5).

Bunun ilk mahkemelerdeki yargılamada tek istisnası, yüksek mahkemenin iddianamenin kabulünden sonra, yargılamanın bir alt dereceli mahkemeye ait olduğu gerekçesi ile görevsizlik kararı verememesidir (CMK 6).¹⁰⁹⁷

CMK burada bir çıkmaz sokak yaratmıştır: görevsizlik kararı “kovuşturma evresinde” verilebileceğine göre, iddianamenin kabul edilmiş olması (CMK 175) şarttır. Fakat yargılamanın alt dereceli bir mahkemeye ait olduğu gerekçesiyle” görevsizlik kararı, “iddianamenin kabulünden sonra” verilememekte idi (CMK 6).¹⁰⁹⁸ Bu tutarsızlık üzerine yasa değiştirildi ve “duruşmada suçun hukuki niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye¹⁰⁹⁹ gönderilemez” hükmü kabul edildi (CMK “2006-5560” 6).

¹⁰⁹⁴ Bu mahkeme, madde yönünden yetkisizlik iddiası dolayısı ile bu konuda uyumsuzluğu çözmek üzere, daha yüksek mahkemenin çözeceği meseleyi de zarurî olarak ele alacak ve meselâ ölüme sebebiyetten dolayı açılan dâvada öldürme kastının bulunup bulunmadığına da asliye mahkemesi karar verebilecektir (CGK 24/11/58, 79/76, *Çağlayan* “66”, I, 40). Bunun aksini düşünmek (4. CD 27/9/62, *Çağlayan*, “66” II, 525) yüksek mahkemeye gidilmek gerektiği iddiası ile yapılan yetkisizlik iddialarının otomatik olarak kabulü sonucunu doğurur ki bunun da isabetsizliği açıktır.

¹⁰⁹⁵ Mahkemenin, iddianamedeki kanun maddesi ile hukukî tavsif çatıştıyorsa savcının tavsifine bakarak madde yönünden yetkisizlik kararı verebileceği görüşü (CGK 15/11/76, *Çağlayan* “81”, II, 800) gibi iddianamedeki kanun maddesine göre madde yönünden yetkisizlik kararı verebileceği görüşü de (CGK 10/5/76 YKD 77/7 990) muhakeme hukukunun esaslarına aykırıdır, zira hâkimleri tarafından mütalâaları ile bağlamak anlamına gelir.

¹⁰⁹⁶ Mülga Kanunumuz, duruşmada verilen madde yönünden yetkisizlik kararını, son soruşturma açılması kararına benzetmişti (CMUK 263/2). Bu sonuncu karar ilksoruşturma ile beraber 1985 de kalkınca, mahkemelerimiz hikmetini anlayamadıkları bu benzetmeden de kurtuldular. Gerçekten, “aynı sonuçları doğurur ve aynı şartlara tâbi olur” derken kanunun maksadı, ilksoruşturmaya dönülmesi, onun gibi duruşma başında okunması idi, daha önce yapılmış olan son soruşturmayı ilk soruşturma saymak değildi. Aksine yorum (CGK 15/3/71 İKİD 71, 590 keza 15/2/77 tarihli İçBK gerekçesi) esaslara ters düşmekteydi. Toroslu da (1998, 58), madde yönünden yetkisiz mahkemenin yaptığı işlemlerin geçerli olup olmadığı konusunda kanunda açıklık bulunmadığını vurgulamakta ve madde yönünden yetkinin kamu düzeni ile ilgili olmasına dayanarak bu tür işlemleri geçersiz saymak gerektiğini belirtmektedir.

¹⁰⁹⁷ 1985.3206 numaralı kanunla 263. madde değiştirilirken, suçun dâvayı gören mahkemenin “görevini” aşmasının yanında “veya dışında kaldığı anlaşılırsa” denilmiş olması, aşağı yetkili mahkemeye gönderilmek üzere de madde yönünden yetkisizlik kararı verilebileceği yolunda yorumlanmalıdır, zira bu konuyu düzenleyen 262. maddeye dokunulmuş değildir. Bu ilâve kelimeler Mecliste gerekçesiz bir önerenin müzakere yapılmadan kabulü ile maddeye girmiştir. Yorum yolu ile 262. maddenin ilga edilmiş olduğu elbet kabul olunamaz. Öyle tahmin ediyoruz ki, “dışta kalmanın” ilâvesi, buradaki “görevin” “madde yönünden yetki” olduğu bilirse de, açıkça düzenlenmemiş olması yüzünden “görev yönünden yetkinin” göz önünde tutulması nedenine dayanmaktadır.

¹⁰⁹⁸ Bir önceki basıda bu durumu tenkit etmiş ve “anlaşılan mahkeme “taslak iddianameyi” (CMK 170) alınca, önce madde yönünden görev konusunu inceleyecek ve alt dereceli mahkemenin görevli olduğunu görürse, iddianameyi iade edecektir (CMK 174). Ancak, o zaman kovuşturma evresi henüz başlamamıştır ki. Kanun değiştirilmeli ve mülga Kanundaki düzenlemeye dönülmelidir”, demiştik.

¹⁰⁹⁹ Mülga Kanun (CMUK 262) yüksek mahkemenin duruşmada aşağı mahkemenin yetkili olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı veremeyeceğini kabul etmekte idi. Bu nedenle madde yönünden yetkisizlik kararının duruşma başlamadan önce

CMK'nın görevle ilgili hükümlerine göre (CMK 4, 5, 6), mahkeme, iddianameyi aldığı sırada “kovuşturma evresi” başlamış olmadığı için, görevsizlik nedeniyle iddianameyi iade edemeyecektir. Oysa, iddianamenin yetki ve görev kurallarına aykırı olarak düzenlenmesi CMK 170/3 maddeye aykırı olduğu için, iddianamenin iadesi nedenidir (CMK 174/1-a). Görüldüğü gibi, 2006-5560 sK ile değişen CMK 6 da bu “genel sorunu”¹¹⁰⁰ çözebilmiş değildir.

İddianameyi alan mahkemenin, kendi görevine girmese bile, önce iddianamenin kabulü kararı vermesi, sonra görevli mahkemeye göndermesi (CMK 5/1) ve görevsizlik kararına itiraz edilmesi (CMK 5/2), usul ekonomisine aykırıdır, davaları uzatan bir etmendir.

Bizce bir diğer istisna da temyiz yargılamasından önce, fakat hükmün verilmesinden sonra madde yönünden yetki normundaki değişiklik bakımından tanınmalı, verildiği zaman yetkili ve “tabii hâkim ilkesine” uygun olan mahkemenin kararı, sırf bu yüzden bozulmamalıdır.¹¹⁰¹

Adli yargı içerisindeki mahkemeler bakımından verilen madde yönünden yetkisizlik (görevsizlik) kararlarına karşı itiraz¹¹⁰² edebilir (CMK 5/2). İtiraz merciinin kararı kesindir (CMK 271). Ancak bu kesinlik sonuç, yani yetki bakımından olup, gerekçe mahkemeyi bağlamaz.¹¹⁰³ Bu kesinlik mahkemeyi görevini aşan işe bakmağa mecbur edeceğinden, madde değiştirilmeli, tekrar itiraz kabul edilmelidir.

CMK da yapılan düzenleme ile “adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı kanun yolu bakımından hüküm sayılır” (CMK 223/10) hükmü kabul edilerek, bazı görevsizlik kararlarına karşı temyiz yolu açılmıştır.

II. Yokluk müeyyidesi.

Madde yönünden yetkisiz mahkemenin¹¹⁰⁴ yapmış olduğu işlemler, yenilenmesi mümkün olan işlemler ise, hükümsüzdürler (CMK 7).¹¹⁰⁵

Biz, işlemin “yenilenmesi mümkün olan ve mümkün olmayan” ayrımından ziyade, işlemin madde yönünden yetki kavramına, yani asıl ceza dâvasının kovuşturma evresi bakımından yargılama yetkisinin bölüşülmesine sıkı sıkıya bağlı olup olmamasına göre bir ayrım yapılmasını öneriyoruz. Birinciler, ancak madde yönünden yetkili mahkemece yapılabilecek işlemlerdir. Bunlar, madde yönünden yetkili

verilemeyeceği yolundaki içtihat bizce isabetli değildi. Duruşmanın tamamlanmasından sonra verilebileceği yolundaki kararlara da evleviyetle katılamamaktaydık. Bizce bu karar hattâ duruşma hazırlığında da verilebilirdi.

¹¹⁰⁰ “Genel sorun” şudur: iddianamenin mahkemeye verilmesi anı ile, iddianamenin kabulü kararı verilmesi arasındaki muhakeme evresinin adı nedir? Bu evrede tutukluluk durumunun devamı kararı verilecek ise, sulh ceza hâkim liği mi verecektir, yoksa mahkeme mi yetkilidir? Bu evre, kanunda düzenlenmesi unutulmuş “ara soruşturma” (*Zwischenverfahren*) evresidir.

¹¹⁰¹ Gerçekten olay mahkemesi sonkararını verdikten sonra ve temyiz yolu yargılamasından önce kanun değişmiş ve madde yönünden yetki başka mahkemeye verilmişse, sonkararı sırf bu sebeple bozmak (4.CD 10/9/53, Ç. III, 590; 8. CD 29/5/85 YKD 85/12 1854) hatalı olur. Esas bakımından doğru olan ve verildiği zamanki kanuna göre de yetkili mahkemece verilmiş bulunan kararı bozmakla ne kazanılacaktır? Madde yönünden yetkinin kamu düzenini ilgilendirmesi madde yönünden yetkisizlik kararı verebilecek mahkemeler bakımındandır.

¹¹⁰² Mülga Kanun sadece savcıya, iddia ettiği için daha aşağı bir mahkemenin yetkili sayılması halinde acele itiraz yolunu açmıştı (CMUK 263/2).

¹¹⁰³ 9. CD 10/3/75 YKD 75/5, 176.

¹¹⁰⁴ 10. CD E. 2006/2853 K. 901: CMK 23/3 de, “yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki mahkemede görev alan hâkimin, aynı işte görev alamayacağı” düzenlenmiştir. “Yargılamada görev almak” teriminden, “kovuşturma aşamasında herhangi bir işlem yapılmasını” anlamak gerekir. Mesela, yargılanmanın yenilenmesi davasında, önceki yargılamanın duruşma hazırlığını yapan hâkimin görev alamayacağı, Yargıtay tarafından kabul edilmektedir.

¹¹⁰⁵ Meselâ İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu, konuyu oldukça ayrıntılı biçimde düzenlemiştir. Kaide işlemin batıl olmasıdır. İstisnalar, yeniden yapılamayan işlemlerle yetkisizlik ileri sürülmeden yüksek mahkemenin kendisini yetkili sayarak aşağı mahkemenin yetkisine giren bir işte karar vermesi bakımındandır. Bu karara karşı bu yüksek mahkeme, aynı zamanda asıl yetkili aşağı mahkemenin kararını ikinci derecede ele alacak mahkeme ise, ikinci derece yoluna gidilmesi dahi kabul edilmemiştir (CPPI 34).

sayılan ikinci mahkemece mümkünse yeniden yapılabilmeli, bunun için onların ortadan kaldırılmasına (iptaline) ihtiyaç duyulmamalı, yani kaide *müeyyidenin hukuk bakımından yok sayılması* olmalıdır.¹¹⁰⁶

Bu kaideye (meselâ birinci mahkemece dinlenmiş olan tanığın ölmesinde olduğu gibi) yeniden yapmanın mümkün olmaması veya (birinci mahkemece dinlenmiş olan tanığın istinabe ile dinlenmiş tanık gibi sayılabilmesinde olduğu gibi) yeniden yapmağa ihtiyaç duyulmaması hallerinde gerektilikçe diğer hallerde istisnalar elbet kabul edilebilecektir.

Keza işlemin bir başka makam tarafından ortadan kaldırılması için kanun yolu tanınmış olan hallerde, yokluk müeyyidesinin söz konusu olamayacağı da açıktır. Bu da kaidenin bir istinasını oluşturacaktır. Buna karşılık (meselâ talî bir dâvanın çözülmesinde olduğu gibi) madde yönünden yetki kavramının da dışında kalan ikinci grupta işlemlerin, sırf mahkeme madde yönünden yetkisiz diye, yeniden yapılması elbet gerekmez.

Bu nedenle meselâ birinci mahkemenin verdiği tutuklama veya ihtiyati tedbir kararı, soruşturma evresinde verilen tutuklama kararının kovuşturma evresinde de hükmünü sürdürmesinde olduğu gibi, geçerliğini korumalıdır.¹¹⁰⁷

194. YÜKSEK YETKİLİ MAHKEMENİN GÖREVSİZLİK KARARI VEREMEMESİ.

“Çoğu yapan, azı da yapar”. Bu nedenle, yüksek yetkili mahkeme “yargılamanın alt dereceli bir mahkemeye ait olduğu”, yani “madde yönünden yetkisinin altında kaldığı kabul edilen işlere”, istisna

¹¹⁰⁶ Temyiz kabiliyeti olan bir kararı “itiraz” yolu ile inceleyen bir mahkemenin verdiği karar da “hukuki değerden yoksun ve hiçbir soruşturma doğurmayan”, “yok hükmünde” bir karardır (8. CD. 16.9.2002, E. 2002/9675, K. 2002/8081, Tebliğname No. 8/2002-148724).

¹¹⁰⁷ İlk 7 basıda bir ayırım yapmamış, madde yönünden yetkisiz olduğu anlaşılan mahkemenin çeşitli işlemlerini tek bir çözüme bağlamaya çalışmıştık. Bu yolla iyi bir sonuç alınmadığını gördüğümüzden 8. basıda bir ayırım yaptık. Bu konuda görüşler çok farklıdır. Bunları önce işlemlerin hükümsüz olup olmadıkları bakımından ikiye ayırabiliriz. Meselâ *Kantar* (s. 12), *Erem*, (n. 53-54), *Selçuk* (Ceza yargılamasında görev kuralına esneklik getiren olanaklar. YD 79/4 761) hükümsüz değil (yani geçerli) demektirler. Uygulamada madde yönünden yetkisiz mahkemede dinlenen tanıkların tekrar dinlenmesine lüzum görülmediği yani geçerli kabul edildiği ve bunun ikinci duruşmanın birincisinin devamı olması ile açıklandığı vardır (1. CD 14/4/64 *Çağlayan* “66” II, 518; 2. CD 8/3/73 *Selçuk*’tan nakil, s. 61). Ancak, kişi yönünden yetkisizlik kararı veren askerî mahkemenin dinlendiği tanığın ifadelerinin okunması ile yetinmeği, sanık razı da olsa, kabul etmeyen karar da vardır (CGK 10/5/82 YKD 84/12/1831). Bu karar, duruşmanın sözlülüğü prensibine ve işlemlerin yenisi yapılmaya kadar hüküm ifade edeceği görüşüne dayanmıştır. Buna karşılık, biz, bundan önceki basılarda, işlemlerin hükümsüz (yani geçersiz) olduğu görüşünü ileri sürmüş, fakat istisnalar da kabul etmiştik. Yurtcan da bu görüştedir fakat istisnalardan söz etmemektedir (s. 79). Ancak geçersiz veya hükümsüz demek yetmemekte, müeyyidenin ne olduğunu da açıklamak gerekmektedir. Biz geçersizlikten “hukuk bakımından yokluk”u anladığımızı belirtmiştik. İtalyan Kanunu kaide olarak butlan müeyyidesini öngörmektedir. Bizde de kanun yolu kabul edilen hallerde işlemin varlığı, iptal edilinceye kadar kabul edilmiş demektir. Diğer taraftan ileri sürülen gerekçelerin de tartışmaya açık yönleri vardır. *Tosun* ve *Selçuk* yargılama birliğine dayanmaktadırlar. *Tosun* fazla olarak yer yönünden yetkiyi de örnek almaktadır. İlâve edelim ki *Tosun* kanun yolu istinasından söz ettiğimize ve bununla müeyyidenin butlan ve işlemin var olduğunu ifade eylediğimize bakmadan, bizim, kanun yolu sonuçlanmaya kadar işlemleri yok saydığımızı söylemekteyiz (s. 553). Bizce, yargılama birliği gerekçesi isabetli değildir. Zira madde yönünden yetki, yargılama birliği içindeki mahkemeler arasında kamu düzenine dayalı bir yetki bölüşmesi demektir. Bu bölüşme o kadar kesindir ki mahkemeler yetkisizliklerini her zaman hattâ kendiliklerinden göz önünde tutmağa mecburdurlar. Bunun yüksek mahkemenin bakabilmesi bakımından bir istisnası varsa da aşağı mahkemenin bakması asla kabul edilmemektedir. Görülüyor ki madde yönünden yetki, âdeta yargılama birliğinin bu bakımdan inkârı gibidir. İşlemlerin geçerliğini açıklamak için yargılama birliğine dayanılması, madde yönünden yetkinin esasına aykırı düşmektedir. Yer yönünden yetkiye kıyas da mümkün olamamak gerekir. Çünkü yetkinin bu iki çeşidinin temelleri tamamen farklıdır. *Kantar* açık bir gerekçe göstermemekle beraber, ikinci mahkemede ki sonsoruşturmanın birinci mahkemede ki devamı niteliğinde olduğunu, bu nedenle istinabe suretiyle dinlenmiş tanığa ait belgelerin ikincide okunabileceğini, birincide yeminle dinlenmiş tanığa ikincide yemin verilmeyeceğini söylemektedir (s. 282). Burada dikkat edilecek nokta, *Kantar*’ın devamıdır demeyip, tanığın ikinci mahkemede dinlenmeyeceğinden değil, yemin verilmeyeceğinden söz ettiğidir. Bunlarda bizim de tereddüdümüz yoktur. Uygulamada, orada dinlenen tanıkların burada dinlenmesine lüzum görülmemesinin aynı duruşmanın devamı ile açıklanması (1. CD 14/4/64 *Çağlayan* “66” II, 518; 2. CD 8/3/73 *Selçuk*’tan nakil, s. 761) bir esneklik ama, acaba maslahata yani kamu yararına kayıtsız şartsız uygun mu? Sanmıyoruz. İkinci mahkemenin birinci mahkemede dinlenen tanığı tekrar dinlememesinin sebebi, bizce, ikincideki duruşmanın birincideki duruşmanın devamı niteliği taşıması olmayıp, ikinci mahkemenin tanık beyanı delilinden vazgeçip yazılı belge deliline dayanmağı tercih etmesidir. Gerçekten her mahkeme ancak kendi duruşmasında “dinlediği” tanığın beyanına dayanabilir. Duruşmanın vasıtasızlığı, böyle sağlanır. Aynı mahkemede bile talik halinde duruşmaya yeniden başlanmasını prensip olarak kabul etmiş olan kanunumuzun başka mahkemede ki duruşmadan sonra duruşmaya yeniden başlanacağını kabul etmeyeceği düşünülemez. Gerçi biz bu prensipten 1936 da epey ayrıldık. Ama bu ayrılış, başka mahkemelerdeki duruşmadan sonra yeni duruşma başlayacağını inkârı anlamına elbet gelmemelidir.

olarak şu hallerde¹¹⁰⁸ bakabilir: 1) Duruşmada suçun hukuki niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemez (CMK 6).¹¹⁰⁹ 2) Bağlantılı davaların yüksek yetkili mahkemede birleştirilmesi mümkündür.

Mülga Kanun uyarınca da *duruşmada anlaşılan* vasıf ve mahiyet ileri sürülerek bir dâvanın aşağı yetkili mahkemeye ait olduğundan bahisle yetkisizlik kararı verilemezdi (CMUK 262).¹¹¹⁰ Bu istisna mülga Kanuna 1936'da alınmıştı.¹¹¹¹

Duruşma açıldıktan sonra olsun veya olmasın, yüksek mahkemenin yetkisizlik kararı vermemesinin teminat bakımından sakıncası yoktur, çünkü yüksek mahkeme daha teminatlıdır.¹¹¹²

195. BAĞLANTILI MUHAKEMELERİN BİRLEŞTİRİLMESİ.

Yargılanacak uyuşmazlıklar arasında bağlantı olur ve bunlar başka başka mahkemelerin madde yönünden yetkisine girerse dâvalar, daha doğrusu muhakemeler, yüksek mahkemede birleştirilebilir. Bağlantılı suçlardan her biri değişik mahkemelerin görevine giriyorsa, bunlar hakkında birleştirilmek suretiyle yüksek görevli mahkemede dava açılabilir (CMK 9). Görülmekte olan bağlantılı davaların kovuşturma evresinin her aşamasında, birleştirilmesine veya ayrılmasına, yüksek görevli mahkemece karar verilebilir (CMK 10/1). Birleştirilen davalarda, bu davaları gören mahkemenin tabi olduğu yargılama usulü uygulanır (CMK 10/2). İşin esasına girdikten sonra ayrılan davalara aynı mahkemede devam olunur (CMK 10/3).

İcra tetkik mercilerinin yetkisine giren ceza davaları, diğer ceza davaları ile birleştirilemez (İİK 346). Özel mahkemelerle genel mahkemeler arasında madde yönünden yetki bakımından aşağılık - yukarılık ilişkisi olmadığından, özel mahkemede görülen bir dâva ile genel mahkemede görülen bir dâva da birleştirilemeyecektir.¹¹¹³

Muhakemeler ya dâva açılırken birleştirilir ve dâvalar birlikte açılır, yahut açılmış olan diğeri ile birleştirilmek üzere dâva açılır, yahut dâvalar ayrı ayrı açıldıkları halde muhakemeler sonradan birleştirilir:

a) Dâvaların birlikte açılması suretiyle muhakemeleri birleştirme yetkisi savcındır. Savcı tek ise mesele yoktur. Savcılar birden fazla ise, yani maddi yönünden yetki meselesine bir de yer yönünden yetki meselesi karışıyorsa, savcıların anlaşması gerekir.

¹¹⁰⁸ Mülga Meşhut Suçların Muhakemesi Kanuna giren meşhut suçlara ait sulhlük davalara 2005 yılına kadar, asliye ceza mahkemesinde bakılıyordu (Mülga 1932-3005 m. 15).

¹¹⁰⁹ Madde 2006-5560 değişikliği öncesinde, "İddianamenin kabulünden sonra, yargılamanın alt dereceli bir mahkemeye ait olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilemez" şeklinde idi.

¹¹¹⁰ Yüksek mahkeme duruşmada anlaşılan vasfa göre aşağı mahkeme yetkili diye yetkisizlik kararı veremediğine göre, iddianamede yanlış fıkra gösterildiğini duruşmada anlaması halinde de yetkisizlik kararı vermez (k-m: 7. CD 3/3/66, RKD 66, 75).

¹¹¹¹ İlk şekilde, mehzadaki sisteme uygun olarak, uyuşmazlığın yüksek mahkemeye geldiği ne vakit anlaşılırsa anlaşılın, yetkisizlik kararı verilemiyordu. Madde yönünden yetkisizlik kararını sadece aşağı yetkili mahkemeler verebiliyordu. Bu tâdilin sebebi, tahminimize göre, aşağı mahkemelerin işi başından atmalarına engel olmak ve yüksek mahkemelerin işini azaltmaktır. Tâdilde, yüksek mahkemenin duruşma açıldıktan sonra madde itibarıyla yetkisizlik kararı veremeyeceği belirtilmekle, *duruşma açılmadan* yetkisizlik kararı verebileceği ifade edilmişti. (Taner, 318; Kantar, 280. Duruşmada anlaşılma tâbiri, duruşmadaki soruşturmadan anlaşılma diye yorumlanmaktadır (7. CD 3/3/66, RKD 66, 75; 3. CD 2/6/64 *Çağlayan* "66" II, 500). Maksat, sanıklar, tanıklar davet edilip duruşmaya başlandıktan sonra işi bitirivermek olduğuna göre, bu yorum işi uzatmaktan başka bir şeye yaramamaktadır. Aynı nedenle, bu yetkisizlik konusunun ilk talî dâva konusu sayılması da kabul olunamaz.

¹¹¹² Sırf yüksek mahkemeye kolaylık olsun diye 1936 da verilen bir imkânı kullanmayıp dâvaya baktı diye bozmak (9. CD 30/3/77, YKD 77, 889; 5. CD 30/12/87 YKD 88/7 998) isabetsizdir.

¹¹¹³ Milli Korunma Mahkemelerinin bakacağı dâvalar ile diğer dâvaların birleştirilemeyeceği kabul edilmişti (2. CD 13/1/44, 5193/60, AdD 44, 43).

b) Dâvanın biri açılmış ve muhakeme devam etmekte iken, savcı o dâva ile bağlantılı olan fakat aşağı mahkemenin yetkisine giren bir suç hakkında da dâva açacaksa, birleştirmeye uygun buluyorsa, dâvayı yüksek mahkemede açabilir. Savcılar farklı iseler, yine anlaşmaları lâzımdır.

c) Dâvalar ayrı mahkemelerde açılmış ise, birleştirme mahkeme kararı ile olur. Bu kararı yüksek yetkili mahkeme verir (CMK 10). Yüksek yetkili mahkeme, müşterek yüksek yetkili mahkeme olmayıp, birleştirilecek dâvaları görenlerin yükseğidir.¹¹¹⁴ Birleştirme için talî bir ceza dâvası açılabileceği gibi, mahkeme de kendiliğinden karar verebilir.

Bağlantı dolayısı ile birleştirilen dâvaların ayrılmasına karar verilebilir (CMK 10). Muhakemeler yüksek mahkemede birleşmiş olduğundan ayırma kararını da bu mahkeme verecektir.

196. GÖREV UYUŞMAZLIKLARI.

I. Görevlilik ve görevsizlik uyuşmazlıkları.

Mahkemeler arasında görev konusunda uyuşmazlıklar çıkabilir. Ya hepsi kendilerini madde yönünden görevli sayarlar. Buna *görevlilik uyuşmazlığı* diyeceğiz yahut hepsi kendilerini yetersiz sayarlar. Buna da *görevsizlik uyuşmazlığı* adını vereceğiz.

Her iki çeşit uyuşmazlık, bölge adliye mahkemesinde açılan merci tâyini adı verilen bir çeşit talî dâva açılmakla çözülür: Bölge adliye mahkemesi ceza daireleri yargı çevresi içerisinde bulunan adli yargı ilk derece ceza mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek ve yargı çevresindeki adli yargı ilk derece ceza mahkemeleri hâkimlerinin davayı görmeye hukukî veya fiilî engellerinin çıkması hâlinde, o davanın bölge adliye mahkemesi yargı çevresi içerisinde başka bir adli yargı ilk derece ceza mahkemesine nakli hakkında karar vermekle görevlidir (AdlyMK 37).

II. İtiraz kanun yolu.

Madde yönünden yetki sorununu mahkemeyi ve Yargıtay'ı bağlayacak biçimde çözen bir diğer yol da itirazdır. Gerçekten Adli yargı içerisindeki mahkemeler bakımından verilen görevsizlik kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir (CMK 5/2).¹¹¹⁵ İtiraz merciinin kararı da kesin olduğundan, ters sonuçlar doğabilir.¹¹¹⁶ Bunu önlemek ise mümkündür. İtiraz kabul edilmemelidir.

23. § HÂKİM: YER YÖNÜNDEN YETKİ

197. Yer yönünden yetkide gaye ve sistemler. 198. Türkiye'de işlenen suçlarda ana kıstas. 199. Türkiye'de işlenen suçlarda yedek kıstaslar. 200. Türkiye'de işlenen suçlarda istisna. 201. Yabancı ülkede işlenen suçlarda yetki. 202. Türk deniz veya hava nakil vasıtalarında veya bu vasıtalarla işlenen suçlarda yetki. 203. "Muhakemenin nakli" suretiyle yetkisiz mahkemeye yetki verilmesi. 204. Genel nitelikte zorunlu hallerde, yer yönünden yetkisiz mahkemelere yetki verilmesi. 205. Bağlantı dolayısı ile yer yönünden yetkisiz mahkemeye yetki verilmesi. 206. İstinabe. 207. Yer yönünden yetkisizlik dâvası. 208. Yer yönünden yetkisizlik kararı ve zamanı. 209. Yer yönünden yetkisiz hâkimin yaptığı işlemler. 210. Yer yönünden yetki uyuşmazlıkları.

197. YER YÖNÜNDEN YETKİDE GAYE VE SİSTEMLER.

I. Esas mahkemelerin yetkisi.

Yer yönünden yetki, asıl ceza muhakemesinde yargılama yetkisinin olay (esas) mahkemeleri arasında belli bir yer ölçüsüne göre bölüşülmesinde her mahkemeye düşen yetki hissesi demektir. Yer yönünden yetki meselesi de yargılama makamlarının sadece mahkeme çeşidi bakımındandır. Millet ve

¹¹¹⁴ 4. CD 28/12/43, 11460/7856.

¹¹¹⁵ 1412 numaralı CMUK ise, sadece savcıya, iddia ettiğinden daha aşağı bir mahkemenin yetkili sayılması halinde *acele itiraz* yolu kabul edilmişti (CMUK 263/2).

¹¹¹⁶ k-m: 6 CD 27/3/65 *Çağlayan* "66" I- 28. Bu içtihat, madde itibarıyla yetkisizlik kararlarına karşı kanun yolu tanınmanın gayesine ters düşmektedir.

madde yönünden yetkisi eş olan mahkemeler arasında ülkenin bölüşülmesi, çevrelere ayrılması gerekmiştir.

Talî ceza muhakemeleri bakımından da yargılama makamları arasında yer yönünden bölüşme yapılır. Soruşturma evresinde hangi sulh hâkimine başvurulacağı, yargılamanın hangi mahkemede yenileneceği gibi meseleler bunu gösterir. Yer yönünden yetki bu evrede soruşturmayı yürüten makama ve işlemin yapılacağı yere göre belirlenir. Ancak bunlar, yetkinin yer yönünden değil, görev yönünden bölüşülmesidir.

Mahkemelerin yargılama çevreleri, kuruluş ve ulaştırma imkânlarına göre tayin olduğundan idarî teşkilâta uymayabilir. Bugün mahkemelerin yargılama çevrelerinde bir değişiklik yapılması, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun uygun görmesine bağlıdır (HSKK 4). Bu çevreyi eskiden Adalet Bakanlığı tayin ederdi.

Kanun, yer yönünden yetkiye sadece, sanki diğer bölüşmeler yetki ile ilgili değilmiş gibi, “yetki” denmektedir. Biz, karışıklığa meydan vermemek için, “yer yönünden yetki” tâbirini tercih ediyoruz.

II. Yer yönünden yetkisizlik davasının zamanı.

Bu dava duruşmadaki sorgudan önce açılır (CMK 18). Yer yönünden yetki bölüşülmesi, maslahata uygunluğa dayanır. Ceza dâvalarının belli bir yerde görülmesi, kolaylık sağlamak içindir. Fazla kolaylık nerede sağlanacaksa, oranın mahkemesi baksın denir. Madde yönünden yetkiden farklı olarak, sanığa teminat tanımak kaygısı burada yoktur.¹¹¹⁷ Ağır ceza mahkemesi sulh mahkemesine nazaran daha teminatlı olduğu için, kanun, sanık razı olsa bile, madde itibarıyla yetki kaidelerinden ayrılmayı kabul etmez. Buna karşılık, faraza İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi ile Kadıköy Ağır Ceza Mahkemesi teminat bakımından farksız olduğundan, yer itibarıyla yetkisizlik dâvalarının açılması zaman bakımından kayıtlanmıştır. Zamanı geçince artık yer yönünden yetkisizlik ileri sürülemez ve dâva, aslında yetkisizlik olduğu halde, tarafların zımnen yetkiyi kabul etmeleri yüzünden *yer yönünden yetkili kılınmış olan mahkemede* görülebilir.

III. Yetkiyi belirlemedeki sistemler.

Yer yönünden yetkiyi tâyinde kanunlar iki yol tutarlar. Birden fazla yer mahkemesine aynı zamanda yetki ya verilir ya verilmez. Eski kanunumuz birinci sistemi, mülga CMUK ve bugünkü kanun, hattâ mehazdan ayrılmak suretiyle ikinci sistemi kabul etmiştir.

Birden fazla yer mahkemesine aynı zamanda yetki vermenin, kovuşturmaları muhakkak sağlamak gibi bir faydası vardır. Fakat bunlardan her birinin, nasıl olsa diğeri harekete geçer diye hareketsiz kalması gibi, hepsinin birden harekete geçmesi imkân ve hattâ ihtimali de vardır. Böylece yer yönünden yetki bakımından uyuşmazlıklar çıkar ve bunların çözülmesi vakit aldığından muhakemenin uzamasına sebep olur. Onun içindir ki, tek mahkemenin yetkili kılınması tercih edilmelidir.¹¹¹⁸ Bu sistemde yetkiyi tâyin eden ana kıstasın tesbiti ile de yetinilmemekte, bu kıstasın uygulanamaması ihtimali gözönünde tutularak yedek kıstaslar da kabul olunmaktadır. Bu yedek kıstaslar arasında bir sıranın kabulü, daima bir yer mahkemesinin yetkili olmasını sağlamaktadır.

Kanunumuz yer yönünden yetkiyi düzenlerken suçları, Türkiye’de işlenenler (No. 198-200), yabancı memleketlerde işlenenler (No. 201), Türk deniz ve hava nakil vasıtalarında veya bu vasıtalarla işlenenler (No. 202) olmak üzere üçe ayırmıştır.

198. TÜRKİYE’DE İŞLENEN SUÇLARDA ANA KISTAS.

Kanunumuz Türkiye’de işlenen suçlar grubunda ana kıstas olarak *suçun işlediği yeri* kabul etmiştir (CMK 12/1). CMK, TCK’daki düzenlemeye uygun bir biçimde teşebbüste son icra hareketinin

¹¹¹⁷ Bu bölüşme tabîi hâkimi belirtmek için yapılmaz (*Clerc*, n. 39, 41). Hâkim, yetkisi önceden belli edildiği için tabîi hâkim olur.

¹¹¹⁸ *Taner*, 71.

yapıldığı, “kesintisiz” suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve “zincirleme” suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesinin yetkili olmasını kabul etmiştir (CMK 12/2).¹¹¹⁹

Kanunun, suçun işlendiği yeri gösteren hükümleri bundan ibarettir. Bu hükümler birçok hallerde yetmediğinden İlmî ve İctihâdî Hukuk (No. 310, 311) boşlukları doldurmağa çalışmaktadır.¹¹²⁰

a) Suçun işlendiği yerden maksat, neticesi harekete bitişik suçlarda “maddî unsur olan netice”nin meydana geldiği yerdir. “Cezalandırılabilme şartı olan netice”nin meydana geldiği yerin yetkiye tesiri yoktur.

b) Neticesi hareketten ayrılabilen suçlarda, isabet de hareket de Türkiye’de olmak şartıyla, harekete bakılmalıdır.¹¹²¹ Suçun orada işlendiğinde şüphe yoktur, zira suçu işleyen faildir ve o da orada işlemiştir. Fazla olarak neticenin meydana geldiği yerde de suç işlenmiştir diyemeyiz, zira kanunun “tek mahkemeye yetki vermek sistemi”ne aykırı olur. Suç kısmen hariçte kısmen Türkiye’de işlenmiş ise, hangi memlekette işlenmiştir meselesi ile karşılaşırız. Millet yönünden yetkiyi de ilgilendiren bu mesele, aradaki fark yüzünden farklı çözümler. Hareket ve neticeden veya hareket ve isabetten biri suçun Türkiye’de işlenmiş sayılmasına yetince (No. 186), Türkiye’de işlenme yerini tâyin için de sadece ona bakılması gerekir. Nitekim, Türk Ceza Kanunu, “filin kısmen veya tamamen Türkiye’de işlenmesi veya neticenin Türkiye’de gerçekleşmesi halinde, suçun Türkiye’de işlenmiş sayılacağını” açıkça kabul etmiştir (TCK 8/1).

c) İhmalî suçlar, hareket nerede yapılmalı idiye orada işlenmiş sayılmalıdır.

199. TÜRKİYE’DE İŞLENEN SUÇLARDA YEDEK KISTASLAR.

Yer yönünden yetki bir sıraya konulmuş olan yedek kıstaslara göre de tâyin edilmiştir: Kanun buna *özel yetki* adını vermiştir. Özel yetkiyi gösteren yedek kıstaslar sırası ile şunlardır (CMK 13):

I. Şüpheli veya sanığın yakalandığı veya tutuklandığı yer.

Suçun işlendiği yer belli değilse, başvurulacak ilk yedek kıstas şüpheli veya “sanığın yakalandığı yer” kıstasıdır. Yakalama tâbiri hürriyetin tahdidi mânâsındadır. Tutuklama kararı ile tutuklama da buraya girdiğinden, yakalama ile tutuklama ayrı şeyler olduğundan kanunda ayrı gösterilmelidir. Sonradan sanığın kaçması, belirlenen yetkiyi değiştirmez.

II. Şüpheli veya sanığın yerleşim yeri.

Sanık yakalanmamış veya tutuklanmamışsa yerleşim yeri kıstasına sıra gelir. Yerleşmek niyetiyle oturlan yer olan (Türk Medeni Kanunu 19 “yerleşim yeri” demıştır) ikametgâh, dâva açıldığı sıradaki yerleşim yeri, sonradan değişmesi yetkiye tesir etmez.¹¹²²

III. Şüpheli veya sanığın Türkiye’de (en) son adresinin bulunduğu yer.

Sanık dâva açıldığında Türkiye’de ikamet etmiyorsa üçüncü kıstasa başvurulacak, en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır (CMK 13/2).

IV. İlk usul işleminin yapıldığı yer.

İlk üç yedek kıstasla yetkili mahkeme tayin edilemediği takdirde, kanunun tabiri ile *ilk usul işlemin* yapıldığı yer mahkemesi yetkili olacaktır (CMK 13/3).

¹¹¹⁹ Mülga Kanun tamamlanmamış suçlarda, yani teşebbüs halinde kalanlarda son icra hareketinin yapıldığı, (mütemadî) ve (müteselsil) suçlarda temadî ve teselsülün bittiği yer suçun işlendiği yer sayılmış ve ora mahkemesi yetkili kılınmıştır (CMUK 8/2).

¹¹²⁰ *Kunter*: Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi, 1954, s. 91-94.

¹¹²¹ İsviçre’de böyledir (CPS 346). *Kantar* (s. 20) ve *Erem* (n. 64) kurşunun hem atıldığı hem de vardığı yerde işlenmiş kabul ederler. Tosun da seçim imkânını önermektedir (I, 499). *Yurtcan* ise neticeye bakmaktadır (96, s. 106). Neticesi hareketten ayrılabilen suçlarda *Toroslu* (1998, 63), suçun neticenin gerçekleşmesi ile tamamlanmış olacağından hareketle, neticenin gerçekleştiği yerde işlenmiş sayılmasını önermektedir.

¹¹²² *Kantar*, 21; *Erem*, n. 64.

200. TÜRKİYE'DE İŞLENEN SUÇLARDAKİ İSTİSNALAR.

I. Basın suçlarında istisna.

Kanun yer bakımından yetkide tek yere yetki verme kuralını uygulamış, fakat bu kurala bazı istisnalar da tanımıştır. Suç ülkede¹¹²³ yayımlanan bir basılı eserle işlenmişse, yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesine aittir.¹¹²⁴ Ancak, aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, ana kuraldan ayrılmış ve iki yere birden yetki tanımıştır: eserin yayım merkezi dışındaki baskısındaki suç için, eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir (CMK 12/3).

Görsel veya işitsel yayınlarda da iki yere birden yetki verme kuralı uygulanır (CMK 12/5): Görsel veya işitsel yayım, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkilidir.¹¹²⁵

Bir diğer istisna hakaret suçunda kabul edilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun sövme ile hakareti birleştirdiği için (TCK 125), soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan hakaret suçunda eser, “mağdurun” yerleşim yerinde veya oturduğu yerde dağıtılmışsa, o yer mahkemesi de yetkilidir¹¹²⁶ (CMK 12/4). “Mağdur !!”, suçun işlendiği yer dışında tutuklu veya hükümlü bulunuyorsa, o yer mahkemesi de yetkilidir.¹¹²⁷

II. İnternet yoluyla işlenen suçlarda istisna.

CMK'nun 12/5. fıkrasındaki “görsel veya işitsel yayınlarda da bu maddenin 3. fıkrası hükmü uygulanır. Görsel ve işitsel yayım, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkilidir” hükmüne, internet ortamında gerçekleştirilen suçlar da girmektedir. Çünkü maddedeki “görsel veya işitsel yayım” kavramında, yayının çeşidi değil, niteliği ve sonucu önemlidir. İnternet de görsel bir yayındır ve bu nedenle internet yoluyla işlenen bir suçta, failin internete girecek suçu işlediği yer mahkemesinin yanında, mağdurun kullandığı bilgisayarının bulunduğu yer mahkemesi de yetkili olacaktır.¹¹²⁸

III. Çek suçlarında istisna.

¹¹²³ Yurt dışında neşrolunan bir basılı yazıdan ileri gelen suçlar, genel hükümler doğrultusunda koşturabilir.

¹¹²⁴ (*Şahin 2005, 109*). Madde ile kovuşturulması şikâyete bağlı basın yayım yoluyla işlenen suçlarda, mağdurun oturduğu yer ve yerleşim yeri mahkemeleri de yetkili kılınmıştır.

¹¹²⁵ k-m: *Özek*: Basın suçlarının işlenmesi, İHFM 74, 71. Belirtelim ki “1988-3445” numaralı kanunla eklenen CMK 8/4 “suç mevkenin neşir merkezi dışındaki baskısından meydana gelmişse, bu suç için mevkenin basıldığı yer de yetkilidir” demektir.

¹¹²⁶ Bunun nedeni, suçtan zarar görenlere kolaylık göstermek isteğidir. Diğer taraftan hakarete uğrayan kimseleri tanıyanların bulunduğu yerde dâvanın görülmesinde fayda olduğu da açıktır. Matbua'dan maksat, neşredilmek üzere tabi âletleri ile veya sair her türlü vasıtalarla çoğaltılan yazı ve resim gibi “basılmış eser”lerdir. Her ne kadar Basın Kanunu (BasK “2004-5187” 2) sinema filmlerini Basın Kanunu şümulü dışında tutmuş ise de bunlar Muhakeme Hukuku bakımından “matbua” sayılmalıdır. Dağıtmayı da geniş mânâda almak uygun olur. Satışa arz edilmiş olmak dağıtma sayılmalıdır. Keza satışa arz edilmese dahi orada birkaç abone varsa, yine dağıtma şartının gerçekleştiği kabul olunmalıdır (*Taner, 73*). Dağıtma tafsilâtı için bk. *İçel*: Kitle haberleşme hukuku, 1977, 94.

¹¹²⁷ Bu yeni bir istisna ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Mehdi Zana* davasında verdiği karar üzerine, *Dönmezer Tasarısında* “tutuklu sanık” açısından maddenin, değiştirilerek “mağdurla” ilgili şekline getirilen düzenlemedir. Buna göre, mağdur, suçun işlendiği yer dışında tutuklu veya hükümlü bulunuyorsa, o yer mahkemesi de yetkilidir. *Dönmezer Tasarısındaki* hükmün amacı, doğrudan doğruyalık ilkesini gerçekleştirmek amacı ile, dâvanın sanığın tutuklu olduğu başka bir yargı çevresinde yapılmasını sağlamaktır. Ancak Yeni Kanun “mağdur”un tutuklu olduğu yere yetki verdiği için, hükmün bir anlamı kalmamıştır.

¹¹²⁸ *Karagülmez, (Ali)*: Bilişim Suçları ve Soruşturma ve Kovuşturma Evreleri, Ankara, 2005, s. 326 d.

2009-5941 numaralı Çek Kanunu, *ibraz yeri, çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer, hesap sahibinin yerleşim yeri ve şikayetçinin yerleşim yeri mahkemesi* olmak üzere dört ayrı seçimlik¹¹²⁹ yetki benimsedi (ÇekK 5/1).¹¹³⁰

IV. Örgüt suçları, Devlet güvenliğini ilgilendiren suçlar ve çocuk suçlarındaki istisna.

Çocuk mahkemeleri ve çocuk ağır ceza mahkemelerinin yargı çevresi coğrafi durum ve iş yoğunluğu dikkate alınarak Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Kurulunca birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenir (ÇKK 27).

201. YABANCI ÜLKEDE İŞLENEN SUÇLARDA YETKİ.

I. Yakalanma yeri

Yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olup da bir suç işleyen kimse bu fiile ilişkin olarak yabancı ülkede hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş bulunsa bile, Türkiye’de yeniden yargılanır (TCK 10). Yabancı memlekette işlenen ve kanun hükümleri uyarınca Türkiye’de soruşturulması ve koğuşturulması gereken suçlarda¹¹³¹ yetki sanığın yakalandığı yer, yakalanmamışsa yerleşim yeri, yerleşim yeri yoksa en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi olarak (CMK 13/1, 2), Kanunda “*Yabancı ülkede işlenen suçlarda yetki*” başlığı altında ele alınmıştır (CMK 14/1). Bununla birlikte, C. Savcısının, şüphelinin veya sanığın istemi üzerine Yargıtay, suçun işlendiği yere daha yakın olan yer mahkemesine yetki verebilir (CMK 14/2).¹¹³² Bu hüküm mülga CMUK’da yoktu, sanık lehine bir kolaylık olarak düşünülmüş ve yasaya eklenmiştir.¹¹³³

Bu kaidenin, sanığın şahsini nazara alan ve bu sebeple kişi yönünden yetki bölüşmesinin bir çeşidini teşkil eden istisnası vardır: Sanık yabancı memlekette diplomatik bağışıklıktan faydalanan Türk kamu görevlisi ise, yetkili mahkeme Ankara mahkemesidir (CMK 14/4). Görev suçlarında ise elçiler hakkında Yargıtay, diğer memurlar hakkında Ankara mahkemeleridir (Memurların Yargılanması Hakkında Kanun m. 13) (No. 222).

II. Kovuşturmanın aktarılması.

Yabancı memlekette işlenip TCK 11-13 dışında kalan suçların da Türkiye’de koğuşturulabilmesi, “*Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi*” gereğince, sözleşen Devletlerden birinin kovuşturmayı Türkiye’den istemesi ile mümkündür (CKAAS 2) (No. 318).

Türkiye’nin kovuşturma yetkisini Sözleşmeden aldığı bu hallerde, istek hakkında bir karar verilmeden önce, görüşünü bildirmek üzere sanığa haber verilir. Kabule Adalet Bakanlığı karar verir. Yer yönünden yetkili mahkeme bakımından özellik yoktur (Onaylama Kanunu, 3) (No. 318).

¹¹²⁹ 3167 numaralı Çek Kanununda 2003-4814 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle de yer bakımından yetki kuralına (m. 9) esneklik getirilmişti. 16b madde uyarınca “*seçimlik yetki*” kabul edilmiş ve çekin ibraz edildiği veya keşide edildiği veya şikayetçinin yerleşim yerinin bulunduğu yer Asliye Ceza Mahkemesi yetkili kılınmıştı.

¹¹³⁰ ÇekK Madde 5/1: *Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükümlenir. Ancak, hükmedilecek adli para cezası, çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olamaz. Mahkeme ayrıca, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmeder. Bu davalar, çekin tahsil için bankaya ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer ya da hesap sahibinin yahut şikâyetçinin yerleşim yeri mahkemesinde görülür.*

¹¹³¹ Bu maddelerdeki suçlar arasında, kovuşturması Adalet Bakanının talebine tâbi olanlarda yetkili mahkemeyi Adalet Bakanının tayin edeceği 1926 tarihli Yürürlük Kanununda gösterilmiş ise de (m. 1), 1929 tarihli olan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu bu konuyu ele aldığı halde talebe bağlı suçlarda yetkiden bahsetmediğinden, Yürürlük Kanunundaki bu hükmü zımnen ilga etmiştir (k-m: *Taner*, 76).

¹¹³² Bu hal YK 14 de eski kanunun 13. maddesinde olduğu gibi, unutulduğundan kıyas ile yine 3. CD. yetkili olmalıdır.

¹¹³³ Mülga CMUK döneminde yedek yetki kurallarına başvurulamadığı hallerde, Adalet Bakanının talebi üzerine Yargıtay 3. Ceza Dairesinin tayin edeceği mahkeme yetkili oluyordu (eski YK 14 kıyas yolu ile uygulanıyordu). Bununla beraber ana kıstas ve iki yedek kıstasa başvurmak mümkün ise, Kanun, savcının veya sanığın talebi ile Yargıtayca suçun işlendiği yere daha yakın yer mahkemesine yetki verilebileceğini kabul etmişti. Bu hüküm, asıl yetkili mahkemededen başka yer mahkemesinin davaya bakabileceği istisnalarından birini teşkil ediyordu.

202. TÜRK DENİZ veya HAVA ARAÇLARINDA İŞLENEN SUÇLARDA YETKİ.

I. Türkiye’de işlenmiş sayılan yurt dışı suçlar.

Suç Türk Bayrağını taşıma yetkisine sahip olan bir gemiden veya böyle bir taşıt Türkiye dışında iken işlenmişse, geminin ilk uğradığı Türk limanında veya bağlama limanında bulunan mahkeme yetkilidir (CMK 15/1). Türk Bayrağını taşıma hakkına sahip olan hava taşıtları ile demir yolu taşıtları hakkında da yukarıda fıkra hükümleri uygulanır (CMK 15/2).

Vasıtaların Türk bayrağını taşıyıp taşımasına göre bir ayırım yapıldığına bakılırsa maksat her halde, İtalyan Ceza Kanununda olduğu gibi (CPI 4/2), Türkiye dışında işlenen bu suçları Türkiye’de işlenmiş saymak olacaktır.¹¹³⁴ Bu hususun kanunda açıkça düzenlenmesi yerinde olmuştur. Türk havaları dışında uçarken Türk uçağında işlenen suçlarda da Türkiye yetkili olduğundan (No. 186) yer yönünden yetkili mahkeme yine 15 inci maddeye göre belirlenecektir.

II. Türk hava sahasında işlenen suçlar.

Ceza Muhakemesi Kanunu, ülke içerisinde deniz, hava veya demiryolu taşıtlarında ya da bu taşıtlarla işlenen suçlarda, bunların ilk ulaştığı yer mahkemesini de yetkili kalmıştır (CMK 15/3). Mülga CMUK bu çeşit suçların Türk havalarında veya Türk sularında işlenmesini kanun açıkça düzenlememişti.¹¹³⁵

Yeni Kanun, taşıtın ilk ulaştığı yer mahkemesinin yetkili olduğunu kabul etmiştir (CMK 15/3). İlâve edelim ki, Türk karasularındaki hallerde 15 inci maddenin uygulanabilmesi için gemideki suçla kararın ilgisi olmamalıdır.

III. Çevre suçlarındaki yetki.

Çevreyi kirletme suçu, yabancı bayrağı taşıyan bir gemi tarafından Türk kara suları dışında işlendiği takdirde, suçun işlendiği yere en yakın veya geminin Türkiye’de ilk uğradığı limanın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir (CMK 15/4). Sadece gemiler tarafından işlenen çevre suçlarını ele alan bu düzenleme, eksik olmakla birlikte, önemli bir ilerlemedir.

203. MUHAKEMENİN NAKLİ.

I. Muhakemenin nakli.

Hukuki veya fiili nedenlerle bir muhakeme sırasında yargılama yetkisinin yer yönünden asıl yetkili mahkemeden alınarak yetkisiz olan diğer mahkemeye verilmesi ve oranın mahkemesinin yetkili sayılması da istisna olarak kabul edilmiştir. Buna *muhakemenin nakli* adını veriyoruz.¹¹³⁶ Kanunumuz ise, “davanın nakli” demektedir (CMK 19).

¹¹³⁴ *Dönmezer/Erman, I, n. 403. Kanunumuz 11. maddeyi yalnız Türk gemilerine hasretmiştir. Yabancı karasularında, hattâ açık denizlerde yabancı gemilerde işlenen suçlar için başka, Türk gemilerinde işlenen suçlar için başka merciler gösterilmesi, ikincilerin, birincilerden farklı olarak, yabancı memleketlerde işlenmiş sayılmaması ile izah olunabilir. Tokyo Sözleşmesi suçlarının geriverilmesi bakımından Türk uçağında işlenen suç, aynı zamanda Türkiye’de işlenmiş sayılmaktadır (m. 16).*

¹¹³⁵ Biz bu kitabın önceki basılarında şu gerekçelerle Kanunun değiştirilmesini önermiştik: 1) Hava nakil vasıtaları için 11. maddede yer sınırlaması yoktu. O halde Türk hava gemisinin *Türk havalarında bulunması halinde de bu madde uygulanmalı idi*. Zaten faraza Ankara’dan İstanbul’a gelen bir uçak Polatlı üzerinde iken uçakta işlenen bir sövme suçundan dolayı, uçak yabancı havalarda değil de Türk havasındadır diyerek ana kıstasa başvurulması ve dâvanın Polatlı Sulh Ceza Mahkemesinde görülmesi biraz garip olacaktı. Kaldı ki bu hükmün Türk havalarında yalnız Türk uçaklarına hasrı da doğru değildir. Yabancı uçaklar hakkında da bu hüküm kıyas yolu ile uygulanmalı idi. 2) Türk karasularındaki suçlarda da, bayrağa bakılmaksızın 15. madde kıyas yolu ile uygulanmalı idi. Ana kıstasın uygulanması ve karasuları hangi mahkemenin yargılama çevresinde ise oranın mahkemesinin yetkili sayılması kabul edilemez. Bir kere, meselâ Marmara gibi bir iç deniz bahis konusu ise, karasularına ve dolayısı ile karaya nazaran bir tek yargılama çevresi bulmağa imkân yoktu. Denizdeki aynı noktayı kıyıdaki muhtelif yargılama çevrelerinden saymak mümkün olacak ve suçun İstanbul’da mı, Bandırma’da mı, Bursa’da mı, Tekirdağ’da mı işlendiği tâyin edilemeyecekti. Diğer taraftan, meselenin karaya göre halledilmesi çok garip ve mantıksız sonuçlar doğuracaktır. Meselâ Zonguldak’tan kalkıp doğru Sinop’a giden bir vapur Cide önünde karasuları içinde geçerken gemide bir suç işlense, ana kaideye göre Cide Sulh ve Asliye Mahkemeleri ve Kastamonu Ağır Ceza Mahkemesi yetkili olacaktır. Halbuki kıyas yolu ile ilk liman Sinop olduğuna göre, Sinop mahkemeleri yetkili sayılırsa dâva çok daha kolaylıkla görülebilecektir.

¹¹³⁶ Kanunda kullanılan “dâvanın nakli” tâbirini doğru bulmamaktayız. Zira, dâva, yargılama makamlarının hareketle geçmesi isteğidir. Dâva açılması ile çeşitli sùjelerin yaptığı faaliyetlerin bütünü olarak muhakeme faaliyetinin nakli bahis

Muhakeme (kanunun tâbiri ile dâva) nakledilince, aslında yer itibariyle yetkisiz mahkeme yetkili olacaktır.¹¹³⁷ Eğer bir yerde yetkili mahkeme birden fazla ise, daha doğrusu yetkili mahkemenin birden fazla dairesi varsa, bir daireden alıp diğerine verme “daire değiştirme”, “muhakemenin nakli” demek değildir.

Kanunda *başka yerde* bulunan aynı derecede (doğrusu, seviyede) mahkemeye nakilden bahs olunmaktadır. Yine kaldı ki muhakemenin nakli için, asıl yetkili mahkemenin yargılama görevini yapamaması şartı aranmaktadır.

Bir daire dâvayı göremiyorsa diğerleri görebilir. Bu takdirde asıl yer yönünden yetkili mahkemenin görevini yapamaması şartı da gerçekleşmemiş olur. Bu hallerde muhakemenin nakli yoluna gitmeden bir dairedeki iş otomatik olarak önceden konan bir sıra dahilinde diğer dairelere gitmelidir.¹¹³⁸

Mahkemelerin daireleri hakkında söylediklerimiz aynı mahkemede birden fazla hâkim bulunması halinde evleviyetle uygulanmalıdır. Hâkimin reddi istenince yardımcı veya aynı yetkide başka hâkim varsa, yargılama görevi yapılabilir demektir. O halde muhakemenin nakline başvurmak da gerekmez (No. 183).

II. Nakil sebepleri.

Kanun muhakemenin (davanın) nakli için iki grup sebep göstermiştir: 1) *Hukukî ve fiilî sebepler*; 2) *Kamu güvenliği düşüncelerine dayanan sebepler*.

Birinci grup sebepler, yer yönünden yetkili hâkimin ve dolayısı ile işgal ettiği yargılama makamının hukukî ve fiilî sebeplerle görevini yapamayacak durumda bulunması halleridir. Meselâ hâkimin reddi isteği kabul edilmiştir, orada başka hâkim de yoktur. Bu bir hukukî sebeptir.

Burada dikkat edilecek nokta, hâkimin çekinmesinin muhakemenin nakli için hukukî sebepler arasında olmadığıdır. Zira bu takdirde muhakemenin naklini düzenleyen 19 ncu maddenin değil, hâkimin çekinmesini düzenleyen 30 ncu maddenin (No. 183) uygulanması gerekli olup mercilerde de fark vardır.

Fiilî sebepler arasında meselâ hâkimin ölmesi vardır. Âfetler fiilî sebepler arasında değildir, zira ayrıca düzenlenmişlerdir (No. 204).

İkinci grup sebepler kamu emniyeti düşüncelerine dayanır. Bu demektir ki muhakemenin yer yönünden asıl yetkili makamlarda yapılması, kamu emniyeti için tehlikeli olmalıdır.¹¹³⁹ Meselâ orada kargaşalık çıkacağından korkulur. Hâkimlerin, müdafilerin, tanıkların ciddi tehditlere uğramaları da kamu emniyeti için tehlikenin kabulünü gerektirir.

“Davanın nakli hususunda karar verilmesi isteği” bir çeşit talî dâvadır. Bu dâvayı, birinci grup sebepler varsa taraflar, ikinci grup sebepler varsa Adalet Bakanı açar.¹¹⁴⁰ Birinci grup sebepler varsa mahkeme de kendiliğinden buna lüzum gösterebilir¹¹⁴¹, yani dâva açılmış sayılır.

konusudur. Nitekim mehaz kanunda da “soruşturma ve hüküm verme işlerinin naklolunacağı” söylenmektedir. (Schwarz, 51). Yurtcan (96, s. 115) bu kurumu “yargılamanın aktarılması” olarak adlandırmaktadır.

¹¹³⁷ Muhakemenin nakli, istinabe ve bağlantı dışında genel yetki kuralı suçun işlendiği yer mahkemesinin yetkili olmasıdır (Özbek 2005, 94).

¹¹³⁸ Kantar, 34.

¹¹³⁹ Yargıtay, mülkiye âmirinin mütalâasını aramaktadır (3. CD 4/10/69 *Çağlayan*’dan naklen, AdD 74, 249). Güvenlik nedeniyle dava nakli, dava o yerde görüldüğünde; sanıkların mağdurların, müdafilerin, tanıkların yaşamları için ciddi bir tehlike oluşturması mutlak olmalıdır (Y. 10 CD., T. 20.12.96, E. 1996/14099, K. 1996/14049, *Özbek*, şerhten naklen, 114). Güvenlik güçlerinin temel ödevlerini yapmalarına engel olabilecek ciddi tehlikeler somut olarak ortaya konulmalıdır (10 CD. E. 1995/3425, K. 1995/3632, *Özbek Şerh*’ten naklen, s. 114).

¹¹⁴⁰ Bakanın bu yetkisinin tabii hâkim kavramına ters düştüğü tezine katılmıyoruz. İstemek başka, karar vermek başka şeydir. Nakle karar veren Bakan değildir ki, tabii hâkim kuralı ihlâl edilmiş olsun. Bu yetkinin bakana verilmesi Anayasaya aykırı bulunmamıştır (AYM: 3/11/77 RG 24/2/78).

¹¹⁴¹ *Kunter*: Dâvanın nakli, İHFM, 1947, I, 333; *Kantar*, 34.

III. Karar mercii.

Davanın nakli, tali dava üzerine verilen bir karardır. Hukuki veya fiili sebeplerle nakil (CMK 19/1) taraflarca istenir ve yüksek görevli mahkeme tarafından karara bağlanır.¹¹⁴² Kamu güvenliği için tehlike nedeniyle nakil Adalet Bakanı tarafından istenir ve Yargıtay'ca karara bağlanır (CMK 19/2). Yüksek mahkemenin Yargıtay olması halinde, merci 3 ncü Ceza Dairesidir (YK 14).

Merci ancak kendi çevresindeki bir diğer yargılama makamına nakle karar verebilir.¹¹⁴³ O çevrede madde yönünden yetkili başka makam yoksa, başka çevredeki makama nakle, daha yüksek mahkeme karar verecektir. Kamu emniyeti bakımından nakle ancak Yargıtay karar verir.¹¹⁴⁴ Çünkü böyle hallerde mahkemelerin yargılama çevreleri ile bağlı olmaksızın nakledilebilmek imkânı ancak Yargıtay için bahis konusudur.¹¹⁴⁵

Merci nakil kararını, nakil sebebi kalksa dahi geri alamaz.¹¹⁴⁶

Davanın nakli konusundaki karar mercii yasalarımız mükerrer düzenlemiştir. Bölge Adliye Mahkemelerinin ceza dairelerine de aynı görevin verilmesi ilginçtir (AdIYMK 33/2). Bu mahkemeler kurulursa, Yargıtay mı, yoksa Bölge Adliye Mahkemesi mi yetkili olacaktır?

IV. Kısmi nakil sorunu.

Naklolunan şey *muhakeme* olduğuna göre, “muhakemenin bütünü mü naklolunmalıdır”, bir diğer söyleyişle, “muhakemenin bir kısmının nakli mümkün müdür”. Bizce kaide bütünü ile nakil olmakla beraber¹¹⁴⁷, istisna olarak bir kısım işlerin nakli mümkündür, hattâ bazı hallerde mantık bunu kabule bizi zorlar. Meselâ bir itirazı tetkik edecek veya yetki uyuşmazlığını çözecek¹¹⁴⁸ veya muhakemeyi nakledecek¹¹⁴⁹ veya hâkimin reddi dâvasına bakacak¹¹⁵⁰ hâkim bakımından muhakemenin nakli sebepleri söz konusu olursa, elbet, muhakemenin bütünü değil, sadece belli işlem ile ilgili muhakeme faaliyetleri naklolunacaktır.¹¹⁵¹ Aynı sebeple ilksoruşturma aşamasında münhasır bir nakil de mümkündür.¹¹⁵²

V. Nakil kararının kesinliği.

¹¹⁴² Merciiin tayinininde 26. maddedeki esas kabul edilmelidir. Bu sayede hem Yargıtay bu işlerden kurtarılacak, hem de hâkimin çekinmesinde ayrı bir merci kabulündeki yersizliğe son verilecektir.

¹¹⁴³ 3. CD 28/12/64 (Çağlayan “66” I, 181), 9/3/59 (Çağlayan “66” I, 188).

¹¹⁴⁴ CGK 4/5/53 (Çağlayan “66, I, 189), k-m: Kantar, 33.

¹¹⁴⁵ 3. CD 9/1/64 (Çağlayan I, 182).

¹¹⁴⁶ k-m: Schwarz, 52.

¹¹⁴⁷ Eskisinin yerine geçen yeni mahkeme, gerekirse, kamu güvenliği ile nakil tanklarla ilgili nedene dayanmıyorsa tank dinlemesini istinabe yolu ile ondan isteyebilir (CGK 1/7/74 YKD 75/8, 60).

¹¹⁴⁸ CGK 3/6/63 (Çağlayan “66”, I, 183).

¹¹⁴⁹ CGK 4/2/63 (Çağlayan I, 184).

¹¹⁵⁰ k-m: 3. CD 27/12/79 YKD 80, 592 (Bu kararda hâkimin reddi dâvasına bakacak merciiin teşekkül edememesinin dâvanın nakli sebebi olmadığı, merciiin teşekkül edebilmesi için savcının girişimlerde bulunması gerektiği belirtilmiş ve gerekçe olarak 14. maddenin “soruşturması yapılan dâvalarını yani muhakemenin bütünüünün naklini öngördüğü söylenmiş, bu iddianın hiç bir dayanağı gösterilmemiştir).

¹¹⁵¹ Bir olayda, nakilden bahseden 14. madde yerine red konusunda yetkili mahkemeyi gösteren 26. maddenin kıyas yolu ile uygulandığına rastlanmıştır. İtiraz mercii olan Boğazlıyan Ağır Ceza Mahkemesi teşekkül edemeyince dosyanın, nakil kararı olmadan tevdi olunduğu en yakın Kayseri Ağır Ceza Mahkemesi yetkisizlik kararı vermiş, Yargıtay, 14. maddeye göre yüksek merci sıfatı ile en yakın Kayseri Ağır Ceza Mahkemesine nakledecek yerde, 26. maddeye kıyasla bu mahkemenin yetkili olduğuna karar vermiştir (3. CD 13/10/62; AdD 62, 1131).

¹¹⁵² Kamu davasının hukuki nedenlerle başka bir yer mahkemesine nakledilmesinde, nakli gerektiren hukuki neden ortadan kalksa da dava bu mahkemece yürütülür (4 CD., 4/11/86, E. 1986/7346, K. 1986/8142. Yurtcan Şerhten naklen, s. 96). Kamu güvenliği nedeniyle davanın nakledilmiş olması halinde nakil sebebi ortadan kalksa bile merci kamu davasını geldiği yere gönderemez (10 CD, 19/4/95, E. 1995/3425, K. 1995/3632, Özbek Şerh'ten naklen, s. 114).

Merciin kararı, bu mahkeme kararına karşı itiraz yolu açılmadığı için “kesin” olduğundan, muhakeme kendisine naklolunan makam, ona uymağa mecburdur.¹¹⁵³ Muhakeme kendisine naklolunan makam, nakil sebebi ortadan kalksa dahi, sebep kalktı diye muhakemeyi geldiği yere gönderemez.¹¹⁵⁴

Uyma mecburiyeti olması için, muteber bir nakil kararı bulunmalıdır. Yüksek mahkeme yerine aynı mahkeme karar vermişse, bu aykırılık hukuk bakımından yokluk şeklinde bir müeyyideyi gerektirir ve hüküm ifade etmeyen zarar, muhakemenin gönderildiği mahkemeyi bağlamaz. Keza, nakle karar veren başka mahkeme de olsa, yetkili değilse, yine uyma mecburiyeti yoktur.¹¹⁵⁵

204. ZORUNLU HALLERDE YETKİSİZ MAHKEMELERE YETKİ VERİLMESİ.

Bir yerdeki mahkemelerin görev yapamaz hale geldiği zorunlu hallerde, o yer mahkemelerindeki muhakemeleri teker teker nakletmektense daha kestirme olarak, aslında yer yönünden yetkisiz olan bir başka yer mahkemelerine yetki verip muhakemeleri oraya toptan nakletme uygun görüşmüştür: *Savaş ve olağanüstü hallerde, yangın, yer sarsıntısı, seylâp ve heyelân gibi âfetler sonucu zorunluluk olursa, yetkili mahkemelere veya adalet dairelerine ait dâva ve işleri diğer yerlerdeki mahkemelere veya adalet dairelerine geçici olarak götürmeğe Adalet Bakanlığı yetkilidir* (HSYKK 23). Bu yetkinin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna verilmesi daha uygun olurdu.

Görülüyor ki bu haller söz konusu olursa, CMK 19 ncu maddedeki muhakemenin nakli mekanizması işlemeyecek (No. 203), toptan nakle karar verilecektir. Muhakemeler Bakanlığın geçici yetki vermesi ile naklonulduğunda, süre sonunda, ilk yerdeki mahkemeler tekrar çalışır hale geldi diye, tekrar nakil bahis konusu olmamalıdır. Tekrar nakil, muhakemeleri uzatmaktan başka bir şeye yaramaz. Kanundaki geçicilik belli süre geçtikten sonra yeni dâvaların ilk yetkili yerde açılacağı mânâsına alınmalıdır.

205. BAĞLANTI DOLAYISI İLE YETKİSİZ MAHKEMEYE YETKİ VERİLMESİ.

I. Birleştirme mecburiyeti.

Yer yönünden yetkisi farklı mahkemeler tarafından yargılanacak cezaî uyuşmazlıklar arasında bağlantı varsa “muhakemelerin birleştirilmesi” (No. 155) söz konusu olabilir. Bu birleştirme mahkemelerden herhangi birinde olabilir (CMK 16/1). Bir muhakemenin, yer yönünden yetkisiz mahkemede muhakeme ile birleştirilmesi kaide olarak ihtiyarîdir. Bağlantılı ceza davalarının değişik mahkemelerde bakılmasına başlanmış olursa, C. savcılarının istemlerine uymak koşuluyla, mahkemeler arasında oluşacak uyuşma üzerine, bu davaların hepsi veya bir kısmı bu mahkemelerin birinde birleştirilebilir (CMK 16/2).

Uyuşmazsa, C. savcısı veya sanığın istemi üzerine ortak yüksek görevli mahkeme birleştirmeye gerek olup olmadığına ve gerek varsa, hangi mahkemede birleştirileceğine karar verir (CMK 16/3).

Ancak birleştirmenin veya birleştirmemenin mecburî olduğu haller de vardı.¹¹⁵⁶ Yeni kanunlar bu mecburiyetleri düzenlemedi.

II. Uyuşma ile birleştirme.

¹¹⁵³ 3. CD 25/10/59 (Çağlayan “66” I, 187).

¹¹⁵⁴ Önder: Kronik, İHFM 64, 408; 3. CD 11/1/63 (Çağlayan “66”, I, 185).

¹¹⁵⁵ 2. CD 15/11/62 (Çağlayan “66” I, 243).

¹¹⁵⁶ Meselâ basın dâvalarında suç ortaklarından biri aleyhine kamu dâvası açılması veya karşılıklı dâvanın görülmesi önce izin alınmasına bağlı ise birleştirmeme, birleştirilmiş ise ayırma mecburî idi (mülga Basın K. 38). Basın Kanunu “2004.5187” bu hükmü benimsemedi. Mülga Meşhut Suçların Muhakemesi Kanununa göre görülen dâvalar, Millî korunma dâvaları, veya kaçakçılık dâvaları (4926 sK m. 30) diğer dâvalar ile birleştirilemezdi.

Bağlantılı muhakemeler: a) Savcılar uyuşabilirse, dâvaların birlikte açılması ile, b) Yine savcılar uyuşabilirse¹¹⁵⁷ görülmekte olan dâva ile birleştirilmek üzere ikinci dâvanın açılması¹¹⁵⁸ ile, c) Dâvalar açılmışsa hem savcılarının hem mahkemelerin uyuşmaları ile¹¹⁵⁹ (CMK 16/2) birleştirilir.

Bu son halde, savcılar uyuştugu halde mahkemeler uyuşmazsa savcı veya sanık isterse, müşterek mahkeme¹¹⁶⁰ bu hususta karar verir (CMK 16/3). Bu karara uyulması mecburîdir.

III. Ayırma.

Birleştirmenin ihtiyarî olduğu hallerde ayırma da ihtiyarîdir. Savcılarının hattâ mahkemelerin uyuşması gerekmez.¹¹⁶¹ Birleşik dâvalara bakan mahkeme tek başına karar verebilir. Ancak, birleştirmeye yüksek mahkeme karar vermişse ayırmağa da o karar verir (CMK 16/4).¹¹⁶²

206. İSTİNABE.

İstinabe (*commission rogatorie, rogataria*), kaide olarak yer bakımından, istisna olarak diğer bakımlardan yetkili¹¹⁶³ makamının belli bir işlemin yapılması hususunda bir başka yerdeki yetkisiz makama yetkisini devretmesidir. İstinabe suretiyle millî makamlara yetki verilebildiği gibi, yabancı makamlara da verilebilir.¹¹⁶⁴ Aşağıda görüleceği gibi ağır suçlarda istinabe yasağı getirilmiştir. Bu yasağın yabancı ülkelerdeki şüpheli ve sanıklar hakkında da uygulanması gerekecektir. Bu durumda milletlerarası sözleşmelerle iç hukuk arasında bir çatışma doğacaktır. Anayasanın 90 uncu maddesi temel hak ve özgürlükten yana olduğu için, kısıtlama getiren iç hukuk maddesinin sözleşmenin uygulanmasını engelleyeceği kanaatindeyiz.

Ceza Muhakemesi Kanunu, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda “sanığın” istinabe yolu ile sorguya çekilmesini yasaklamıştır (CMK 196/2). “Tanık” bakımından bu yasak geçerli değildir (CMK 180, 181).

İstinabe, yapılacak işlemin niteliğini ve uygulanacak normları hazır bulunma bakımından istisna dışında, değiştirmez. Meselâ istinabe yazısında¹¹⁶⁵ kayıtlı olmasa da müdafinin hazır bulunma yetkisine tesir etmez.¹¹⁶⁶ Keza tanık asıl mahkemedeği gibi dinlenir. Bunun için tanığın eski ifadeleri de ihtiyaten gönderilmelidir.¹¹⁶⁷

¹¹⁵⁷ Uyuşma kaidesinin bir istisnası vardır. O da duruşma sırasında sanığın başka bir suç daha işlediğinin meydana çıkmasında savcının isteği ve sanığın muvafakati ile açılan dâvanın eskisi ile birleştirilmesi halidir (CMK 259).

¹¹⁵⁸ Dava açılmadan önce savcılarının uzlaşmasıyla dava açıldıktan sonra mahkemelerin uzlaşmasıyla yetkili mahkeme belirlenir. Uzlaşma olmazsa ortak yüksek görevli mahkeme kararı verir (*Özbek* 2005, 105).

¹¹⁵⁹ Aynı yerdeki iki sulh veya asliye mahkemesinin de uyuşması gerekir (3. CD 29/11/52 *Çağlayan* “66” I, 172; k-m: 13/12/62, *Çağlayan* “66” I, 171). Gerçi müstakil mahkemeler olmayıp dairesirler, ancak birinin kararı ile diğerinin bağlı sayılmasını gerektirecek bir sebep yoktur.

¹¹⁶⁰ Ağır cezalar için Y 3. CD. kabul edilmişti (YCDBK: 10/10/74 YKD 75/2, 40). 1983-2797 numaralı yeni kanun da bu yoldadır (YKD 14/9).

¹¹⁶¹ k-m: *Kantar*, 37. Diğer mahkeme yeni durumu bilmiyor ki rızası aranabilsin.

¹¹⁶² “Birleştirilmiş dâvaların ayrılması aynı suretle olur” (CMK 12/son) denmesinin anlamı bizce budur.

¹¹⁶³ Bir uyuşmazlığın yargılanmasında yer yönünden yetkili olan mahkeme, uyuşmazlıkla ilgili her türlü yargılama işlemini, nerede olursa olsun, yapabilir. Bir ikinci yer sınırlaması yoktur. Meselâ ceza mahkemesinin yer itibarıyla yetkisi sadece uyuşmazlık konusu suça göre olup tek tek işlemlere göre değildir. Pratik zorluklar istisnayı kabul ettirmişse de, asıl yetkili mahkemenin yetkisiz olduğu söylenemez (k-m: HG: 30/11/66 RKD 67, II- 1, 21). “Görev yönünden yetki” farklı şekilde düzenlenebilir. Meselâ hazırlık soruşturmasında belli bir işlemin yapılacağı yerin sulh hâkimi yetkilidir.

¹¹⁶⁴ Meselâ Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardım Avrupa Sözleşmesi, istinabeyi de düzenlemiştir (CİKAYAS 3-6).

¹¹⁶⁵ İstinabe ile yetki verildiğini bildirmek ve yardım rica etmek üzere yazılan “rogatory letter”e istinabe talimatı denilemekte ise de talimat “direktif” mânâsına geldiğinden isabetsizdir (*Ertem*, Add 72, 393).

¹¹⁶⁶ 1. CD 22/1/58, *Çağlayan* “66” II, 254.

¹¹⁶⁷ 5. CD 17/10/75 YKD 76/3, 420.

Duruşmada sanık sorguya çekilmeden önce iddianame okunacağından (CMK 191) varsa, hangi yönden olursa olsun yetkisizlik kararının da okunması gerektiğinden (No. 475) sorgu için yapılacak istinabelerde bunların da birer sureti gönderilir.

Hazır bulunma bakımından istisna şudur: İşin gecikmesine sebep olacaksa dinlenme gününden savcıya, sanığa, müdafie haber verilmeyebilir. Haber verildiğinde de bunların hazır bulunmaları şart değildir. Ancak tutanak savcıya ve müdafie gösterilir.¹¹⁶⁸

Tutuk sanık da tutuk bulunduğu yerdeki mahkeme binası içindeki dinlemelerde bulunmayı isteyebilir (CMK 181/3).

Kanunumuz “istinabe” müessesini, dağınık maddelerde ve “istinabe olunan hâkim veya mahkeme”den bahsetmek suretiyle, yani dolayısı ile düzenlemiştir (CMK 83, 180, 196/2, 268/3-d).

İstinabe, pratik güçlüklerle karşılaşıldığında gidilen bir yol, başvurulmuş bir çaredir. Meselâ İstanbul’daki hâkim, Van’daki bir hâkimden bir tanığı dinlenmesini yahut bir keşif yapmasını ister. Soruşturma evresinde istinabe için sınır yoktur. Çünkü bu evrede dağınıklık esastır (No. 411). Kovuşturma evresinde durum farklıdır. Bu evrenin bağlılık, sözlülük ve yüze karşılık özellikleri dolayısı ile sanığın sorguya çekilmesi, tanıkların ve bilirkişilerin dinlenmesi, kaide olarak, duruşma yapan mahkeme önünde olmalı, keşfi de mahkemeyi teşkil eden hâkimler kurul halinde yapılmalıdır.

İstinabe, kanunumuza göre, kovuşturma evresinde *istisna olarak* şu hallerde kabul edilmiştir:

1) Duruşmada hazır bulunmaktan başışık tutulan ve mahkemece sorgusu yapılmış olan veya bu hususta sanık tarafından yetkili kılındığı hallerde müdafii isterse, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapsi gerektiren suçlar hariç olmak üzere sanık istinabe suretiyle sorguya çekilebilir (CMK 196/2).

2) Hastalık veya malullük veya giderilmesi olanağı bulunmayan¹¹⁶⁹ başka bir nedenle bir tanık veya bilirkişinin uzun ve önceden bilinmeyen bir zaman için duruşmada hazır bulunmasının olanaklı bulunmayacağı anlaşılırsa, mahkeme onun bir naib ile veya istinabe yolu ile dinlenmesine karar verebilir (CMK 180/1). Davayı görmekte olan mahkeme zorunluluk olmadıkça, büyükşehir belediye sınırları¹¹⁷⁰ içerisinde bulunan şikayetçi, katılan, sanık, müdafii veya vekil, tanık ve bilirkişilerin istinabe yolu ile dinlenmesine karar veremez (CMK 180/3). İstinabe yolu ile dinlemelerde tanık veya bilirkişinin görüntülü ve sesi iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenmesi olanağının bulunduğu durumlarda bu yöntem uygulanır (CMK 180/5).

3) Keşif de naip hâkim ya da istinabe olunan hâkim veya mahkeme tarafından da yapılabilir (CMK 83/1).

Tekrar ifade edelim ki, duruşmada süjelerin hazır bulunması ve doğrudan doğruyalık ilkesi uygulanarak yüze karşı duruşma yapılması ilkesi geçerli olduğundan, istinabe istisnadır.¹¹⁷¹ Bu nedenle çok gerekli olmadıkça istinabe yoluna başvurulmamalıdır.¹¹⁷² Nitekim kanun zorunluluk olmadıkça

¹¹⁶⁸ Göstermeden maksat, mehzaz kanunda olduğu gibi, savcıya ve müdafie tetkik için bildirmedi. Bu nedenle müdafii veya sanık, kendilerine gösterilmemiş olan tutanağa dayanılmamasını duruşmada istemedikçe, gösterilmeme hatası bozma sebebi sayılmamalıdır (k-m: 4. CD 23/5/75 YKD 79, 1499).

¹¹⁶⁹ CMUK 216. maddede “iktihamı imkânsız sebep” denilmiş idi ise de aslına uygun olarak “kaldırılması imkânsız engel” diye anlaşılmalı idi.

¹¹⁷⁰ Mülga CMUK Ek m. 5 deki 1985 yılında kabul edilen bu kural, yeni yasa metninin içine yerleştirilmiştir.

¹¹⁷¹ Geniş mânâda “yetkisizlik” kararı ile gelen işte öteki mahkemenin dinlediklerini dinlemeyip tutanak okuması ile yetinmek (4. CD 29/1/70, Alicanoğlu, 366) bizce istisnayı genişletmektedir.

¹¹⁷² Madde yönünden yetki bakımından fark olamayacağına dair kanunda kayıt olmaması, bir ağır ceza mahkemesinin kendi çevresindeki asliye mahkemesine istinabe talimatı göndermesini haklı göstermez (k-m: Adalet Bakanlığı, mütalâa 5/2/53, Çağlayan “66” II, 251), zira kanunda böyle bir kaydın bulunmamasının sebebi, bunun caiz olduğunu göstermek değil, istisnai bir hüküm söz konusu olduğundan, caiz olmadığını göstermek için böyle bir kayda lüzum duymamaktır. Zaruret yüzünden kabul edilen istisna, zaruret hallerine inhisar etmelidir. Ağır ceza mahkemelerinin çevrelerinin geniş olması, bu çevre içindeki tanık ve bilirkişilerin ağır ceza mahkemesine kadar gelmesine mani sayılmamalıdır. Kaldı ki, gerekiyorsa, o mahkeme kuruldan birini naip tayin ederek tanık veya bilirkişinin ayağına kadar gitmek imkânına da maliktir. Hülâsa, tanık veya bilirkişi bir mahkemenin çevresinde ise, çevre ne kadar geniş olursa olsun, yol parası ve ödeneği verilerek mahkemeye getirilmeli, sözlülük ve bağlılık prensiplerinden ayrılmamalıdır. Tanık veya bilirkişi mahkemenin çevresi dışında ise, mesken uzaklığı hakikaten

büyükşehir belediye sınırları¹¹⁷³ içerisinde bulunan, şikayetçi, katılan sanık, müdafî veya vekil veya tanık ve bilirkişilerin istinabe yolu ile dinlenmesi yolunu kapatmıştır (CMK 180/4).

207. YER YÖNÜNDE YETKİSİZLİK DÂVASI.

Yer yönünden yetkisizlik iddia etmek bir *hâdise dâvasıdır* ve asıl ceza dâvasına nazaran talî bir ceza dâvasıdır (No. 96). Bu talî dâva, asıl dâvaya bakmakta olan yargılama makamına yapılacak sözlü veya yazılı bir taleple açılır.

Yer yönünden yetki meselesinin sanık için fazla teminatsızlık doğurmadığı kamu düzenini ilgilendirmedığı kabul olunmuştur. Bunun içindir ki yer yönünden yetkisizlik dâvası, muhakemenin her anında bahis konusu olamaz.

Sanığın yetkisizlik iddiasını, ilk derece mahkemelerinde duruşmada sorgusundan, bölge adliye mahkemelerinde incelemenin başlamasından ve duruşmalı işlerde inceleme raporunun okunmasından önce bildirmesi öngörülmüştür (CMK 18).

Kanunda sadece sanıktan söz edilmekte ise de savcının da yer yönünden yetkisizlik davası açabileceği şüphesizdir.¹¹⁷⁴ Savcı eline yeni deliller geçtiği ve başka yer mahkemesinin yetkili bulunduğu görüşüne sonradan varmış ise, mahkemenin re'sen nazara alabildiği bir hususu, savcının ileri sürmemesi için sebep yoktur. Savcının iddianame okunmadan önce yer yönünden yetkisizlik iddiasında bulunması nâdir bir ihtimaldir, fakat mümkündür.¹¹⁷⁵ İddianameyi verdikten sonra eline yeni deliller geçmiş ve başka yer mahkemesinin yetkili olduğunu öğrenmiş olabilir.

Yer yönünden yetkisizlik dâvası açılmasa da mahkeme, sanığın sorgusundan önce, yetkisizlik, kararı verebilir (CMK 18). Yani dâva açılmış sayılır.

Ancak burada da “genel sorun” gene karşımıza çıkmaktadır: CMK 18 de düzenlenen kararların hepsi, iddianame kabul edildikten (CMK 175) sonra verilebilen kararlardır. İddianameyi alan mahkeme, yer itibarıyla yetkisiz olduğu için, iddianamenin iadesi kararı verebilecek midir? Mahkeme karar verme yetkisini iddianameyi kabul ettikten sonra kazanmaktadır. Kanun düzeltilmelidir.

208. YER YÖNÜNDE YETKİSİZLİK KARARI VE ZAMANI.

I. Yetkisizlik kararının zamanı.

Yer yönünden yetkisizlik kararının da zaman bakımından kayıtlı olduğu görülmektedir. İster talî dâva açılmış olsun veya açılmış sayılsın asıl dâvayı görmek için olan makam ancak bu zaman içinde yetkisizlik kararı verebilir.¹¹⁷⁶

Yetkisizlik iddiasına ilişkin karar, ilk derece mahkemelerinde (iddianamenin kabulünden sonra) ve sanığın sorgusundan önce, bölge adliye mahkemelerinde duruşmasız işlerde incelemenin hemen başlangıcında, duruşmalı işlerde inceleme raporu okunmadan önce verilir (CMK 18/2). Mülga CMUK yetkisizlik kararının verilmesi anı olarak, iddianamenin okunmasını esas almıştı (CMUK 17). Yeni kanun, yerinde olarak, sorguyu ön plana çıkarmıştır.

güçlük yaratmıyorsa ilgili şahıs yine mahkemeye getirilmeğe çalışılmalı, esaslardan ayrılınmamalıdır. Mesken uzaklığı hakikî bir müşkülât yaratıyorsa, bağlılık ve sözlülük esaslarından mecburen fedakârlık edilecektir. Böyle olunca kolaylık sağlayacaksa, tanık veya bilirkişi ağır ceza yerine asliyede dinlenebilir. Bu imkân, savcı bulunmadığından sulh mahkemesi için tanınmamalıdır.

¹¹⁷³ Mülga CMUK Ek m. 5 deki 1985 yılında kabul edilen bu kural, yeni yasa metninin içine yerleştirilmiştir.

¹¹⁷⁴ *Kantar*, 26. *Yurtcan*, 90.

¹¹⁷⁵ 1985 değişikliğinde ilksoruşturma kaldırıldığından kanun artık sadece sonsoruşturmadaki yer yönünden yetkisizlik dâvasını düzenlemekte ve bu “iddia”nın ancak duruşmanın başlangıcında iddianamenin okunmasından önce bildirileceğini belirtmekte idi (CMUK “85-3206” 15). *İlksoruşturma yapılmayan işlerde* yetkisizlik dâvası, duruşmada iddianame okunmadan önce yapılmalı idi.

¹¹⁷⁶ 1985 de ilksoruşturma kaldırıldığından beri, artık sadece sonsoruşturma bakımından düzenleme gerekmekte ve mülga kanun bu kararın, eskisi gibi, ancak iddianamenin okunmasından önce verilebileceğini belirtmekle yetinmekte idi (CMUK “1985-3206” 17).

Yetkisizlik kararlarına karşı, itiraz yolu açık tutulmuştur (CMK 18/3) (No. 516). Burada da bir yenilik yapıldığı görülmektedir.¹¹⁷⁷

II. Dosyayı alan mahkemenin kararı.

Başka bir mahkemenin verdiği yetkisizlik kararı üzerine dosya kendisine gelen mahkeme, yer bakımından yetkisizlik kararını ancak sanığın sorgusundan önce, bölge adliye mahkemelerinde incelemenin hemen başlangıcında veya inceleme raporu okunmadan önce vermesi gerektiğinden, bu aşamalardan sonra, mahkeme bu hususta re'sen karar veremez (CMK 18/2 cü. 2). Bu noktada mülga CMUK 17'nci maddede açıklık olmamasına karşın, Ceza Muhakemesi Kanununun açık düzenleme yapması yerinde olmuştur.

Bu süre geçirilmişse, artık o da yetkili sayıldığından, davaya bakacaktır.¹¹⁷⁸

209. YER YÖNÜNDEN YETKİSİZ HÂKİMİN YAPTIĞI İŞLEMLER.

Yer yönünden yetkili olmayan hâkim tarafından yapılan işlemler hükümsüz sayılmaz (CMK 20).¹¹⁷⁹ Yani müeyyide, madde yönünden yetkisizlikte olduğu gibi, “yokluk” (No. 287) değildir. Ancak yetkili mahkeme, yetkisiz olduğu halde kendisini yetkili sanan hâkimin yaptığı işlemlerin hepsini veya bir kısmını tekrar yapabilir.¹¹⁸⁰

Yer yönünden yetkisiz hâkim, yetkisizliğini bile bile dahi bazı işlemleri yapabilir. Bunlar, gecikmesinde zarar olacağından korkulan işlemler ile diğer koruma tedbirleridir (CMK 21). Yani, ölmek üzere olan tanığın dinlenmesi veya sanığın tutuklanması gibi koruma tedbirleridir (No. 359).

210. YER YÖNÜNDEN YETKİ UYUŞMAZLIKLARI.

Yer yönünden yetki konusundaki uyuşmazlıklar, madde itibariyle yetkide olduğu gibi (No. 196) iki çeşittir. Kanun bunlara, “olumlu veya olumsuz yetki uyuşmazlığı” demiştir (CMK 17).

Yer yönünden yetki konusunda bazen hâkimlerin hepsi kendilerini yer itibariyle yetkili sayarlar. Buna “yetkililik uyuşmazlığı” veya “olumlu yetki uyuşmazlığı” adı verilir.

Bazen de hâkimlerin hepsi kendisini yer yönünden yetkisiz sayar. Buna da “olumsuz yetki uyuşmazlığı” denir.¹¹⁸¹

Yer itibariyle yetkide birkaç hâkim veya mahkeme arasında olumlu veya olumsuz yetki uyuşmazlığı çıkarsa, ortak yüksek görevli mahkeme, yetkili hâkim veya mahkemeyi belirler (CMK 17).

¹¹⁷⁷ Mülga CMUK sisteminde mahkeme kararlarına karşı itiraz kabul edilmediği için (CMUK 298) içtihadı birleştirme kararı (İçBK 28/3/1946, 33/6) ile itiraz yolu tanınmıştı. CMK yeni hüküm sevk ederek, itiraz yolunu açmıştır.

¹¹⁷⁸ K-m: 8. CD 4/10/83 YKD 84/1 138.

¹¹⁷⁹ CGK 22.11.2005, K. 146/139: (ŞAGYÖE 2008, 812): Yer bakımından yetkisizlik kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir (CMK 18/3). Yedieminlik yükümlülüğüne aykırılık suçundan dolayı İİK 348 uyarınca, yetkili mahkemenin takibin yapıldığı yerdeki icra ceza mahkemesi olduğu gerekçesi ile yetkisizlik kararı verilmiştir. Sanık müdafii tarafından “temyiz edilen” bu dosyayı, Yargıtay 16. Hukuk Dairesi incelemiş ve 2005 yılında yürürlüğe giren mevzuat açısından tekrar incelenmesi için, bozmuştur. Başsavcının itirazı ile işi inceleyen Ceza Genel Kurulu, İİK da boşluk olan hallerde ceza yargılamasına ilişkin hususlarda CMK'nın uygulanacağını tespit etmiş ve yer bakımından yetkisiz mahkemenin yaptığı işlemlerin tekrarlanmasına gerek bulunmadığını (CMK 20), derhal uygulanma kuralı gereğince; a) usul işlemlerinin yürürlükteki yasaya göre yapılacağını, b) yürürlükteki yasaya göre yapılan işlemlerin sonradan yürürlüğe giren kanun nedeni ile geçerliliklerini kaybetmeyeceklerini, c) yeni kanunun yürürlüğünden sonra yapılması gereken usuli işlemlerin yeni kanuna göre yapılacağını, d) yeni kanunun uygulanmasının sanığın leh veya aleyhine sonuç doğurmasına bakılmayacağını belirlemiştir. Somut olayda ise, bozma kararı değil, CMK 18, 264 ve 268 inci maddeler uyarınca, icra mahkemesinin yargı çevresi içinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine gönderme kararı verilmesi gerektiğine karar vermiştir.

¹¹⁸⁰ Kantar, 31; Taner, 82.

¹¹⁸¹ Mülga CMUK buna icabı ihtilaf (CMUK 13) ve olumsuz uyuşmazlık yani selbi ihtilaf (CMUK 18) diyordu.

Bir uyuşmazlıktan bahsolunabilmek için, verilmiş olan kararlar kesin olmalıdır.¹¹⁸² Yetkisizlik uyuşmazlığı söz konusu olabilmek için asıl yetkili mahkemenin de yetkisizlik kararı vermiş olması gerekir.

Yer itibariyle yetkililik uyuşmazlığını müşterek yüksek mahkeme çözer. Bu mahkemenin kararı kesindir. Bu mahkeme yetkili yargılama makamının hangisi olduğunu da gösterecektir (CMK 17). Fakat bu gösterme uyuşmazlığına düşenler arasında hakikî yetkili mahkemenin de bulunması halinde olabilecektir. Aksi takdirde ortada uyuşmazlık yoktur ve merci, asıl yetkili mahkemeyi göstermeğe mecbur değildir.¹¹⁸³

Bölge Adliye Mahkemelerinin Ceza Dairelerine yer yönünden yetki uyuşmazlıklarını çözmek görevi de verilmiştir (AdlMK 37/2).

24. § HÂKİM: GÖREV YÖNÜNDE YETKİ

211. Görev yönünden yetkinin niteliği ve amacı ve çeşitleri. 212. Mahkemenin ceza mahkemesi olup olmaması bakımından yetki. 213. Adli ceza yargılaması makamları arasında genel olup olmamak bakımından yetki. 214. Derece, kanun yolu ve dar mânâda talî muhakeme bakımından yetki. 215. Evre ve aşama bakımından yetki. 216. Daire bakımından yetki. 217. a) Olay mahkemeleri ve BAM ceza daireleri arasında yetki bölüşülmesi. 218. b) Yargıtay daireleri arasında yetki bölüşülmesi. 219. Niyabet (Naiplik). 220. Görev yönünden yetki uyuşmazlıkları. 221. Görev yönünden yetki ve yargılanacak uyuşmazlıklar arasında bağlantı.

211. GÖREV YÖNÜNDE YETKİNİN NİTELİĞİ VE AMACI VE ÇEŞİTLERİ.

I. Görev yönünden yetki.

Alman ve İtalyan doktrininde (*funktionelle Zuständigkeit, competenza, funzionela, competenza per funzione*) denilen ve bizim, fonksiyonu görev diye tercüme ettiğimizden (No. 136, 69), *görev yönünden yetki* diye adlandırmağı tercih ettiğimiz¹¹⁸⁴ kavram tartışmalıdır. Bizce, hâkimlerin millet, madde, yer ve kişi yönlerinden bölüşme dışında kalan yetki bölüşmeleri görev itibariyle yetki kavramı içine girmektedir.¹¹⁸⁵

Türk ceza mahkemelerinin madde ve yer yönünden yetkisini tâyin etmeden önce, ilk iş olarak, yargılama yetkisinin adli yargılama makamlarına mı, adliye dışı yargılama makamlarına mı ait olduğu araştırılacaktır. Adli makamlara aitse hukuk, ceza, ticaret mahkemelerinden hangi mahkemenin yetkisine girdiği meselesi çözülecektir. Ceza mahkemelerinin yetkili olduğu anlaşıldıktan sonradır ki, evvelâ madde, sonra yer, daha sonra kişi yönünden yetki meselesine sıra gelecektir.

Madde, yer ve kişi yönünden yetkinin tâyin edilmesinden sonra da yapılacak işler vardır. Gerçekten, yargılama, çeşitli hâkimlerin faaliyetini gerektirir. Bu faaliyetler de yargılama makamları arasında görev yönünden yetki bölüşülmesini gerektirir. Faraza, bir hâkim sadece soruşturma evresinde yetkili olabilir. Bazı hâkimlere de kanun yolu dâvalarını görme yetkisi verilmiştir.

¹¹⁸² Kantar (s. 28) yetkililik uyuşmazlığında karar kesin olmasa da mercie başvurulabileceği kanaatindedir.

¹¹⁸³ Kantar, 31.

¹¹⁸⁴ Türk doktrininde bu kavram oldukça yenidir. Ansay (s. 76) “İş yönünden yetki”, Berkin (Alman Hukukunda vazife ve selâhiyet, Prof. Seviğ’e Armağan, 1956, s. 277) “Fonksiyonel selâhiyet”, Erem (N. 51) ise “geniş anlamda görev” tâbirini kullanmaktadırlar. Kuru (s. 142, 150) kazanın askerî, idarî, hukuk ve ceza çeşitlerine “yargıyolu”, bunların içinde meselâ hukuk ve ticaret mahkemeleri arasındaki bölüşmeye de “işbölümü” demektedir. Bilge/Önen ise geniş olarak göreve “işdağıtım” adını vermekte ve onu “dar mânâda görev”, “yargıyolu” ve “işbölümü” olarak üçe ayırmakta (s. 133, 135), Tosun ise (I, 513) “görev bakımından yetki” demektedir. İlk basıda “görevsel yetki” diyen Yurtcan (96, 134) şimdi “işbölümü yönünden yetki” terimini kullanmaktadır (s. 99).

¹¹⁸⁵ Tafsilât için Bkz. Sabatini, I, 256.

Millet, madde, yer ve kişi yönünden bölüşmeler dışında kalan yetki bölüşmeleri çeşitli sebeplere dayanır. Adli yargılama ile adliye dışı yargılama ayırmasının sebeplerini gördük (No. 76, 80, 81, 83, 84, 86). Adli yargılama makamları içindeki bölüşmeleri ise, iş bölümü icapları ile olduğu kadar, ihtisaslaşma ve fertlere teminat tanıma ve suçluların kayırılmasını önleme gayeleri ile de yapılmıştır.

Bizde madde yönünden yetkisizliğe “görevsizlik” denildiği gibi, görev yönünden yetkisizliğe de “görevsizlik” denildiğinden karışıklık çıkmaktadır.¹¹⁸⁶ Yetkisizliğin hangi yönden olduğu tereddüde meydan vermeyecek biçimde gösterilmelidir (No. 185).

II. Görev bölüşmesinin çeşitleri.

Görev yönünden yetki bölüşmeleri her memlekette aynı değildir. Bizce görev yönünden bölüşmenin altı çeşidi vardır:

1) Yargılama makamının adli olup olmaması bakımından görev yönünden yetki bölüşülmesi (No. 76).

2) Adli yargılama makamları içinde, mahkemenin ceza mahkemesi olup olmaması bakımından görev yönünden yetki bölüşülmesi (No. 212).

3) Adli ceza yargılaması makamları arasında genel olup olmamak bakımından yetki bölüşülmesi (No. 213).

4) Adli cezaî yargılama makamları arasında derece, kanun yolu ve dar mânâda talî muhakeme bakımından görev yönünden yetki bölüşülmesi (No. 214).

5) Adli cezaî yargılama makamları arasında evre ve aşama bakımından görev yönünden yetki bölüşülmesi (No. 215).

6) Adli cezaî yargılama makamları arasında daire bakımından görev yönünden yetki bölüşülmesi (No. 216).

212. MAHKEMENİN CEZA MAHKEMESİ OLUP OLMAMASI BAKIMINDAN YETKİ.

Yargılama yetkisinin hâkimler arasında görevin bu çeşidi bakımından bölüşülmesi sonunda her birine düşen yetki hissesine tatbikatta, madde yönünden yetkide olduğu gibi (No. 188), “görev” veya “vazife” denilmektedir. Ticaret Kanununun kullandığı “iş sahası” tâbirine (TTK 5) uygulamada “iş bölümü” denilmektedir.¹¹⁸⁷

Adli yargılama makamları arasında ilk yetki bölüşülmesi “hukuk”, “ticaret” ve “ceza” şeklinde kendini gösterir. Fakat her yerde ticaret mahkemesi olmadığından ve ticaret mahkemesi ayrılığı hukuk mahkemesine nazaran söz konusu olduğundan (TTK 5), konumuz bakımından asıl bölüşme, hukuk ve ceza hâkimleri arasındadır.¹¹⁸⁸

¹¹⁸⁶ Örneğin, askeri mahkeme yetkili diye verilen karara karşı, madde yönünden yetkisizlik kararı (CMUK 263) gibi sayılarak temyiz (No. 531) yerine itiraz yoluna gidiliyordu (9. CD 23.2.1979, YKD 79, 1101).

¹¹⁸⁷ HG: 4/11/81 YKD 82/5 617.

¹¹⁸⁸ Mülga Mahkemeler Teşkilatı Kanununa göre (MTK “26-825” 1), Türkiye’deki mahkemeler teşkilatı şöyle idi: “Sulh Mahkemeleri” ve “Asliye Mahkemeleri” ile bunların üstünde “Yargıtay” vardır. Asliye mahkemeleri ise, hukuk, ticaret ve ceza davalarını görürlerdi (MTK “26-825” 3). Gereken yerlerde, asliye mahkemeleri birden fazla dairelere bölünür ve bu daireler arasında görev (kanunun tâbiri ile vazife) bakımından bir bölüşme yapılırdı (MTK 2). Bu yüzdendir ki bu dairelerin bir kısmı ceza, bir kısmı hukuk, bir kısmı da bazan ticaret diye adlandırılırdı. Gereken yerlerde bir veya daha fazla sulh mahkemesi (Kanunun tabiri ile hâkimi) bulunur (MTK 6). Sulh mahkemeleri de böylece kıyas yolu ile ceza ve hukuk dairelerine ayrılmışlardır. Kanunda daire denilmesine rağmen meselâ asliye mahkemesinin ceza dairesi ile hukuk dairesi, aynı ceza mahkemesinin dairelerinden farklı idi. Bu sebeple bunlar daire olarak değil, ayrı mahkeme olarak kabul olunurdu. Aynı yerde sulh ve asliye ayrı ayrı hâkimlere verilmişse, hukuk ve ceza yetkisi ayrılığı kesindir. Hukuk hâkiminin ceza sahasında, ceza hâkiminin hukuk sahasında yargılama yetkisi yoktur. Bunun bir istisnasına Mülga Meşhut Suçların Muhakemesi Kanunda (m. 15) rastlanmakta idi: Asliye ceza mahkemesinin herhangi bir sebeple çalışmadığı hallerde meşhut suç hakkındaki duruşmayı oradaki hukuk mahkemesi yapardı. Bazı yerlerde sulh ve asliye yetkisi tek bir hâkime verilebilirdi. Bu takdirde aynı hâkim hem hukuk hem ceza bakımından yargılama yetkisine sahipti (MTK g.m). Ancak hâkim yetkisini işgal ettiği makamdan aldığından, ceza mahkemesi makamını işgal eden hâkim dâvanın hukuk mahkemesince bakılması lâzım geldiğini görürse, aynı makam olan hukuk mahkemesini işgal eden hâkim yine kendisi de olsa, dâvayı reddederdi. Gereken yerlerde asliye ve sulh yetkisini haiz olmak ve ayrı ayrı hukuk ve ceza dâvalarını görmek ve biri diğerine ait görevi yapmak üzere birden fazla hâkim

26.9.2004 tarih ve 5235 numaralı “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun” (AdYMK), 1924-469 numaralı “Şeriat Mahkemelerinin İlgası Hakkında Kanunu” ve 1329 tarihli “Sulh Hâkim likleri Kanun” ile, 1926-825 numaralı “Yürürlük Kanununun” 25, 26, 27, 28 ve 29. maddelerini yürürlükten kaldırarak, “adli yargı ilk derece mahkemeleri” ile, “bölge adliye mahkemelerinin” kuruluş, görev ve yetkilerini düzenlemekte (AdYMK 1) ve adli yargı ilk derece mahkemeleri hukuk mahkemeleri ve ceza mahkemeleri diye ikiye ayrılmaktadır (AdYMK 4, 8).¹¹⁸⁹

213. GENEL OLUP OLMAMAK BAKIMINDAN YETKİ.

Özel yargılama makamlarının çoğunun adliye dışında olmasına ve kişi bakımından yetkiye girmesine rağmen, adli ceza yargılaması içinde de özel mahkemeler bulunabilmesi imkânsız değildir. Meselâ millî korunma mahkemeleri böyledi. Devlet güvenliği mahkemelerini de Adalet Bakanlığı tarafından kurulduklarından adli yargılama içinde özel mahkeme saymak mümkündü.

Özel mahkemelerin yetkilerinin de özel oluşu, yetki konusunda genel mahkemelerden önce gelmeleri sonucunu doğurur. Bu nedenle meselâ genel mahkeme, durumu duruşmada anlasa dahi¹¹⁹⁰ yetkisizlik kararı verecektir.

Adli yargı ilk derece mahkemeleri genel ve özel olarak ikiye ayrılabilir. Kanun diğer ceza mahkemelerinin özel kanunlarla belirlenen dava ve işleri görmesini kabul ederek (2004-5235 m. 13) özel kanunlarla verilen yetkiyi benimsemiştir.

214. DERECE, KANUN YOLU VE TALÎ DAVA BAKIMINDAN YETKİ.

I. Derece.

İtalyan doktrininde (*competenza funzionale per gradil*) denilen¹¹⁹¹ ve bizim kısaca “derece bakımından yetki” diyeceğimiz yetki, görev yönünden yetkinin bir çeşididir.

Derece, yargılama makamının baktığı bir işe bir başka yargılama makamının bir daha bakması demektir. 2004-5235 sayılı Kanun ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay olmak üzere, üç basamaklı bir sistem oluşturmuştur. Bozmadan sonraki derece ile, muhakemenin yenilenmesi derecesi de, davaya bir başka mahkeme baktığı hallerde, teknik anlamda derece sayılır.

1) *İlk mahkemeler.* Asıl ceza dâvasına bakan ve uyuşmazlığı maddî ve hukukî yönleri ile çözen mahkemelerdir, yani olay mahkemeleridir (No. 89). Bunlar işe ilk defa baktıklarında ortada derece durumu olmadığı halde çok defa “birinci derece” denilmektedir (No. 405).

2) *Asıl derece.* Aslî veya talî olabilen uyuşmazlıkları ikinci defa maddî ve hukukî yönleri ile çözen mahkemelerdir. Çok defa, sanki daha önce derece varmış gibi, “ikinci derece” denilegelmektedir (No. 405). Asıl derece bizde “itiraz” ve “istinaf” diye ikiye ayrılmaktadır.

bulundurulabilmekte idi (MTK “39-3748” g.m./2). Böylece sulh ve asliye bakımından değil de hukuk ve ceza bakımından ayırım yapılan yerlerde hukuk hâkimi icabında ceza hâkim liği yetkisini de haizdi.

¹¹⁸⁹ 5235 numaralı Kanun, adli yargı ilk derece mahkemelerini hukuk mahkemeleri ve ceza mahkemeleri olmak üzere ikiye ayırmıştır. Ceza mahkemeleri, sulh ceza, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer mahkemeleri vardır (m. 8). Sulh ceza mahkemeleri 2 yıla kadar (2 yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ve bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanmasında yetkilidir (m. 10). Ağır ceza mahkemeleri, ağırlaştırılmış müebbet hapis ve 10 yıldan fazla hapis cezalarını grektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla görevlendirilmiştir (m. 12). Sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır (m. 11). 5235 sayılı Kanun Cumhuriyet Başsavcılıklarını da düzenlemiştir. Mahkeme kuruluşu bulunan her il merkezi ve ilçede, o il ve ilçenin adı ile anılan Cumhuriyet başsavcılığı kurulmuştur (m. 16). Bölge adliye mahkemeleri de Adalet Bakanlığı’nın önerisi üzerine, Hâkim ler ve Savcılar Yüksek Kurulunca kurulacaktır (m. 25). Bu kuruluş kararlarının resmi gazetede yayımlanması öngörülmüştür. Bölge adliye mahkemeleri hukuk ve ceza daireleri olarak teşkilatlandırılmıştır.

¹¹⁹⁰ *Selçuk:* Ceza yargılamalarında görev kuralına esneklik getiren olanaklar, YD 79/4 763; 9. CD 24/6/75 YKD 75/12/125.

¹¹⁹¹ *Foschini,* I, 347 görevine yeni kanun yolu bakımından yetkisine girmeyen bir işte verilen karar “yok hükmünde” sayılmıştır (8. CD 16.9.2002).

3) *Hukukî derece.* Derecenin bu çeşidi uyumsuzlukların sadece hukukî kısımlarını yeniden tetkik eder. “Temyiz” yolunda durum budur.

4) *Bozmadan sonraki derece.* Yargıtay esas mahkemesinin kararını bozarsa, dosyayı birçok memleketlerde, meselâ Fransa, İtalya’da, 1965’den beri Almanya’da bozulan kararı veren mahkemeden başka mahkemeye, bazı memleketlerde, meselâ bizde aynı veya başka mahkemeye yeniden karar verilmek üzere gönderir (No. 547). Başka mahkemeye gönderildiği zaman, “bozmadan sonraki derece”den söz edilebilecektir.

5) *Yargılamanın yenilenmesi derecesi.* Kanunlar muhakemenin yenilenmesini de bazen bir derece olarak kabul ederler. Bizde bu görev eski hükmü veren mahkemeye verildiğinden, bir derece durumu gözükmemektedir. Derece durumu ortaya çıkmamakla birlikte yargılamanın yenilenmesinde önceki yargılamada görev yapan hâkim in yargılama yapması yasaklanarak (CMK 23/3) ileri bir adım atıldığı da gözlemlenebilir.

II. Kanun yolu ve derece.

Kanun yolu ve derece kavramları farklıdır. Bu sebeple kanun yolu muhakemesi bakımından da yargılama makamları arasında bir yetki bölüşmesi yapmak gerekir. Meselâ yenilenen muhakemede yargılama yetkisi bizde ilk muhakemeyi yapan mahkemeye verilmiştir.

III. Tali ceza davaları.

Kanun yolu kavramına girmeyen ve dar mânâda diye belirttiğimiz talî ceza dâva ve muhakemeleri de vardır. Bunlarda, meselâ hâkimin reddi dâvasında hangi yargılama makamının yetkili olacağının gösterilmesi de görev itibarıyla yetki bölüşülmesinin bir çeşididir.

215. EVRE VE AŞAMA BAKIMINDAN YETKİ.

I. Evreler ve aşamalar.

Canlı bir bünyesi olan muhakeme, talî bünyelerden oluşur. Bu talî bünyelerden bir çeşidi de “evre” dir. Evre, muhakemenin en büyük çaptaki talî organik bünyesidir. Dar mânâda ceza muhakemesinin iki evresi vardır (No. 405): 1) Önsoruşturma (soruşturma evresi), 2) Sonsoruşturma (kovuşturma evresi). Önsoruşturmanın (soruşturma evresinin) en gelişmiş, en zengin muhakemelere göre çizilmiş olan mücerret muhakeme şemasında, 1) Başlangıç soruşturması, 2) Kısasoruşturma, 3) İlk soruşturma diye üç aşaması vardır (No. 443). Sonsoruşturma (kovuşturma evresi), 1) Duruşma hazırlığı, 2) Duruşma, 3) Sonuç çıkarma aşamalarına bölünür. Hâkimlerin yargılama yetkileri bu evrelere ve hattâ bu evrelerin aşamalarına göre değişebilir.

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, açıkça olmamakla birlikte, “üç evreli” bir muhakeme sistemi oluşturdu: 1) soruşturma evresi, 2) ara soruşturma (iddianamenin kabulü) evresi, 3) kovuşturma evresi. Hâkimlerin yargılama yetkileri bu evrelere, aşamalara göre değişebilir.

II. Görev ve yetkili makam.

1. Soruşturma evresi.

Soruşturma evresinde, Cumhuriyet savcısı, ancak hâkim tarafından yapılabilecek bir soruşturma işlemine gerek görürse, istemlerini bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hâkimine¹¹⁹² bildirir. Sulh ceza hâkimi istenilen işlem hakkında, kanuna uygun olup olmadığını¹¹⁹³ inceleyerek karar verir ve gereğini yerine getirir (CMK 162). Burada dikkat edilmesi gereken husus Cumhuriyet savcısının “işlemin

¹¹⁹² Birden fazla yerde işlem yapılacaksa, işleri çabuklaştırmak ve bir elde toplamak için savcının kaide olarak, bulunduğu yerdeki sulh hâkimine başvurması, 1975 Alman formunda olduğu gibi (*Grauhan*, 391), kabul edilmelidir.

¹¹⁹³ İstenilen işleme lüzum olup olmadığının araştırılmayacağı tezi (*Kantar*, 166) mecburî yetkiler bakımından sorun yaratmazsa da, ihtiyarî yetkilerde, kanunî şartlardan fazla olarak lüzum şartının aranması mecburiyeti ile bağdaşmaz. Bu mecburiyet de kanundan geldiğinden, lüzum şartını aramanın da kanunî cevaz tâbiri içinde bulunduğu kabul olunmalıdır. Meselâ tutuklama kararı istenmişse, hâkim kanunî cevazı hem mücerret hem müşahhas olarak inceleyecektir. Mücerret cevaz, kanunda belirtilen şartların araştırılmasıdır. Müşahhas cevaz ise, o olayda o kişinin tutuklanmasının gerekip gerekmediğinin araştırılmasıdır. Almanya’da uygulama bu yoldadır (*Triffterer*, 47).

yapılacağı yerin” sulh ceza hâkimine başvurmasıdır. Mesela dinlenecek tanık başka bir yerde ise oradaki sulh hâkimine başvurulacaktır.

2. Ara soruşturma.

Ara soruşturmada¹¹⁹⁴, iddianamenin mahkemeye verilmesi ile CMK 175 uyarınca kabul edilmesi arasındaki süreçte hangi makamın görevli olacağı kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu evre kanuna göre henüz soruşturma evresidir. Soruşturma evresi olduğu için de C. savcısı yetkilidir. Fakat iddianame mahkemenin eline geçmiş ve mahkeme tarafından değerlendirilmektedir. Kamu davası iddianamenin kabulü ile açılacaktır. Mahkeme kabul kararından sonra “görevli” olacaktır. Kanundaki bu düzenlemeden uygulamada tutuklama kararının itirazı açısından veya tutukluluk durumunun devamının incelenmesi bakımından sorunlar yaşandığı bilinmektedir. Bizce kanun değiştirilmeli ve iddianamenin mahkemeye verilmesi ile kamu davası açılmış sayılmalı, mahkeme daha sonra kovuşturmayla geçme kararı veya geçmeme kararı vermelidir.

3. Duruşma hazırlığı.

Duruşma hazırlığında, yargılama görevi yapma yetkisi kaide olarak başkanlık makamındadır. Mahkeme makamının yetkili olduğu işler de vardır (No. 462-466).

4. Duruşma.

Duruşmada, yetki kaide olarak mahkeme makamına verilmiştir. İstisna olarak başkanlığa ve nâip hâkimliğe verilen yetkiler de vardır.

5. Duruşmadan sonuç çıkarma.

Duruşmadan sonuç çıkarmada, yetkili makam sadece mahkemedir.

216. DAİRE BAKIMINDAN YETKİ.

Ceza Muhakemesi Hukukunda madde yönünden yetki, mahkemeler arasında yetkinin suça göre bölüşülmesi demektir (No. 188). Bazen aynı mahkemenin birden fazla dairesi bulunabilir. Bu daireler arasında madde yönünden yetki farkı yoktur. Bu dairelerin hepsi, yerine göre, sulh ceza, asliye ceza, ağır ceza mahkemesidir. Bazı suçlara ilişkin muhakeme kurallarını düzenleyen CMK 161/8 de olduğu gibi yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde görevlendirilen ağır ceza mahkemeleri veya iki numaralı mahkemelerin basın suçlarını yargılaması gibi, ihtisaslaşma göz önünde tutulabilir.

Kaide olarak hepsinin yetkisi aynı olmak lâzımdır. Faraza asliyelik bir dâvaya asliye birinci veya sekizinci ceza dairesinde farksız olarak bakılabilmelidir. Ancak, bazan ihtisaslaşmayı sağlamak için daireler arasında iş bölümü yapıldığı da vardır.¹¹⁹⁵ Bu hallerde iş bölümü, diğer dairelerin o işlerde yetkisiz olması sonucunu doğurmaz. Belli bir daireye verilmiş olan dâva, meselâ o dairedeki hâkimin yargılama yapamaması gibi bir sebeple diğer bir dairede görülebilir. Yahut dairelerden biri ihtisasına girmeyen bir dâvada karar verirse bu karar geçerlidir. Bu sonuç “iş bölümü harice karşı hüküm ifade etmez” şeklinde belirtilmektedir.¹¹⁹⁶

¹¹⁹⁴ 1985 de bizde kaldırılıncaya kadar, yetkili olan hâkim kaide olarak sorgu hâkimi idi. Muhakemenin ilksoruşturma aşamasını o açar ve yapardı. Ancak yapma yetkisi asliye hâkiminin kararı ile tamamen sulh hâkimine verilebilir, sorgu hâkimi de bulunduğu yerde yargılama yetkisi olmayan sulh hâkiminden bazı soruşturma işlemlerini yapmasını isteyebilirdi. Bu aşamada sonuç çıkarıcı da bizde, Almanya’dakinden farklı olarak, yine sorgu hâkimi idi.

¹¹⁹⁵ Daire bakımından yetki bölüşülmesini tamamen idarî bir mesele addedip, yargılama meselesi olan yetki meselesi dışında mütalâa edenler ve bu bölüşmenin görev yönünden yetkiye girmediklerini söyleyenler de vardır. Almanya’da bu fikir taraftarları için Bkz. *Berkin*: Almanya’da vazife ve selâhiyet, Prof. Muammer Seviğ’e Armağan, 1956, s. 277.

¹¹⁹⁶ *Postacıoğlu*, 90. Daire bakımından yetki madde bakımından yetkiymiş gibi sayılıp bozulduğu vardır (4. CD 4/11/76 YKD 77, 277; 5. CD 31/3/76 YKD 77, 285; 3. CD 4/10/83 YKD 83/11 1690). Buna karşılık, mülga Kaçakçılık Kanununun Ek. 4. maddesiyle birden fazla daire (kanundaki adı ile mahkeme) olan yerlerde 1 numaralının bakmasının kabul edilmesi, iş bölümü sayılmış ve son aşamaya gelmiş dâvaların madde ve yer yönünden yetkisi aynı olan diğer daireye verilmesinin gerekmediğine karar verilmişti (7. CD 9/11/83 YKD 84/2, s. 316; CGK 23/1/84 YKD 85/1 95). 2007-5607 numaralı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu da 17/2 maddesinde aynı yöntemi benimsemiştir (*Bu Kanun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkim ler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye ceza mahkemelerinde görülür. Ancak bu suçlarla bağlantılı olarak resmi belgede sahtecilik suçunun işlenmesi halinde, görevli*

217. a) OLAY MAHKEMELERİ VE BAM ARASINDA YETKİ BÖLÜŞÜLMESİ.

Madde bakımından yetkisi aynı olan mahkemeler, daha doğrusu bir mahkemenin daireleri arasında görev bakımından iş bölümü yapılabilmesi ve bunu HSK yapmalıdır.¹¹⁹⁷ Bu yetki sayesinde özel mahkeme kurmak külfetinden kurtulanabilmiştir. @ YAZ Sh. 409

Terör suçları ile ilgili soruşturmaya düzenleyen CMK 161/8 ile ağır ceza mahkemelerinin yargılama çevreleri çok farklı şekilde tâyin olduğundan, diğer dairelerin de yetkili olduğu söylenemez.

İkinci derece olay yargılaması yapan bölge adliye mahkemeleri ceza daireleri arasında görev bölümü yapılmıştır. İstinafi temyize benzeten bu iş bölümünü yerinde bulmuyoruz.

218. b) YARGITAY DAİRELERİ ARASINDA YETKİ BÖLÜŞÜLMESİ.

Yargıtay dairelerinin hepsi, Yargıtay olarak, esas mahkemelerden verilen son kararlar temyiz edildiği zaman yargılama yetkisini haizdirler. Aralarında aşağılık, yukarılık durumu yoktur. Yargıtay Kanunu (YK 14), daireler arasındaki görev itibarıyla yetki bölüşmesini düzenlemiş, her daireye düşeni göstermiştir.¹¹⁹⁸ Muhtelif suçlara ait dâvalarda, temyiz isteğine konu olanlar içinde en ağırını incelemeye yetkili olan daire yetkilidir (YK 14/14). Ancak, daireler arasında iş ayarlaması için Başkanlar Kurulu her takvim yılı başında değişiklik yapabilir (YK 17/1-b).¹¹⁹⁹

İcra ve iflâs işlerine bakan 12. Hukuk Dairesi kısmen ceza dairesi sayılır. Zira bu daire icra tetkik mercilerinin cezaî kararlarını da tetkik eder.

Yargıtay'ın kişi yönünden yetki dolayısı ile esas mahkeme olarak görev yapması da mümkündür (No. 222). Bu takdirde dâvadaki tavsife yani sonsoruşturma açılması kararındaki maddelere göre, daire bakımından yetki normları uygulanır. Birden fazla suçlara ait dâvalarda, en ağırına bakmakla yetkili daire yetkilidir (YK 14/11, 13 ve 14).

219. NİYABET (NAİPLİK).

Görev yönünden yetki kaidelerinden ayrılma hali olan, yani istisnaî bir durum olarak gözükten niyabet'ten kanunumuzda doğrudan doğruya değil, fakat dolayısı ile bahsedilmiştir. Birçok maddelerde naip hâkim sözü geçmektedir (CMK 83, 180).

Bazan yargılama görevi kurul halindeki bir makama verildiği halde, kurul, bu görevin yapılması hususunda üyelerinden birine niyabet verir. Bu niyabet kararı veya bir diğer söyleyişle üyelerden birini naip hâkim tâyin etme kararı, aslında tek başına o görevi yapamayacak olan o şahsa, kurul adına, ona niyabeten, yapma yetkisini verir. Toplu mahkemeler ekseriya mahkeme binası dışında yapılan işlemlerde bu yola başvururlar. Mahkemenin bunları kurul halinde yapma yetkisi daima vardır.

Duruşmanın vasıtasızlığı kaidesinin (No. 468) istisnası olduğu için niyabet duruşma aşamasında ancak zaruret hallerinde kabul edilmelidir. Kanunumuzun kabul ettiği haller, istinabe için kabul edilenlerin (No. 206), bir istisna ile aynıdır. Duruşmadan "bağışık" (vareste) tutulan (CMK 196) sanığın sorgusu için istinabe kabul olduğu halde niyabet kabul olunmamıştır. Bizce, naiple sorgu bakımından zaruret varsa, duruşma sanığın yokluğunda yapılabilecekse ve sorgu da gerekiyorsa, başka mahkeme gibi, aynı mahkeme de kurul halinde veya naip tâyin ederek sorguya çekebilirdir. Meselâ duruşma

mahkeme ağır ceza mahkemesidir.) Biz, daire yönünden yetki ile madde yönünden yetkinin farklı olması ve burada kamu düzeninin söz konusu bulunmaması nedenleriyle bu son görüşe katılıyoruz.

¹¹⁹⁷ 1973 de kabul olunan Ek 3 ile bazı suçlarda yetkili daireyi tayin yetkisinin Adalet Bakanına verilmesi yersizdi (Düşünceler, Ek m. 3). Anayasa Mahkemesi hem Ek 3/2 yi hem 1340 (1924) tarihli, 469 sayılı kanunun bu yetkiyi bakana veren hükmünü iptal edince (7/4/77 RG 11/6/77) Bakanlığın 26/3/73 tarihli tamimi geçmez oldu.

¹¹⁹⁸ Yargıtay da daireler arasındaki işbölümünün bir iç sorun olduğu görüşündedir (CGK 26/12/88 YKD 89/3 398). Dairelerin yetkisini tayinde iddianame veya sonsoruşturma açılması kararındaki tavsife bakılacağı, yanlış gösterilen madde numarasına değer verilmeyeceği kararlaştırılmıştır (CDBK: 14/10/75 YKD 75/12, 11). Bizce son karardaki tavsife bakılmalıdır. Olağanüstü temyizde yetkili daire, işin esasına göre yetkili dairedir (CDBK:11/4/74 RKD 74, 9).

¹¹⁹⁹ Bkz. YKD 88/3/309.

tarihinde orada bulunamayacaksa veya uzunca bir hastalığa yakalanmışsa, mahkeme veya naip hâkimin sanığı hattâ duruşma hazırlığında dinleyememesi için hiçbir sebep yoktur.¹²⁰⁰

220. GÖREV YÖNÜNDE YETKİ UYUŞMAZLIKLARI.

I. Uyuşmazlık Mahkemesi ve Yargıtay.

Adli¹²⁰¹ ve idarî,¹²⁰² yargılama makamları arasında çıkacak “görev yönünden yetki” (kanunun tâbiri ile “görev”) uyuşmazlıklarını¹²⁰³ Uyuşmazlık Mahkemesi kesin olarak çözer (AY 158) (UMK 1).¹²⁰⁴ Kanun, zamandan kazanmak için, uyuşmazlığı henüz çıkmadan da çıkmış gibi saymış, kanunun tâbiri ile uyuşmazlığı çıkarma yolunu tutmuş ve bunların da çözümlenmesini düzenlemiştir (UMK 10, 11).

Ceza mahkemesi ile hukuk veya ticaret mahkemesi arasında uyuşmazlık çıkınca, bu husustaki kararlar temyiz edileceğinden neticede uyuşmazlık Yargıtay Ceza Dairesi veya Ceza Genel Kurulu ile Hukuk Dairesi veya Hukuk Genel Kurulu arasında çıkacak demektir. Bu takdirde Yargıtay Büyük Kurulunca İçtihatların Birleştirilmesi yolu ile uyuşmazlık **çözülecektir (YK 16).**

Esas mahkemenin ceza daireleri arasında uyuşmazlık çıkarsa, madde itibariyle yetki hakkındaki normlara kıyasla çözümlenmelidir (No. 196). Yüksek mahkemece çözümlenmenin kanunla kabulü uygun olacaktır. Mercii kararını kesin olduğuna göre, dayanağı sonradan kalmasa bile belirtilmiş olan mahkeme dâvayı¹²⁰⁵ görebilmelidir.

Yargıtay Ceza **Daireleri arasında, görev itibariyle yetki uyuşmazlığı çıkarsa, Ceza Genel Kurulu çözer (YK 15).**

¹²⁰⁰ Uygulamada 226. madde gereği istinabe olunan mahkemenin görevini naibe devrederek yaptırması kabul olunmamıştır (CGK 1/2/88 YKD 88/5 697. Kararda olayda naiple dinleme bakımından zaruret tartışması yapılmamış, sadece kanuna dayanılmıştır. Zaruret yoksa kanunun sisteminden ayrılmak için elbet sebep yoktur.

¹²⁰¹ Adli yargılama makamı terimine, Devlet Güvenliği Mahkemesi de dahildi. Eski kanunda genel mahkeme denildiği halde yeni kanunda adli yargı mercii denildiğinden (UMK 1) ve DGM’ler ağır ceza mahkemesi seviyesinde sayıldıklarından (DGMK 18), özel saymamıza karşın, askerî değil, adli mahkeme niteliğindedir. Sorğu hâkimliği de 1985 de kaldırılıncaya kadar dahildi. Eski kanunda “genel mahkeme” dendiği halde yeni kanunda “adli yargı mercii” denmesi (UMK 1) de gösteriyor ki maksat sorğu hâkimliğini dışarda tutmak değildir. Kaldı ki tutamazdı. Zira ilksoruşturmada, yargılama görevini kâide olarak yapan sorğu hâkimliği, yanında bulunduğu mahkemenin işini kolaylaştırmak için önceden her yönden çıkabilecek yetki sorunlarını çözmekle görevlidir ve meselâ askerî mahkeme yetkili diye verdiği yetkisizlik kararı, mahkemenin bizzat verdiği karardan nitelik bakımından farklı değildir. Mahkemenin bu kararı sonsoruşturma açılması kararı gibi sayıldığı halde (CMUK 263/2) sorğu hâkiminin kararına bu sonuç bağlanmaması, nitelik farkından değil, ilksoruşturma bitmeden verilen bir karara bu sonucun bağlanmamasından ileri gelir. Uyuşmazlık mahkemesinin (8/12/80 RG 26/4/81) böyle bir farkı var sayarak, sorğu hâkimini kararından sonra kamu dâvasının ortadan kalktığını sanarak ve askerî savcının iddianame düzenlemesine de dayanarak uyuşmazlığı çözmemesi yanlıştır. Kaldı ki askerî savcının iddianame düzenlemesi aslında gereksizdir ve sırf askerî Mahkemeler Kanununun sistemsizliğine dayanmaktadır.

¹²⁰² Danıştay 2. Dairesi de idarî yargılama makamıdır (UM: 17/3/80 RG 4/11/80).

¹²⁰³ Görev yönünden yetkisizlik veya yetkililik uyuşmazlığı; adli, idarî, veya askerî yargılama makamlarından en az ikisinin, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan dâvada kesin veya kesinleşen yetkisizlik veya yetkililik kararı vermeleri ile ortaya çıkar. Uyuşmazlık dâvasını açabilenler (zira uyuşmazlığın çözümlenmesini istemek dâvadır), esas dâvanın tarafları ve ceza dâvalarında ayrıca ilgili makamıdır (UMK 14). İlgili makamdaki kast, kanunun gerekçesine göre, dâvanın görüldüğü mahkemenin savcılığıdır. Yetkisizlik kararı üzerine dosya kendisine gelen yargılama makamının da, yetkisizlik kararı verenin yetkili olduğu kanısına varırsa, Uyuşmazlık Mahkemesine başvurması kabul edilmiştir (UMK 19). Keza temyiz incelemesi yapan yüksek mahkeme (meselâ Yargıtay), dâvaya bakan mahkemenin görev yönünden yetkili olmadığını görürse, Uyuşmazlık Mahkemesine başvurabilir (UMK 20).

¹²⁰⁴ 1945.4788 numaralı kanun Anayasaya uygun düşmediğinden 1979-2247 numaralı Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu (UMK) çıkarılıncaya kadar, Ceza Genel Kurulu uyuşmazlıkları çözmekte, Askerî Yargıtay da bunu kabul etmemekteydi. Tafsilât için 6. basıya bakınız. İlksoruşturma sonunda, ondan sonuç çıkarıp dâvayı mahkeme önüne götürüp götürmeme hususunda sorğu hâkimince yani yargılama makamınca 1985 yılına kadar verilmekte olan kararları Memur Muhakemesi Kanununa göre veren makamların, meselâ il idare kurulunun yaptığı iş, sorğu hâkimininki gibi yargılama olduğundan bu makamların bu nitelikteki kararları ile adli yargılama makamları arasında çıkan uyuşmazlıkların Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından çözülmesi Anayasa ve UMK gereği ise de, uygulamada, sözü geçen makamlar yargılama makamı sayılmadıklarından, çıkan uyuşmazlıklar “Umumî mahkemeler... ile umumî ve hususî kaza (yargılama) selâhiyetini haiz makamlar arasındaki ihtilâfların hallini” düzenleyen 30-1684 numaralı kanuna göre Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözülecektir (CGK 20/1/84 Yasa, Ekim 85, 1485).

¹²⁰⁵ K-m: 1. CD 2/11/77 YKD 78, 1728.

II. Koruma tedbiri kararları.

Uyuşmazlık mahkemesinin çözeceği bir uyuşmazlığın çıkması, koruma tedbirlerinin alınması, değiştirilmesi veya kaldırılması gerektiğinde bir karar verilmesini geciktirmemelidir. Bu kararları görev yönünden yetki konusunda son kararı veren yargılama makamı verecektir (UMK 23).

221. GÖREV YÖNÜNDEN YETKİ ve UYUŞMAZLIKLAR ARASINDA BAĞLANTI.

Adli ve adliye dışı yargılama makamlarınca çözülecek uyuşmazlıklar arasında bağlantı olursa, farklı görevleri dolayısı ile aksine sarahat olmadıkça muhakemeler birleştirilemez. Birleştirmeyi, gerektiğinde, kanun tâyin etmelidir.

Cezaî yetki bakımından, “muhakemelerin birleştirilmesi”, nisbî muhakeme” ve “bekletici mesele” durumları vardır (No. 155-157).¹²⁰⁶ Meselâ: a) Şahsi hak davasının kabul edildiği dönemde şahsi hak davası ceza davası ile birleştirilerek görülüyordu (No. 110, 120). b) Ceza mahkemelerinin, mağdurla sanıkların yaşlarında ceza hükümleri bakımından değişikliğe ihtiyaç duymaları halinde yaş düzeltme dâvalarını *nisbî muhakeme* yaparak görmeleri kabul edilmiştir (CMK 218/2) (No. 156). c) Bir olayın suç teşkil edip etmediği Suç Hukukundan gayri bir hukuka ait bir meselinin çözülmesine bağlı ise, ceza mahkemesi bunu da “*nisbî muhakeme*” yaparak çözebilir (No. 156). ç) Hukuk mahkemelerinin senetlerin sahteliği iddiasını tetkik etmeleri kabul edilmiştir (No. 79).

25. § HÂKİM: KİŞİ YÖNÜNDEN YETKİ

222. Kişi yönünden yetkiyi gösteren normlar. 223. Kişi yönünden yetki ve yargılanacak uyuşmazlıklar arasında bağlantı. 224. Kişi yönünden yetkisizlik kararları ve yetkisiz hâkimin işlemleri. 225. Kişi yönünden yetki uyuşmazlıkları.

222. KİŞİ YÖNÜNDEN YETKİYİ GÖSTEREN NORMLAR.

I. Kişi yönünden yetki.

Sanıkların kişilikleri göz önünde tutularak mahkemeler ve dolayısı ile hâkimler arasında yargılama yetkisinin bölüştüğü de vardır. Tatbikatta buna da “vazife” veya “görev” denilmektedir. Karışıklığa mahal vermemek için biz “kişi yönünden yetki” demeyi tercih ediyoruz.

Kişi yönünden yetki normları, kovuşturma evresi yani mahkeme makamı bakımından kabul edilmişse de soruşturma evresi bakımından da dolayısı ile tesirlerini gösterirler ve maddede, yer, görev yönlerinden yetki normlarına veya bir kısmına istisna teşkil ederler.

Kişinin sıfatı, dolayısı ile haiz olduğu yetkileri göz önünde tutularak ve suçlunun kayrılmasını önlemek gayesi ile kabul edilen “kişi yönünden yetki”, çok defa görev suçları bakımından, bazen da kişisel suçlar bakımından kabul edilmiştir. Kişisel suçların karşıtı olan görev (*fonksiyon*) suçlarını kanunlarımız farklı biçimlerde¹²⁰⁷ göstermişlerse de bunun kasdî olmadığı açıktır ve görev suçunu “*görevle ilgili suç*” diye tarif etmek gerekir. Bu ilgi de biri görev sırasında işlenmek, diğeri görevden doğmak olarak iki çeşit olduğundan, görev suçları: 1) *Görev sırasında işlenen suçlar* ve 2) *Görevden doğan suçlar* diye ikiye ayrılabilir.

Kişi yönünden yetkili yargılama makamları bazen belli kişiler dışında kalanların da dâvalarına bakarlar. Yüce Divanda bakan olmayanların, (mülga askerî mahkemede sivillerin)¹²⁰⁸ yargılanmalarında

¹²⁰⁶ Mülga Kanunda şahsi hak dâvasının ceza dâvası ile *birleştirilerek* görülmesi kabul edilmişti.

¹²⁰⁷ Meselâ Anayasa Yüce Divanının görevini düzenlerken bir yerde “görevle ilgili suç” tâbirini kullanmış (Any 148/3), diğeri bir yerde de “görevle ilgili veya görev sırasında suç” demiştir (Any 140). Görev suçu kavramını ilk defa ortaya çıkaran Memurin Muhakematı Kanunu Muvakkatı “vazifei memuriyetten münbais” ve “vazifei memuriyetlerinin ifası sırasında” yani görevden doğan ve görev sırasında diye iki çeşidi ayrı ayrı saymıştı. Sonraları doktrinin de tesiri ile bu ikisi “görev suçu” adı altında birleştirildi.

¹²⁰⁸ 2009 yılında yapılan değişiklikle sivillerin mülga askerî mahkemelerde yargılanmalarının önüne geçilmek istenilmişti. Bu amaçla da CMK 3. maddeye ek fıkra eklenmiş ve sonra kaldırılmıştı.

durum böyledir. Bu mahkemeler bu hallerde bu kişiler bakımından da kişi yönünden yetkili mahkeme sayılırlar.

II. Kişi yönünden yetkiyi düzenleyen normlar.

Kişi yönünden yetkiyi düzenleyen normların esasları şunlardır:

1) Cumhurbaşkanının, Bakanların, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Yüksek Hâkimler Kurulu ve Sayıştay başkan ve üyelerinin, başsavcılarının, Yargıtay Başsavcı vekilinin görev suçları bakımından yetkili mahkeme olarak, Anayasa “Yüce Divan” adlı özel bir mahkeme kabul etmiştir (AY 148/3) (No. 78, 90).

Yüce Divan yargılamalarını yürürlükteki kanunlara göre yapar (AYMK 35). Bu, asıl ceza dâvalarının yargılanmasının genel hükümlere göre yapılması demek olup, genel kanundaki her hükmün Yüce Divanda da uygulanacağı mânâsına gelmez. Meselâ, Yüce Divan, zaten istisnâî olan “kamu davasına katılma”yı istisnâyı genişletmemek gerekçesi ile kabul etmeyebilir.¹²⁰⁹

2) Memurların görev suçlarında soruşturma evresi Memurların Yargılanması Hakkındaki Kanununa göre yapılır (No. 81). Kovuşturma evresi, kaide olarak, suçun işlendiği yerdeki mahkemelerde yapılır (4483 m. II).

3) Kişi yönünden yetkiyi tâyinde sanığın suç sırasındaki değil, yargılama sırasındaki sıfatına bakmak gerekir. Gerçekten, hâkimlerin yetki bölüşmesinde sanığın şahsını nazara almak demek, sanığın sıfatını ve bu sıfatı dolayısı ile haiz olabileceği yetkileri nazara almak demektir. Kişi yönünden yetkiyi tâyin eden sıfatı sonradan kaybeden bir kimse hakkında böyle istisnâî muameleye kaide olarak ihtiyaç yoktur. Bu kaidenin istisnaları kanunlarda açıkça göstermelidir. Aynı sebeple, suç tarihindeki sıfat ile yargılama tarihindeki sıfat farklı yetkileri gerektiriyorsa, yargılama tarihindeki sıfat esas tutulmalıdır.¹²¹⁰ Bu kaidenin de istisnaları kabul edilecekse, kanunlarda açıklanmalıdır.¹²¹¹

III. Kişinin fonksiyonunun korunması.

Kişi yönünden yetkiyi tâyin eden normlar özellikle fonksiyonu korurlar. Kişi yönünden yetkideki özellikler aşağıda açıklanmıştır.

1. Cumhurbaşkanı.

Cumhurbaşkanı, vatana hiyanet suçundan dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin üye tam sayısının en az üçte birinin teklifi (yani isnatı) üzerine, üye tam sayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla “suçlandırılır” (yani Yüce Divana sevk edilir) (Any 105/3).

Bu sevk kararı veya Anayasadaki tâbirle suçlandırma kararı, iddianamenin kabulü (sonsoruşturmanın açılması) kararı niteliğinde olduğundan, Meclisin bu kararı vermek üzere yapacağı işlemleri hazırlık soruşturması ile ilksoruşturmaya kapsayan “soruşturma evresi” olarak kabul etmek gerekir.

¹²⁰⁹ k-m: Erem, 715.

¹²¹⁰ Meselâ suç tarihine göre Hâkimler Kanununa, yargılama tarihine göre Memur Muhakemesi Kanununa tâbi bir kolluk âmiri hakkında yetkili mahkeme bu sonuncu kanuna göre tâyin edilir (CGK 4/10/48, Çağlayan “66”, II, 87). Bu esas Yargıtay Kanununda şöyle belirtilmiştir: “Haklarında inceleme ve soruşturma yapılacakların, inceleme ve soruşturma mercilerini tayinde son görev ve sıfatları esas alınır” (YK 46/son). Aynı kural için 73-1730 numaralı Kanun gerekçesinde (m. 42) bir Yargıtay hâkiminin Yargıtay’a seçilmeden önce işlemiş olduğu suç misali vardır. Hâkimler ve Savcılar Kanunu da, sonsoruşturma zamanındaki, daha önce görevden ayrılmışsa ayrılma zamanındaki sıfatına bakılacağını belirtmiştir (HSK 91).

¹²¹¹ Meselâ suç askerî ise, ilgi kesilse de askerî mahkeme yetkili idi (mülga AsMK 17). 1) Cumhurbaşkanının Vatan hainliği suçunda, 2) Görevden ayrılmış olsalar da bakanların görevde iken işledikleri görevle ilgili suçlarında, 3) Anayasa Mahkemesi başkan ve üyelerinin, 4) Yargıtay birinci başkanının, birinci başkan vekilinin, 5) Danıştay başkan ve üyeleri ile başsavcısının, vekilinin, 6) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu başkanvekili ve üyelerinin, 7) Sayıştay başkan ve üyelerinin, 8) Adli ve idarî diğer hâkim ve savcılarının, 9) Adalet müfettişlerinin, 10) Avukatların, 11) Müsteşarların, 12) Elçilerle diplomat dokunulmazlığı olan diğer memurların, 13) Valilerin, 14) Kaymakamların, 15) Kolluk âmirlinin ile 16) Siyasî partlerin cezası kapatma olan suçlarında rastlamaktayız.

Kovuşturma açmak itham, hattâ isnat olmadığından, isnatı yapan parlamento değil¹²¹² teklifte bulunan üyelerdir.

Cumhurbaşkanının vatana hainliğinden gayri suçlarda sorumsuzluğu kabul edildiği için yargılama makamı gösterilmemiştir.

Şahsî suçlardan dolayı genel hükümlere tâbi olduğu görüşüne¹²¹³ katılmıyoruz. Sorumluluğun nezaketten Anayasada gösterilmediği gerekçesi Anayasa sistemine uymaz. Bulunmayan yasama dokunulmazlığının kaldırılması da düşünülemez.

2. Bakanlar.

Görevde bulunan veya ayrılmış olan *Başbakan* ve *Bakanlar* hakkında görevleri ile ilgili suçlardan dolayı yapılan soruşturma şöyle düzenlenmiştir: Meclis üye tam sayısının en az onda birinin vereceği önerge ile Meclis soruşturması açılması istenebilir. Kamu davasının (Sonsoruşturmanın) açılmasına veya açılmamasına Meclis bir ay içinde karar verir.

Açılma kararı, savcının taleplerine benzer. Bu karar üzerine siyasî partilerin güçleri oranında katılacağı 15 kişilik bir soruşturma komisyonu seçilir. Bu komisyon soruşturma sonucunu İki ay içinde bir raporla Meclise sunar.

Meclis Yüce Divana sevk etme veya etmemeye (yani dava açmaya veya açmamaya) karar verir. Bu karar tam sayının salt çoğunluğu ile alınır (AY 100). İddianın sonsoruşturmaya geçmeği haklı gösterecek ciddiyette olup olmadığı konusunda yapılan bu soruşturma ve sonunda verilen karar yargılama muamelesi mahiyetindedir. *Erem*¹²¹⁴, bu kararın sonsoruşturmanın açılması mahiyetini kabul etmekle beraber bir itham kararı olarak görmekte ve Meclisin faaliyetini iddia faaliyeti addetmektedir.

3. Anayasa Mahkemesinin Başkanı ve üyeleri.

A) Genel hükümlere tâbi olan ağır cezalı meşhut suçlar dışında kalan görev suçlarında yetkili mahkeme Yüce Divan'dır. Önsoruşturma şöyle düzenlenmiştir: İlksoruşturma niteliğinde olan soruşturma açılmasına ve açılmamasına karar verme yetkisi Anayasa Mahkemesidir. Başkan, gereken hallerde, işi mahkemeye götürmeden önce bir üyeye ön inceleme (yani hazırlık soruşturması) yaptırılabilir. Soruşturma açılınca bunu yapmak üzere üç üye görevlendirilir. Bu soruşturma kurulu, soruşturma sonunda sonsoruşturmanın açılmasına veya açılmamasına karar verir (AYMK 55/1-3).

B) Kişisel suçlarda, Yargıtay üyeleri hakkındaki hükümler uygulanır. İlksoruşturma açılmasına AYM karar verir (AYMK 55/1).

4. *Yargıtay birinci başkanı, birinci başkan vekilleri, daire başkanları, üyeleri, başsavcı ve başsavcivekili.*

Yargıtay birinci başkanı, birinci başkan vekilleri, daire başkanları, üyeleri, başsavcı ve başsavcivekili için yetkili mahkeme, görev suçlarından dolayı Yüce Divan (AY 148/3), kişisel suçlarından dolayı Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YK 46) dur. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde hazırlık soruşturması ve ilksoruşturmada genel hükümler uygulanması ayrık olmak üzere, kamu davası birinci başkanlık divanı kararı ile açılır. Soruşturmayı ceza dairesi başkanlarından görevlendirilen biri yapar, sonsoruşturma açılıp açılmamasına birinci başkanlık divanı kararı verir (YK 46).

Kanunda sonsoruşturma açılmaması kararı yerine “evrakın işleminden kaldırılması kararı” denilmiş olması sistemsizlikten başka bir şey değildir.

5. *Danıştay başkanı, başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeler.*

A) Görev suçlarında sonsoruşturma yetkisi Yüce Divandır (Any 148/3). Önsoruşturma şöyle düzenlenmiştir: Başkanın seçeceği bir daire başkanı ile iki üyeden oluşan kurul ilksoruşturma yapar.

¹²¹² k-m: *Tosun*, I, 139.

¹²¹³ 5. CD 4/10/62, *Çağlayan* II, 118; *Dönmezer/Erman*, I, n. 410.

¹²¹⁴ *Erem*. No. 397.

Başkan hakkındaki ilksoruşturma, kendisinin katılmayacağı başkanlık kurulunca seçilecek daire başkanı ile iki üye tarafından yapılır. Kararları, idarî işler kurulu verir.

Sonsoruşturma açılmaması kararı otomatik olarak, açılması kararı itiraz üzerine Danıştay Genel Kurulunca incelenir.

B) Şahsî suçlarında Yargıtay başkan, üye ve başsavcı hakkındaki hükümler uygulanır. Bu kişiler hakkında Sıkıyönetim Kanunu gereğince kovuşturma yapılması, Başkanlık Kurulunun iznine bağlıdır (DK 82).

6. Hâkimler ve Savcılar Kurulu Başkanvekili ve üyeleri.

A) Görev suçlarında yetkili mahkeme Yüce Divandır (Any 148/3). Önsoruşturma yetkisi bu kişilerin tâbi oldukları özel kanunlara göre tayin edilir (HSYKK 17).

B) Kişisel suçlar bakımından açıklık yoksa da kıyas yolu ile yine özel kanunlar uygulanmalıdır.

7. Sayıştay başkan ve üyeleri.

Görev suçlarında yetkili mahkeme Yüce Divandır (Any 148/3). Önsoruşturma, Sayıştay Genel Kurulunca seçilecek üç daire başkanı ve iki üye tarafından yapılır. Kararı Daireler Kurulu verir. Sonsoruşturmanın açılması (kanunun hatalı tâbiriyle yargılamanın lüzumu) kararına itirazı Genel Kurul inceler. Kişisel suçlarda Yargıtay üyeleri hakkındaki normlar uygulanır (1967-832 numaralı Sayıştay K. 96).

7a. BAM ceza dairesi başkan ve üyeleri.

Bölge adliye mahkemesi başkanı, daire başkanları, üyeleri, Cumhuriyet başsavcısı ve Cumhuriyet savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları ile şahsî suçlarından, sıfat ve görevleri gereklerine uymayan tutum ve davranışlarından dolayı haklarında yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda özel kanunlarında yazılı hükümler uygulanır (K. 5235 m. 47).

Soruşturma aşamasında hâkim kararı gerektiren işlemlere dair Cumhuriyet başsavcılığının talepleri ile kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara yapılan itirazlar hakkında, soruşturma konusu suçların en ağırına bakmakla görevli bölge adliye mahkemesi ceza dairesini numara itibarıyla izleyen ceza dairesi başkanı tarafından karar verilir. Suçun son numaralı ceza dairesinin görevine girmesi halinde talebi inceleme yetkisi birinci ceza dairesi başkanına aittir. Hâkim kararı gerektiren işlemlerde başkanın verdiği kararlara karşı yapılan itirazı, numara itibarıyla izleyen ceza dairesi başkanı inceler. Son numaralı daire başkanının kararı, birinci ceza dairesi başkanı tarafından incelenir.

Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet savcıları ile ceza dairelerinin idarî yaptırım kararı verme yetkisi bakımından 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 22 ila 31. maddeleri uygulanır. Cumhuriyet savcısının verdiği idarî yaptırım kararlarına karşı bölge adliye mahkemesi ceza dairesine başvurulabilir.

Şu kadar ki, bunların görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar nedeniyle soruşturma ve kovuşturma mercii olarak kanunda yazılı ağır ceza mahkemesi ile bu mahkeme nezdindeki Cumhuriyet başsavcısına verilen görevler, en yakın bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin suç türüne göre görevli ceza dairesi ile bu mahkeme nezdindeki Cumhuriyet başsavcısı tarafından yerine getirilir. Kovuşturma mercii Yargıtay'ın görevli ceza dairesidir.

Bölge adliye mahkemesi başkanı, daire başkanları, üyeleri, Cumhuriyet başsavcısı ve Cumhuriyet savcılarının şahsî suçları hakkında genel hükümlere göre yapılacak soruşturma ve kovuşturma görevi, en yakın bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcısı ile bu bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin suç türüne göre görevli ceza dairesine aittir.

Daire kararlarına karşı Ceza Muhakemesi Kanununun 272. maddesinde yer alan hükümler çerçevesinde temyiz başvurusu yapılabilir. İstinaf mahkemesi hakimlerine ve Yargıtay üyelerine istinaf hakkı tanınmamış olması ilgi çekicidir (K. 5235 m. 47/3).

Bölge adliye mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri Cumhuriyet başsavcılıkları ile bölge adliye mahkemeleri adalet komisyonlarının denetimleri, ilgisine göre Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu başmüfettişleri veya adalet başmüfettişlerince yapılır (K. 5235 m. 48).

8. Adli ve idari diğer hâkim ve savcılar.

A) Görev suçlarında sorsoruşturma, birinci sınıfa ayrılmış olanlarla ağır ceza mahkemesi kuruluna dahil bulunan hâkimler ve savcılar için Yargıtay'ın daire bakımından yetkili dairesinde (HSK 90), geri kalanlar için yargılama çevresinde buldukları ağır ceza mahkemesinde yapılır.¹²¹⁵ Bu mahkeme, sorsoruşturma zamanındaki, daha önce görevden ayrılmışsa ayrılma zamanındaki sifata bakılarak tayin edilir (HSK 91).

Önsoruşturma şöyle düzenlenmiştir: Görev suçlarında inceleme ve soruşturma yapılması kaide olarak Adalet Bakanının iznine bağlıdır. Bakan hazırlık soruşturmasına benzeyen bu soruşturmayı, sorgu hâkimi yetkileriyle donatılmış adalet müfettişleri veya kıdemli hâkim veya savcı eliyle yaptırabilir. Bu kişilerce hazırlanan soruşturma evrakı bakanlıkta incelenir ve kovuşturma yapılıp yapılmayacağına bakanlık karar verir. (Görüldüğü gibi bu kanun kovuşturmayı özel anlamda kullanmaktadır). Kovuşturmaya (yani ilk soruşturmaya) ve oradan da sorsoruşturmaya geçilebileceği kararı veya izni de verilince, evrak ilgilinin çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi savcılığına gönderilir. Savcı beş gün içinde iddianame düzenleyerek sorsoruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verecek olan ağır ceza mahkemesine verir (HSK 82-89). 89. madde başlığında, kovuşturma kararından sonra yapılana ilksoruşturma denmekte ise de savcı beş gün içinde hiç bir soruşturma yapmadan ancak iddianame düzenleyeceğine göre, onun yaptığı işlemler, ilksoruşturmanın sonuç çıkarma aşamasındakilere, iddianame de, bizim “sorsoruşturma iddianamesi” adını verdiğimizize göre benzemektedir. Burada olsa olsa ilksoruşturma işlemleri, iddianameyi alan mahkemenin tutuklama konusundaki kararları ile delil toplama bakımından başkanın yaptıklarını ifade için kullanılmış olacaktır.

B) Kişisel suçlarda önsoruşturma, ilgilinin yargılama çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi C. başsavcısına, sorsoruşturma da o yer ağır ceza mahkemesine aittir (HSK 93).

9. Adalet müfettişleri.

Adalet müfettişleri hakkında 1983-2802 numaralı Hâkimler ve Savcılar Kanununda da açıklama yoktur. Hâkimler ve savcılar arasından tayin edildiklerine göre onlar hakkında da aynı kanun uygulanmalıdır.¹²¹⁶

10. Avukatlar.

¹²¹⁵ CGK 28.12.2004, K. 218/232: (ŞAGYÖE 2008, 807): 1983 yılında yürürlükten kaldırılan 2556 sayılı Hâkim ler ve Savcılar Kanununun 180 inci maddesinde; “haklarında son tahkikatın açılmasına karar verilenlerden ikinci sınıflara mensup olanlarla ağır ceza mahkemeleri heyetlerine dahil bulunan hâkim ve müddeiumumilerin son tahkikatları temyiz mahkemesinin vazifeli dairesinde görülür. Muavinlerle üçüncü sınıflara mensup hâkim ve müddeiumumilerin ağır ceza heyetlerine mensup olanlarından maadasının son tahkikatları kaza dairesi içinde buldukları ağır ceza mahkemesinde yapılır”, hükmü vardı. 1983 tarihli 2802 sayılı kanun bu hükmü yürürlükten kaldırarak, 90 uncu maddesi ile yeni bir düzenleme getirdi. Bu düzenlemede, “görev yeri esası” değil, “görev sıfatı esası” kriteri kabul edilmiştir. Hâkim ve savcılarının görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlar nedeniyle, son soruşturmalarını yapacak merciin belirlenmesinde, meslek sınıfları ve görev sıfatları esas alınmıştır. Buna göre birinci sınıfa ayrılmış bulunanlar ile, ağır ceza mahkemesi heyetine dahil bulunanlar yönünden Yargıtayın görevli ceza dairesi, bunlar dışında kalanlar için ise, bağlı buldukları ağır ceza mahkemesi görevlidir. Kanun koyucu bu düzenleme ile, “meslek sınıfını” dikkate almak suretiyle, birinci sınıfa ayrılmış bulunanların birinci derece mahkemeleri yerine, üst dereceli mahkemede yargılanmalarını, “görev sıfatlarını” esas almak suretiyle de, görevli buldukları mahkemede yargılanmalarından doğabilecek sakıncaları gidermeyi amaçlamıştır. Gerçekten, sorsoruşturma merciinin saptanmasında, “sorsoruşturma kararının verildiği tarihteki sıfatın” esas alınması kuralı da, bu maksat doğrultusunda kabul edilmiştir. Ceza Genel Kurulu’nun 30.12.1946 gün ve 207-205 sayılı kararında “sulh hâkim lerinin ağır ceza mahkemelerinde ledelicab yetki ile üye bulunması, asli sıfatının selbini icab ettirmeyeceğinden, asli vazifesinden mütevellit suçlardan dolayı muhakemesi ağır ceza mahkemesinin görevi dahilinde olup, yargıtayın hususi dairesi görevinden hariçtir” denilmekle, “görev sıfatı” esası sürdürülmüştür. C. Savcılarını yönünden ise, durum farklıdır. Ağır ceza mahkemesi kuruluşu bulunan yerlerdeki C. Başsavcılarını, yasadaki kaynaklanan görevleri nedeniyle, ağır ceza mahkemesi heyetine dahil sayılırlar. Aynı yerde görev yapan C. Savcılarını ise, ancak C. Başsavcısının yapacağı iş bölümü gereği, savcılık örgütünü ağır ceza mahkemesi nezdinde temsil edebilir ve bu görev süresiyle sınırlı olarak, ağır ceza mahkemesi heyetine dahil olarak kabul edilebilirler. 5190 sayılı Kanuna göre görev yapan C. Başsavcılık ile C. Savcılarını ise, bu yasa gereği olarak ağır ceza mahkemesi heyetine dahil sayılmalıdır.

¹²¹⁶ CGK 27/3/78 YKD 78, 1010.

Avukatlar'ın ağır cezalı meşhut suçlar dışındaki görev suçlarında hazırlık soruşturması, Adalet Bakanının vereceği izin üzerine suçun işlendiği yerin savcısı tarafından yapılır. Dosya bakanlıkta incelenir.

Kovuşturma yapılması gerekli görülürse, suçun işlendiği yere en yakın ağır ceza mahkemesi savcılığına gönderilir. O da beş gün içinde iddianame düzenleyerek soruşturma açılmasını veya açılmaması kararı verilmesini ağır ceza mahkemesinden ister.

Haklarında son soruşturmanın açılmasına karar verilen avukatların duruşmaları suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesinde yapılır (AvK. 58-61).

11. Müsteşarlar.

Müsteşarların görev suçlarında önsoruşturma Danıştay üyeleri hakkındaki hükümlere göre yapılır. Soruşturmayı Yargıtayın yetkili ceza dairesi yapar (MmMK 11).

12. Elçiler ve diplomat dokunulmazlığı olan diğer memurlar.

Görev suçlarında önsoruşturma Memur Muhakemesi Kanununa göre yapılır. Soruşturma ile yetkili mahkeme, elçiler hakkında Yargıtay daireleri, diğerleri hakkında Ankara mahkemeleridir (MmMK 7, 9). Kişisel suçlarda soruşturma bakımından Ankara mahkemeleri yetkilidir (CMK 10).

13. Valiler.

A) Ağır cezalı meşhut suçlarında genel normlar uygulanır.

B) Ağır cezalı meşhut suç dışında kalan: a) görev suçlarında, İçişleri Bakanının görevlendireceği kişi önsoruşturma yapar, kararı Danıştay 2. Dairesi verir. Soruşturmayı Yargıtay'ın yetkili dairesi yapar (MmMK 8). b) Seçim suçlarında soruşturmayı Yargıtay C. Başsavcısı veya Başsavcıvekili yapar ve gerekli kararı verir. Kovuşturma ise Yargıtayın ilgili ceza dairesi tarafından umumi hükümlere göre yapılır (Seçim K. 2008.5728 174). c) Kişisel suçlarında en yakın il savcısı hazırlık soruşturmasını, oradaki madde yönünden yetkili mahkeme de soruşturmayı yapar. d) Kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev ve işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen vali ve kaymakamlar hakkında 1999-4483 sayılı Memur Yargılama Kanunu uygulanır (CMK "2005.5353 161/5).

14. Kaymakamlar.

A) Ağır cezalı meşhut suçlarında genel normlar uygulanır.

B) Ağır cezalı meşhut suç dışında kalan: a) Görev suçlarında vali veya görevlendireceği kişi önsoruşturmayı yapar, sonucu İl İdare Kurulu çıkarır, soruşturma il merkezindeki madde yönünden yetkili mahkemede yapılır (MmMK 2, 4, 7). b) Seçim suçlarında soruşturma yapmaya ve kamu davasını açmaya İl C. Başsavcısı veya başsavcı vekili ve kovuşturma yapmaya İl ağır ceza mahkemesi yetkilidir. İl merkezindeki savcı hazırlık soruşturmasını, madde yönünden yetkili mahkeme soruşturmayı yapar (Seçim K 174).

Kişisel suçlarında il merkezinde olmak kaydı ile genel normlar uygulanır.¹²¹⁷

15. Bucak müdürleri.

A) Ağırcezalı meşhut suçlarında genel normlar uygulanır.¹²¹⁸

B) Kişisel suçlarında ilçe merkezinde olmak kaydı ile genel normlar uygulanır.

¹²¹⁷ 2. CD. 10.10.1995 (E. 1995/9264, K. 1995/10786): Kaymakam olan sanığın görevinden doğmayan suçundan dolayı genel hükümlere göre tahkikat yapılması mensup olup yer savcısına, son soruşturmanın da yer mahkemesine ait olacağı gözetilmeden suç yerinde yargılanmasını mülga CMUK 422'ye aykırı bulmuştu.

¹²¹⁸ Görev suçlarında, kaymakamın görevlendireceği kişi önsoruşturma yapardı. Sonucu ilçe idare kurulu çıkarırdı. Soruşturma ilçedeki madde yönünden yetkili mahkemede yapılıyordu (mülga MmMK 2, 4, 7). Adliye müteallik görevi kötüye kullanma veya savaştan suçlarından dolayı kolluk amirleri gibi, hâkimlerin görev suçlarındaki yetki normları uygulanmaktaydı. Ancak düzenlemenin bulunduğu İl İdaresi K. 45. maddesi 2008-5728 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Adli görevi kötüye kullanma sadece kanunda yazılı suç değildir. Görevi kötüye kullanmanın özel şekilleri de bu tabire dahildir (CGK 19/11/45 Çağlayan "66" II, 88; 10/11/69 Şekercioğlu, 95).

16. Kolluk âmirleri.

2005 değişiklikleri ile adli kolluk görevlileri hakkında, adli görevleri dolayısıyla CMK hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir (CMK 165). “En üst dereceli” kolluk amirlerinin adliye ile ilgili görev ve işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülürse, bunlar hakkında “hâkimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları yargılama usulü uygulanır (CMK “2005-5353” 161/5). Biz “delile eli değen “adli kolluk sorumlusunun” (AdliKollukY 3) “hâkim gibi” yargılanmasından yanayız.¹²¹⁹

17. Askerler.

A) askerî suçları yani yalnızca asker kişiler tarafından işlenebilir de Ceza Kanununda düzenlenmeyen ve askerî bir hizmet ve görevin ihlâlini ifade eden suçlarla Askerî Ceza Kanunu tarafından düzenlenen veya yapılan gönderme nedeni ile bu kanunun uygulama alanına giren suçlar.¹²²⁰

B) askerî olmayan suçlarından aa) askerlik hizmet ve ödevi ile ilgili olanları, bb) asker kişiler aleyhine veya askerî mahallerde işlenenleri, cc) savaş halinde hepsi askerî mahkemelerin yetkisine girer (AY 145/1, mülga AsMK 9, 14).¹²²¹

18. Siyasi Partiler.

Siyasî partilerin, kapatma cezasını gerektiren suçlarından dolayı ceza dâvası açılınca yargılamayı Anayasa Mahkemesi yapar (AY 69). İlsoruşturma hakkında hüküm olmadığına göre yapılmayacak, başsavcının veya başsavcı vekilinin iddianamesi ile dâva açılacaktır (1983-2820 numaralı Siyasî Partiler Kanunu m. 98). Bu Kanun Başsavcılığa, kanunlara göre sadece hâkimler tarafından kullanılacaklar hariç olmak üzere, hazırlık soruşturmasında ve ilk soruşturmada savcıya ve sorgu hâkimlerine tanınan yetkileri vermiştir. Sorgu hâkimi yetkileri sadece hâkim tarafından kullanılabilen yetki ise bunlar istisna edildiğinden maddede yer almamalıydı. Değilse, zaten sorgu hâkimi yetkisi diye gösterilmesi hatalıdır. İlsoruşturma yapılmaz denilmeliydi. Siyasî parti kapatma dâvasını fertler açamaz.¹²²² Çünkü kamu dâvasıdır. Anayasa Mahkemesi bu yargılamayı Ceza Muhakemesi Kanununa göre dosya üzerinde yapar, gerekli görürse sözlü açıklamaları dinler (Any 149/4, AYMK “1997-4280” 33, Siyasî PK 98/1).¹²²³

223. KİŞİ YÖNÜNDE YETKİ ve UYUŞMAZLIKLAR ARASINDA BAĞLANTI.

I. Genel bilgiler.

Kişi yönünden yetki, ancak belli kişilerin belli suçlarından dolayı belli yargılama makamlarına tâbi olmaları demek olduğuna göre, bunların dışında kalan yargılama makamlarının bu dâvalara bakamayacağı açıktır. Diğer taraftan bu yargılama makamları da bunlar dışında kalan dâvalara bakamayacak demektir. Yargılanacak uyuşmazlıklar arasında bağlantı olduğu zaman, madde yönünden

¹²¹⁹ Mülga CMUK 154. madde uyarınca adliye müteallik görevi kötüye kullanma, yapmama veya geç yapma suçlarında, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları hükümlere göre yargılanırlardı. Kolluk (zabita) âmirleri olarak, illerde emniyet müdürü, ilçelerde ilçe emniyet müdürü veya ilçe emniyet amiri (1937-3201 sayılı Emniyet Teşkilâtı K. “89-3518” 16) ile ilçe ve merkez ilçe Jandarma bölük komutanları ile bu hizmeti vekâleten yürütenler (1983-2803 numaralı Jandarma K 15. e) olarak kabul edilirdi.

¹²²⁰ Bu yollama AsCK 152 de olduğu gibi, ırza ve iffete tecavüz şeklinde genel de olabilir. UM (Ceza Bölümü): 27/1/86 AdD 86/5 19.

¹²²¹ Asker kişi de denilen asker için Bk: mülga AsMK 10. Bu maddenin mülga (F) bendine göre asker sayılanlar, daha önce işledikleri suçlar bakımından asker sayılmazlardı. Asker kişilerin askeri yargıya tabi suçlarına ilişkin ihbar ve şikayetlerin, generaller ve avukatlar için doğrudan doğruya Genelkurmay Başkanlığına, diğer askeri şahıslar için nezdinde askeri mahkeme kurulan kıta komutanlıklarına veya askeri kurum amirlerine gönderilmesi gerekir. Bu tür ihbar ve şikayetler hakkında savcılıklarca hazırlık soruşturmasına başlanıldığı hallerde daha sonra görevsizlik kararı verilmekte ve hazırlık soruşturmasına başlanıldığı hallerde daha sonra görevsizlik kararı verilmekte ve hazırlık evrakı ilgili asliye savcılıklara gönderilmektedir. 353 sayılı kanunun 9, 15 ve 95 nci maddeleri askeri makamları yetkili kılınmıştır (YMB 62,24).

¹²²² AYM 10/7/63, RG 16/10/63.

¹²²³ Federal Almanya’da hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğu için, Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan bir siyasi partinin devamı niteliği taşıyan bir parti kurmak, üç aydan beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir suçtur (StGB 84).

yetkide olduğu gibi, kişi yönünden yetki kaidelerinden ayrılınıp ayrılınamayacağı, bir diğer söyleyişle muhakemelerin birleştirilip birleştirilemeyeceği ise, tartışmalı bir meseledir.

Kanaatimizce, bağlantı dolayısı ile muhakemelerin birleştirilmesi, muhakemenin gayesine en iyi ve en çabuk şekilde erişmek için kabul edildiğine göre, kaideyi teşkil etmelidir. Madde yönünden yetki hakkındaki hükümler, kişi yönünden yetkide de kıyas yolu ile uygulanmalıdır. Eğer teminat bakımından mahzur yoksa, -kişi yönünden yetki kaideleri teminatı azaltmak için kabul edilmediğine göre mahzur olmaması gerekir-, birleştirme mümkün olmalıdır. Meselâ Yüce Divan hakkındaki istisnâî hüküm fertlerin bu Divanda muhakeme edilemeyeceğini belirtmek için değil, Yargıtay hâkimleri ile Bakanların genel mahkemelerde muhakeme edilemeyeceğini belirtmek için konulmuştur. İstisnâî hükmün genişletilmesi de söz konusu değildir. Yine kanunun gösterdiği bir mahkeme olduğundan Yüce Divan da olağan bir mahkemedir. Bu sebeptendir ki 1924 Anayasasındaki Yüce Divanda olduğu gibi, bugün de Yüce Divanda bir bakan veya Yargıtay üyesi muhakeme edilirken alelâde bir sanığın dâvasına da bağlantı¹²²⁴ dolayısı ile bakılabilir.¹²²⁵ Kanunlarda bu konuda aşağıdaki normlar vardır:

II. Birleştirme mecburiyeti.

1) Askerî ve adlî yargılamaya tâbi birden fazla şahıs bir suçta birlikte işlerlerse birleştirme mecburîdir. Suç Askerî Ceza Kanununda yazılı ise, hepsinin muhakemesi askerî mahkemelere aittir. Suç Askerî Ceza Kanununda yazılı değilse, hepsi adlî mahkemelerde muhakeme olunur (mülga AsMK 12).¹²²⁶

2) Mülga sıkıyönetim mahkemesinin elkoymuş herhangi bir suçla umumî veya müşterek gaye içerisinde bağlantılı olan suç sıkıyönetim bölgesi dışında işlenmiş olsa dahi, sıkıyönetim komutanı aksini istemedikçe birleştirilerek sıkıyönetim mahkemesinde görülüyordu (SK “1980-2301” 13b) (No. 90).

3) Memur Yargılanması Kanununa tâbi memurların muhakemeleri arasında objektif bağlantı olması halinde, idarî makamlarca yapılan soruşturmada da birleştirme mecburîdir. Birleştirme yüksek memur esas tutulmak suretiyle olur 1992-4483 m. 10.¹²²⁷

4) Memurların Yargılanması hakkındaki Kanuna tâbi memurların suçunda bu kanuna tâbi olmayan kişiler de suç ortağı ise, kovuşturma evresinde muhakemelerin memur esas tutularak birleştirilmesi mecburîdir (1992-4483 m. 10).

II. Birleştirmeme mecburiyeti.

Bir şahıs hem askerî mahkemede dâvası görülecek suç hem adlî mahkemede dâvası görülecek suç işlerse, muhakemeler birleştirilmezdi. Sanık ilk önce askerî mahkemede, sonra adlî mahkemede yargılanırdı (mülga AsMK 18).¹²²⁸ Bu konuyu düzenleyen AsMK 18. madde 2006-5530 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmıştı.

224. KİŞİ YÖNÜNDEN YETKİSİZLİK KARARLARI.

Kanunlarımızda bu konuda sarahat olmadığı için madde yönünden yetki kuralları kıyas yoluyla uygulanır (No. 193).

¹²²⁴ Bağlantının bakan suçuna fert iştiraki şeklinde olması zorunlu değildir. Fert suçuna bakan iştirak etse de, eğer bu iştirak bakan bakımından görev suçu sayılabiliyorsa, bağlantı vardır ve Yüce Divan yetkilidir (k-m: Erem, 705).

¹²²⁵ Yüce Divan 1/3/1948 tarihinde bu yolda karar vermiştir. Karar metni için bkz. Kunter: B.M. Meclisinin fertler hakkında dâva açılabilmesi, İHFM, 1949, I; *Dönmezer*: Yüce Divanda irtibat dolayısı ile dâvaların birleştirilmesi, İHFM., 1948, s. 945; k-m: Taner, 58.

¹²²⁶ Örnek olay için bkz: UM: 1/12/86 AdD 87 199.

¹²²⁷ Yüksek memurun dâvası meselâ düşmüş ve diğerlerinden ayrılmışsa, geri kalanların en yükseği esas tutulmalıdır (D. 2. D; 14/3/58, *Çağlayan* “66”, II, 617).

¹²²⁸ Önsoruşturmaların adlî ve askerî mercilerde aynı zamanda yapılmasına engel yoktur. Kanımızca, askerî mahkemede ki soruşturmanın önce yapılması kaidesi, duruşmalar bir günde bitirilmediğine göre, isabetli değildir. Aynı ayrı mahkemelerde aynı zamanda soruşturma yapılabilmesi mümkün oldukça, yapılmalı, biri diğerini beklememelidir.

225. KİŞİ YÖNÜNDE YETKİ UYUŞMAZLIKLARI.

Kişi yönünden yetki uyuşmazlıkları adlî mahkemeler arasında çıkmışsa, madde yönünden yetki uyuşmazlıklarında olduğu gibi (No. 196) ya ağır ceza mahkemesince yahut Yargıtay 3 üncü Ceza Dairesince çözümlür.

Kişi yönünden yetki uyuşmazlığı adlî yargılama makamları ile askerî veya idarî yargılama makamları arasında çıkmışsa, ortada “görev yönünden yetki” uyuşmazlığı var demektir (No. 220).

Yüce Divan ile adlî, idarî veya askerî yargılama makamları arasında uyuşmazlık çıkamaz, zira Yüce Divanın sadece son kararları değil, her türlü kararı “yargı”dır.¹²²⁹

26. § SAVCI

226. Savcının süjeliği ve görevi. 227. İlçe Başsavcısının savcılarla ve diğer başsavcılarla ilişkisi. 228. Savcı ile Adalet Bakanı arasındaki ilişki ve savcıların bağımlılığı. 229. Savcının bağımlı veya bağımsız olması sorunu. 230. Savcının taraf olup olmadığı meselesi. 231. Savcılığın bir taraf makam oluşu. 232. Savcının reddi dâvası, savcılık görevinden yasaklanması ve çekinmesi. 233. Savcının ödevleri. 234. Savcının yetkileri. 234-1. Cumhuriyet savcısının yapması gereken araştırma işlemleri.

226. SAVCININ SÜJELİĞİ ve GÖREVİ.

I. Makam itibariyle taraf.

Savcı, savcılık makamını işgale yetkili kılınan kişidir. Bu demektir ki makam itibariyle muhakeme hukuku süjesidir. Muhakemede bir taraf makamından bulunsa dahi, bu taraflık şahıs itibariyle olmadığından, savcı, şahıs itibariyle süje değildir (No. 160, 162).

Savcılar da hâkimler gibi Devletin maaşlı ve devamlı memurlarıdır. Savcılar bu görevlerine özel hükümler dairesinde tâyin olunurlar (HSYKK 18-20). Savcıların bu görevlerini yapabilmeleri için, hâkimlerde olduğu gibi üç şarta ihtiyaç vardır: 1) Tâyin şartı, 2) Görev şartı, 3) Medenî ehliyet şartı (No. 179).

Her Başsavcılık kuruluşunda (No. 108), bir başsavcı ile gerektiği kadar savcı bulunur. Daha önce savcı yardımcılığı kurumu vardı. @ (... yılında kaldırılan bu kurum 2022 yılında hakim yardımcılığı ve savcı yardımcılığı şeklinde tekrar getirildi. Yardımcılık veya savcılık durumu idarî ve dahili bakımdandır ve Başsavcıya karşıdır. Muhakeme Hukuku bakımından savcı veya savcı yardımcısı yoktur. Savcılık makamını kim işgal ederse etsin, savcıdır.

Savcılık devlet adını iddia görevini yapan makamdır bu iddia Kaide olarak ceza davalarının muhakemesinde kendini gösterir. Savcının hukuk davasındaki rolü tek istisnatır. İddia görevi kolektif olan muhakemeyi oluşturan üç görevden sadece biridir (No. 20). Bu demektir ki diğer iki görevden yani karar makamlarının yaptığı yargılamadan ve diğer taraf makamının yaptığı müdafaa dan farklıdır. Bir kimsenin suç işlediğini iddia ederek yargılama makamlarına başvuran ve dolayısı ile kanunların

¹²²⁹ Yüce Divan kararları kesindir (Any 147, 153; AYMK 35/2). Burada kesinlikten maksat sadece yargının kesinlik otoritesi değil, fakat aynı zamanda değerlilik otoritesidir. Kanunlarımızda muhkem kazıye yerine yargı denmeyip kesin hüküm veya karar denmesi sadece kesinliğin kastedildiği zannını doğurabilmesi bakımından da isabetsizdir. Bu yüzdendir ki uyuşmazlık çıktığı sanılmış ve çözümlenmesine çalışılmıştır. Bir olayda İstanbul 1. AğCM Yüce Divanın yetkisizlik kararına uymamış ve yetkisizlik kararı vermiştir. Yüce Divan “sair kaza selâhiyetini haiz makam” tâbirine girdiğinden, 30-1684 numaralı kanuna göre Yargıtay Ceza Genel Kurulunda bu uyuşmazlık Yüce Divan haklı görülme suretile çözülmüştür (18/2/63, 5-6). Bizce, “Yüce Divanın kararına uymak gerekirdi” denilerek mesele çözülmeliydi. Nitekim bir diğer işte Ceza Genelkurulu, Yücedivanın yetkisizlik kararını kaldırmıştır (21/9/64, I, 113). Fakat Yüce Divan da, Ceza Genel Kurulunun yetkisi olmadığına karar vermiştir (8/4/65, 64/968-65/2). Son zamanlarda Yargıtay yine Yüce Divan kararını kaldırmıştır (CGK 11/11/68, 564/345). Kanaatımızca sözü geçen kanunun başlığında “umumî ve hususî kaza selâhiyetini haiz makamlar” denildiğine göre Ceza Genel Kurulu yetkilidir. Ancak, Yüce Divanın kararlarının otoritesini tanımayan kararı hatalıdır. Bu hatayı giderme çaresi olmadığı içindir ki Yüce Divan, yetki bakımından kararı tanımama yoluna gitmek zorunda kalmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu bu tartışmalara son vermiş ve bütün yargılama makamlarının Yücedivanın kararlarına uyacaklarını belirtmiştir (UMK 36).

uygulanan uygulanmadığından, çiğnendiğinden Devlet adına davacı olan makamı işgal eden savcının yaptığı iş yargılama değildir. Sonuç rehine mütalaa bildirilirse de sırf bu yüzden yaptığı işin müdafaa sayılması imkân yoktur (No. 126).

Savcının görevi devletin üç ana görevlerinden biri olan yargılama olmadığı gibi bir diğeri olan yasama da değildir. Bunda da kimse tereddüt etmemektedir. O halde geriye yürütme kalmaktadır. Ancak yürütmenin de çeşitleri vardır ve bunlardan biri de *idaredir* (No. 69). Savcılık hakimlik ile aynı kanunla düzenlense dahi istense de istenirse de idare mekanizmasının bir parçasıdır.

@YAZ sh. 423

II. Savcılık makamının görevleri.

Savcılık makamı, Ceza Muhakemesinde üç temel görev yerine getirir: 1) Soruşturma evresini başlatarak öğrenme muhakemesi yapılmasını sağlar (CMK 160), 2) İddia makamı olarak (taslak) iddianame düzenler (CMK 170) ve iddianamedeki savını, iddianamenin iadesi kararına itiraz etmek suretiyle savunur veya duruşmada mahkeme önünde temsil eder (CMK 200); 3) Ceza Mahkemesinin verdiği hüküm kesinleştikten sonra, bunun yerine getirilmesi aşamasında da savcılık görevlidir (CGİK 8).

III. Savcılık teşkilatı.

1. Kuruluş.

Mahkeme kuruluşu bulunan her il merkezi ve ilçede o il veya ilçenin adı ile anılan bir Cumhuriyet Başsavcılığı vardır (AdYMK 16/1). Savcılık¹²³⁰, “mahkemelerden bağımsız”, hiyerarşik yapıya sahip bir “adalet organıdır” (*Organ der Rechtspflege*; GVG 150).

C. başsavcılığı teşkilatı, mahkemelerin yargı çevresine paraleldir (AdYMK 16/1, 21; GVG 141); Cumhuriyet başsavcılığının yer bakımından yetkisi, yanında bulunduğu mahkemeye göre belirlenir (AdYMK 17/1; GVG 143/1).

Başsavcılık makamında bir “Cumhuriyet başsavcısı”, Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kararı ile atanan bir veya birden fazla “Cumhuriyet başsavcivekili” ve yeteri kadar “Cumhuriyet savcısı” bulunur (AdYMK 16/2). “Cumhuriyet başsavcısı”, başsavcılığı temsil eder (AdYMK 18/1).

Ağır ceza Cumhuriyet başsavcısının, ağır ceza mahkemesinin yargı çevresinde görevli diğer başsavcılar, savcılar ve bağlı birimler üzerinde gözetim ve denetim yetkisi vardır (AdYMK 18/2).

Asliye ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcısının o yer yargı çevresinde görevli Cumhuriyet savcıları ile bağlı birimler üzerinde gözetim ve denetim yetkisi vardır (AdYMK 18/3).

2. Cumhuriyet başsavcılığı makamının görevleri.

Monokratik ve hiyerarşik bir yapıya sahip olan Başsavcılık makamının görevleri şunlardır: a) Kamu davasının açılmasına yer olup olmadığına karar vermek üzere soruşturma yapmak veya yaptırmak, b) Kanun hükümlerine göre, yargılama faaliyetlerini kamu adına izlemek, bunlara katılmak ve gerektiğinde kanun yollarına başvurmak, c) Kesinleşen mahkeme kararlarının yerine getirilmesi ile ilgili işlemler yapmak ve izlemek, d) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak (AdYMK 17).

Cumhuriyet Başsavcısının (AdYMK 18), başsavcivekilinin (AdYMK 19) ve savcısının görevleri (AdYMK 20) Kanunda ayrıca gösterilmiştir.

Cumhuriyet savcıları, buldukları il merkezi veya ilçenin idari sınırları ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idari sınırları içerisinde yetkilidirler (AdYMK 21/1). Duruşmalara, Cumhuriyet

¹²³⁰ Almanya’da savcılar Başsavcının temsilcisi (*Vertreter*) olarak görev yaparlar (GVG 144). Başsavcılık teşkilatı “monokratik bir yapıdadır”. Almanya’da Federal Yargıtay yanında bir “Federal Başsavcılık” makamı (*Bundesanwaltschaft*) vardır. Bu makamın başında “Federal Başsavcı” (*Generalbundesanwalt*) vardır (GVG 142/1). Eyalet düzeyindeki Yüksek Eyalet Mahkemesinin (OLG) yanında bir Başsavcı (*Generalstaatsanwalt*) bulunur. Eyalet Mahkemesi yanında (LG) bir üst savcı (*Leitender Oberstaatsanwalt*) vardır. Asliye Mahkemelerinde (AG) ise, savcılık görevini LG yanındaki savcılar yürütürler. Mahkemelerden farklı olarak, savcılık makamı “bağımsız” olmayıp, Adalet Bakanına bağlıdır (*unterstehen*).

başsavcısı tarafından görevlendirilen Cumhuriyet Başsavcivekili veya savcısı katılır (AdYMK 22). Makamın başında olan Başsavcı, somut bir olayın soruşturmasını her zaman kendisi ele alabilir ve gerekli bütün adli işlemleri bizzat yapabilir.¹²³¹ Kendisine talimat verilen bir savcı, bunu yerine getirmeyi hukuki açıdan veya kişisel olarak sakıncalı bulursa, bu görüşünü bildirir ve emrin tekrarlanmasını isteyebilir. Talimat tekrarlanırsa, yerine getirmeğe mecburdur.

Adalet Bakanı, “savcılık makamını” işgal etmediği için, Cumhuriyet başsavcılığına emir verme yetkisine sahip değildir. Türk Hukukunda Adalet Bakanının Cumhuriyet savcılarına “kamu davası açma emri” verme yetkisi kaldırılmıştır. Mülga CMUK 148 ile tanınmış olan bu yetki, Uyum Yasaları doğrultusunda iptal edilmişti. Yeni CMK ve Mahkemeler Teşkilatı Kanunu da emir verme yetkisi tanımadı.

Alman Hukukunda ise, Adalet Bakanının savcıya “araştırma yapma emri” verme yetkisi devam etmektedir. Adalet Bakanı ülkedeki adli işlemlerin yürütülmesinden siyasi sorumluluk taşıdığı için, bizde de bu yetkinin tekrar verilmesi yerinde olacaktır.¹²³² Adalet Bakanı’nın C. savcısına “araştırma yapma” emri vermesi kabul edildiği içindir ki, Alman hukukunda adalet bakanlıkları tarafından müşterek olarak bir “Savcı Yönetmeliği” (RiStBV)¹²³³ hazırlanması mümkün olmuştur. Bizde bu yetkinin kaldırılması sonucunda bazı kanun maddelerinde yönetmeliğinin Hükümet tarafından hazırlanacağına ilişkin hüküm sevk edilmiş olsa bile Adalet Bakanlığının adli makamlara emir verebileceğine ilişkin bu genel hüküm düzenlenmediği için, CMK maddelerine ilişkin hazırlanmış olan birçok yönetmeliğin hâkim bağımsızlığına aykırı olduğu ileri sürülebilecektir: Yönetmelik hükmü pozitif hukuk normu olarak hâkim in uygulaması gerekli “hukuk” arasında olduğu için yönetmelik ile hâkim e yürütmenin emir vermesi gibi bir durum ortaya çıkmaktadır.¹²³⁴ Bizce bu tartışmaların önünü almak üzere adli araştırmaların yapılması açısından emir verme konusunda Adalet Bakanı’na genel yetki verilmelidir.

IV. İddia ve maddi gerçeği araştırma görevi.

Savcılık, Devlet adına iddia görevini yapan makamdır. Bu iddia, kaide olarak, ceza dâvalarının muhakemesinde kendisini gösterir. Savcının hukuk dâvasındaki rolü pek istisnaîdir.

CMK (160/2) savcının amacının maddi gerçeği araştırma olduğu açıkça düzenlenmiştir.

İddia görevi, kolektif olan muhakemeyi oluşturan üç görevden sadece biridir. Bu demektir ki, diğer iki görevden yani karar makamının yaptığı yargılamadan ve diğer taraf makamının yaptığı müdafaadan farklıdır. Bir kimsenin suç işlediğini iddia ederek yargılama makamlarına başvuran ve dolayısı ile kanunların uygulanmadığından, çiğnendiğinden Devlet adına dâvacı olan makamı işgal eden savcının yaptığı iş, elbette yargılama olamaz. Sanık lehine mütalâa bildirebilirse de sırf bu yüzden yaptığı işin müdafa sayılmasına imkân yoktur.

Savcının görevi, Devletin üç ana görevinden biri olan yargılama olmadığı gibi, bir diğeri olan yasama da değildir. Bunda da kimse tereddüt etmemektedir. O halde geriye yürütme kalmaktadır. Savcının görevi ancak yürütmeye girebilecektir. Ancak yürütmenin de çeşitleri vardır ve bunlardan biri de

¹²³¹ *Devolutivrecht*: GVG 145/1.

¹²³² Almanya’da Adalet Bakanı veya savcılık makamının başındaki kişi, belli bir işe bakmakta olan savcıyı o işten alarak, yerine bir başka savcıyı her zaman görevlendirebilir (*Substitutionsrecht*: GVG 145/1, 146, 147).

¹²³³ **Alman Savcı Yönetmeliğinin tercüme edilmiş tam metni için bkz. İçel/Yenisey, 1994.**

¹²³⁴ Zorunlu müdafilikte kendisine baro tarafından tayin edilen müdafii şüphelinin reddedemeyeceğine ilişkin Müdafî Atama Yönetmeliği hükmünün hukuka aykırı olduğu görüşü 2008 yılı CGK tarafından verilen bir kararla ileri sürülmüştür. Bu görüş Yönetmelik maddesine karşı açılan yürütmeyi durdurma davasında verilen durdurma kararına dayandırılmıştı. Fakat daha sonra Danıştay Daireler Kurulu Yönetmelik hükmünün hukuka uygun olduğuna karar verdi. Bu durumda yargının hukuka aykırı olduğuna kanaat getirdiği bir yönetmelik hükmü hâkim leri bağlayacak mıdır? Bizce hâkim e kanun ile dahi emir verilemeyeceğinden pozitif hukuk hükmü olmasına rağmen hâkim yönetmelik hükmü ile bağlı olmamalıdır. Bağlı olduğu kabul edilirse yürütmenin hâkim e yönetmelik ile emir vermesi gibi bir hukuka aykırı durum ortaya çıkar.

“idare”dir. Savcılık, hâkimlikle aynı kanunda düzenlense dahi, istense de istenmese de idare mekanizmasının bir parçasıdır (DN 311).¹²³⁵

Geçen yüzyılda daha ziyade suç ve suçlu ile meşgul olan kriminoloji, günümüzde adli teşkilat ile daha yakından ilgilenmekte ve suçun kontrolü açısından teşkilatın nasıl şekillendirilmesi gerektiğini incelemektedir. Bu yeni bakış açısıyla önce hâkimler ile polisin rolü incelenmiş, ancak yakın zamanlara kadar savcının toplumdaki denetleme ve yönetme işlevi üzerinde fazla durulmamıştı. Günümüzde Hollanda, Avusturya, Almanya ve Fransa gibi ülkelerde savcının suçluluğu kontrol altına alıcı rolü üzerinde bilimsel araştırmalar yapılmaktadır. *Bir sosyal kontrol organı* olan savcılığın böyle geç keşfedilmesinin sebebi ceza muhakemesindeki ön soruşturmanın ihmal edilmiş olmasıdır. Suç failini etkileyebilecek işlemler yapabilen bir organ olan savcılığın, sanığı topluma yeniden kazandırmaya çalışarak, suç ile mücadelede hak ettiği yeri alması gerekir.¹²³⁶

227. CUMHURİYET BAŞSAVCISININ SAVCILARLA İLİŞKİSİ.

Bazı yerlerde Cumhuriyet Başsavcısından başka bir veya birden fazla savcının bulunması savcılığın bir bütün, bir birlik teşkil etmesine mâni değildir. Birinin başladığı soruşturma veya davayı diğeri takip edebilir. Mesele makamın temsil edilmesidir. Her birinin makamı temsil yetkisi vardır. Fakat kuruluşun başı Cumhuriyet Başsavcısı olduğundan Cumhuriyet savcıları onun emri altındadır. Cumhuriyet Başsavcısı ile yardımcıları arasında fikir ayrılığına çıkarsa, benimsemediği fikri yardımcıya müdürü Alpay etmektense savcının bizzat mahkemeye çıkması veya kendi fikrine başka bir yardımcısını çıkarması daha isabetli olur.¹²³⁷ bizdeki kanuni durum şudur. Yargıtay başsavcısı yardımcılarını üzerinde Danıştay Başsavcısı Danıştay savcıları üzerinde ağır ceza savcıları merkezdeki savcı lar üzerinde gözetim ve denetim hakkına sahiptir. Bu nezaret ve mürekkebi hakkı birliği ve bilinmezliği ifade etmekten çok uzaktır. Her savcılık kuruluşunun bölünmez bir bütün olduğu tezi teknik imkanların arttığı günümüzde savcılığın bir direktif altında müştereken hareket etmesi zorunluluğu savunulmaktadır.¹²³⁸

II. Savcılık kuruluşları arasındaki ilişkinin bazı memleketler memleketlerdeki aksine birlik ve bölünmezlik olarak açıklanmasına kanunlarımıza rastlamıyoruz. Sadece ağır ceza mahkemesi yanındaki savcıların o ağır ceza merkezine bağlı ilçe savcı ve yardımcıları üzerinde nezaret ve mürekkebe hakkında söz edilmiştir. Bu nezaret ve murakabe hakkına dayanarak üst savcının kovuşturamama kararını kaldırması veya iddianame ile dava açması için alt savcıya emir verebileceği kabul edilmelidir (No. 234, 425, 426, 433). Yargıtay ve Danıştay başsavcılığının diğer adli ve idari yargılamalarda 2 üzerinde nezaret ve murakabesi hakkı kabul edilmemiştir.

I. İl ve ilçe başsavcılığı.

Mülga 924 tarihli ve 469 sayılı «Mehâkim i Şeriyenin İlgasına ve Hâkim in Teşkilatına Dair Ahkamı Muaddil Kanun'un» 5 inci maddesi 1926 yılında değiştirilmiş ve Asliye Mahkemeleri nezdinde bir savcı ve yeterince savcı yardımcısı bulunması kabul edilmişti. «Savcı yardımcılığı» statüsü tatbikatta benimsenmediğinden, 1990.3611 numaralı Kanun ile (RG. 1.2.1990), Hâkimler ve Savcılar Kanununda yer alan Cumhuriyet Savcılığı ünvanı «İl ve İlçe Cumhuriyet Başsavcılığı», Cumhuriyet savcı yardımcılığı ünvanı ise, «Cumhuriyet savcılığı» olarak değiştirilmiştir.

Yeni Ceza Adalet sistemimizin temel unsurlarından olan 2004-5235 sayılı Kanunun 16. maddesi uyarınca, Mahkeme kuruluşu bulunan her il merkezi ve ilçede o il veya ilçenin adı ile anılan bir C.

¹²³⁵ *Keyman* “savcılık millî egemenliği yani milleti temsil eder” diyor (s. 74). Millet Devletin bir unsuru olduğuna göre demek ki Devleti temsil ediyor. Ama *Keyman*, organ olan savcıların Devleti temsil etmediğini (s. 81), savcılığın Devlet idaresinden müstakil olarak hareket ettiğini (s. 82) de söylüyor. Bu iddianın, savcılığın tek tek makamlar olarak Devlet organı olduğu (s. 82) tezi ile bağdaşmadığını bir kenara bırakalım. Savcının görevi yürütme değilse, nedir? Yasama mı? Yargılama mı? Dâvacının görevi ile hâkimin görevi farklı olduklarına göre, savcılığın yargılama organı olduğunu iddiaya imkân yoktur. Yargılama yetkisinin yanında, savcının yetkisi manâsına adli yetki kabul edip her ikisini adalet kudretine bağlamak (s. 83) ise, Devlet görevlerinin (veya klâsik tâbirle kuvvet veya kudretlerinin) yasama, yürütme ve yargılama olarak üçe ayrılmasına ters düşmektedir. Adli görev kavramı bu üçlü tasnif dışında kalır. Bu görevi üçlü tasnife göre açıklamak gerekince, hâkimlerinkini yargılama, savcılarinkini yürütme olarak kabulden başka çare yoktur.

¹²³⁶ *Sessar*: ZStW 1975, 1033.

¹²³⁷ *Taner*, 48.

¹²³⁸ *Siegert* (Karl): L'indipendenza del pubblico ministero, RDPrP, 1956, s. 349.

Başsavcılığı kurulurdu. C. Başsavcılığında bir C. Başsavcısı ve yeteri kadar C. Savcısı bulunur. Gerekli görülen yerlerde Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkim ler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kararıyla bir veya birden fazla C. Başsavcıvekili atanır (2004-5235 m. 16). Adli Yargı Mahkemeleri Kanunu, 1924.469 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmıştır.

Bazı yerlerde Başsavcıdan başka bir veya daha fazla savcının bulunması, savcılığın bir bütün, bir birlik teşkil etmesine mâni değildir. Birinin başladığı dâvayı diğeri takip edebilir. Mesele makamın temsil edilmesidir. Her birinin makamı temsile yetkisi vardır.¹²³⁹ Fakat kuruluşun başı Başsavcı olduğundan diğeri savcılar onun emri altındadırlar. Başsavcı ile diğeri savcılar arasında fikir ayrılığı çıkarsa, benimsemediği fikri diğeri savcıya müdafaa ettirmektense, Başsavcının bizzat mahkemeye çıkması veya kendi fikrinde başka bir savcıyı çıkarması daha isabetli olur.¹²⁴⁰

Yargıtay başsavcısı yardımcılarını üzerinde, Danıştay başsavcısı Danıştay savcılarını üzerinde, ağır ceza savcılarını, merkezdeki savcılar üzerinde gözetim ve denetim (nezaret ve mürakebe) hakkına sahiptir (HSK 5/1, 2004.5235 m. 18/2, 3).

Bu nezaret ve mürakebe hakkı, birliği ve bölünmezliği ifade etmekten çok uzaktır. Her Başsavcılık kuruluşunun bölünmez bir bütün olduğu tezi teknik imkânların arttığı günümüzde savcılığın bir direktif altında müştereken hareket etmesi zorunluğu ile de savunulmaktadır.¹²⁴¹

II. “Türkiye Başsavcılığı” ve Avrupa Savcılığı.

Terör suçları, çıkar amaçlı örgüt suçları ve iktisadî suçlarda ülke çapında tek elden kovuşturma yapılmasında büyük yarar vardır. Başsavcılık kuruluşları arasındaki ilişkinin, bazı memleketlerdekinin¹²⁴² aksine, birlik ve bölünmezlik olarak açıklanmasına kanunlarımızda rastlamıyoruz.¹²⁴³ 5235 sayılı Mahkemelerin Kuruluş Kanunu her bir başsavcılığı bir bütün olarak düzenlemişse de ilçe başsavcılıkları arasında bir birlik kurmamıştır. Kanaatimizce, örgüt suçları ve insanlığa karşı suçlarda araştırma ve soruşturma görevi verilen bir “Türkiye Başsavcılığı” oluşturulmalıdır. Unutulmamalıdır ki Avrupa Birliği içinde de Birliğe dahil devletleri kapsayan fakat sınırlı yetkiye sahip bir, başsavcılık niteliğinde olan “eurojust” teşkilatı kurulmuştur.

III. Savcıya bağlı kolluk amiri.

Mehaz Kanun kolluğun ceza muhakemesi hukukuna ilişkin görev ve yetkilerini düzenlerken «savcı yardımcısı» statüsü tanıdığı memurlara ayrıcalıklı bazı yetkiler tanımıştır.¹²⁴⁴ Yeni Kanun “adli kolluk” kurumunu benimsediği için, savcıya bağlı kolluk amiri kavramını¹²⁴⁵ kabul etmemiştir. Bizce

¹²³⁹ Bu nedenle Başsavcının açma demesine rağmen savcının açtığı dâvaya bakabilir.

¹²⁴⁰ *Taner*, 48. Adalet Bakanlığı 19.7.1999 tarihli genelgesi ile (YMB 3.8.1999 Sayı:86, sayfa 30 rejim aleyhtarı irticai yıkıcı ve bölücü faaliyetlere karşı alınan önlemlerin eş güdümünü sağlamak üzere kurulan «Başbakanlık uygulamayı takip ve koordinasyon kurulu çalışmalarının etkin bir şekilde yürütülmesini istemiştir. İrticai ve bölücü yayın yapan radyo ve televizyon istasyonlarına karşı devlet kuruluşları yasaları eksiksiz bir şekilde uygulamaya çağırılmamışlardır. (Yargı Mevzuatı Bülteni 1999, 86, 30).

¹²⁴¹ *Siegert (Karl)*: L’indipendenza del pubblico ministero, RDPPrP, 1956, s. 349.

¹²⁴² Almanya’da terör suçları ile örgütlü suçlar bakımından ülke çapında yetkili Federal Başsavcılık makamı yaratılmıştır (GVG § 142/I, 142a, 147 Nr. 1) (*Roxin* 1995, 48).

¹²⁴³ Sadece ağır ceza mahkemesi yanındaki başsavcılarının o ağır ceza merkezine bağlı ilçe başsavcı ve savcılar üzerinde nezaret ve mürakebe hakkından söz edilmiştir (HSK “89-KHK 360; 90-3611” 5/1, MTK “26-825” 5). Bu nezaret ve mürakebe hakkına dayanarak üst savcının kovuşturamama kararını kaldırması veya iddianame düzenlemesi için alt savcıya emir verebileceği kabul edilmelidir. Yargıtay ve Danıştay başsavcılarının diğeri adli ve idarî yargılamadaki savcılıklar üzerinde nezaret ve mürakebe hakkı kabul edilmemiştir.

¹²⁴⁴ Mehaz Kanun, sıradan kolluk memurları ile “savcı yardımcısı” statüsündeki kolluk memurlarını ayırmıştır. Savcı yardımcısı statüsündekilere arama emri gibi sorumluluğu gerektiren yetkiler tanımıştır. Buna paralel olarak, mülga Kanunumuzun bazı maddelerindeki (CMUK 90 ve 97) düzenleme gibi, “savcı muavini sıfatıyla hareket eden kolluk memurlarından” sözedilmiştir.

¹²⁴⁵ Kanaatimizce, Savcı adli konularda araştırma yapma emrini, yardımcısı durumundaki sadece bu memurlara vermelidir. Yeni Türk Hukukunda «Savcı Yardımcısı Zabıta» kavramı düzenlenmemiş “savcı emrinde” adli kolluk kabul edilmiştir. “Araştırma görevi ile itham görevini birleştirdiği için”, benimsemediğimiz bu sistem yerine, ayrı çalışan, fakat C. Savcısının “denetiminde” bulunan adli kolluktan yanayız. Bize göre, başkomiser seviyesinde bir suç kolluğu amirine, «savcıya yardım etme görevi” verilmeli, savcıya başvurmak için zaman bulunmayan acele hallerde “arama emri” vermek (PVSK “2002.4771”

soruşturma evresinin bütün işlemlerinden sorumlu olan C. savcılığının, araştırma işlemlerinin bilfiil yapan adli kolluk ile bağlantısını kurmak, savcının emirlerinin adli kolluğa uygulamak üzere Alman hukukundaki örnekten yararlanılmalıdır.

228. SAVCI ile ADALET BAKANI ARASINDAKİ İLİŞKİ.

I. Adalet Bakanının denetim yetkisi.

Adalet Bakanı, Devletin yürütme organlarından biri olan Bakanlar Kurulunun bir üyesi olarak adli ve idarî adalet kuruluşunun işlemlerinin siyasî sorumluluğunu taşır. Bu nedenle, yürütmenin bir çeşidi olan idarenin bir makamını işgal eden savcı üzerinde Adalet Bakanının, yönetim değil, fakat denetim yetkisini tabii görmek lâzımdır.¹²⁴⁶

Savcılık ve hâkimlik *iki ayrı meslektir*. Bu iki mesleğin birleşik tarafları olması, ayrı meslekler olmalarına engel değildir. Ayrılığın ve dolayısı ile farkların temelinde, bu iki meslek mensubunun gördükleri işin farklılığı yatar. Hâkimlerin görevi yargılama olduğu halde, savcılarinki iddiadır. Bu iki görevin, müdafaa görevi ile birleşip muhakeme adli kolektif faaliyeti meydana getirmeleri, üçünün de muhakeme faaliyetinde rolü olması, iddia ile yargılamanın farklı görevler olduklarının gözümüzden kaçmasına sebep olmamalıdır.

Hâkimlik ve savcılık meslekleri arasındaki farkın başında “bağımsızlık” gelir. Hâkimlerin bağımsızlığına karşı savcılarının bağımlı olmasının zarurî bir sonucunu da ikisinin teminatları arasında bazı farkların bulunmasıdır. Muhakkak olan şudur ki her iki mesleğin de teminata ihtiyacı vardır.

Savcılarının hâkimler gibi teminata sahip kılınmalarından, her bakımdan onlara benzetildikleri anlamı çıkarılmamalıdır. İdare mekanizmasını teşkil eden memurların da teminatı vardır (AY 129) ve olmak lâzımdır. Bu sebeple Anayasanın, savcılarını belli özlük işlemleri bakımından hâkimler gibi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna bağlamasını, hâkim ve savcı teminatlarını, farksız hale getirmesini savcılarının da bağımsız olmalarının istendiği mânâsına almak doğru değildir. Nitekim Anayasa hâkimlerin görevlerinde bağımsız olduklarını (AY 138/1), yargı(lama) yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanıldığını (AY 9) ve hâkimlerin, mahkemelerin bağımsızlığı esasına göre görev yaptıklarını (AY 140/2) belirtmiş, fakat savcılarının bağımsızlığından söz etmemiştir.

Savcılarının teminatının diğer kamu görevlilerinininkinden farklı olmasının sebebi, onların muhakeme görevinin unsurlarından biri olan iddia görevini yaptıkları için adli kuruluşa dahil olmalarıdır.¹²⁴⁷ Fakat bu teminat, savcı bağımsız olmadığı ve bu noktada aralarında bir fark bulunduğu için, hâkim teminatının elbette tıpatıp aynı olmayacaktır (No. 180/IV).

Anayasaya göre, savcılık da hâkimlik gibi bir meslektir (AY 140/1). Savcılarının nitelikleri, atanmaları gibi belirli özlük işleri, hâkimlerde olduğu gibi, kanunla düzenlenir ve savcılar da hâkimler gibi idarî yönden Adalet Bakanına bağlıdırlar (AY 140/3 ve 5). Burada idarî görev teriminin “adli görev dışında kalan idarî görev” olarak dar anlamda kullanıldığı görülmektedir. Zira savcılarının bütün işleri idarîdir. Hâkimler ve Savcılar Kanununun “adli görev dışında kalan idarî görev” yerine “yargı(lama) yetkisinin kullanılmasına ilişkin görev haricinde” demesi (HSK 5/4) hatalı olmuştur. Zira savcının “muhakeme ile ilgili” bir diğer söyleyişle “adli” görevi vardır. Ama bu muhakeme kolektif faaliyetinin üç unsurundan

9/son) yetkisi ile donatılmalıdır. Bu önerimiz CMK 119 uncu maddede 2005.5353 numaralı Kanunla yapılan değişiklikle kısmen gerçekleşti ve kolluk amirine yazılı arama emri düzenleme yetkisi, konut dışı olmak kaydı ile, verildi. Ancak, koruduğu binalar hariç tutulursa, acele haller için önleme aramalarında kolluk amirinin emir verme yetkisinin bulunmaması önemli bir eksikliklerdir. Bu eksiklik PVSK da yapılan 2007 değişiklikleri ile de giderilmemiştir (PVSK “2007.5681” 9).

¹²⁴⁶ Nitekim İtalya’da idare (*direzione*) tâbiri 1946 da nezaret (*vigilanza*) olarak değiştirilmiştir. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü 21.9.1998 tarihli genelgesi (mülga) ile (YMB 59, 3) aşağıda sayılan suçları işleyenler hakkında soruşturmanın, sanık olay yeri, ilgili kanun maddesini gösteren bilgiler, takipsizlik kararı ve iddianamelerin birer örneğini her ayın ilk haftasında bakanlığa gönderilmesini istemiş iken, bu uygulamadan vazgeçildiğini duyurmuştur. Ancak bakanlık değil de «mülhakat Cumhuriyet başsavcılıklarına gönderilmesini istemiştir: Mülga CK 125-173 maddeleri ile 311, 312, 313 ve 314 ncü maddeler, Atatürk Aleyhine işlenen suçlar, terörle mücadele kanuna giren suçlar, tekke ve zaviyelerle türbelerin seddine dair kanuna aykırılık, şapka ihtisası hakkında kanuna aykırılık, bazı kisvelerin giyilemeyeceği hakkında kanun ve siyasi partiler kanununa aykırılık suçları (Yargı Mevzuatı Bülteni 1 Eylül 1998 Sayı 59, sayfa 3).

¹²⁴⁷ *Manzini*, II, 295.

biri olan ve yargılama ile müdafaa dışında kalan “iddia” görevidir. Ya iddia görevi yahut çok geniş anlamda adli görev denilmeliydi.

Anayasa hâkimlik teminatı ile savcılık teminatını birleştirmiştir (AY 139). Ancak, nitelik, atanma, ilerleme gibi özlük işleri düzenlenirken mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarının göz önünde tutulacağını, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna bırakılan işler hakkındaki kanunların da keza bu esaslara göre düzenleneceğini belirtmekle (AY 159/3) bu bakımlardan farklı düzenlemelere imkân tanıdığını da göstermiştir. Bununla beraber gerek Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu ve gerek Hâkimler ve Savcılar Kanunu bu imkândan hemen hemen yararlanmamıştır (No. 180 II ve IV).

II. Savcılık teminatı.

Savcılarının Adalet Bakanına bağımlı olmaları, teminatlı olmalarına engel olmadığı gibi, ondan her türlü emir alabilmeleri demek de değildir.¹²⁴⁸ Gerçekten, kollektif muhakeme faaliyetinde de rolü olan savcıya Bakanın verebileceği emir, muhakeme hukukunun ihtiyaçlarına göre kanunun çizdiği sınırlar içinde kalacaktır. İster mecburîlik ister maslahata uygunluk sistemi kabul edilsin, dâva açmanın mecburiliğini veya maslahata uygunluğunu¹²⁴⁹ tesbit yetkisi Bakana verilebilir.¹²⁵⁰ Zira, bunlar, dâva açmamak için değil, açmak için aranmaktadır.¹²⁵¹ Bizim Kanunumuz Adalet Bakanının savcıyı dava açması için emir verme yetkisini CMUK döneminde kabul etmişti. Mevaz Kanundaki düzenelemeye uygun bir biçimde, *araştırma yapma emri* olarak anlaşılması gereken, o dönemde kaldırılan yetki yeni Kanuna alınmamıştır. Bu yetki kabul edilirse savcı emir üzerine dâva açmağa mecbur olsa da muhakeme boyunca mütalâalarında serbest olmalıdır. Meselâ, esas hakkındaki mütalâasında beraat isteyebilmelidir.¹²⁵² Teminat bu bakımdan da gerekmektedir.¹²⁵³

III. Soruşturma yapma emri.

Görülüyor ki savcılarının bağımlı veya bağımsız olmaları sorunu, hem savcılarının teminatlı olup olmamaları sorunundan farklıdır hem de sonuçta bakanın dâva aç emri verebilip verememesi sorununa dönüşmektedir (No. 229).

229. SAVCININ BAĞIMSIZLIĞI SORUNU.

I. Bakana karşı bağımlılık.

Teminatlı olmak ile bağımsız olmak farklı kavramlardır. Memurların da idarî teminatı vardır ama memurlar bağımsız değildir. Bağımsız olmak veya olmamak, sonuçta, emir almak veya almamak sorunudur, Hâkim bağımsızdır, emir almaz. Savcı bağımsız değildir, emir alabilir.

Savcılarının Adalet Bakanından dâva aç emri alabilip alamamaları sorununa dönüştüğünü gördüğümüz, bağımlı veya bağımsız olma sorununu, *Savcılar da hâkimler gibi bağımsız olmalıdır* biçiminde çözenler yok değildir. Bunlar *savcının Bakana karşı bağımsız olması, yürütme kuvvetinin*

¹²⁴⁸ İdare mekanizmasının diğer çarklarında da âmirler memurlara kanunsuz emir veremezken bakanın savcılara böyle bir emir verebilmesi elbet düşünülemez. Savcılarının Adalet Bakanına bağlı olmaları gerekli ise de, her türlü emir değil, sadece soruşturma yapma emri sözkonusu olabilmelidir. Mülga CMUK'nın 148 nci maddesinde düzenlenmişken, 2004 yılında kaldırılan bu yetkinin, korunması gerekirdi.

¹²⁴⁹ Kovuşturmalarda maslahata uygunluk sisteminin kabul edilmesi dahi, hiyerarşik âmirin ve bu arada bakanın uygunluğu takdir edip aç diye emir vermesine engel değildir. Meselâ Fransa'da durum böyledir (*Bouzat*, II, 860). Yurtcan'a göre (2005, 424) Savcı yürütme erki içindedir. Bu sebeple adalet bakanından emir alabilmesini doğal karşılamak gerekir. Madde kamu davasının mecburiliği ilkesi düzenlenmiştir.

¹²⁵⁰ Anayasa Mahkemesi de, bakanın *dâva aç* emri vermesini kabul eden CMUK 148. maddeyi Anayasaya aykırı bulmamıştı (22/9/64, RG 10/2/65).

¹²⁵¹ Fakat Bakanın *dâva açma* diye emir verebilmesi, kovuşturması izne bağlı suçlarda izin vermeme olduğu gibi, dâva açtırmama yetkisinin Bakana istisna olarak verilmiş olması ile bağdaşmadığı için kabul edilmemelidir. Bununla beraber tatbikatta bakanların açma diye emir verdikleri de görülmüştür (*Manzini*, II, 300). Böyle emirleri haklı olarak dinlemiyen savcılarını Bakanın gazabından korumak içindir ki, Anayasa teminat sağlanmasını emretmiştir.

¹²⁵² *Taner*, 47.

¹²⁵³ Bakanların emir verme yetkisini kötüye kullanmalarına karşı bir tedbir, iddianamenin kabulü kararı (CMK 175) verilmesi olabilmelirdi. Böylece gereksiz sonsoruşturmaya gidilmeyecek, dâvanın asıl görüleceği kısma geçmeye Bakan değil, hâkim karar vermiş olacaktır.

adliye üzerindeki tesirlerini önleyecek ve böylece fertler bakımından bir teminat teşkil edeceklerdir.¹²⁵⁴

Buna karşılık, biz, azınlıkla beraber¹²⁵⁵, Bakanın böyle bir emir verebilmesinden yani savcılarının bağımsız olmamasından yanayız.

II. Savcının bağımlı olması görüşümüzün gerekçeleri.

Savcı hâkimden farklıdır ve yargılama görevi yapmamaktadır. Bu nedenle, emir alabilmesi idari görevinin niteliği gereğidir. Diğer taraftan savcı araştırma yaptıktan sonra dava açıp açmamaya serbestçe karar verebilmelidir.¹²⁵⁶

1) Bir kere savcı, hâkimden farklıdır ve yargılama görevi yapmamaktadır. Görevi idarîdir. Bu nedenle bağımsız olmaması, emir alabilmesi, görevin niteliğinin gereğidir.

2) Muhakeme hukukunun ihtiyaçları da bakanın böyle bir emir verebilmesini gerektirir. Bakana böyle bir yetkinin tanınması, sonuçta, mecburîlik sistemi kabul edilmişse mecburîliğin, maslahata uygunluk sistemi benimsenmişse maslahata uygunluğun tesbiti yetkisinin, bunun daha iyi takdir edecek durumda olan bakana verilmesinden başka bir şey değildir. Zira bu yetki dâva açmaması için değil, tersine, açması için verilmiştir. Bakana dâva açmaması için savcıya emir verme yetkisi ise elbet tanımamaz. Zira bu yetki suçların örtbas edilmesi, suçluların cezasız kalmaları sonucunu doğuracağından muhakeme hukukunun temellerine ters düşecektir.¹²⁵⁷ Adalet Bakanının emri ile kamu davası açıldıktan sonra, Almanya'da olduğu gibi mahkeme tarafından “yeterli delil” aranarak “iddianamenin kabulü kararı” (sonsoruşturma açılması kararı) verilmesi usulü benimsendiği için teminatsızlık sorunu ortadan kalkmıştır.

¹²⁵⁴ *Bonassi*: La magistratura in Italia, 1898 (*Sabatini*, I- 292 den naklen). *Erem* de “adalete müdahale edilmemeli” esasından hareketle “savcı adalette Hükümetin adamı olmaktan çıkarılmalı” diyor (N. 17, 72). Esas doğru, fakat sonuç yanlıştır. Dâvacının adil olması diye bir mesele yoktur. Adalet ancak yargılama makamlarından beklenir. Yargılama makamına müdahale edilirse adalet müdahale edilmiş olur. Yargılama makamları bağımsız olduktan sonra dâvacının Hükümet adamı olması neye adalet müdahale sayılır? Diğer taraftan, itham sistemini beğenmek (s. 63) ve itham sisteminde taraflar arasında tam eşitlikten bahsetmek ile savcının tarafsız olmasının sanık ile eşit olmasına engel olduğunu söyleyip savcının tamamıyla tarafsız ve bağımsız olmasını istemek (n. 28) arasında çelişiklik görmekteyiz. Nihayet bakanın emir vermesinin mecburîlik sistemine aykırı olduğu tezi (*Erem*, n. 72) de isabetli değildir. Zira bakanın emri açmamak şeklinde değildir ve zira bakan mecburiyeti gerçekleştirmek için açmak emri vermektedir *Rassat* da, savcının hem Hükümet, hem kanun menfaatlerini korumasını, bunlar çok defa çelişiktir diye, mümkün görememekte ve bugünkü işlerin iki makama verilmesini teklif etmektedir. Teklife göre, kanun organı olan makam, hâkim gibi bağımsız olmalı, Hükümet organı olan makam, ise tamamen memur gibi emirle hareket ederek gerekirse dâvaya müdahale etmelidir. Ancak birinci makama yani bugünkü savcılığa kanun organı niteliği tanınca, polis soruşturmasını idare ile bu organın ilgisi kesilecek ve muhtemelen *Rassat*'ın yaptığı gibi bu idare, Napolyon Kanununda olduğu üzere, sorgu hâkimliğine verilecektir. Neticede hem sorgu hâkimini savcı, hem de savcıyı sorgu hâkimi yapmak gibi yersiz bir yer değiştirme olacak, hem dâva açan savcının dâvanın kaynakları ile ilgisi kesilecek, hem de sorgu hâkiminin işini azaltma yolundaki tarihî gelişme akışına aykırı hareket edilmiş olacaktır. *Rassat*'ın polis soruşturmasını daraltma yolundaki teklifleri de ihtiyacın gösterdiği yolun tam tersidir. Bizce, bugünkü savcılığı ikiye bölmeğe lüzum yoktur. Savcılık ceza sahasında Devletin diğer avukatları gibi Devlet adına dâva açan ve yürüten makam olmalı, gerekince kanunlara uygun emir almalıdır. Hükümet menfaatinin ağır basması, kanun menfaatinin gözetilmemesi iki şekilde kendisini gösterir. Ya kanununa göre dâva açılmıyacakken açılmıştır, bu takdirde mahkeme bağımsızsa kanun menfaati sonunda sağlanır. Yahut dâva açılacakken açılmamıştır, bu takdirde dâvayı açtırmak için yine bağımsız olan yargılama makamlarına başvurma yani kovuşturma dâvası açma yetkisi verilirse yine mesele kalmaz. Bizde bu imkân vardır ve daha iyi düzenlenmesi de mümkündür.

¹²⁵⁵ *Kapani* (İcra organı karşısında hâkimlerin istiklâli, Ankara, 1956, s. 86) ve *Yüce* (s. 22) de savcılarının bağımsızlığına karşıdır. *Keyman*'ı da bu arada sayabiliriz. Zira savcılarının kavuşmasını istediği “bağımsızlık” (s. 213), aslında bağımlılıktır. Çünkü o da bağımlılığı “emir alma” diye tarif etmekte (s. 203) ve savcının dâva açması için Hükümetten emir almasını normal saymaktadır (s. 211). Savcının başka bakımlardan da emir almadığını ifade için “zayıflatmış şekilde bağımlı” yerine “belli ölçüde bağımsız” denilmesi (s. 210) doğru değildir. Zira bağımlılığın tamamı, eksikliği, zayıfı olur da bağımsızlığın olmaz. *Tosun* da (I, 576) Bakanın emir vermesi bakımından bağımlılığı kabul etmektedir. *Yurtcan* da savcının bağımlılığından yanadır (S. 108).

¹²⁵⁶ Mülga CMUK 148/2'nin hatalı tercümesinin (kamu davası açma mecburiyeti) kaldırılması yerinde olmuşsa da, mehzaz Kanunda olduğu gibi Adalet Bakanının savcıya “araştırma yapma” emri verebilmesi muhafaza edilmeli idi.

¹²⁵⁷ Ceza davasını açtırmama yetkisinin, Adalet Bakanı dahil, kimseye yansımaması kaidesinin, yine muhakeme hukukunca kabul edilmiş istisnaları yok değildir. Bunlara, kamu yararına kabul edilmiş olan dokunulmazlıkların kaldırılmamasında ve belli suçlardan dolayı açılacak müşahhas dâvalara izin verilmemesinde rastlamaktayız.

3) Savcı dâva açmağa mecbur olsa da karar verecek makam, yani yargılama makamı bağımsız oldukça, fert için teminatsızlıktan söz edilemez.

4) Kaldı ki savcı, emir üzerine dâva açmağa mecbur ise de muhakeme boyunca mütalâalarında serbesttir. Meselâ esas hakkındaki mütalâasında sanığın beraatine karar verilmesini isteyebilir.

5) Her şeye rağmen, bakan emriyle dâva açıldığında sanık durumuna düşmenin sakıncaları yok değildir. Fakat bakan emriyle dâva açılmamasının sakıncaları bunlardan çok daha fazladır. Bu sakıncaların başında, savcılarının fert olarak daha kolay tesir altında kalabilmeleri yüzünden suçluların cezasız kalması gelir. Hele örgütlenmiş suçluların, amaçları için adam öldürmekten bile çekinmeyenlerin veya terörizmle herkesi yıldırımak isteyenlerin şuradaki veya buradaki savcıyı şu veya bu yolla tesirsiz hale getirip dava açılmasını önleyebilecekleri düşünürlerse, suçlulukla savaşta Devletin ve onun hükûmetinin temsilcisi olan Adalet Bakanına böyle bir emir verme yetkisini tanımanın da bir ihtiyacı ifade ettiği, dolayısı ile zorunlu olduğu görülecektir.

6) Savcının bağımsız olması, bazılarının sandığının aksine, fertler için teminat olmaktan çok uzaktır. Gerçekten savcı da hâkim gibi bağımsız olursa, savcı olmaktan çıkar, hâkim olur. Hâkime savcı işi gördürmek ise, eski tahkik sistemine ve onun yüzyıllarca denenmiş olan mahzurlarına dönmek olur.¹²⁵⁸

7) Nihayet, bakanın savcıya emir verme yetkisi elinden alınır, yürütme kuvveti tesirini suç kolluğu marifetiyle göstermek isteyecektir¹²⁵⁹, hatta Bakan, hâkimlere tesir etmeğe çalışacaktır.¹²⁶⁰ Suç kolluğunu bağımsız yapmak ise ağacın kökünü topraktan çıkarmak kadar isabetsizdir (No. 418).

III. Fonksiyon farkı.

Savcılar ile hâkimlerin görevlerinin aynı olmadığı, mesleklerinin ayrı olduğu çok defa gözden kaçmıştır. *Savcılık, hâkimlik gibi bağımsız hale getirildiği gün değil, fakat avukatlık gibi hâkimlikten tamamen farklı bir meslek haline getirildiği gün, fert için teminat en yüksek seviyesine çıkmış olacaktır.*¹²⁶¹ Bu farklı meslek yine Devlet memurluğu olacak fakat kendine göre bir teminatı da olabilir (No. 228).

Savcının Adalet Bakanına bağımlı olmaması durumunda, tahkik sistemine dönülmüş olur; suç kolluğu da bağımsız olamaz. Savcılık Fransa ve Almanya'da müstakil adalet organıdır. Çifte karakterlidir. Sosyal kontrol merciidir; dava açmayabilir. Uygunluk prensibinin uygulandığı sistemlerde Savcılık ağır basar. Savcılık hiyerarşik yapıya sahiptir, bağımsız değildir, emirle hareket eder. Emri Adalet Bakanı, Üst savcı veya amir verir.

Bir savcı kendi makamı dolayısı ile değil, amirinin makamının temsilcisi olarak hareket eder. Amir işi kendi yapabilir. Başka savcıyı görevlendirebilir. Bu durum iç düzenlemedir.

Her Savcılık kendi bölgesinde yani mahkemenin yer itibarıyla yetkisi içinde araştırma yapabilir. Başsavcının tek elden yürütmesi söz konusu değildir.

230. SAVCININ TARAF OLUP OLMADIĞI MESELESİ.

Bizce, savcı *makam itibarıyla* taraftır. Bununla birlikte, savcının taraf olmadığını iddia edenler de vardır. Bunlardan bazılarının göre "savcı kendi menfaatini değil, toplumun menfaatini korur. Sanığın menfaati ile savcının menfaati zıt değildir".¹²⁶²

¹²⁵⁸ Foschini, I, 253.

¹²⁵⁹ Foschini, I, 258.

¹²⁶⁰ Siebert: L'independenza del pubblico ministero, RDPrP, 1956, s. 351.

¹²⁶¹ Foschini, I, 254.

¹²⁶² Carnelutti: Lezioni, c. I, s. 100. Savcı tarafsız olmasından ötürü mutlaka sanığın cezalandırılması yönünde hareket etmesi gerekmez (Özbek 2005). Savcı hâkim gibi tarafsız değildir. Ancak sanık ya da şüphelinin lehine olan delilleri de toplamakla görevlidir (Özbek 2005, 690).

Bazılarına göre, “Devletin bir organı olan savcı Devletin gördüğü dâvada taraf olamaz. Sanığın karşısındaki hâkim nasıl taraf değilse, savcı da “taraf” değildir. Ceza muhakemesi tek taraflıdır. Savcı sanığa karşı, sanığın hasmı değildir.”¹²⁶³

Bazılarına göre de muhakeme ilişkisi sùjesi kavramı varken, sırf dışa karşılıklı belirtmek üzere, taraf kavramına başvurmak hem lüzumsuzdur hem Ceza Muhakemesi Hukukunda yüzyıllarca geri gitmek demek olur.¹²⁶⁴

Savcının taraf olduğunu kabul edenler de vardır. Bazılarına göre savcı nevi şahsına münhasır bir taraftır. Bazılarına göre, sadece “şeklen” taraftır¹²⁶⁵ veya tam taraf değildir.¹²⁶⁶ Bazılarına göre, savcı kendi menfaatini koruyan taraftır.¹²⁶⁷ Bazılarına göre görev bakımından taraftır, yani sanık lehinde taleplerde bulunmasına rağmen, taraftır, zira taraf kavramı, Muhakeme Hukuku ilişkisi bakımından söz konusudur.¹²⁶⁸ Bir fikre göre de savcı taraf değildir, fakat bir taraf makamını, iddia makamını işgal eder.¹²⁶⁹ Bizce, savcı makam itibariyle taraftır (No. 231).

231. SAVCILİĞİN BİR TARAF MAKAM OLUŞU.

I. Makam itibariyle taraf oluş.

Savcı muhakeme ilişkisinin sùjesidir. Fakat bu sùjelik sıfatı kendisine, savcılık makamını işgal etmesi dolayısı ile verilmiştir. Savcılık makamı ise, suçtan zarar gören taraflardan biri olan Devletin iddia görevini yapmak üzere kurduğu bir makamdır. Her muhakeme gibi, ceza muhakemesinde de yargılama makamından başka iki makam vardır: İddia makamı ve müdafaa makamı. Bunların karşılıklı iki taraf olduğu, birinin tezi diğerinin anti-tezi ileri sürme görevinden anlaşılmaktadır. Savcı şahsı bakımından değil, işgal ettiği makam dolayısı ile taraftır. Bu durum şu noktaları aydınlatmaktadır:

1) Savcı bazen sanık lehinde taleplerde bulunur, faraza beraatını ister veya sanık lehine kanun yoluna gider. Bu lehe istekler muhakemede müdafaa değil, iddia görevi dolayısı ile ve o gaye ile yapılır (No. 105). Zira savcı tez tarafıdır. Her tez, sonunda sentez haline gelecektir. Savcı da sentezin meydana gelmesine çalışır ve bu arada sanık lehine isteklerde bulunabilir. Savcı tez makamı olarak olaya ışık tutacak ve hükmün elbirliğiyle verilmesini sağlayacaktır. Şu hâlde artık taraf kavramı, çarpışan iki düşman manasına alınmamalıdır. Taraf makamları, birlikte bir yargıya varmak için iş birliği yapmaktadırlar.

Taraflar karşılıklıdır, fakat muhakkak zıt ve hasım (düşman) değildirler. Kaldı ki savcının mahkûmiyet istemesi de mümkündür. Bu itibarla sanık ile savcının makamlarının aynı olduğunu söylemeğe de imkân yoktur. Beraat isteme hali gibi özel bir durumu nazara alıp savcının durumunu ona göre tespit etmek doğru değildir.¹²⁷⁰ Ekseri ahvalde savcı sanığın cezalandırılmasını ister. Sanık ise cezadan kurtulmağa çalışır. Menfaat uyuşmazlığı da açıktır.

2) Tarafların yetkilerinin eşitliğini anlatan *silâhların eşitliği*, terimi tarafların hâkim önünde düello edercesine çarpıştığı devirlerde ortaya çıkmışsa da bugün de her muhakemede aranan *hakkaniyetin* ayrılmaz unsuru sayılmaktadır.¹²⁷¹ Bununla beraber, soruşturma yaparak kamu dâvasını hazırlayan

¹²⁶³ Mayer (Otto): Le droit administratif allemand, 1903, I, § 14 (Guardneri'den naklen: Le parti, s. 15). Hakikati aradığından söz eden Kantar (s. 165) ve Erem (n. 111) de bu arada sayılabilir.

¹²⁶⁴ Sabatini, I, 45.

¹²⁶⁵ Manzini, I, 250; Guarneri, 23.

¹²⁶⁶ Tosun, I, 580; II, 10.

¹²⁶⁷ Lucchini: Elementi di procedura penale italiano, 1920, n. 192 bis (Ranieri'den naklen, s. 203).

¹²⁶⁸ Grispigni: La scienza processuale penale e i suoi problemi attuali. Rivista penale, 1943 (Ranieri'den naklen, s. 204).

¹²⁶⁹ Foschini, I, 260.

¹²⁷⁰ Guarneri, 180. Öztürk/Erdem ceza muhakemesinde savcının taraf olmadığı görüşündedirler. Ancak savcılarının bağımsız da olmamasından dolayı durumları belli bir fonksiyonel özerklik şeklinde tanımlanabilir (s. 279).

¹²⁷¹ AİHK 1169/61. Derleme No. 113 Tafsîlat için Bkz. Donay (s. 46).

savcının özellikle önsoruşturmada sanıktan fazla yetkilere sahip olması gerekebilir¹²⁷², gerektiğinden fazla verilmişse hakkaniyete aykırı düşer.¹²⁷³ Hele iddia görevinin gerektirdiklerinden fazlasının, yani hâkim yetkilerinin savcıya verilmesi, demokratik de değildir. Totaliter rejimler ferde önem vermeyip Devlete büyük bir değer verdiklerinden sanık ile savcıcıyı bir tutmak istemezler ve savcıcıyı sanıktan çok üstün görürler. Totaliter Devletler, elbet, eşitlik esasına dayanan taraf kavramını kabul edemezdi.¹²⁷⁴ Unutulmamalıdır ki Fransız modeli savcılık müessesesi Napolyon'un otoriter rejiminin mahsulüdür. Buna karşılık, tamamen demokratik gayelerle kurulan savcılıklar da vardır. Meselâ Avusturya'da savcılık, ferdin hürriyetlerini korumak için kurulmuştur (No. 107). Yine unutulmamalıdır ki, savcılar yürütme kuvvetine karşı bağımsız değillerdir ve bağımsız olmaları da temenni edilmez, zira ferdî hürriyetler bundan fayda değil, zarar görür (No. 229). Yürütme organlarına karşı bağımsız olmayan ve olmaması gereken savcının, hâkim gibi sırf adalet için çalışacağını, tarafsız kalacağını, sanığın menfaatine de hareket edeceğini söylemek her zaman mümkün değildir. O halde savcılarının makam itibarıyla taraflardan biri olması, ceza adaleti bakımından zarurîdir. Kanunumuza göre de savcı *taraf* (CMK 33).

II. Yargıtay Başsavcısı taraf değildir.

Yargıtay yanındaki Başsavcılık makamı diğer savcılıklardan, kaide olarak farklıdır, çünkü ana görevi temyiz muhakemesinde Yargıtay'a raportör hâkim gibi tam tarafsızlıkla ışık tutmaktır (No. 108, 537). Bu nedenle taraf gibi gözükse de taraf değildir.¹²⁷⁵ Ancak Yargıtay Başsavcısının meselâ Yüce Divanda veya Yargıtay'ın olay mahkemesi gibi hareket ettiği hallerde, *taraf* olduğu şüphesizdir.

232. SAVCININ REDDİ DÂVASI VE ÇEKİNMESİ.

Savcının taraf makamlarından birini işgal etmesi, onun hâkimden farklı olması ve tarafsız sayılmaması sonucunu doğurduğu için, bir diğer söyleyişle yargılama görevi ile iddia görevi farklı olduklarından, hâkimlerin yargılama görevlerini bir hâkimde aranan vasıfları ve özellikle objektiflik vasfını haiz olarak yapmaları için kabul edilmiş olan *yargılamama mecburiyeti ret dâvası ve çekinme* (No. 183), savcılar hakkında işlememektedir. Nitekim kanunumuz da yalnız yargılama görevi yapanları ele almış, iddia görevi yapan savcılar hariç bırakmış¹²⁷⁶ ve savcının görevini yapamamasından, reddi dâvasından veya çekinmesinden bahsetmemiştir. Ancak, unutulmamalıdır ki, Hukuk normlarının tek kaynağı kanun değildir (No. 304) ve savcının da iddia görevini hakkı ile yapamayacağı haller bulunabilir. Bu hallerde, öneme göre ya savcılık yapmaktan menedilmeli ya ret dâvası açılabilirdi yahut çekinme imkânı tanınmalıdır. İtalyan kanununun yaptığı gibi (CPPI 73), sadece çekinme ile veya idarî yolla meseleleri çözmeğe imkân görememekteyiz.

Yasamızın sistemi gereğince, maddi gerçeği araştırmak mecburiyetinde olan savcının, tarafsızlığını şüpheye düşüren hallerde reddedilip edilemeyeceği konusu üzerinde de durulmalıdır.

¹²⁷² Donay da bu görüşü paylaşmaktadır (s. 48).

¹²⁷³ Nitekim savcının, hâkim gibi, kürsüye çıkması için bir zaruret yoktur. Bilâkis, savcılarının da hâkimler gibi mahkeme kuralına dahil sayılması şeklinde yanlış bir düşünceye yol açtığı, dâvacı ve hâkim farkını gözden kaçırttığı için sakıncalıdır. Almanya'da savcılarının hâkimlerden önce salona girip yerlerini almaları kabul edilmiştir (RiStBV 124, II). Sorsoruşturma duruşma dışındaki kararlar verilirken sadece savcının mütalâası alınır diyen 31. maddeyi Yüce (s. 41) tenkit etmektedir. Bu hüküm, zaruretin gerektirdiğinden fazla mıdır? Sanmıyoruz. Bir kere sanığın mütalâasının alınmasına engel değildir diğer taraftan "bir tarafı ele geçiremiyoruz" diye diğer tarafın mütalâasından vazgeçmek mi gerekir?

¹²⁷⁴ Guarneri, 53.

¹²⁷⁵ AİHM: 17/1/70 *Delcourt* dâvası (Derleme No. 122). Bununla birlikte, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğname, hükmü temyiz eden veya aleyhlerinde sonuç doğurabilecek görüş içeren durumlarda tebliğ olunur (CMK "2003.4829" 316).

¹²⁷⁶ Esbabı Mucibe, s. 26.

Kanaatimizce, sanık haklarının arasında yer alan, *hakkaniyete uygun yargılanma hakkı (fair trial)* burada da etkilidir.¹²⁷⁷ Savcının tarafsız kalamayacağı hallerde, bir hâkim gibi reddedilmesi veya görevden yasaklanmasının kabul edilmesini savunanlar¹²⁷⁸ vardır.

Kanaatimizce, savcının reddi konusunda varılacak sonuç, savcının muhakemede oynadığı rol ile yakından ilgilidir. Savcı adalet mekanizmasında suç ile mücadelede etkili rol oynaması arzu edilen ve güvenmemiz gereken bir makamdır. Bu nedenle, sadece idari bir faaliyette bulunmamakta, kendine has bir statü içinde, adlî bir merci olarak bulunmaktadır. Savcının taraf tutması ihtimali varsa, ona olan güven sarsılır. Bu nedenle, savcının hem hâkimin görevden yasaklanmasını gerektiren nedenlerle, hem de tarafsızlığını şüpheye düşüren nedenlerle reddedilmesi mümkün olmalıdır.

Savcının *tanık* olduğu durumlarda, *savcılık görevini yapmaması* gerekir.¹²⁷⁹

Bizce, savcı aynı muhakemede tanık olarak dinlenmişse, savcı olarak bu tanık beyanını değerlendiremeyeceğinden, tanıklık tercih edilmeli, savcılık makamını başkası işgal etmelidir.¹²⁸⁰ Keza suçtan şahsen zarar görmüş olan savcının kamusal iddia görevini hakkiyle yapamayacağı muhakkak gibi olduğundan, savcılık görevini yapması yasaklanmalıdır.¹²⁸¹

233. SAVCININ ÖDEVLERİ.

Savcı işlemlerinin yapılmasına esas teşkil eden ödev ve görevler vardır. Her görevlide olduğu gibi savcıya da yaptığı görevleri dolayısı ile pasif süje olduğu ilişkilerde ihtiyarî veya mecburî olabilen ödevler yüklenmiştir (No. 136). Savcının mecburî ödevlerinin, kısaca mecburiyetlerinin (No. 103, 105) başında, kamu dâvası açma ve yürütme mecburiyeti gelir. Savcının kanunî mecburiyetlerini yerine getirmemesi sorumluluğunu gerektirir. Bu sorumluluk cezaîdir, zira görevin yapılmaması veya geç yapılması bir suç teşkil etmektedir (TCK 257/2).¹²⁸²

Savcılarının iddia görevi ile ilgili de olmayabilen bütün ödevlerini beş¹²⁸³ grupta¹²⁸⁴ toplamak mümkündür: 1) Dava açmaya yer olup olmadığını anlamak üzere başlangıç soruşturması yapma ödevi, 2) Yer varsa, suç isnat ederek, kovuşturmaya başlama ve gerekiyorsa kısa soruşturma yapma ödevi, 3) Başlangıç soruşturması veya yapılmışsa kısa soruşturma sonunda gerektiğinde kamu dâvası açma ve

¹²⁷⁷ Yargıya gölge düşürecek her unsur ortadan kaldırılmalıdır. Bununla birlikte, Alman mahkemeleri savcının reddini kural olarak kabul etmemektedirler (Loos NJW 1981, 100). Bununla birlikte, savcının hukukî durumunu kuvvetlendiren reformlar yapıldıkça, reddi yolunun açılması da kaçınılmazdır (Roxin 1991, 50).

¹²⁷⁸ Yurtcan (1987, 109) savcının görevden yasaklanması ile reddini kabul edenlerin, «savcıyı taraf olarak kabul etmeyenler» olduklarını vurgulamakta ve CMUK 21 de gösterilen ve hâkimin görevden yasaklanması sonucunu doğuran şartlardan biri gerçekleştiğinde, savcının da görevden yasaklanmasını kabul etmekte, ancak «tarafsızlığını şüpheye düşüren nedenlerden dolayı» red edilmesinin, savcının yaptığı görev ve makâmı ile bağdaşmayacağı görüşündedir.

¹²⁷⁹ Centel/Zafer 2005, 202. Ancak Savcı “ikrarın tanığı” olmuşsa, bu onu muhakemeden uzaklaştırma sonucunu doğurmamalıdır (sh. 203).

¹²⁸⁰ 2. CD 3/4/46 (Çağlayan “66” II, 266); 4. CD 24/10/47 (Ersin, 435). Sadece tanık olarak dinlenirken başka savcı bulundurulması istenildiği de vardır (4. CD 14/5/63, Çağlayan, “66” II, 264).

¹²⁸¹ CGK 12/9/38, 228-157; 4. CD 27 65/8 (Çağlayan “66” II, 265); 4. CD 8/1/65 (Çağlayan “66” II, 263); k-m: CGK 26/6/44 (YK 44, 135). Kanunda hüküm olmamasına dayanan bu son karar, Hukuku sadece kanun sayan hatalı görüşü aksettirmektedir. Sadece dinlenirken başka savcı bulundurulması istenildiği de vardır (4. CD 8/1/65, Çağlayan “66” II, 263).

¹²⁸² Yeterli suç şüphesi olmadan kamu davası açılmamalıdır (4. CD, E. 1995/174, K. 1995/43). Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü 25.9.1998 tarihli genelgesi ile devletin üst düzey görevlerinde hizmette bulunan kişilerin hazırlık soruşturmalarının bizzat Cumhuriyet başsavcıları veya görevlendireceği cumhuriyet savcıları tarafından azami dikkat ve özen göstererek yapılmasını, bu soruşturmanın zabıtaya bırakılmamasını talep etmiştir (YMB 62, 23).

¹²⁸³ Onikinci basıda, idari yetkiler ile adli görev arasında kalan “gri alana” giren hallerde, önleme aramaları için hâkim den karar istemenin (PVSK “2002 -4471” 9), savcı görevi olduğunu mütalaa etmiştik, ancak Arama Yönetmeliği önleme aramalarında kolluğun doğrudan mülki amire başvurmamasını öngördü (AramaY 17).

¹²⁸⁴ Mülga 4422 numaralı Kanun kapsamındaki suçlarda organize suç kolluğu ile “projeli çalışmaları” yürütmek de vardı.

yürütme ödevi, 4) Cezaları yerine getirme (infaz) ödevi¹²⁸⁵, 5) Bazı hukuk dâvalarını açıp yürütme ödevi.¹²⁸⁶

Savcının duruşmadaki görevleri şunlardır: Savcı duruşmada hazır bulunmak mecburiyetindedir. Sulh mahkemelerindeki duruşma ile çocuk mahkemelerindeki duruşmalar bu kuralın istisnasını teşkil eder (CMK 188). Kanun yolu dışında (CMK 266), hukukumuzda savcının kamu dâvasını yürütme mecburiyeti vardır; kamu davasını geri alma yetkisi bizde kabul edilmemiştir.

Savcı yoksa duruşma tekrarlanmaktadır. Savcılar duruşmaya birkaç kişi çıkabilecekleri gibi, işi aralarında taksim edebilirler (CMK 189). Duruşmanın tüm akışı içinde, savcılığın en az bir memurunun hazır bulunması mecburîdir. Bu aynı kişi olmayabilir. Bu kurala riayet edilmemesi, mutlak temyiz sebebiidir (CMK 289/1-e). Savcı kanuna riayet edilmesini sağlar.

Savcı ileri süreceği uygun talep, soracağı soru ve yapacağı uyarılarla sadece olayın ayrıntılarının değil, aynı zamanda ceza davalısının kişisel ve iktisadi hallerinin ve cezanın tayini, erteleme bakımından, önemli olabilecek olan bütün durumların ortaya çıkartılmasını sağlar.

234. SAVCININ YETKİLERİ.

I. Savcının Yetkileri.

Makam itibarıyla süje olan savcı muhakeme ilişkisinde aktif süje olduğundan, yetkileri söz konusu olur. Aslında bu yetki savcılık makamının (No. 160), fakat kullanan savcı olduğundan, savcı yetkisi¹²⁸⁷ denilmektedir. Görevini yapabilmesi için savcıya tanınan yetkiler kanunlarda genel olarak belirtilmiş, hangi savcının hangi işi yapacağı açıklanmamıştır. Biz durumu şöylece sistemleştirmeye çalışacağız:

1) Ana kaide, savcılık yetkilerinin savcılıklar arasında, yanında buldukları veya yanında durumunda oldukları mahkemeye göre bölüşülmesidir. Meselâ dâva açma yetkisi, dâva hangi mahkemede açılacaksa, o mahkeme savcısındır. Hâkimlik makamları yanında savcılık bulunmadığından, hâkimin bağlı olduğu veya yanında olduğu mahkemenin savcısı, hâkimlik makamı ile ilgili savcılık işlerini yapacaktır (No. 108).

2) Hazırlık soruşturması ile ilgili işlemleri her savcı kendi çevresinde, yani yanında olduğu veya yanında durumunda bulunduğu mahkemenin yargılama çevresinde, yapabilir. Ancak, soruşturma evresinin tek elden idaresi gerektiğinden, idare yetkisi, suç işleyen yerin savcısına verilmelidir.¹²⁸⁸

3) Üst savcı denilen ağır ceza savcısının bulunmadığı yerdeki savcı, ağır cezalı işlerde de üst savcının nezaret ve murakabesi altında soruşturmayı idare eder, gerekli sonuçları çıkarır. Sadece ağır ceza mahkemesinde iddianame ile dâva açamaz.¹²⁸⁹ Zira o mahkemenin yanında olmadığı gibi yanında durumunda da değildir. Bu takdirde dosyayı üst savcıya gönderir. Üst savcı, gerekli görüyorsa, yanında bulunduğu ağır cezada iddianame ile dâva açar. Nezaret ve murakabe hakkına dayanarak gerekli direktifi de verebilir.

4) Sulh mahkemesi yanında durumunda olan savcı sulh mahkemesindeki duruşmada bulunamaz (No. 108).

¹²⁸⁵ Savcılarının infaz ödevi idarîdir. Çıkacak uyuşmazlıkları hâkimler çözecektir.

¹²⁸⁶ *Yılmaz (Ejder)*: Savcılarının hukuk dâvalarındaki görevleri. AHFM 72, 255.

¹²⁸⁷ Savcı soruşturma sırasında tüm kamu makamlarından bilgi alabilir (*Şahin 2005, 507*).

¹²⁸⁸ Bu nedenle, hangi çevrede işlendiği hemen kestirilmeyen suçlarda savcılar vakit kaybetmeden işe el koymalıdır. İki birden koymuşsa, hazırlık soruşturmasını hangisinin idare edeceği, sonra, gerekirse, hiyerarşik yolla, çözülmelidir.

¹²⁸⁹ CGK 10/2/75 YKD 75/7, 35; 1. CD 30/3/74, YKD 75/5, 125; 5. CD 2/4/74 İKİD 74 2479; k-m: 1. CD 22/1/75 3174/276. Ağırcezada açılan dâvayı üst savcı yürütmeye mecbur olacağından, alt savcının üst savcıyı olup bitti karşısında bırakmasını doğru bulmadığımız, her savcının kendi mahkemesinde dâva açmasını esaslara daha uygun bulduğumuz ve bu içtihadın ilksoruşturmaya daha fazla imkân sağlayacağını düşündüğümüz için, 5. basıdaki görüşü değiştirdik.

5) Üst savcı sadece kanun yolu bakımından sulh veya asliye mahkemesinin yanında sayıldığından, sadece kanun yoluna gidebilir (No. 512). Bu nedenle meselâ bu mahkemelerde dâva açamaz.¹²⁹⁰

6) Yargıtay yanındaki Başsavcılığın, esas mahkemelerden verilen kararlara karşı olağan temyiz dâvası açma yetkisi yoktur. Sadece olağanüstü kanun yollarına başvurulabilir (CMK 308, 310). Başsavcılık, taraf olmamakla beraber, kanun yolu makamı olarak mütalâasını bildirir ve duruşmalarda hazır bulunur (No. 507). Buna karşılık, Yargıtay'daki başsavcılığın asıl ceza dâvası açtığı istisnâî haller de vardır.

7) C. Savcılığı makamının soruşturma evresinde başka görevleri de vardır. Yasamız savcılara muhakemenin aşamalarına göre birçok görev yüklemektedir. Kamu davasını hazırlayan, açan ve yürüten savcılık; ihbar ve şikâyetleri¹²⁹¹ kabul eder (CMK 158), kamu davasını açmaya mahal olup olmadığına karar vermek üzere işin hakikatini araştırır (CMK 160), gecikmesinde tehlike olan hallerde sanığı muvakkaten yakalayabilir (CMK 90), zabıt muhakemeleri yapabilir (CMK 127/1), arama yapılabilir, toplanan deliller kamu davasının açılmasına yeterli ise, iddianame ile kamu davasını açar (CMK 170/1), duruşmada hazır bulunarak, davayı takip eder (CMK 188). Ayrıca kanun yolu davası açar (CMK 260) ve hükmün infazını takip eder (m. 2004-5275 m.5). Mahkeme herhangi bir konuda karar vermeden önce savcının mütalâasını alır (CMK 33).

Savcının kovuşturma ve araştırma görevini gereği gibi yapması şarttır. Tam yapılmayan araştırma işlemleri kovuşturma evresinde tamamlandığı için, duruşmalar uzamaktadır.

II. Cumhuriyet Savcısının Yapması Gereken Araştırma İşlemleri.

Soruşturma evresinde yapılan araştırma işlemleri ile, kamu davası açmaya yeterli delil mevcut bulunup bulunmadığı incelenir. Savcı araştırma ve koruma tedbirlerini kullanarak, bu konuda bir karara varmak için çalışır.

İfade almanın (şüpheli veya tanık ifadesi) olayı aydınlatmaya ve hukuki tavsifi tespitte yarayacak şekilde ayrıntılı olması gerekmez (1 CD. 21.1.2008 K. 108). İfade alma CMK 174 de İddianamenin iadesi sebepleri arasında belirtilmiş olmadığı için, ifade almadan iddianame düzenlenebilir; sadece yeterli şüphelinin oluşmasına bakılır. Bu konuda mahkemenin takdir hakkı yoktur. Hakaret suçunda tanık yoksa, tanık dinlemeden iddianame düzenlenebilir. Mücerret iddia yeterlidir (2 CD. 28.9.2007, K. 15582. Karşı görüş, ifade alınmadan iddianame düzenlenemez (8 CD. 7.2.2008)

Şüphelinin kim olduğunun tam olarak belirlenmiş olması gerekmez; mahkeme suçu işlemediğini tespit ettiği sanığı beraat ettirir, esas şüpheli hakkında suç duyurusunda bulunabilir. Suç işlendiği hakkında yeterli şüphe ile kamu davası açılır (2 CD. 21. 11. 2007, K. 15505).

Olay yerinde keşif yapılması gerekmez: savcının keşif yapısı istisnatır. Asıl yetkili mahkemedir (CMK 83/1) Bilirkişi incelemesi yapılması gerekmez (1 CD. 21.12.2008, K. 108); orman suçunda tutanaktaki belirleme ile dava açılabilir, keşfe gerek yoktur (3 CD. 25.6.2008, K. 9271).

Şüphelinin akıl hastası olup olmadığı ve akıl hastalığının davranışlarına etkisi etkisi konusunda bilirkişi raporu alınmadan iddianame düzenlenebilir (2 CD. 20.9.2007, K. 11684).

Mağdurun Devlet Hastanesinden alınan raporu yeterlidir; en yakın Adli Tıp Kurumundan rapor alınması gerekmez (1 CD. 21.1.2008 K. 108). Mağdurun kesin raporu alınmadan iddianame düzenlenebilir. Soruşturma evresinde Adli Tıp Kurumu raporu alınmış ve bunda hayat tehlike geçirdiği belirtilmişse, 1 sene sonra verilecek kısım raporu beklemeden dava açılabilir (9 CD. 11.6.2008, K. 7536).

Uzlaşmadan geçmeden iddianame düzenlenemez ama; 6136 sayılı Kanuna giren suçlarda taraf kamu hukuku olduğu için, uzlaşma yolu kapalıdır (1 CD. 21.1.2008/K. 108).

¹²⁹⁰ 4. CD 30/1/70 Alicanoğlu, 245.

¹²⁹¹ İhbar ve şikâyet kabul etme yetkisi 2007 değişikliği ile polise de verilmiştir (PVSK "2007.5681" Ek 6).

Görevsiz mahkemeye verilen iddianame iade olunamaz; asliye mahkemesi iddianameyi kabul edip, görevsizlik kararı ile ağır cezaı gönderebilir; görev konusunda açık bir yanlışlık veya çelişki olması halinde ise, iddianamenin iadesi kararı verilebilir (3 CD. 27.6.2007/K. 5291).

Yeterli şüphe varsa, delil olmasa da iddianame düzenlenebilir. Tanık olarak ifadesi alınan çocuğun sonradan şüpheli olması durumunda, mahkeme beraat kararı verebileceği için, iddianame iade edilemez (2 CD. 29.4. 2008, K. 7629). İddianamede olayların mevcut delillerle ilişkilendirilmesi gerekir (2 CD. 28.9.2007, K. 15582).

27. § ŞAHSİ DAVACI

235. Şahsi davacının süjeliği. 236. Şahsi davacının ödevleri. 237. Şahsi davacının yetkileri.

235. ŞAHSİ DAVACININ SÜJELİĞİ.

Kanunumuza göre şahsi davacı da ceza muhakemesi ilişkisinin başlıca sürelerinden biridir. Şahsi davacı iddia makamını tek başına işgal eden kimsedir (No. 109). Bu bakımdan süjeliği makam itibariyledir. Ancak şahsi davacı aynı zamanda *suçtan zarar gören fert tarafını* teşkil eder. Bu bakımdan da şahsi itibariyle süjedir. Bu sebeptendir ki şahsi dava açarak şahsi davacı olmak için aranan şartlar (1) suçtan zarar gören şahıs olmak (No. 169) ve (2) zarar gören fert tarafı ehliyetini haiz bulunmaktan (No. 172) ibarettir.

236. ŞAHSİ DAVACININ ÖDEVLERİ.

Şahsi davacının az da olsa mecburi ödevleri vardır. Şahsi davacı duruş o da bizzat hazır bulunmayacak aksa kendisini bir avukat veya dava vekille temsil ettirmeye mecburdur. Aksi takdirde davasını geri almış sayılır (CMUK 361). Şahsi davacının bir halde duruşmada hazır bulunma mecburiyeti vardır o da mahkemenin hazır bulunmasını emretmesi halidir. Şahsi davacı bu halde gelmezse iktidar müzeleriyle zorla getirilemez sadece davasının geri almış sayılır (CMUK 356, 361) (No. 117). Şahsi davacı şahsi hak davası açmışsa bu davayı Ceza Mahkemesi Hukuk Mahkemesi gibi baktığından (No. 155) medeni muhakeme de kabul edildiği hallerde teminat vermeye de mecburdur (CMUK 349) (No. 401).

237. ŞAHSİ DAVACININ YETKİLERİ.

Şahsi davacı ceza davasını savcıya başvurmadan açmak yetkisine sahiptir. Şahsi davada muhakeme kaide olarak kamu davasındaki muhakemeye benzediğinden ve şahsi davacı kamu davasındaki savcının rolünü oynadığından, onun yetkilerine sahiptir. Savcı nasıl dinlenirse şahsi davacı da öyle dinlenir. Kamu davasına savcıya tebliği gereken her karar şahsi davada şahsi davacıya tebliğ olunur (CMUK 354). Şahsi davacı savcı gibi kanun yollarına başvurabilir (CMUK 360). Şahsi davacı savcı gibi doğrudan doğruya tanık ve bilirkişi davet edebilir (CMUK 355).

Şahsi davaya mahsus istisnalar da vardır. Şahsi davacı yanında kendisine yardım için bir avukat bulundurabilir. Kendisi hazır bulamayıp bir avukat ile kendisini temsil ettirebilir (CMUK 348). Hükmün açıklanmasına kadar davasını geri alabilir. Yaralama ve hakaretlerde hüküm kesinleşinceye kadar geri alma yetkisi vardır (CMUK 361) (No. 117). Şahsi davacı dosyayı ancak hâkimin müsaadesiyle kâtip önünde inceleyebilir (CMUK 354) (DN 352).¹²⁹²

28. § KAMU DAVASINA KATILAN

238. Katılanın süjeliği. 239. Katılanın ödevleri. 240. Katılanın yetkileri.

¹²⁹² (352) Bu maddenin vekil hakkındaki kısıtlaması AvK 46 ile zımnen kaldırılmıştı.

238. KATILANIN SÜJELİĞİ.

Kamu dâvasına katılan da Kanunumuza göre ceza muhakemesi ilişkisinin süjelerinden biridir. Katılan Devletin iddia makamının işgal edildiği hallerde ferdî iddia makamında yer alabilir. Bu itibarla, makam dolayısı ile süjedir. Ancak, katılan aynı zamanda suçtan zarar gören fert tarafıdır. Bu bakımdan da şahıs itibarıyla süjedir (No. 119). Bu sebeple, kamu dâvasına katılma dâvası açmak (No. 123) için aranan şartlar¹²⁹³ şunlardır: 1) Suçtan zarar gören şahıs¹²⁹⁴ olmak (No. 169) ve 2) Zarar gören fert ehliyetini haiz bulunmaktır (No. 168).

Katılanlık sıfatı, *kamu dâvasına katılma talî dâvası açmakla* başlar. Ceza Muhakemesi Kanunundaki düzenlemeye göre, kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar kamu davasına katılma mümkündür (CMK 237).¹²⁹⁵

Kamu dâvası açılmadan, açılma şartına bağlı olarak katılma istenmişse, bu sıfat, *şartın gerçekleştiği anda* başlar.

Ceza Muhakemesi Kanunu, “mağdur hakları” adlı yeni dördüncü kitapta, soruşturma evresinde kullanılabilen haklar düzenlediği (CMK 234/1-a), uzlaşma gibi, geniş kapsamlı mağdur zararını gidermeye yönelik yeni hükümler kabul ettiği için, artık soruşturma evresinde de katılma isteminde bulunabileceği görüşündeyiz.

Katılanlık sıfatı, kamu dâvası yargı halini alan bir kararla sona erinceye kadar devam eder. Meğerki muhakemenin dirilmesi veya yenilenmesi gibi, onu tekrarlatan bir sebep ortaya çıksın. Bu durumda eski muhakemede olduğu gibi katılanı da bulunduğu halde tekrarlanmalı yani bu sebepler katılana da sona eren sıfatını tekrar kazandırmalıdır (No. 553, 562).

239. KATILANIN ÖDEVLERİ.

Katılanın, bu sıfatla, ödevi pek yoktur. Katılan duruşmada hazır bulunan herkes gibi, duruşmanın inzibatını bozmamak mecburiyetindedir. Bozarsa, salondan çıkarılabilir ve 4 güne kadar disiplin hapsine konabilir (CMK 203).

240. KATILANIN YETKİLERİ.

Katılan da savcının yetkilerine sahiptir. Ondaki farklı olarak hazır bulunmadığı duruşmada kendisini temsil de ettirmeyebilir. Bu takdirde hükmün kendisine tebliği gerekir. Ancak, katılmadan önce verilmiş olan kararlar katılana tebliğ edilmez (CMK 241). Kanun, katılan veya mümessilin gelmemesine izin veren CMUK 370 maddeyi almamıştır.

Katılan dilerse, Baro tarafından bir avukat görevlendiriliyordu. Katılan, çocuk, sağır-dilsiz veya akıl hastası ise avukat görevlendirilmesi için istem aranmıyordu. 2008-5793 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, isteğe bağlı mağdur vekilliği (avukat) sistemine geçildi. Buna karşılık mağdur veya suçtan zarar görenin çocuk, sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olması halinde eski sistem muhafaza edildi ve istem aranmadan “zorunlu vekillik” sistemine devam edildi (CMK “2008-5793” 239). Bu sistem katılma talep etmemiş olan mağdur ve şikayetçi için de aynı Kanun değişikliği ile kabul edilmiştir (CMK 234). Görüldüğü gibi gerek mecburi müdafilikte gerekse zorunlu vekillik kurumunda sistematik bir şekilde müdafî ve vekil görevlendirilmesinde sınırlandırmaya gidilmektedir. Kanun koyucunun amacı güçlü bir savcının karşısında güçlü bir savunma ve mağdura da güçlü bir koruma sağlamak olduğu halde, uygulamada görülen ödeme zorlukları ve diğer pratik aksaklıklar nedeniyle bu kurumlardan

¹²⁹³ Yabancı olmamak diye bir şart yoktur. Zira kanunlarımızdan kaide olarak yabancılar da yararlanır (AY 16) (8. CD 11/1/83 YKD 83/2 284).

¹²⁹⁴ Zihinsel Özürlüler Bakım Merkezinde çalıştığı sırada rüşvet aldığı iddiası ile yargılanan sanık hakkında beraat kararı verilmiştir. Duruşma sırasında Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü müdahale talebinde bulunmuş, fakat bu istek reddedilerek hüküm verilmiştir. Yargıtay 5 CD, Genel müdürlüğün sanık hakkında disiplin cezası uygulayarak memuriyetten çıkarma cezası tayine yetkili olması gerekçesi ile, «işlenen suçtan doğrudan zararı» söz konusu olduğu için, müdahale talebinin reddini, bozma sebebi saymıştır (5 CD. 9.4.97, E. 97/1133, K. 97/1367, YKD Ocak 1999, 118).

¹²⁹⁵ Buradaki engel olmamak sözü, müdafaada olduğu gibi imkân tanımak biçiminde anlaşılmalıdır.

istenilen verim sağlanamamıştır. Bunun neticesinde sistemi çalıştıracak tedbirler almak yerine, eskiye doğru dönüş işaretlerinin verilmesi düşündürücüdür.

Katılanın yetkileri, bu sıfatı almasından, yani dâvayı açmasından başlar. Ancak bu sıfatla yapılan işlemlerin asıl ceza dâvasında tesirini göstermesi, katılma şartlarının gerçekleştiğinin tespitine ve katılma talebinin, yani dâvasının kabulüne bağlıdır (CMK 238/3).¹²⁹⁶ Duruşmadan önce verilen katılmanın kabulü kararı duruşmada mahkemeyi bağlamaktadır.

Temyiz muhakemesinde Yargıtay kabul veya red kararlarını da denetlemekte, red yanlış veya kabul doğru ise, temyiz dâvasını kabule şayan görerek esasa geçmekte; red doğru veya kabul yanlış ise, “temyiz yetkisi yok” diye temyiz dilekçesinin reddi kararı vermektedir.

Katılma dâvasından önce, bir işlem için gün tâyin edilmişse ve katılanın çağırılmasına vakit yoksa, ona haber vermeden de işlem yapılabilir (CMK 240/2). Yine aynı sebeple, daha önce verilmiş ve savcıya tebliğ edilmiş olan kararlar katılan savcının tâbi olduğu süre geçmemişse bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulabilir (CMK 241/2).

İster soruşturma evresinde olsun ister kovuşturma evresinde olsun, savcıya tebliği gereken kararların, katılana da tebliğ edilmesi lâzım gelir. Katılan savcının yetkilerini kaide olarak haiz olduğundan, soruşturmada savcının hazır bulunmağa yetkili olduğu işlemlerde katılan da hazır bulunabilir.

Katılan savcıya bağlı olmadan kanun yollarına başvurulabilir (CMK 242/1) (No. 161, 512). Bu sıfatını tanımayan, yani katılma isteğini reddeden mahkeme kararına karşı da “katılan” sıfatı ile temyiz yoluna gidebilir (No. 123, 512). Zira bu red kararı hükümden önce verilen ve ona esas teşkil eden bir karar olup hükümlerle birlikte temyiz olunabilen bir karardır (CMK 237).

Katılan, red kararından fazla olarak elbet hükmün de bozulmasını isteyecektir.¹²⁹⁷

Kanun (CMK 234/1-b) davaya katılmış olma “koşuluyla”, katılanın sadece davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurulabileceğini belirtmişken, 260 ıncı madde 1 inci fıkrasında “*katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanların kanun yollarına başvurabileceğini*” de kabul etmiştir. Bu hükümler yeni Kanununun 237/2 inci maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, katılan sıfatının ne zaman alındığına ilişkin tartışmaların devam edeceği anlaşılabilecektir.¹²⁹⁸ Zira, 237/2 madde hükmü “kovuşturma evresinden” bahsederek, soruşturma evresinde henüz açılmamış olan davaya katılma yolunu kapatmıştır.

Katılan katılma dâvasını geri alabilir (CMK 243).

29. § SANIK

241. Şüpheli veya sanığın süjeliği. 242. Şüpheli, Sanık ve Ceza Davalısı sıfatının başlaması ve sona ermesi. 243. Sanığın gerçek kişi olması şartı. 244. Sanığın belli olması şartı. 245. Sanığın gaip veya akıl hastası olması. 246. Sanığın boyun eğme mecburiyetleri. 247. Şüpheli veya sanığın hazır

¹²⁹⁶ İlk iki basıda, CMUK 367. maddenin mehzadan farklı şekilde kaleme alınması yüzünden, Birleştirilen İçtihat (16/5/45, 27-10) ile kabul olunan karşı görüşü benimsemiştik. 367. maddede kabul (doğrusu kabule şayan bulma) kararından önce o kimseye katılan sıfatını vermemek için mehzadan ayrılmış değildir. Maddeden maksat, katılanın sıfatının ve yapılan işlemlerin sonradan kabule şayan bulma kararı verilmesi şartına bağlı olduğunu ifade etmek olduğuna göre, kurumun niteliğine uygun düşen yorumu tercih ettik.

¹²⁹⁷ 9. CD 15/4/80 YKD 80, 1311: bu kararda temyiz edenden *mağdur* diye söz edilmiştir. Mağdurun temyiz yetkisi olmadığına ve kanun yoluna giderek katılma kabul edilmediğine ve temyiz dâvasına da bakıldığına göre, onun katılan sıfatını dilekçe vermekle aldığı kabul edilmiş demektir. 4. CD 13/2/84 İKİD 87/1 4617: bu kararda katılan yerine *müşteki* (şikâyetçi) denilmiştir. Şikâyetçinin temyiz yetkisi olmayıp ancak katılana bu yetki tanındığından, temyiz dâvasını açan kişinin *katılan* (müdahil) olarak gösterilmesi gerekirdi.

¹²⁹⁸ CGK (E. 2006/9-54, K. 2006/48) 21.3.2006 tarihli kararında, kamu davasından katılma talep edecek kadar önceden haberdar olma kriteri kullanmıştır. Kararda aynen, “Görüldüğü gibi, somut olayda kamu davasının açıldığı tarih ile hükmün verildiği tarih arasında 8 ay 8 günlük bir süre geçmiş olup, bu sürenin ölenin suçtan zarar gören yakınlarının davadan haberdar olmalarını ve katılma talebinde bulunmalarını sağlamaya yeterli ve makul bir süre olduğu, suçtan zarar görenlerin bu süre içinde davaya katılma başvurusunda bulunmamları ve katılan sıfatını almamaları nedeniyle hükmü temyize hak ve yetkilerinin bulunmadığı açıktır” görüşüne yer vermiştir.

bulunma mecburiyeti. 248. Şüpheli veya sanığın savunma hakkı. 249. Sanığın ferdi savunması. 250. Şüpheli ve sanığın susma hakkı. 251. Sanığın doğru cevap verme mecburiyeti meselesi.

241. ŞÜPHELİ veya SANIĞIN SÜJELİĞİ.

Suç işlediği hususunda somut olgular bulunan bir kişi, somut olgunun ortaya koyduğu şüphenin kuvvet derecesine göre, farklı hukuk durumlarına girer. Şüphe basitse ve sadece “suç işlediği izlenimini veren hal” (zehap) varsa, Kanun bu kişiye “şüpheli” demektir (CMK 160). Eğer şüphe iddianame düzenlemeye “yeterli” ise ve iddianame mahkeme tarafından kabul edilirse, “sanık” adını vermektedir (CMK 175).

Biz, “sanık” terimini bazen “şüpheliyi”de kapsayacak şekilde, geniş anlamı ile kullanacak ve her yerde “şüpheli veya sanık” demekten kurtulacağız. Sanık, ceza muhakemesi ilişkisinin süjelerindedir. Bu süjellik üç bakımdandır:

1) Sanık, yargılanacak uyuşmazlığın taraflarındandır: *Şahıs itibariyle taraf süjeliği*. Gerçekten, sanık suçtan cezaen sorumlu fert tarafını teşkil eder ve bu bakımdan, a) Doğrudan doğruya sorumlu sanık, b) Dolayısı ile sorumlu sanık, c) Ek sorumlu sanık olmak üzere üç şekilde, şahıs itibariyle taraf olabilir (No. 175).¹²⁹⁹

2) Sanık ferdi müdafaa makamını (No. 127) işgal edebilir: *Ferdi müdafaa makamı süjeliği*. Gerçekten sanık kendini isterse müdafaa eder, istemezse etmez. Fakat müdafaa ettiği zaman, ferdi müdafaa görevini yapar ve bu sıfatla ferdi müdafaa makamını işgal eder. Bunun içindir ki sanık, şahıs itibariyle taraf oluşundan fazla olarak, ferdi müdafaa makamı dolayısı ile de süje olur ve bu bakımdan da ödevlerinden ve yetkilerinden bahsolunabilir.

3) Sanık, fazla olarak, koruma tedbirleri¹³⁰⁰ ve delil süjesidir (No. 160): *Delil süjeliği*. Gerçekten, Muhakeme Hukuku, vasita olarak, delillere (No. 321) ve koruma tedbirlerine (No. 359) başvurur. Meselâ üstünün aranması, zorla getirilmesi hallerinde şüpheli veya sanığın süjellik durumu, sanıklık diye ifade edebileceğimiz dar mânâda sanıklık durumundan ayrıdır. Zira sanık olmayanın da üstü aranabilir, sanık olmayan da zorla getirilebilir.

“Sanık suçlu olduğu sabit oluncaya kadar masum sayılır” biçiminde anlatılan “suçsuzluk karinesi” (İHAS 6.2), sanığın mahkûm oluncaya kadar suçlu sayılmaması demek olup, onun suçsuz olduğu hakkında bir varsayım (faraziye, *fiction*) değildir (No. 13, 14, 334).

Ölçütler: “Şüpheli” hukuk durumunun tespiti için, objektif ve sübjektif nitelikteki şu kriterler aranır: “Objektif” nitelik, “zehap” derecesinde, “makul” bir suç şüphesidir. CMK 160, şüphenin bu kuvvet derecesini, “suç işlendiği izlenimini veren hal” olarak belirlemiştir. “Sübjektif” nitelik ise, Devletin bu suçu kovuşturma iradesini ortaya koyacak şekilde, “harekete geçmiş” olmasıdır. C. savcısının “araştırmaya başlaması”, bunun göstergesidir.

Soruşturma evresinin başlaması için, bu iki unsurun birlikte gerçekleşmesi gerekir. Sadece suç şüphesi yeterli değildir. Önce “tanık” durumunda olan bir kişiden de şüphelenilebilir, bu kişi hakkında da “araştırma” başlatılmazsa, soruşturma evresine geçilmiş sayılmaz (CMK 160).

242. ŞÜPHELİ ve SANIK SIFATLARININ BAŞLAMASI ve SONA ERMESİ.

Sanık, aleyhinde asıl ceza dâvası (No. 96) açılmış veya henüz açılmadan önce kendisine sanık sıfatını veren bir işlem yapılmış olan kişidir (No. 424, 441). Görülüyor ki sanık sadece aleyhinde ceza dâvası

¹²⁹⁹ Sanığın taraf olduğunu kabul etmeyenler de vardır. Bunlardan bazıları muhakeme münasebeti kavramı varken taraf kavramını lüzümsüz bulurlar, bazıları da sanığı delil vasıtası saydıklarından taraf olarak kabul etmezler. Bizce, sanığın taraf olmadığın fikri kabul edilemez. Bir kimsenin birden fazla süjellik durumunda olmasına bir engel yoktur. Bir kimse hem baba, hem memur, hem seçmen olabildiği gibi, hem şahıs itibariyle taraf, hem makam itibariyle taraf, hem de delil süjesi olabilir. Türk doktrini münakaşalara girmeden sanığı taraf olarak kabul etmektedir (*Kantar*, 54; *Taner*, 118). CMUK da sanıktan bazan taraf diye, bazan sanık (maznun) diye bahsetmekte idi. CMK ise, şüpheli ve sanık ayrımı yapmıştır. Ancak şahıs itibariyle taraf ve makam itibariyle taraf ayırması yapılmadığından, “taraf” denince, hangisinin kastedildiği anlaşılmamaktadır.

¹³⁰⁰ Delillerin muhafazası için önce elde edilmesi gerektiğinden, koruma tedbirleri çok defa aynı zamanda delil toplama tedbiridir. Koruma tedbiri süjeliği yerine doktrinde sadece delil süjeliğinden bahsolunması, bizce bundan ileri gelmektedir.

açılmış kişi olmadığı gibi (DN 359)¹³⁰¹, hakkında soruşturma dahil her türlü soruşturma yapılan kişi de değildir.¹³⁰² Ceza Muhakemesi Kanunu ise, ‘sanıklık’ hukuk durumunu, iddianamenin düzenlenip mahkemeye verilmesi (CMK 170) anında değil, “iddianamenin kabulü” anında doğmasını benimsemiştir (CMK 175/2). Soruşturmada yapılan her işlem, hakkında soruşturma yapılan kişiye suç isnat etmez, yani sanık sıfatını vermez. Basit bir şüphe kâfi değildir. Şüphelinin sanık¹³⁰³ olması için ona bu sıfatı veren işlemlerden biri yapılmalıdır.¹³⁰⁴ Bu işlemlerin başlıcası sulh hâkiminden tutuklama kararı vermesinin veya sorguya çekmesinin istenmesidir. Savcının uzlaşma (CMK 253) veya önödeme teklifi de o kişiyi artık geniş anlamda sanık olarak kabul ettiğini gösterir.¹³⁰⁵ Bir kişiye soruşturma evresi sırasında dahi sanık sıfatını veren işlem, ona sanık sıfatıyla bazı haklar tanınmasını, bazı mecburiyetler yüklenmesini gerektirir. Ortaya bir “sanık” çıkması o kadar önemlidir ki, tam teşekküllü muhakeme şemasında soruşturma evresini ayırmaktayız. *Başlangıç soruşturması ve kısa soruşturma*. Sanıklık sıfatının önemi, sadece sanık bakımından değildir. Başkaları da onun bu sıfatını göz önünde tutmak mecburiyetinde kalabilirler. Bu nedenle biz “dar anlamda” sanıklığı, iddianamenin kabulü anından değil (CMK 175), suç isnadından¹³⁰⁶ başlatıyor, sanığın isnatı öğrenmesini aramıyoruz.¹³⁰⁷ Bu gibi hallerde, o kişi hakkında kamu dâvası açabilecek kadar veya o kişinin tutuklanmasını gerektirecek kadar (yani kamu dâvası açmak için gerekenden daha kuvvetli) bir şüphe oluşmuştur. Sorguya çekilmesinin veya tutuklanmasının istenmesi ve kovuşturma evresine ayrıca karar verilerek geçilen sistemlerde, iddianame ile kamu dâvasının açılması, bir kişiyi *dar anlamda sanık* durumuna sokar.

¹³⁰¹ k-m: *Taner*, 118.

¹³⁰² k-m: *Kantar*, 1.

¹³⁰³ *Wemhoff/Federal Almanya Kararı*, 27/06/1968: Bir kişi hakkında tutuklama kararı verilirse, henüz hazırlık soruşturması evresinde de olursa, "suç isnatı" yapılmış sayılır. *Deweer/Belçika Kararı*, 27/02/1980: Polis tarafından hazırlanan bir rapora göre, başvuruca fiyat nizamına aykırı davranışta bulunduğu için, Savcılık tarafından geçici meslek uygulama yasağı verilmiş ve dükkânı kapatılmıştı. Önödeme benzeri bir kurum uygulandığı ve Deweer uzlaşmayı (settlement offer) kabul ettiği için, Belçika Hukukuna göre, henüz kamu davası açılmış sayılmıyordu. AIHM, buna rağmen, "suç isnatı" bulunduğunu kabul ederek, 6. maddenin uygulanmasına karar vermiştir: Ceza muhakemesindeki "suç isnatı" kavramı, Sözleşme Hukukunda muhtevası açısından ele alınır, şekli açıdan değil, dış görünüşü ile yetinilmez, yürütülmekte olan usul işleminin gerçeklerine bakılır. Bu kriterlerden yola çıkılarak yapılan tanım şudur: "suç teşkil eden bir fiil işlediği sanıldığı konusunda, yetkili bir makam tarafından bir kişiye resmen bir bildirim (official notification) yapılmışsa", veya "şüphelinin (suspect) hukuki durumunu esaslı bir şekilde etkileyen bir durum meydana gelmişse (where the situation of the suspect has been substantially affected)", suç isnatı vardır ve kişi "sanık" (accused) hukuki konumuna girmiştir. *Angelucci/İtalya Kararı*, 19/02/1991: Kolluk tarafından hazırlanan bir fezleke üzerine, Savcılıkça hazırlık soruşturmasının başlatılması (opening a file by the public prosecutor's office), ve müdafî görevlendirmesi ile, "suç isnatı" yapılmış sayılır. Çok sanıklı davalar, "karmaşık davalardan" sayılır. Ancak davada uzun bekleme süreleri (very long periods of inactivity) varsa, 8 yıl 2 aylık bir dava süresi "makul" sayılmaz. *Funke/Fransa Kararı*, 25/02/1993: Gümrük suçlarını araştıran makamlar, bir kişiden bir belge vermesini isterlerse ve bankadaki hesaplarına elkoysarlarsa, "suç isnatı" yapılmış sayılır.

¹³⁰⁴ *Donay* (s. 28), bu ölçüyü belirsiz bularak hâkime başvurulması ölçüsünü önermektedir. İşlemin isnatı gerektirip gerektirmediği, o işlemi düzenleyen normdan açıkça anlaşılacağından, bizce belirsizlik yoktur. Kaldı ki *Donay* sanıklık statüsünü genişletmek isterken daraltmakta, savcının hâkime başvurmadan suç isnatı içeren işlemlerine kapıyı kapatmaktadır. Meselâ, istisna olarak, sorgu yapabildiği hallerde savcı, sorguya çektiği (ifadesini aldığı) kişiye, elbet, isnat ettiği suçu bildirecektir (CMK 147). Başka bir Devletçe geriverilmesi istenilen kişinin, işlemlerin idarî makamca incelenmesi safhasında sanık olmadığı görüşünü benimseyen *Donay* (s. 28), suç isnat edilmeden geriverme istenilemeyeceğine göre, sanıklığı daha geç başlatarak statüyü daraltıyor mu? *Yenisey* ise (I, n. 105) sanıklık sıfatını isnatın şüpheli tarafından öğrenilmesinden başlatmakta ve gerekçe olarak da AIHM'nin makul süreyi bu andan başlatmasını göstermektedir. Sanıklık süresinin aşırılığını iddia eden sanık bakımından hesaplanmasında sanığın bilgisine dayanılması elbet yerindedir. Ama buradaki durum farklıdır. Şüphelinin isnatı öğrenmeden önce de sanık olabilmesi, onun sanıklık haklarından bir an önce yararlanmasını sağlayacağından, tercih edilmelidir diye düşünüyoruz. Sanığın pasif hakları bakımından, isnatı öğrenme şartı, bu nedenle, aranmamalıdır.

¹³⁰⁵ AIHM: 5/2/1980 *Deweer* dâvası § 46.

¹³⁰⁶ “İsnad”, şüphenin kuvvetlenmesi ve kuvvetlenen şüphenin kişiye bildirilmesidir. Şüphe bir kişi üzerinde yoğunlaştığı ve o kişi hakkında belli bir ceza kanununun yasakladığı fiili gerçekleştirdiği konusunda, somut olaylara dayanan kuvvetli bir şüphe meydana geldiği takdirde, o durumda olan kişiyi tarif etmek için kullanılması gereken terim, ‘sanık’dır.

¹³⁰⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sözleşmenin 6. maddesi sözü geçen isnatı, yetkili makamca yapılmasından değil, sanık tarafından resmen öğrenilmesinden başlatmaktadır (Meselâ 5/2/80 *Deweer* dâvası § 46; 23/6/82 *Eckle* dâvası § 73; 23/11/82 *Foti* dâvası § 52). İsnadın ve dolayısı ile sanıklığın bu sübjektif tarifinin sebebi, aleyhindeki ceza dâvasının haklı bir sürede görülmesi hakkının başlangıcının aranması ve sanığın sanıklığını bilmediği zamanların, dâva süresinin uzamasında hesaba katılmasına gerek duyulmamasıdır. Biz sanıklığı sadece sanık bakımından ele almadığımızdan, objektif tarifi tercih ediyoruz.

Sanıklık sıfatı en geç, hükmün kesinleşmesine kadar devam eder (CMK 2). Daha önce başlangıç soruşturması sonunda “kovuşturamama kararname”nin (No. 445), kısa soruşturma sonunda “kovuşturmaya son verme kararname”nin, “dâvanın düşmesi kararı”nın ve “sonsoruşturma açılmaması kararı”nın kesinleşmesiyle de sona erer. Sanıklık mahkûmiyet yargısı ile sona ermişse sanık da “hükümlü” (mahkûm) olur. Sanığın suçlu olduğu ancak bir yargı ile belli olabileceğinden daha önce sanığa suçlu denilmesi asla doğru değildir. Sanık, hükümlü yani suçlu olmadığından, ancak sanık olmanın gerektirdiği ve Muhakeme Hukukunun zaruretleri ile kabul olunan kayıtlamalara tâbi tutulabilir. Bu kayıtlamalar, Muhakeme Hukuku tedbiri olup ceza niteliğinde değildir. Aksini düşünmek, suçlu olduğu mahkûmiyet yargısı da sabit olmayan bir kimseyi peşin hükümle cezalandırmak demek olur ki, ceza dâvası açıp mahkemeye başvurmakla bağdaşamaz.

Yargılanmış uyuşmazlığın istisna olarak şüphelinin geri gelmesi ile tekrar yargılanacak uyuşmazlık olduğu hallerde, yani yargılamanın yenilenmesinde ve dirilmesinde, evvelce mahkûm olup olmadığına göre ayırım yapmanın faydası yüzünden, eski sıfatı bakımından “hükümlü”den söz edilse de yargı ile sona ermiş olan olağanüstü kanun yolları bakımından tekrar sanık durumuna geçtiği kabul edilmelidir. Zira ortada talî de olsa açılmış bir ceza dâvası vardır ve meselâ olağan temyiz ile olağanüstü temyiz yolları arasında bu bakımdan fark gözetmeğe sebep yoktur.

I. Şüpheli ve sanık hakları.

Devletin kovuşturma makamları tarafından, kriminalistik bilim dalının verilerine dayanılarak, suç işlediği konusunda makul ve somut bir şüphe sebebi elde edilen kişi, *geniş anlamı ile ‘sanık’* hukuki durumuna girer.

Sanık bir yandan Devletin ceza kovuşturması yapmak için sahip bulunduğu ‘zor kullanma yetkilerinin’ objesi olarak görünürken, diğer yandan, haklarla donatılmış bir ‘muhakeme hukuku süjesi’dir.

Sanığın aktif ve pasif hakları vardır. Bunun yanında, ayrıca korunması gereken kişilik haklarına sahiptir.¹³⁰⁸ Bu hakların bazıları Anayasamızda, bazıları ise diğer yasalarda yer alırlar.

II. ‘Suç işlediği tahmin edilen kişi’.

Suç konusunda genellikle, önce somut verilere dayanmayan bir ‘tahmin’ ortaya çıkar. ‘Tahmin’ üzerine bir kişi, ‘şüpheli’ veya ‘sanık’ hukuki statüsüne girmez.

Bu tür “somut verilere dayanmayan” bir tahmin, ancak istihbarat türü yetkileri harekete geçirebilir. Hakkında bilgi toplanan kişi, “hedef kişi” diye nitelendirilebilir. Devlete bilgi toplama yetkisi verilmiştir. Bu yetki suçu önlemek ve suç işlendikten sonra araştırma yapılması amacı ile tanınmıştır.

Savcılık veya kolluk basit bir şüphe üzerine suç işlenmiş olup olmadığını araştırmaya başlarsa, buna ‘bilgi toplama’ denilir. Bu tür ‘bilgi toplama’ belirli bir kişi hakkında yapılmadığı sürece, fert haklarını kısıtlayan bir işlem sayılmaz.¹³⁰⁹ Burada suçun iz ve eserleri ortada olmadığı için, işlenip işlenmediği henüz belli değildir, sadece bir tahmin vardır. Meselâ, bir yangın olmuştur, bu yangının sabotaj olduğu tahmin edilmektedir. Bilgi toplama aşamasında bazı kişilerin suç işlemiş olduğu, dış görünümüne nazaran, hayat tecrübesine veya hislere dayanılarak tahmin edilebiliyorsa da, somut, belli bir olay tespit edilememiştir.

Buna karşılık, mevcut bulunan *filî tutamak noktalarına* dayanılarak varılan sonuçlara veya *kriminalistik biliminden edinilmiş olan tecrübe* veya görüşler doğrultusunda ortaya çıkan basit şüpheye, ‘tahmin’ denilir.¹³¹⁰ Bu statüde olan kişiler hakkında “suç işlediği izlenimini veren hal” (CMK 160) bulunmadığı için, bunlar henüz ‘şüpheli’ veya ‘sanık’ sayılmazlar. Bunlar, ‘suç işlediği tahmin edilen kişi’ durumundadırlar.

¹³⁰⁸ Roxin 1995, 108.

¹³⁰⁹ Corts-Hege, JA 1976 StR s. 73. Öztürk/Erdem/Özbek (1999, 633) şüphelinin yoğunluk derecelerini şöyle tasnif ederler: basit şüphe, başlangıç şüphesi, yoğun şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe.

¹³¹⁰ Tahminin (*Vermutung*) derecesi zayıf ise, “basit tahmin”den bahsedilir. Bu gibi hallerde Devletin harekete geçme mecburiyeti yoktur.

III. ‘Düzeni bozan kişi’.

Kişi suç işlerken ele geçirilmişse, toplumsal barışı bozmuş olan şahıs bellidir. Bu aşamada iş çoğunlukla polis elinde olacağı için, ‘düzeni bozan kişi’ durumundadır. Bu kişi polis tedbirlerinin konusunu oluşturur, aynı zamanda da artık suç işlediğinden şüphelenilen bir kişi olduğu için, ‘şüpheli’ hukuk durumu içine girmiş olan bir kimsedir.

IV. “Şüpheli”.

Ceza muhakemesi, bir kişinin suç haline getirilerek yasaklanmış olan bir hareketi yapıp yapmadığı konusundaki ‘basit başlangıç şüphesi’ ile başlar. Bu şüphe kuvvetlenirse, muhakeme devam eder ve şüphenin yerine bellilik, kesinlik geldiğinde, sona erer. Bu bakımdan şüphenin varlığı veya yokluğu ile, ‘kuvvet derecesi’, sanıklık statüsü bakımından büyük önem taşır.

“Şüpheli” hukuk durumunun yegâne kurucu unsuru ‘şüphe’ değildir. Kendisinden şüphelenilen bir kişi de muhakeme hukuku hak ve yetkilerine sahiptir. Bu nedenle “şüphe”, şüphelik hukuk durumunun unsuru olmayıp, şartıdır: Şüphe yeterli yoğunluğa ulaşırsa, devletin kovuşturma mecburiyeti ortaya çıkar.

Mülga Kanunumuz ceza muhakemesinin evre ve aşamalarını nazara almaksızın, bütün aşamalarda ferdi müdafaa makamında bulunan kişilere sadece ‘sanık’ demektedir.¹³¹¹ Oysa, şüphenin kuvvet derecesine göre sanığa farklı sıfatlar verilir, hak ve mecburiyetleri de farklı bir şekilde ortaya çıkar.

Savcı veya kolluğun araştırma işlemi yaparak, soruşturma evresini başlatabilmeleri için, ‘belli ve yaşanmış somut olayların’, suç işlendiği yolunda bir ‘şüphe’ ortaya koyması şarttır. Burada söz konusu olan şüphe, basit bir başlangıç şüphesidir. Kanun buna “suç işlendiği izlenimini veren hal” (CMK 160) adını vermiştir. Mevzu Kanun (StPO 152/2) ise, bu tür şüpheyi, ‘yeterli fiilî tutamak noktaları’¹³¹² (*zureichende tatsächliche Anhaltspunkte*) diye ifade etmiştir.¹³¹³

Kanaatimizce, şüphenin belli bir kişi hakkında soruşturmanın başlatılmasına yetecek oranda kuvvetlenmesi ile, ‘şüpheli’ ortaya çıkar. Yapılan araştırmalar neticesinde, suç teşkil eden fiili işlemiş olma ihtimali birkaç açıdan da düşünülebilir. Ancak bu kişi veya kişiler hakkındaki şüphe, henüz ona bir suç isnatında bulunabilecek kadar kuvvetli değilse, ‘suç işlediği tahmin edilen kişi’ (*Verdächtiger*) vardır. Bu kişi hakkında herhangi bir araştırma işlemi yapılırsa, ‘şüpheli’ (*Beschuldigter*) statüsü doğmuş olur. Tahmin (*Vermutung*), basit başlangıç şüphesinin doğması için yeterse de, ilgilinin şüpheli (*Beschuldigter*) statüsüne girmesi için, “somut ve kriminalistik biliminin verilerine dayalı makul şüphe” mevcut bulunmalıdır.

Şüphelik statüsünün başladığı an; bir kişi hakkında soruşturmanın başladığı andır: İlgilinin kendisi hakkında yapılan soruşturma, araştırmalardan haberdar olmuş olması şart değildir. Kovuşturma makamları somut şüphe sebeplerine dayanarak ondan şüphelenmişler ve araştırma yapmaya başlamışlarsa, ilgili artık “geniş anlamda bir sanık”, hukuk durumundadır. Bu şüphe basit bir şüphe ise, ilgili “şüpheli” statüsündedir.¹³¹⁴

¹³¹¹ Mevzu Kanun ise, «sanık» için farklı terimler öngörmüştür. İsnad yapılmaya kadar »*Beschuldigte*»; hakkında suç isnatı yapılan veya kamu davası açılan kişiye »*Angeschuldigte*»; ara soruşturma sonunda sonsoruşturmanın açılması mahkeme tarafından kabul edildiğinde ise, »*Angeklagte*» terimlerini kullanmaktadır (StPO 157). Alman hukukundaki «*Beschuldigte*» terimi genel anlamda “sanık” için kullanılmaktadır. İsnad ortaya çıktıktan sonra »*Angeschuldigte*» kamu davası açıldıktan sonra ise »*Angeklagter*» denilmektedir. «*Verdächtiger*» terimi ise, şüphe öncesi aşamaya aittir (Aksi görüş için bkz.; Öztürk, Kovuşturma Mecburiyeti. 1991, 10).

¹³¹² Mülga Kanunumuzun 148. maddesindeki eski ifade, ‘ceza takibini istilzam edebilecek hususlarda kâfi emareler teşkil edecek vakıalar’ şeklinde idi. 1985 değişikliğinden sonra ‘ceza takibini gerektirecek hususlarda yeterli delil mevcut ise’, şeklini almıştır. Mülga Kanunumuzun 148 inci maddesinin 2 inci fıkrası yanlış tercüme edilmişti. Mevzuada »*Savcının harekete geçmesi (einschreiten)*» ibaresi bulunmaktadır. Bu ifade hatalı bir şekilde, »*kamu davasını açmak*» şeklinde tercüme edilmişti. Mevzu Kanun 152 inci maddesinin (CMUK 148) birinci fıkrasında kamu davasının mecburiliği prensibini vaz ettikten sonra, 2. fıkrasında ve onu takip eden maddelerde hazırlık soruşturmasının yapılmasını düzenlemeğe başlamakta idi.

¹³¹³ Bir suçun işlenmiş olduğu konusunda «yeterli fiilî tutamak noktası» (StPO 160/2) kavramı, tahminden daha kuvvetli şüpheyi ifade eder ve somut olaylara (maddî vakıalar) dayandırılmalıdır. Kriminalistik biliminin verilerine göre, kovuşturulabilen bir suç işlenmiş olduğunu kabul etmek mümkün olmalıdır (*Wieczorek* 1982, 20).

¹³¹⁴ *Eser* 1983, 37.

Şüpheli kavramı, Ceza Muhakemesi Kanununun 2 inci maddesinde, “soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişi” şeklinde, dolaylı olarak tanımlanmıştır. Bir kişiye ‘şüpheli’ sıfatının verilebilmesi için, belirli olayların var olması şartı aranacaktır. Nitekim Kanun 160 ıncı maddesinin 1 inci fıkrası ile, ‘suçun işlendiği izlenimini veren hali’ şart koşmaktadır.

Kanaatimizce, temel haklar ne zaman kısıtlanmaya başlanırsa, o andan itibaren şüphelilik statüsü’nün gerçekleştiği kabul edilmelidir. Zira bu statü hakları da beraberinde getirecektir.¹³¹⁵ Anayasa’da ve İnsan Hakları Bildirilerinde, (geniş anlamda) sanık olarak nitelendirilebilen kişinin “muhakeme hukuku haklarına” sahip olduğu açıklanmış bulunduğundan, bu kişiye haklarının bildirilmesi, yani öğretilmesi gerekir (CMK 90/4).

V. Sanık.

Alman Hukuku kişi hakkındaki şüphenin kuvvetlenmesi ile sanık durumuna girmesini (*Angeschuldigter*) kabul etmiş ve duruşmadaki sanık (*Angeklagter*) arasında bir fark yaratmış ve ayrı terimler kullanmıştır.

VI. Ceza davalısı.

Şüphenin yoğunlaşması ile, o kişi hakkında kovuşturma evresine geçildiğinde kullanılması gereken terim, ceza davalısı (*Angeklagter*) olmalıdır. Kanun¹³¹⁶ iddianamenin kabul edilmesi ile hem kamu dâvasının hem de kovuşturmanın başlamasını kabul etmiş olduğu için, bu derecede kuvvetli şüpheyi, ‘toplanan deliller kamu dâvasının açılmasına yeterli ise’ şeklinde ifade etmiştir (CMK 170, 175).

Dar anlamda sanıklık, suç isnatı ile meydana gelen bir hukuki durumdur. Ancak şüphenin kuvvetli olduğu hallerde suç isnatı yapılabilir. Asıl ceza davasında¹³¹⁷ bir kişiye bir suçun ‘isnat’¹³¹⁸ edilebilmesi¹³¹⁹ için, mahkûmiyet ihtimali yüksek olmalıdır. Bu ihtimal, yapılmış olan araştırmaların o günkü durumuna göre yürütülecek tahminine dayanır.¹³²⁰

Faile ilişkin araştırma işlemleri yapılırken, ona suç isnat etmeyen işlemlere öncelik tanınmalıdır. Böylece suç işleme şüphesi zayıflayabilir ve hatta tamamen ortadan kalkabilir. Yapılan her araştırma işlemi gerek ilgili ve gerekse Devlet açısından bazı sakıncalar içerir. Yapılacak araştırma işleminden elde edilmesi beklenen toplum yararı ile bu sakıncalar dengelenmelidir.

Bir kişiye karşı suç isnadının yapılabilmesi için şöyle bir ölçü konulabilir: Mevcut emareler doğruluk derecesi açısından denetlendikten sonra, normal yeteneklere sahip bir araştırmacının gözünde şüphelinin fail olduğu kuvvetli bir ihtimal olarak gözüküyorsa ve araştırmacı bu olay hakkında kamu dâvası açılabilir kadar olgun olduğu görüşünde ise, evvelce benzer olaylarda bu kadar kuvvetli şüphe varken suç isnadı yapılmış ve bu isnat üzerine kamu dâvası açılmış ise, Devlet bir kişiye suç isnat edebilir, kovuşturmayı başlatabilir.

İsnat açısından yeterli olan şüphe değerlendirilirken, ‘normal yeteneklere sahip bir araştırmacının duyabileceği genel şüphe’ ölçüsü esas alınmalıdır. Bu şüphe somut, yaşanmış olaylara dayanmalıdır. Bu konuda bazı karinelere dayanılması mümkündür. Meselâ, “kaçmak”, “suç konusu eşyayı veya suç aletini

¹³¹⁵ *Corts-Hege*, JA 1976, StR S. 74.

¹³¹⁶ Mehz Kanun ise, kamu dâvasının açılması için kuvvetli şüphe (*hinreichender Verdacht*) bulunmasını aramıştır (StPO 170 I ve 203). Yapılan araştırmalar duruşmanın sonunda mahkûmiyet kararı verilebilmesi ihtimalini kuvvetli bir şekilde gösteriyorlarsa, Mehz Kanunun ifade etmek istediği derecede kuvvetli bir şüphe vardır. (*Roxin* 1985, 228). *Yurtcan* (1991, 134) sanık statüsüne girmek için bazı koşullar arandığını belirtmektedir: gerçek kişi olma ve belli olma gibi.

¹³¹⁷ Asıl ceza dâvasındaki sanıklık durumu ile, tâli ceza dâvasındaki sanıklık durumu arasında fark vardır: Tâli ceza dâvası, “şüpheli” ile ilgili olarak açılabilir gibi, kendisinden şüphelenilmeyen bir üçüncü şahıs hakkında da açılabilir. Tâli ceza dâvaları asıl ceza dâvasını etkileyip, suç isnat edici işlem olma özelliği gösterebilirler ama, bu özelliği taşımaları zorunlu değildir. Sanık sadece kendisine yöneltilen isnat ile ilgili olarak süje sıfatı sahibi olur.

¹³¹⁸ Liberal hukuk sistemlerinde suç isnatı mümkün olduğu kadar geciktirilir, sanığın ifadesinin alınması ve isnat teşkil eden diğer işlemlerin yapılması, sonraya bırakılır. Ancak İngiliz “*Police and Criminal Evidence Act*”, isnatı kolaylaştırmakta ve “*sufficient evidence*” yerine “*reasonable cause*” ile yetinmektedir (*Fincke* 1983, 928).

¹³¹⁹ İsnad işlemi yapılmadan önce, “faile ilişkin kişilik araştırması” yapılamaz.

¹³²⁰ *Fincke* 1983, 925.

elinde bulundurmak”, “suçun işlendiği yerde bulunmak”, “birisinin hakkında şikâyetle bulunması” gibi kriterler, şüphe sebebi sayılmışlardır. Ancak bu haller otomatik olarak suç isnadını doğurmamalı, isnattan önce tamamlayıcı araştırma işlemi yapılmalıdır: İsnat öncesinde “bilgi toplama” önem kazanır.

Kamu dâvasının açılmasından önce de isnat yapılması mümkündür. “Kamu dâvasının açılması”, yargılanacak uyuşmazlığı sınırlarını çizen temel, ana kovuşturma işlemidir. Diğer taraftan, soruşturma başladıktan sonra faile ilişkin araştırma işlemlerinin yapıldığı andan itibaren “şüpheli”, yani geniş anlamda sanık hakları kabul edilmiştir.

Suç isnatı yapma yetkisi sadece süjelik sıfatını taşıyan Devlet görevlilerine tanınmıştır. Şahsi dava kaldırıldığı için, suçtan zarar gören kişinin suç isnatında bulunma yetkisi kalmamıştır.

Devletin suç isnatı konusunda mutlak bir tekel söz konusudur. İlgili kendi kendisini sanık durumuna sokamayacağı gibi, özel şahıslara da bu yetki verilmemiştir.¹³²¹

Sanıklık hukukî durumunun doğması için işlem şarttır. Şüphenin mevcudiyeti, otomatik olarak sanıklık hukukî durumunu yaratmaz. Ayrıca bir işlem yapılması şarttır. Yapılan araştırmaların neticesinde; “ceza takibini gerektirecek hususlarda yeterli delil” elde edilirse, ilgiliye suç isnat edildiğini açıklayan bir işlem yapılmalıdır. Bu işlem temelden yoksun olduğu için, hatalı bile olsa isnat geçerlidir.

En açık şekilde kamu dâvasının açılması veya ilgilinin sanık sıfatı ile sorguya çekilmesi veya tutuklanması istendiğinde, bir suç isnat edilmiş olur¹³²² ve kişi artık ‘*dar anlamda sanık*’ hukukî durumu içine girmiş olur. Kanun suçlama bakımından bu ölçüleri; “önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheli” (CMK 172/2) kelimeleri ile açıkça ifade etmiştir.

Koruma tedbirlerinin çeşitlerine göre şüphenin kuvvet derecesi farklılık arz etmektedir. Kanun bazı koruma tedbirleri bakımından ‘*basit başlangıç şüphesi*’ ile yetinmektedir.¹³²³ Buna karşılık, Kanun bazı koruma tedbirleri bakımından ise, ‘*kuvvetli şüphe*’ mevcut bulunmasını şart koşmaktadır. Tutuklamada (CMK 100), yakalamada (CMK 90) ve zorla getirmede (CMK 146) ‘*kuvvetli suç şüphesi*’ bulunmasını isteyen kanun koyucu, kişi özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için, kamu dâvası açılması için gerekenden daha kuvvetli şüphe aramıştır.

Kanundaki bu duruma göre, tutuklama, yakalama (kolluğun re’sen yakalaması dahil) ve zorla getirme gibi koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için, sanığın ileride mahkûm olması kuvvetli bir ihtimal olarak gözükmelidir. Kişi özgürlüğünü kısıtlayan bu işlemler, ancak bu şartla uygulanabilen koruma tedbirleridir.¹³²⁴

VII. Şüpheli hukuk durumunun başladığı an.

Sanıklık statüsünün ne zaman başladığı tartışmalıdır. Bu statü’nün başlaması açısından, a) ‘suç isnatının yapıldığı an’, b) ‘hakkındaki isnatın ‘Şüpheli’ tarafından öğrenildiği an’ ve c) nihayet ‘sulh hâkiminin tutuklama konusunda karar verdiği an’ ölçütleri önem kazanır.¹³²⁵

¹³²¹ Kıta Avrupası sisteminde özel dedektiflik müessesesi kabul edilmemiştir. Büyük alış-veriş merkezlerinde özel güvenlik kurulabilir veya bir gazeteci toplumu aydınlatmak amacı ile araştırma yapabilirse de, bu kişilere polisin sahip bulunduğu yetkiler devredilemez. Uygulamada iş savcısına gelinceye kadar, medya eli ile sanıklık durumu belirlenmiş olmaktadır. Bu gibi özel şahıslar sadece tanık sıfatıyla ceza muhakemesine katkıda bulunabilmelidirler (*Fincke* 1983, 939).

¹³²² 30.1.1946 tarih ve 31/3 numaralı İçtihadı Birleştirme Kararı, “takibat” kelimesini açıklamıştır. Buna göre, kendine cürüm isnat olunanların ele geçirmiş oldukları malı hazırlık soruşturması başladıktan sonra da kendiliklerinden iade veya tazmin ederlerse (mülga) TCK 523 hükmünden yararlanabiliyorlardı (*Öztürk*: Kovuşturma mecburiyeti 1991, 12, dn. 21).

¹³²³ Meselâ, Almanya’da ‘geniş anlamda sanığın’ vücudunun muayene edilmesi, kan tahlili yapılması (StPO 81a), resminin çekilmesi ve parmak izinin alınması (StPO 81b), postada elkoyma (StPO 99), haberleşmenin denetlenmesi (StPO 100a) ve arama (StPO 102) koruma tedbirlerinde, ‘tahmin’ derecesinde olan, fakat olaylara dayanan basit şüphe yeterlidir.

¹³²⁴ *Roxin* 1985, 229: *Eb. Schmidt I Rdnr 8 - 10: Kleinknecht-Müller*, Rdnr 6, StPO 112’ye ilişkin açıklamalar. Netekim, Alman Kanunu’nun 111a, 111b, 116a ve 132a maddelerinde düzenlenmiş bulunan koruma tedbirlerinin uygulanması söz konusu olduğunda, ‘kuvvetli şüphe’ (*dringende Gründe*) mevcut bulunmalıdır (Tafsilat için bkz.: *Corts-Hege*, JA 1976, 303).

¹³²⁵ *Öztürk* (Kovuşturma Mecburiyeti 1991, 11), sanıklığın kural olarak kamu dâvasının açılması ile başladığını, kamu dâvası açılmadan evvel de somut sebeplere binaen kovuşturma makamlarının gözünde belli bir kişi üzerinde şüphenin yoğunlaştığı anı, sanıklığın başladığı an olarak kabul etmektedir. Yakalama ve sorgu için celp işlemlerinin sanıklık statüsünü başlattığını savunan *Öztürk*, dâva zamanlaşımını kesen bir işlemin sanıklığı başlatması gerektiğini haklı olarak belirtmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sanık hakkında açılacak ceza dâvasının makûl sürede bitmesi gerektiğini düşünerek, sürenin başlamasını, ‘geniş anlamda sanığın’ suçlamayı öğrendiği andan itibaren kabul etmektedir. Soruşturma evresinde bir kişiye suç isnat edilmesi önemli bir işlemdir. Bu işlem ‘başlangıç soruşturmasını’ sona erdirip, ‘kısa soruşturmayı’ başlatır.

Dikkat edilmelidir ki, bir ihbar üzerine suç şüphesinin araştırılması amacı ile yapılan işlemler, belirli bir kişiyi hedef almadıklarından, kovuşturma sayılmazlar. Nitekim, 30. I. 1946 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı¹³²⁶, savcının yaptığı hazırlık soruşturmasının ‘kovuşturma’ olmadığı açıklanmaktadır.

Kanaatimizce, “aktif sanık hakları” açısından ‘şüphelilik’ sıfatı, kovuşturma organlarının kendisi ile ilgili olarak sahip buldukları başlangıç şüphesinin ilgili tarafından öğrenildiği andan itibaren başlamalıdır. Zira bir insan olması nedeniyle kendisine tanınmış bulunan ‘sanık haklarını’, bilfiil kullanabilmesi için, suçlandığını öğrenmiş olması şarttır.

Bu söylediklerimiz, suç işlendikten sonra yapılan ‘klâsik hazırlık soruşturması’ (*reactive investigation*) açısından geçerlidir. Günümüzde organize suçlulukla mücadelede kullanılan veya bilgisayarların gittikçe daha fazla yerleşmesiyle ortaya çıkan ve suç işlenmeden önce yapılan adli polis araştırması (*proactive judicial policing*) olgusu ayrıca düzenlenmelidir. Gizli araştırma metotlarının gittikçe yaygınlaşması nedeniyle, ileride doğacak sanık haklarının garanti altına alınması da şarttır. Meselâ, kişisel bilgiler üzerindeki “pasif” haklar, ilgili sanık statüsüne girmeden önce de korunmalıdır.

Ancak, hakkın varlığı ayrı bir şeydir, kullanılması ise, farklı bir husustur; “aktif” hakkın kullanılabilmesi için, ilgilinin o statüye girdiğini öğrenmesi gereklidir.

243. SANIĞIN GERÇEK KİŞİ OLMASI ŞARTI.

Sanık ceza sorumlusu fert tarafıdır. Cezalandırılabilen fiili, yani suçu işleyenler ancak gerçek kişiler olduğundan ceza dâvası da ancak gerçek kişiler aleyhine açılabilir. Bunun içindir ki sanık olabileceklerin *gerçek kişi olması* şarttır.¹³²⁷

Ceza sorumluluğunun sübjektifliği prensibi (No. 174), tüzel kişilerin cezalandırılmalarına ve dolayısı ile, sanık sıfatını almalarına manidir. Tüzel kişinin cezalandırılması bizce anormaldir. Hele tüzel kişinin sanık olması daha da anormaldir. Eğer bir suç varsa, onu işlemiş olan gerçek kişi, yani tüzel kişinin müdürü, memuru, temsilcisi vesairesi her biri şahsen cezalandırılmalı ve dolayısı ile şahsen sanık sıfatını almalıdırlar. Kanunlarımızda tüzel kişilerin cezalandırıldığı haller vardır ve bu hallerde tüzel kişiler sanık durumuna girmekte, fakat hâkimin karşısında sanık olarak yine gerçek bir şahıs çıkmakta ve tüzel kişi olmakta, fakat ceza aynı zamanda tüzel kişiye de verilmektedir.¹³²⁸

Tüzel kişinin cezalandırılması, sonuç olarak, hakiki kişilerin cezalandırılması demek olduğundan, doğrudan doğruya sorumlu olmayan kimselerin “dolayısı ile sorumlu sanık” olmaları ile izah edilebilir. Gerçekten, sonunda, tüzel kişi cezalandırılınca, o topluluk üyeleri arasındaki bağ dolayısı ile gruptan diğer fertler de cezalandırılmakta ve sorumlu sayılmaktadır (No. 175).

Türk Ceza Kanunu’na göre, tüzel kişilerin sanık olması, güvenlik tedbiri sorumluluğu açısından (TCK 60). Yeni Ceza Hukuku tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu kabul etmemiştir.

Bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada tüzel kişinin organ veya temsilcisi katılan veya savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla duruşmaya

(mülga TCK 104, 105). İşkence suçunun cezalandırılabilmesi açısından da, sanıklık statüsünün erkene çekilmesindeki faydaya işaret etmektedir (mülga TCK 243).

¹³²⁶ YİBK, Ankara 1980, 603.

¹³²⁷ Bugünün Muhakeme Hukuku, ölümler ve hayvanlar aleyhine ceza dâvası açılmasını kabul etmemektedir. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu konusunda bkz. *Nuhoğlu*, Ceza Hukuku Reformu, İstanbul 2001, 503.

¹³²⁸ Anayasa Mahkemesi, 63/101-6449 numaralı, 16/6/64 tarihli kararında (RG 26/9/64), “bugün toplumda tüzel kişilerin çalışma alanları genişlediğinden, yalnız idare edenlerin cezalandırılması suçları önlemeğe yeterli görülmemektedir” diyerek ve Anayasanın 33. maddesinde sözü geçen “ceza sorumluluğunun şahsiliği” prensibinin bir kimsenin fiilinden bir başkasının sorumlu tutulmaması mânâsına geldiğini, tüzel kişileri, başkasının değil, kendi iradesini açıklayan organın fiilinden sorumlu tutulduğunu ileri sürerek, 1930-1567 numaralı kanunun 3. maddesinin tüzel kişileri sorumlu tutan hükmünü Anayasaya aykırı bulmamıştır.

kabul edilir (CMK 249/1). Bu durumda tüzel kişinin organ veya temsilcisi bu kanunun katılana veya sanığa sağladığı haklardan yararlanır (CMK 249/2). Birinci fıkra hükmü sanığın aynı zamanda tüzel kişinin organ veya temsilcisi sıfatını taşıması halinde uygulanmaz (CMK 249/3).

244. SANIĞIN BELLİ OLMASI ŞARTI.

I. Fert olarak bilme.

Sanığın belli olması demek, meçhul (*ignoto*) olmaması demektir.¹³²⁹ Meçhul olmak da sanığın kimliğinin bilinmemesi değil¹³³⁰, fert olarak bilinmemesidir. Gerçekten *sanığın fert olarak öğrenilmesi (individuazione)* başka şey, *kimliğin öğrenilmesi (identificazione)* başka şeydir.¹³³¹ Aradaki fark kim ve hangisi soruları farkıdır. Fert olarak öğrenme, hangisi sorusuna cevap verebilmektir. Meselâ yüzlerce kişiden hangisinin fail olduğu söylenebiliyorsa, fail şu veya bu fert diye gösterilebiliyorsa fert olarak öğrenme şartı yerine gelmiştir¹³³². Artık o fert aleyhine bir suç isnat edilebilir. Hattâ, otomobilde bulunan iki kişiden hangisinin kullandığı bilinmeyen hallerde ikisi aleyhinde de dâva açılmasında olduğu gibi, mahdut sayıda belli kimseler arasında suçu hangisinin işlediği bilinmeyen hallerde o belli kimselerin her birinin sanık durumuna getirilmesi de mümkündür. Ancak, mahkûmiyet için tereddüdün yenilmesi ve suçlananın hangisi olduğunun bilinmesi yani bellilik şartının tam olarak yerine gelmesi şarttır.

II. Kimlik bilgileri; fizik kimliğin tespiti.

Sanığın belli olması, yani hangi fert olduğunun bilinmesi ile kimliğinin öğrenilmesi ayrı şeylerdir. Kimliğinin öğrenilmesi, kim sorusuna cevap verebilmektir. Fert olarak öğrenilen kişinin kim olduğunun bilinmesi: 1) Geçmişinin, özellikle daha önce suç işleyip işlemediğinin, 2) Muhakeme boyunca karşımıza çıkacak ve ceza verilirse çekecek kimsenin hakikaten o insan olacağını bilmesi bakımından önemlidir.

Kimliğin tespitinde adı, soyadı, doğum yeri, fotoğraf, parmak izi, ayırt edici özellikler gibi tabîi veya sun'î belirtilerden faydalanılır. Kimlikte tereddüt halinde muhakeme devam edebilir. Kimliğin tespit edilememesi, fert olarak belli olmak şartı yerine gelmişse, muhakemeye ve mahkûmiyete engel olmamalıdır. Bu takdirde geçmişten vazgeçmek ve ilerisini teminat altına almak için tabîi ve sun'î belirtilere başvurmak yani geçici bir kimlik vermek gerekecektir. Kimliğin yanlış tespit edildiği sonradan anlaşılırsa, fert olarak bellilikte şüphe yoksa, maddî hata düzeltilir. Hattâ mahkûmiyet kararı sırf bu bakımdan hükümsüz sayılmaz ve mahkûmiyet kararında değişiklik muhakemesi ile yetinilir (No. 502).

Kimliğin öğrenilmesi fotoğraf, parmak izi, ayırt edici özellikler gibi belirtilerden yararlanılarak sağlanır. Fizik kimliğin tespiti Kanunda ayrıca düzenlenmiştir (CMK 81). Yenilik teşkil eden bu kurala göre, üst sınırı iki veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan şüpheli veya sanığın, kimliğinin tespiti için gerekli olması halinde, Cumhuriyet savcısı veya hâkim kararı ile fotoğrafı, beden ölçüleri,

¹³²⁹ *Taner*, 119, 264.

¹³³⁰ *Kantar*, 200; *Schwarz*, 336.

¹³³¹ *Foschini*, I, 135, 136. *Erem* de bu ayrılığı “ferdileştirme” ve “teşhis” (= kimliği öğrenme) diye benimsemektedir (n. 105). Ancak, meselâ gösterilen resimlerden birini tanımadığı gibi ‘individuazione’ karşılığı olarak ta teşhis dediği vardır (n. 228). Buna karşılık Tosun sanığın belli olmasını meçhul olmaması yani fert olarak bilinmemesi anlamına almış ve bizde meçhul sanık hakkında, Fransa’dan farklı olarak, ilksoruşturma açılmaz demiş, fakat kimliğin bilinmemesi üzerinde nedense durmamış ve bizim ayırımımızdan söz etmemiştir (II, 31). *Öztürk* de meçhul kişi hakkında dâva açılmayacağı görüşündedir. Ancak meçhulü, Tosun’dan farklı olarak tarif etmiş (s. 154), sanığın belli olmaması ile kim olduğunun bilinmemesi arasındaki farkı gözden kaçırdığından hatalı bir sonuca varmıştır. Bizde ilksoruşturma açmak için sanığın meçhul olmaması gerekir ama, meçhul olan sadece fert olarak bilinmeyendir. Kimliğin de belli olması aranmamaktadır. Ayrıca bkz: 8. CD. 6.6.1996 (E. 1996/7612, K. 1996/8546): Her ne kadar yargılama sırasında sanığa ait nüfus bilgileri ayrıntılı olarak belirtilmemişse de sanığın ikametgahının belli olması halinde kimlik ile ilgili sorunun CMUK’un 402. maddesi ile çözülebileceği mümkün idi.

¹³³² Keşifte sanık yerine konan manken kişilerin teşhis edilememesinin, sanıkların suçlu olmadıkları yolunda yorumlandığını gösteren bir karara rastladık (1. CD 3/11/86 İKİD 88, 5647). Suçu işleyen bu kişi diyebilmek ile bu kişi değildir diyebilmek farklıdır. Sonuç ancak birinci halde alınır. Bunun için de tanıma işlemi sırasında gösterilen kişiler arasında sanık bulunmalıdır. Kararda yerine koymaktan (ikame) söz edilmesi sanığın gösterilmediğini ifade ediyor. Bundan da gösterilenlerin suçlu olmadıklarının açıkça söylenebilmesine dayanıldığı anlamını çıkarıyor ve bunu da isabetli bulmuyoruz.

parmak ve ayak izi, bedeninde yer almış olup, teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleriyle sesi ve görüntülere kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur (CMK 81/1).

Kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verilmesi hallerinde söz konusu kayıtlar Cumhuriyet savcısının huzurunda derhal yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilir (CMK 81/2).

III. Kimliğin tespit edilememesi.

Kanun “meçhul kişi” yani fert olarak bilinmeyen kişi hakkında kamu dâvası açılması sistemini¹³³³ kabul etmemiştir. Buna karşılık, fert olarak bilinen fakat sadece kimliği tespit edilemeyen kişiye suç isnat edilebilmektedir. Bu kişinin tutuklanabilmesi (CMUK 104/2:2) bunu açıkça göstermekte idi. Sadece kimliğin tespit edilememiş olması, iddianame ile kamu dâvası açılmasına da engel değildir.¹³³⁴

IV. “Kimlik” kavramı.

Sanığın kimliğinin bilinmemesinin şart olmaması, *bilindiğinde* gösterilmemesi demek değildir. Hattâ Kanun bunu, elbet tesbit edilebilmiş kimlik hakkında olmak üzere, iddianamede mecburî kılmıştır (CMK 170).¹³³⁵ Kimlik terimine, adı, soyadı, varsa kızlık soyadı varsa lâkap, meslek, oturulan yer, medenî hali, doğum yeri ve tarihi, nüfusa kayıtlı olunan yer, varsa kanunî temsilcinin kimliği girmelidir.

Adres değişikliğini bildirme mecburiyeti Fransa’da iddianame için kabul edilmiş iken, bizde tutuklanıp da salıverilen şüpheli veya sanıklar bakımından, 2004 kanun koyucusu tarafından mecburi hale getirilmiştir (CMK 106/1).

V. Duruşmada teşhis.

Sanığın fert olarak bilinmesi, muhakeme boyunca sanık sandalyasında oturanın aynı kişi olması demek olduğundan, gerekçede, yani onu tanımayan veya hatırlamayan bir hâkim önüne her çıkışta, şüphelenilecek makul bir durum da varsa teşhis yöntemi ile tekrar sorularak veya geçici olarak kimliği tesbit eden belirtiler denetlenerek şüphe yenilmelidir. Burada sözü edilen, “duruşmada teşhistir”.

2007 yılında kolluk aşamasında C. savcısının talimatıyla yaptırılacak teşhisin ayrıntıları da düzenlenmiştir (PVSK “2007.5681” Ek 6/9). Kişi haklarını ilgilendiren bir Devlet işleminin yapılabilmesi için, yasal bir düzenleme bulunması gerektiğinden (AY 13) teşhisin, Kanunla düzenlenen bir işlem olmadığı için, prensip olarak, yapılamayacağı görüşünde idik. Adli bir işlemin Polis Kanununda düzenlenmesi yersiz ise de Kanun Kanundur.

¹³³³ Meselâ Fransa’da meçhul kişi hakkında ilksoruşturma açılabilir. Dâva açılmasına ters düşen bu durum bizce tarihi bir kalıttır ve uzun zaman yargılamanın sorsoruşturmadan ibaret sayılmasının ve sorgu hâkiminin, savcının yardımcı, ilksoruşturmanın da hazırlık soruşturması gibi sayılmasının sonucudur.

¹³³⁴ Bu tutuklama sebebi yeni Kanunda kabul edilmemiştir. 1985 değişikliğine kadar “talepnamede sanığın kim olduğu gösterilir” denmesinden (CMUK 172) maksat kimliğin gösterilmesi değildi (*Schwarz*, s. 336). İddianamede de kaide olarak kimlikle ilgili bir açıklama aranmıyordu (CMUK 193). İddianamede sanığın açık kimliğinin belirtilmesi 1985 de kabul edildi (CMUK “85-3206” 163/2). Ancak bu değişikliğin sistemde değişiklik için yapıldığını gösteren hiç bir husus yoktur. Gerekçede, savcının talepname ve iddianame ile dâva açmasının, ilksoruşturma kaldırıldığı için, birlikte hükme bağlandığı belirtildikten sonra “ayrıca dâvaların, kimlik tesbiti için uzadığı gözönünde tutularak, sanığın açık kimliğinin iddianamede gösterilmesi hükmü de gerektirilmiştir” denilmiştir. Maksat, görülüyor ki, kimlik tespitini sorsoruşturmaya bırakmamak olup sorsoruşturmada dahi tespit edilemeyecek kimlik konusunda düzenleme getirmek değildi. Suçüstü yakalanan bir katil kim olduğunu söylemezse, tutuklanan bu kişinin kimliği bütün araştırmalara rağmen tesbit edilemezse, iddianame ile dâva açılmayacaksa ne yapılacaktır? Tutukluluk durumu sürüp gidemeyeceğine göre dâva da açılmayacaksa, elimizin altındaki bu kişi cezasız mı kalacaktır? İstenen bu mudur? 1985 de kimliğin açıkça bildirilmesinin istenmesinin maksadı her halde bu değildir. Bu kişiyi, geçici bir kimlik altında yargılayarak cezalandırmaktan başka çaremiz yoktur. Nitekim Polis Vazife ve Selâhiyet Kanunu, 2007 yılında 4A madde eklene kadar, kimliği tesbit edilemeyenler için parmak izi veya fotoğrafları alındıktan sonra kimliğinin tesbiti için Tüzükte gösterilen esas ve usullere göre işlem yapılacağını bildirmekte idi (PVSK “85-3233” 17/5). Bunlar arasında, geçici yani eskisi tesbit edilinceye kadar, ama belki ömür boyu sürecek bir kimlik vermek de mümkündür. Nitekim, CMK 81 inci madde ile istenen gerçekleşti ve kimliği belirlenemeyen ağır suç şüphelilerinin “fizik kimliklerinin belirlenmesi” kuralı getirildi.

¹³³⁵ Bozulmuş olan karardaki kimliğe uygun olarak çıkarılan zorla getirtme müzekkeresi ile getirilen sanığın kimliğinin yeniden tesbiti gerekip gerekmediği sorununu kendiliğinden ele alan Ceza Genel Kurulu, kimliğin ilk sorguda tesbit edileceğini gösteren kanunda yeniden tesbit ve denetleme konusunda bir açıklık bulunmadığı gerekçesi ile, şüphelenilecek bir durum olmadıkça yeniden tesbit gerekmediğine karar vermiştir (CGK 8/10/84 YKD 85/2 256).

245. SANIĞIN GAİP, KAÇAK veya AKIL HASTASI OLMASI.

I. Gaiplik.

Sanığın gâip veya kaçak olup olmamasının sanık sıfatına tesiri yoktur. Sanığın gâip olması sadece hakkında duruşma açılmasına engel olur (CMK 244/2) (No. 64, 247).

II. Akıl hastalığı.

Akıl hastalığı, sanık sıfatının alınmasına tesir etmez. Sanığın suçu işledikten sonra akıl hastası olması, sadece kovuşturma evresine engel olur (No. 63). Suç işlendiği sıradaki akıl hastalığı, failer hakkında emniyet tedbiri veya ceza uygulanması kabul edildiğine göre, emniyet tedbiri veya dar mânâda ceza dâvası açılmasına, yani o kimselerin sanık sıfatı almasına ve kovuşturma yapılmasına tesir etmez.

246. SANIĞIN BOYUN EĞME MECBURİYETLERİ.

Sanığın pasif süje olarak mecburiyetleri vardır ve bunların bazıları “boyun eğme” adını taşır, zira bunların müeyyidesi, zorla yerine getirilmez. Boyun eğme mecburiyeti, yerine getirilebilen kararlar bakımından olup kararın kesinleşmesi her zaman aranmaz.¹³³⁶ Meselâ tutuklama kararı verildiğinde sanık tutuklanır. Bu kararın kesinleşmesi beklenmez ve sanık tutukevine güzellikle gitmezse zorla götürülür. Keza hâkim kararıyla elkonulan bir eşyayı vermezse, elinden zorla alınır.

247. ŞÜPHELİ VEYA SANIĞIN HAZIR BULUNMA MECBURİYETİ.

Sanığın belli muhakeme işlemleri yapılırken hazır bulunması çeşitli bakımlardan faydalı olduğundan kanunlarda hem hak (No. 249) hem mecburiyet olarak düzenlenmiştir. Bu mecburiyet, en çok kovuşturma evresinde kendisini gösterir fakat diğer muhakeme evrelerinde de yok değildir.

I. Soruşturma evresinde.

Bu evrede, daha doğrusu, bu evrenin ortaya sanık çıktıktan sonraki kısa soruşturma aşamasında sanığın hazır bulunması mecburî olan işlemlerin başında “sorgu” gelir. Sorgu bir *kimsenin hâkim tarafından sanık sıfatı ile ifadesinin alınması* demektir. Kişi, ifade alınması veya sorgu için davetiye (kanun burada “çağrı kâğıdı” demiyor!!!) ile davet olunur. Gelmezse zorla getirileceği davetiyeye yazılabilir (CMK 145). Hattâ hakkında tutuklama kararı verilmesi için kâfi sebepler bulunan sanığın doğrudan doğruya ihzarı, yani polis zoru ile getirilmesi emredilebilir (CMK 146).

Sanık bilirkişi tarafından sual sorulmasına müsaade edilen hallerde de (CMK 66/6) (No. 335), çağrıldığında gelmeğe mecburdur. Çünkü bu da hâkim tarafından yapılan sorgu mahiyetindedir, zira hâkim huzurunda ve onun müsaadesi ile sual sorulmaktadır.

Şüpheli veya sanığı, teknik bakımdan sorgu olmasa da soruşturma evresinde savcılık, hattâ kolluk tarafından çağırıldığında gelmeğe mecbur bırakan mülga TCK 526. madde yeni Ceza Kanununa alınmamıştır.¹³³⁷ Bunun yerine Kabahatler Kanununun 32 nci maddesinde düzenleme yapılmıştır.

Savcının çağırıldığı sanık gelmezse, dâvetiyede belirtilmek kaydıyla ve tutuklama sebepleri varsa, hâkimden alınacak kararlar zorla getirilebilir (CMK 146).¹³³⁸ Adli kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adli görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir (CMK 164/2).

Sanık keşifte de hazır bulunma hakkına sahiptir (CMK 84).

II. Kovuşturma evresinde.

¹³³⁶ Kanun yoluna başvurma infaza (yerine getirmeye) tesiri farklı şekilde düzenlenmiştir. Kanun yoluna başvurma, istisnalar hariç, ara kararların infazını durdurmaz.

¹³³⁷ Suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgileri vermeyenler hakkındaki CMK 332 nci maddenin burada uygulanma olanağı yoktur. Zira sanığın kendisini suçlamama hakkı vardır.

¹³³⁸ Sorgu için zorla getirme normları kıyas yolu ile burada da uygulanmalı, fakat burada hâkime değil savcıya götürülmelidir. 1975 Alman reformunda bu yol tutulmuştur (*Grauhan*, 388). 92-3842 numaralı kanun ile, hâkimin sorgusu ile savcının ifade almasının aynı hukukî statüye sokulması isabetli olmamıştır. Savcının ifade alması 161. maddede düzenlenmeli idi.

1. Kaide.

Bu evrenin duruşma hazırlığı aşamasında yapılan işlemlerde kaide olarak sanık hazır bulunmaz. Hazır bulunma mecburiyeti asıl duruşma aşaması bakımındandır.

Duruşma için sanığın gaip olmaması kaide olduğu gibi, gaip olmayan sanığın duruşmada hazır bulunması da kaidedir. Sanığın gaipliği ile yokluğu aynı şey değilse de gaiplerin duruşmasının kabul edilmemesini haklı gösteren a) “*Hakikatın daha iyi meydana çıkarılması*”, b) “*Müdafaanın sağlanması*”, c) “*Cezaların şahsileştirilmesi*” sebepleri (No. 64), gaipliği de içine alan “sanığın yokluğunda duruşma yapılmaması” kaidelerini de izah eder. Bunun içindir ki “mahkemeye gelmemiş olan sanık hakkında duruşma yapılamaz. Gelmemenin makbul sebepleri isbat edilmezse sanığın ihzarı emrolunur” (CMK 193). Demek ki gelmemenin makbul sebepleri isbat edilirse, yine duruşma yapılmayacak, fakat zorla getirme (ihzar) de söz konusu olmayacaktır.

Sanıkların yokluğunda yapılan sorsoruşturmada uygulanmak üzere Avrupa çapında “*Taban Kurallar*” kabul edilmiştir.¹³³⁹ Sanığın yokluğunda yargılanmasını yasaklamayan, fakat asgarî teminata bağlayan bu kurallar, Türk hâkimine de kanundan farklı olan “hukuk”un tayininde yardımcı olacaklardır (No. 309).

Sanığın yabancı memlekette olması, yokluğunda duruşma yapılmasını haklı göstermez. Mümkünse ve uygunsu suçluların geri verilmesi veya kovuşturmaların aktarılması yolu denenmelidir (Taban Kurallar 4).

2. Kaidenin istisnaları.

Sanığın yokluğunda duruşma yapılmaması kuralının iki¹³⁴⁰ istisnası vardır¹³⁴¹, bunlar da *sanığın kaçak olması ve hazır olmamasıdır*.

a) *Kaçak sanık*. Hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan (CMK 247/1) kaçağa yapılan tebliğata uymazsa, zorla getirme kararı verilir. Bu karar da yerine getirilemezse ilan yapılarak usulüne göre (CMK 247/2) “sanığın kaçak olduğuna” karar verilir. Kaçak

¹³³⁹ Avrupa Konseyi, sanıkların yokluğunda duruşma yapılmasında şu Taban Kuralları (*règle minimales*) üye Devletlere tavsiyeye 21/5/75 de karar vermiştir: 1) *Hazır bulunmak ve müdafasını hazırlamak için gerekli zaman bırakılmak şartıyla ve adaletten kaçtığı sabit olmadıkça çağırı yazısının tevdi edildiğinden gerçekten haberi olmayan kişi yargılanamaz.* 2) *Duruşmaya çağırı yazısında, sanığın gelmemesinin doğurabileceği sonuçlar bildirilecektir.* 3) *Duruşmaya gelmeyen sanığın çağırından haberi olduğunu tesbit eden hâkim, onun bizzat bulunmasından vazgeçilemeyeceği yahut hazır bulunmasını engelleyen sebepler bulunduğu kanısında ise, duruşmayı başka güne bırakacaktır.* 4) *Kovuşturmanın başka bir Devlete aktarılması yahut geriverme isteğinde bulunulması mümkün ve uygun ise, sanık yokluğunda yargılanmamalıdır.* 5) *Sanığın yokluğunda duruşma yapıldığında, deliller genel kurallara göre ortaya konacak ve müdafî hazır bulunabilecektir.* 6) *Adaletten kaçtığı sabit olmadıkça, sanığın yokluğunda yapılan duruşma sonunda verilen sonkararın bildirilmesine de çağırı yazısının bildirilmesindeki kurallar uygulanacak ve süreler hükümlünün tebliğ edilen sonkarardan gerçekten haber aldığı andan itibaren işlemeğe başlayacaktır.* 7) *Yokluğunda yargılanan kişi sonkarara karşı hazır bulunması halinde kendisine açık olan bütün kanun yollarına başvurabilecektir.* 8) *Yokluğunda yargılanan kişi usulüne uygun olarak çağırılmamış ise, sonkararın bâtil olduğunu tesbit ettirmek üzere bir kanun yoluna başvurulabilecektir.* 9) *Yokluğunda yargılanan kişi usulüne uygun olarak çağırılmış ise, hazır bulunmayışının ve bunu önceden mahkemeye haber vermeyişinin elinde olmayan bir nedenden ileri geldiğini isbat ettiği takdirde yeniden ve olağan kurallara göre yargılanma hakkına sahip olacaktır.* Kararın tam metni ve açıklaması için Bkz. *Kunter: Commentaire des Règles Minima dans la procédure dite de jugement en l’absence du prévenu.* AFDI No. 41, 1978, s. 33; Sanığın yokluğunda yapılan sorsoruşturmada uygulanacak Taban Kurallar. İHFM “43”, 1978, s. 339.

¹³⁴⁰ Kaldırılan diğer istisna gaiplik idi. Mülga Kanun gaip sanık hakkında müeyyide sadece malî olduğunda (para cezası ve müsadere), gayabî muhakeme yapılmasında fazla sakınca görülmemişti (mülga CMUK 270). Bir mahkûmiyetin ilân suretiyle tebliğ edilerek kesinleşmesi müdafaa hakkını çiğnemektedir, çünkü sanık, ilânı hemen hiç bir zaman duymamakta, duruşma istemekten vazgeçtik, kanun yoluna dahi gidememekte idi. 2004 Kanunkoyucusu yerinde olarak “gayabî muhakemeyi” kaldırmıştır.

¹³⁴¹ Bu iki istisna da göstermektedir ki biz “*sanığın yokluğu*” terimini, Taban Kurallar’da olduğu gibi, “absence, abstentia” karşılığı kullanıyoruz. Buna *karşılık Öztürk, kendisine ulaşılabilene yani sadece hazır olmayana “yok” demektedir (s. 174, 208).* Öztürk sanıkların yokluğunda duruşma yapılmasındaki Taban Kurallar’dan da söz etseydi, oradaki ifade için her halde ayrı bir terime ihtiyaç duyacaktı. Genel kural yargılama yapılabilmesi için sanığın hazır bulunması şarttır. Ancak sanığın kaçaklığında, yokluğunda ve gaipliğinde sanık hazır bulunmasa da yargılama yapabilir (Özbek 2005, 919).

sanık hakkında CMK 248 de sınırlı olarak sayılan suçlardan dolayı ifadesi alınmadan¹³⁴² iddianame düzenleyerek kovuşturma yapılabilir ama, daha önce sorgusu yapılmamışsa, mahkûmiyet kararı ve ceza verilmesine yer olmadığı verilemez (CMK "2024-7499" 247/3). Duruşma yapılan hallerde zorunlu müdafilik sistemi kabul edilmiştir (CMK 247/4).

b) *Hazır bulunmayan sanık.* Gaip olmayan sanığın hazır bulunmamasında fazla sakınca görülme¹³⁴³ belli hallerde (CMK 194-198) yapılan muhakeme ve duruşma, sanık gaip olmadığından, giyabî değildir.¹³⁴⁴ Verilen kararlar, bu yüzden, ilân yolu ile tebliğ edilemez (No. 285).

Sanık hazır bulunmadan duruşma yapılması istisna olarak¹³⁴⁵ kabul edilen bu hallerde mahkeme sanığın hazır bulunmasına her zaman, meselâ ek müdafaa (No. 482) gerektiğinde, karar verebilir. Hattâ bunun için gerekiyorsa zorla getirme veya tutuklama kararı verebilir (CMK 199). Ancak bu kararlardan birini verebilmek için, bu tedbirler alınabileceği bildirilerek gönderilen celpnameye rağmen sanığın gelmemesi lâzımdır, meğerki mahkemenin uzaklaşması sebebi ile (CMK 194/2) duruşmada hazır bulunmaması kabul edilmiş olsun.¹³⁴⁶

Sanığın yokluğunda duruşma yapılması kabul edilen her iki istisnaî durumda yani kaçak olma veya hazır bulunmama halinde müdafî, aynı zamanda sanığın temsilcisidir. Bu nedenle verilen kararların müdafî tebliği yeter, ayrıca sanığa tebliği gerekmez.¹³⁴⁷ Sanık hazır bulunmadan yapılan duruşma, müdafî aynı zamanda temsilci olmadığından, kararlar müdafîye bildirilse de sanığa da bildirilmelidir (No. 267, III).

Sanığın yokluğunda duruşma yapılması, sadece hazır bulunmaması ile kaçak olması durumlarında söz konusudur ve bunların da hangi hallerde kabul edildiği kanunda belirtilmiştir.

Sanığın tebligata rağmen mazeretsiz olarak gelmemesi sebebiyle sorgusunun yapılamamış olması, delillerin ortaya konulmasına engel olmaz. Ortaya konulan deliller, sonradan gelen sanığa bildirilir (CMK 206/1). Bu hüküm ilk yürürlüğe girdiği sırada CMK da yoktu. Sonra mülga Kanundaki hükümden (CMUK 237/1) esinlenerek Kanuna eklendi. Duruşmaya çağrılan sanığın gelmemesi halinde, çağırılıp gelmiş olan tanığın veya bilirkişinin dinlenmesine cevaz verilmesi hazır olmayan sanık hakkında duruşma yapılmasının yeni bir hali, yani kaidenin yeni bir istisnası olarak değil, kaideye göre duruşma yapılamayacağına göre duruşma öncesinde mahkemece tanık veya bilirkişi dinlenmesi olarak kabul edilebilir (No. 479) ve bu düzenleme de öyle yorumlanmalıdır.¹³⁴⁸

¹³⁴² Şüphelinin ifadesinin alınması iddianamenin zorunlu bir koşulu değildir. 170. madde hükmüne göre, soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet savcısının bir iddianame düzenlemesi gerekir. Toplanan delillerin kamu davası açılmasına yeterli olmaması ya da delillerin şüphelinin ifadesinin alınmasını suçun sübutu açısından zorunlu kılması durumunda şüpheli ifadesi "suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan bir delil niteliği" kazanabilir. Ayrıca CMK'nun 247/3'üncü maddesinde kaçak sanık hakkında kovuşturma yapabileceği öngörülmektedir. Dolayısıyla kaçak şüphelinin ifadesi alınmadan dava açılmasında da "dava açmaya yeterli şüphe oluşturacak delilin mevcudiyeti koşuluyla" yasal sakınca bulunmamaktadır (4. CD 19.3.2007: E. 2007/771, K. 2007/2513).

¹³⁴³ Sıkıyönetim Kanunu (m. 18:1), suçun yukarı haddeki cezasının 3 yılı geçmesi halinde, sanığın yokluğunda dâva açılabilmesini kabul etmişti. Cezanın üç yıla kadar çıkabilmesi, sanığın yokluğunda yargılanmasının fazla sakıncalı görülmemesi şartına çok ters düşmekte idi. Kaldı ki müdafî bulundurulabilen, eski hale getirebilmek ve gerekli görülürse sanığı zorla getirmek gibi teminat normları, Sıkıyönetim Kanununda da, Askerî Mahkemeler Kanununda da mevcut değildi.

¹³⁴⁴ *Kantar*, 228; *Erem*, 298. Mülga Kanunda, sanığın giyabında dâvanın bitirileceğinden bahsedilmesi (CMUK 224) hazır olmasa da duruşma yapılacağı mânâsında idi.

¹³⁴⁵ Kaide ile istisnaları arasındaki ilişki "çelişiklik" değil, kaide-istisna ilişkisidir. Hele aynı kanunun maddeleri arasında çelişiklik düşünülemez bile. Bu nedenlerle 1985-3206 numaralı kanunun mülga maddesinin gerçekçesinde sanığın hazır bulunması kaidesi ile istisnaları arasında çelişiklikten söz edilmiş olması büyük bir hatadır. Kaldı ki yapılan da meselâ "bu kanundaki istisnalar saklı kalmak kaydı ile" sözlerinin ilâvesi gibi şeylerdir. Bu ilâve hiç de zarurî değildir, yapılmasa da olur. Eğer istisnalar gerçekten hatırlatılmak isteniyorsa, falan ve filân maddelerdeki istisnalar saklıdır denmelidir ki pratik bir değeri olsun.

¹³⁴⁶ *Kantar*, 234.

¹³⁴⁷ 1.CD 22/1/58 *Çağlayan* "66" II, 289; k-m: 5. CD 29/1/64 *Çağlayan* "66" II, 285. İçBK: 21/4/75 (Sadece 466 N.K yönünden) CGK 20/10/76 YKD 78, 787). Ancak müdafî her zaman vekil imişçesine bir ifade kullanılması (CGK 5/3/79 YKD 79, 134) yanlıştır.

¹³⁴⁸ 1985-3206 numaralı kanunun 46. maddesinin gerekçesinde, duruşmaya gelmemiş olan sanığın meselâ beraatine karar verme imkânı sağlandığından söz edilmiştir. Yorumlamamıza göre gelmiş olan tanığın dinlenmesinin duruşma hazırlığında

III. Sanık hazır bulunmadan duruşma yapılabilen istisnai haller.

Kovuşturma evresinde sanık hazır bulunmadan duruşma yapılabilmesi kabul edilen istisnai haller olan, CMK 193, 194, 195, 196, 199 ve 203 maddelerde düzenlenen hallerde, sanık hazır bulunmadan duruşma yapılabilir.¹³⁴⁹

1. Sanığın duruşmadan bağışık tutulması.

Sanık veya vekâletnamesinde sarahat varsa müdafî isterse¹³⁵⁰ mahkeme sanığı *duruşmada hazır bulunma mecburiyetinden kurtarabilir* (diğer bir ifade ile, bağışık, varestede tutulabilir) (CMK 196).¹³⁵¹ Mahkemenin bu karara varması için sanığın hazır bulunmasına lüzum görmemesi şarttır. Sanığın tutuk olması, ödevden kurtarma kararı verilmesine engel değildir.¹³⁵² Güvence göstererek (CMK 113) salıverilmeye de bu engel düşünülemez.¹³⁵³ Karar verilince, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, soruşturmada¹³⁵⁴ sorguya çekilmiş olsa dahi; diğer suçlarda soruşturmada sorguya çekilmemişse¹³⁵⁵ sanık istinabe yolu ile sorguya çekilir (CMK 196/2).¹³⁵⁶ Duruşmada bulunmak ödevinden kurtarılan sanığın duruşmaya gelmeğe hakkı olduğundan¹³⁵⁷ kendisine duruşma günleri için davetiye gönderilmelidir. Sanığın hazır bulunmasına lüzum görürse, kurtarma kararını mahkeme geri alabilir (CMK 199).

Hazır bulunma ödevinden kurtarma sakınca görülmeyen hallerde kabul edilmiş bir kurumdur. Sakıncalı görülürse ya kurtarma kararı vermemeli ya da verilse de sakıncayı giderecek çarelere başvurulmalıdır. Meselâ esaslı işlemler yapmada olduğu gibi sanığın hazır bulunması gerekiyorsa, zorla

dinleme sayılması, bu imkânı önliyecek değildir. Biz duruşma hazırlığında dahi mahkûmiyet dışında bir hüküm verilebileceği görüşündeyiz.

¹³⁴⁹ Mülga Çek Kanununun 4814 sayılı Kanun ile değişik 16b maddesi, 16 ncı maddede ön görülen karşılıksız çek keşidesi suçlarından dolayı yapılan yargılamaların sanığın “yokluğunda yapılmasını kabul etmişti. Bu özel düzenleme ile 195’nci maddenin uygulanma alanı genişlemişti. Tekerrür nedeni ile hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçta da hâkim in takdirine göre “yoklukta” duruşma yapılabilirdi. Böyle bir uygulamanın genel prensiplere ters düşmemesi için, yoklukta hüküm verildikten sonra sanık geldiğinde kıyas yolu ile eski hale getirme yolu açılması gerektiği düşüncesinde idik. 2009 yılında yürürlüğe giren 5941 numaralı Çek Kanunu ise, bu düzenlemeye yer vermedi.

¹³⁵⁰ Bu isteme duruşmadan önce yapıldığında, olumlu karar verilirse ve gerekiyorsa istinabeli sorgu hattâ naipli sorgu duruşma hazırlığında yapılmalıdır. Bu isteme, karardan sonra da olabilir (CGK 10/12/73 RKD 74, 38). Bu takdirde karar, istisna olarak, şarta bağlanmış demektir.

¹³⁵¹ Kurtarıma isteme duruşmadan önce yapıldığında, kurtarma kararı verilirse ve gerekiyorsa sorgu duruşma hazırlığında yapılmalıdır. Kurtarma kararının açıkça verilmemesi de mümkündür (CGK 10/12/73 YKD 75, 32; 20/12/76 İKİD 71, 5181).

¹³⁵² CGK 19/6/78 YKD 79 719 (Genel Kurul olayda sanık aynı suçtan tutuklanmış diye kurtarmayı kabul etmeyen 1. Ceza Dairesinin kararını kaldırmıştır). *Yurtcan: Değişiklikler*, 84. Nasıl olsa el altında diye ve *Kantar*’ın (s. 232) ve Yargıtayın (4. CD 29/6/66 RKD 66/8. III, 290; 1. CD 28/4/78 YKD 79, 273; 5. CD 1/10/85 İKİD 88, 5458) görüşünü benimseyerek “yargılandığı suçtan tutuklanmış sanıklar hakkında ödevden kurtarma kararı verilemez” tezini 6. basıya kadar savunmuşuk. Tutuğun başka yerde bulunması durumlarında, sanığın istemesine rağmen kurtarma kararı verilememesindeki akıl-dışı sonuç gözümüzü açtı. Aynı yerde tutuk olmanın da karara engel olması haklı göstermediğini, zira bu kararın sanığın istemesine ve mahkemenin savunma bakımından da sakınca görmemesine bağlı olduğunu düşünerek yedinci basıda bu tezi terkettik.

¹³⁵³ 4. CD 11/3/50 (Çağlayan “66” II- 278).

¹³⁵⁴ CMUK 226. maddenin 1973 metninde “daha önce sulh veya sorgu hâkimi tarafından sorguya çekilmek” sözleriyle ifade edilmek istenen, mehzaz kanunda belirtildiği üzere, “önsoruşturma”daki sorgu idi. 1985 de ilksoruşturma kaldırılınca “veya sorgu hâkimi” kelimeleri de maddeden çıkarılmıştır.

¹³⁵⁵ Duruşmada bulunma ödevinden kurtarma kararı verilen iş, ağırcezalık olmasa da sorguyu mecburî sayan içtihat (İçBK: 13/5/74 RG 6/7/74) kanuna ve amacına ters düşmekte ve bu işlerin uzamasına yol açmakta idi (*Yarsuvat: Karar tahlili*, İHFM, 74 (40); *Yurtcan: Karar tahlili*, İBD., 75, 61. Değişiklikler 80; Keza Tosun, I, 511. “Vareste” tutulmakla tutulmamağı sorgu bakımından bir sayan bu içtihat düzeltilmelidir.

¹³⁵⁶ Ağır cezalı suçlarda veraset tutmağı kabul eden memleket pek yoktur. Onun için, bizde de, hiç olmazsa, ilk oturuma gelmesi mecburî olmalıdır. (k-m: *Yurtcan*, İBD 73, 784, Değişiklikler, s. 60; *Yarsuvat (Duygun)*, İHFM 74, (40), 753). Biz 1966 da bu normu bu şartlarla kabul etmiştik. Hattâ bu suçlarda kabul için müdafî bulundurma şartı dahi aranmalıdır.

¹³⁵⁷ CGK 21/2/44 (AdD. 44, 145).

getirtilebilir (CMK 199). Hazır bulunmayabilecekse bu işlemler, hukuken mümkünse istinabe ile yapılmalıdır.¹³⁵⁸

Duruşmada bulunma ödevinden kurtarılmama, bir bakıma duruşmada bulunma hakkından yoksun bırakmadır. Bu nedenle de bu kararın istek dışı verilmesi asla kabul edilemez. Zira hazır bulunmak isteyen sanığı bu hakkından yoksun bırakmak¹³⁵⁹ müdafaa hakkını çiğner.¹³⁶⁰ Sanığın hazır bulunması sadece bir ödev değildir, aynı zamanda bir hak (No. 249).¹³⁶¹ Hazır bulunmayı açıkça isteyen sanığı duruşmasından uzak tutmağa hakkımız yoktur. Bu normun, istemesine rağmen sanığı duruşmaya almamayı mümkün kılacak biçimde yorumlanması, sanığın yokluğunda yapılan soruşturmalarda uygulanacak “Taban Kurallar”a (No. 247) olduğu kadar, duruşmanın gizliliğini bile sınırlamış olan Anayasanın, belli bir maddesine değilse bile, bütününe ve ruhuna ters düşer.¹³⁶²

Hastalık veya disiplin önemli ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastahane veya tutukevine nakledilmiş olan sanığın, sorgusu yapılmış olmak koşuluyla, hazır bulundurulmasına gerek görülmeyen oturumlar için getirilmesine mahkemece karar verilebilir (CMK 196/5).¹³⁶³

2. Sanığı ilgilendirmeyen oturumlara gelmeyebilmesi.

Birden fazla sanık hakkında yapılan duruşmalarda sanıklardan bazıları kendilerini ilgilendirmeyen oturumlarda hazır bulunmak istemiyorlarsa mahkeme buna izin verebilir: CMK 252/1-b uyarınca, sanık sayısının çok fazla olması durumunda, sanıkların bir kısmının duruşmanın bazı oturumları ile ilgileri bulunmuyorsa, duruşmanın bu oturumlarının yokluklarında yapılmasına mahkemece karar verilebilir.¹³⁶⁴ Alman kanunu da bunu açıklamıştır (StPO 231c).

3. Sanığın mahkemeden uzaklaşması.

¹³⁵⁸ Alman Kanunu, hafif hapis, para ve müsadere cezalarını gerektiren suçlarda ödevden kurtarmayı kabul etmişti. Bugün de sadece 6 aya kadar hapis veya tek başına 180 gün - para cezası gibi oldukça hafif cezalar öngören suçlarda kabul edilmiştir (StPO 233). Bizim de 226. maddemizde sadece ağırcezalık olmayan suçlarda kabul edilmişti. 1973 de yararlı olacağı ve “nasıl olsa gerektiğinde hazır bulunmasına her zaman karar verilebileceği için fazla sakınca yaratmayacağı düşüncesiyle ağırcezalıklarda da kabul edildi. Ancak bu kabul, sakıncanın artmasına elbet yol açmamalıdır. Bizce bu imkân, müdafii bulunması şartına bağlanmalıdır. O zamana kadar da önemli durumlarda yani esaslı işlemlerin yapılmasında mahkeme sanığın hazır bulunmasını gerekli sayıp sanığı gerekiyorsa zorla getirtmeli, ya da 1979-2448 numaralı kanunun hükümet gerekçesinde keşif ve muayene icrası, bilirkişi dinlenmesi, belge ibrazı gibi örnekleri sayılan bu işlemleri istinabe ile yatırmalıdır. Duruşmada bulunmadan kurtarmayı istemek, ancak esaslı olmayan işlemlerde sanığın ne diyeceğinin sorulmamasını kabul ettiği anlamına gelmelidir. Bu nedenle 226. maddeye 1979-2448 numaralı kanunla eklenen fıkradaki, çağırılmıyabilecek oturumlarda esaslı işlem yapılmaması şartının 1981-2369 numaralı kanunla kaldırılması çok isabetsiz olmuştur. Mahkemeler, hazır bulunmaya gerek görmemek bakımından fıkranın verdiği yetkileri, bu şart kaldırılmıyacağına kullanmışlardır.

¹³⁵⁹ Bu nedenle mülga CMUK 1973 değişikliğinde, duruşmadan varestede tutulmasını istemese bile, davanın görüldüğü mahkemenin çevresi dışında başka bir suçtan tutuk olan veya cezasını çeken sanığın sorgusunun oradaki mahkeme aracılığı ile yaptırılabilmesini mümkün kılan norm (CMUK 226/4), varestede tutmanın temelinde açık veya kapalı bir istek yatması ve müdafaa hakkının zedelememesi gerektiğine göre, “sanık hazır bulunmasını açıkça istemese dahi zımnen istediği kabul olunabilir” diye yorumlanmalı idi.

¹³⁶⁰ 4. CD 12/12/54 (Çağlayan, “66” II, 280).

¹³⁶¹ “İstemese bile”yi “açıkça istemedikçe” diye anlamazsak, bu norm, taban kuralların altına düşecek ve kaldırılması gerekecektir. Kaldırılmasını şimdiden isteyenler vardır (Yurtcan: Sanığın varestede tutulması, İBD 73, 786). Sanığın getirilirken kaçması veya kaçırılması tehlikesi varsa, muhakemenin nakli veya muhakemelerin birleştirilmesi düşünülmelidir. Uygulama bizim yorumumuz yönündedir (1. CD 7/2/78 YKD 78, 815). Kanun koyucu yerinde bir düzenlemeyle savunma hakkının etkinleştirilmesi için bu hükme CMK’da yer vermiştir (Özbek 2005, 930).

¹³⁶² Kunter: Sanığın yokluğunda yapılan soruşturmada uygulanacak Taban Kurallar, İHFM “43”, 1978, s. 350.

¹³⁶³ Mülga CMUK’a 1979 da eklenip 1981 de değiştirilen son fıkra ile, hastalık veya disiplin tedbiri veya zorunlu diğer sebeplerle yargılama çevresi dışında bir hastahane veya tutukevine nakledilmiş olan tutuğun, sorgusu yapılmış olmak şartı ile, hazır bulundurulmasına gerek görülmeyen oturumlara celp edilmemelerine mahkemece karar verilebileceği belirtilmişti. Biz bu fıkranın da “sanık hazır bulunmayı açıkça istemedikçe” diye yorumlanmasını zorunlu görmüştük.

¹³⁶⁴ Daha önceki basılarda bu hükmün ihdas edilmesini şöyle önermiştik: istek üzerine, belli oturumlar bakımından hazır bulunma ödevinden kurtarılmalarına engel görmüyoruz. Zira böyle bir karar, birleştirilmiş muhakemelerin geçici olarak, belli oturumlar için ayrılmasından başka bir şey değildir.

Duruşmaya gelen sanık, duruşmanın devamı sırasında savuşursa veya verilen aradan sonra duruşmaya gelmezse, evvelce sorguya çekilmiş olmak ve artık huzuruna mahkemece lüzum görülmemiş bulunmak şartları ile, hazır bulunmadığı halde de duruşmaya devam¹³⁶⁵ olunabilir (CMK 194/2).¹³⁶⁶

4. Tanık dinlenirken sanığın çıkarılması.

Sanığın yüzüne karşı suç ortaklarından birinin veya bir tanığın hakikati söyleyemeyeceğinden korkulursa, mahkeme ortağın sorgusu veya tanığın dinlenmesi sırasında sanığın mahkeme salonundan çıkarılmasını emredebilir. Sanık tekrar getirildiği zaman, hazır olmadığı vakit yapılan işlerin ve söylenen sözlerin esaslı noktaları kendisine bildirilir (CMK 200).¹³⁶⁷

5. İnzibat nedeniyle çıkarma.

Sanık duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokarsa, başkanın emriyle mahkeme salonundan çıkarılır. Bu halde sanığın müdafisi yoksa, mahkeme barodan bir müdafî görevlendirilmesini ister (CMK 204). Tekrar getirildiği zaman, hazır olmadığı zaman yapılan işlerin ve söylenen sözlerin esaslı noktaları kendisine bildirilmelidir. Eğer ihlâlde devam ederse sanık olmadan da duruşma bitirilebilir.¹³⁶⁸ 204'üncü madde uyarınca duruşma salonundan çıkarılan veya 205 inci uyarınca tutuklanan kişi sanık ise, sonraki oturumda da duruşmayı önemli ölçüde aksatacak davranışlara devam edeceği anlaşılır ve hazır bulunması gerekli görülmezse, yokluğunda duruşmaya devam olunmasına mahkemece karar verilebilecektir. Ancak bu karar, esasa ilişkin savunmanın yapılmasına engel olmayacaktır.¹³⁶⁹ Mülga Kanundaki bazı haller¹³⁷⁰ ise, Ceza Muhakemesi Kanununa alınmamıştır.

6. Kanun yolu aşaması.

Temyiz ve itiraz kanun yollarının muhakemesinde, sanık için hazır bulunmak mecburiyeti yoktur. Ancak, sanık temyiz duruşmasında hazır bulunabileceği gibi, kendisini bir müdafî ile de temsil ettirebilir (CMK 299/1). Sanık tutuklu ise, duruşmaya katılmak isteminde bulunamaz (CMK 299/2).

Kanun sanığın istinaf davasında hazır bulunması, mecburi hale getirmiştir. Tutuksuz sanığa yapılacak istinaf duruşması çağrısında, kendi başvurusu üzerine açılacak davanın duruşmasına gelmediğinde davasının reddedileceği bildirilir (CMK 281/1).

V. Çocukların yargılanmasında hazır bulunma.

¹³⁶⁵ Mülga CMUK 1981 değişikliğinde, yargılandığı suçtan ötürü yüzüne karşı verilmiş tutuklama kararından sonra firar eden sanığın duruşmada sorguya çekilmiş ve artık duruşmada hazır bulunmasına mahkemece lüzum görülmemiş olması şartı ile yokluğunda dâvanın görülerek bitirileceği kabul edilmişti.

¹³⁶⁶ 1975 Alman reformunda, meselâ açlık grevi yaparak kendisini duruşmada bulunamayacak hale getirenin de yokluğunda duruşma yapılması, soruşturma açılmasından sonra iddia hakkında dinlenmiş veya böyle bir imkân tanınmış olmak şartıyla ve bazı kayıtlarla kabul edildi (§ 231 a) (Long, 210). Duruşma hazırlığı sırasında da verilebilen bu karar hakkında tafsilât için Bkz: Yenisey, II, n. 623.2; 625.2; 646.3.

¹³⁶⁷ Sanığın kendi sağlık durumunun tartışılması veya 16 yaşından küçük bir tanığın dinlenmesi sırasında hazır bulunması, sağlık bakımından tehlikeli olacaksa salondan çıkarılabileceği 1975 Alman reformunda kabul edilmiştir (Long, 214; Grauhan, 381).

¹³⁶⁸ Kantar, 225. 1975 denberi Almanya'da, hazır bulunması zorunlu görülmemişse, duruşma düzenini bozan sanığın yokluğunda duruşma yapılabileceği ve iddia hakkında beyan bulunması imkânının verileceği açıkça belirtilmiştir (§ 231b).

¹³⁶⁹ Almanların 231b maddesinden esinlenerek yapılan bu değişiklikle (CMUK "81-2369" 379/2) geçen "engel olmamak" sözü, Almanya'da olduğu gibi, sanığa her halde bir imkân tanınacağı biçiminde anlaşılmalıdır.

¹³⁷⁰ 1) Mülga Kanunda toplanan delillere göre sanık hakkında mahkûmiyet dışında bir son karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa dahi dâvanın "gıyabında" (doğrusu hazır bulunmadan) bitirilebileceği 1985 de eklenen fıkra ile kabul edilmişti (CMUK 223/3). Fıkra da açıklık yoksa da kanunun değişmesi halinde mahkûmiyet kararı verilemeyeceğinde şüphe edilmemelidir. "Bitirilebilir" sözcüğü, duruşmanın daha önce başlamış olduğunu göstermektedir. Kaldı ki mahkeme ancak duruşmada ortaya konan delillere dayanarak karar vereceğine göre, toplanan delillere göre kanı (kanaat) dan söz edilmesi de başka bir yoruma imkân vermemekte idi. 2) Şahsî dâvada da sanığın duruşmada hazır bulunmak mecburiyetinde olmadığı, kendisini bir avukat veya dâvavekili tarafından temsil ettirebileceği kabul edilmekteydi. Ancak mahkeme lüzum görürse, sanığın hazır bulunmasını emredebilir, hattâ zorla getirtebilirdi (CMUK 356). 3) Mülga Kanunda, ceza kararnameşi itiraz üzerine yapılan duruşmada sanığın kendisini müdafî ile temsil ettirebileceği kabul edilmişti (CMUK 390).

Küçük sanık menfaati gerektirdiğinde duruşma salonundan çıkarılabilir. Küçüğün müdafii mecburi olarak, ÇKK'da sayılan diğer ilgililer ise ihtiyari bir şekilde duruşmada hazır bulunurlar (ÇKK 22/1, CMK 185).

248. ŞÜPHELİ veya SANIĞIN SAVUNMA HAKKI.

I. Sanığın erkleri.

Ceza muhakemesinin aktif süjesi olarak sanığın erkleri vardır. Kamu Hukukundan olan Muhakeme Hukukunda makama ait olan bu erkler, yetki şeklinde tecelli eder ve kamusal görev kabul edilmeyen hallerde bu erklerle, Özel Hukukta olduğu gibi, hak da denir (No. 136).

II. Savunma hakkı.

Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi süjesi olarak en önemli hakkı, Yeni Kanunun "savunma hakkı" adını verdiği *müdafa hakkıdır*. Hatta denilebilir ki, sanığın bütün hakları bir tek *müdafa hakkı* terimi içinde toplanabilir. Meselâ, işkenceye tâbi olmama hakkı, dolayısı ile savunma hakkı demektir, zira işkence müdafaaya mâni olur. Keyfi tutuklanmama hakkı da netice itibarıyla keyfî tutuklamalara karşı müdafa hakkının sağlanması demektir. Mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olması, muhakemelerin açık yapılması da hep sanığın savunması ile ilgilidir.

Savunma hakkı, hem İnsan Hakları Beyannameleri (No. 16) ile¹³⁷¹, hem Anayasa ile korunmuştur. Savunma hakkı temel haklardandır (AY 36/1). Savunma hakkı ile, dolayısı ile ilgili hükümler de vardır. Meselâ: "Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar" (AY 138). "Muhakemelerde duruşmalar herkese açıktır" (AY 141/1). "Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır" (AY 141/3).

III. Ferdi savunmanın önemi.

Savunma fert ve Devlet bakımından önemli olduğundan, savunma makamı ferdî ve toplumsal olarak ikiye ayrılmıştır. Ferdî savunma makamını sanık bizzat veya temsilcisi marifetiyle işgal ederek kendisini müdafa eder. Buna *ferdî savunma* diyoruz. Kamu yararına kabul edilmiş olan toplumsal savunma görevini yapan makamı işgal yetkisi de *müdafi* adı verilen süjeye verilmiştir. Bir diğer söyleyişle, sanığın bir müdafî ile kendisini müdafa ettirmesinin kabul edilmesi, sanığın bir fert olarak değil, toplumun bir üyesi olarak, yani toplum yararına müdafa edilmesi demektir.¹³⁷²

249. SANIĞIN FERDİ SAVUNMASI.

Savunma görevinin bizzat sanık veya temsilcisi tarafından fert olarak ve fert yararına yapılması *ferdî savunma (difense privata)* dır. Muhakeme Hukukunun bugünkü durumunda ferdî savunma tam sağlanamadığından, müdafî vasıtası ile müdafa biraz da ferdî savunma karakteri arz etmektedir (No. 129).

Ferdî savunma, sanığın veya temsilcisinin karşı-tezi ileri sürmesi, mahkemenin hükmüne bir çeşit iştirak etmesidir. Bunun içindir ki, ferdî müdafa sanık için bir hak teşkil eden birçok imkânları gerektirir.

1. Sanık duruşmada hazır bulunabilmelidir.

Bunun için sanığın yokluğunda duruşma kaide olarak kabul edilmemiştir. Sanığın yokluğunda duruşması yapılması kabul edilen istisnaî hallerde duruşmaya aynı zamanda temsilcisi olan (No. 128)

¹³⁷¹ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde, bağımsız ve tarafsız mahkeme tarafından yargılanmanın nesafet ve açık olarak yapılmasından ve müdafa için gerekli bütün tertibatın sağlanmasından bahs olunmaktadır (İHEB 10). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde de şöyle denilmektedir: "Her sanık, başlıca: a) şahsına yöneltilen isnatın mahiyet ve sebebinden en kısa bir zamanda anladığı dille ve etraflı bir surette haberdar edilmek, b) müdafaasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara malik olmak, c) kendisini bizzat veya seçeceği bir müdafî vasıtası ile müdafa etmek, eğer müdafî tayıni için malî imkânlardan mahrum bulunur ve adaletin selâmeti gerektirirse, mahkeme tarafından tâyin edilecek bir avukatın yardımından parasız faydalanmak, d) iddia tanıklarına sual sormak veya sordurmak, müdafa tanıklarının da iddia tanıkları ile aynı şartlar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek, e) duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından parasız faydalanmak hakkına sahiptir" (İHAS 6/2).

¹³⁷² Foschini, I, 268, 270.

müdafî gönderme hakkı kabul edilmekle (CMK 197) sakınca önlenmeğe çalışılmıştır.¹³⁷³ Duruşma bakımından önemli olan ve soruşturmada yapılan bazı hâkim işlemlerinde de sanık hazır bulunmak hakkını haizdir. Meselâ keşif ve muayenede, duruşmada hazır bulunamayacağından korkulan tanığın dinlenmesinde durum böyledir. Ancak tutuklular, tutuklu buldukları yerdeki mahkeme binası içinde yapılan işlemlerden gayrısında hazır bulundurulabilirlerse de bunu hak olarak isteyemezler (CMK 84/5; CGİK 92/2).¹³⁷⁴

2. İsnadı öğrenme hakkı.

Sanık aleyhindeki isnatları ve mütalâaları bizzat veya temsilcisi vasıtası ile¹³⁷⁵ öğrenebilmelidir. Meselâ sorguda sanığa isnat edilen suçun neden ibaret olduğunun bildirilmesi (CMK 147), hazır bulunmadığı hallerde verilen kararların sanığa tebliği (CMK 35) bunun için kabul edilmiştir. Muhakemenin gidişinden sanığın haberi olması savuma hakkı zaruretlerinden ise de kanun bunu sağlayacak başka hükümler koymuş, tetkik için dosyanın sanığa tevdiini tehlikeli görmüş, dosyayı inceleme yetkisini soruşturma evresinde sadece müdafie vermiştir (CMK 153).¹³⁷⁶ Fakat bu hüküm, tetkikin yasaklanması demek değildir. Denetim altında tetkike müsaade edilebilir ve edilmelidir. En iyisi, belgelerin birer suretinin, müdafî gibi, müdafî olmayan sanığa da verilmesidir (No. 257).

3. Sanık kendi fikirlerini serbestçe açıklayabilmelidir.

Sorguya çekilmesi bunun için bir çeşit savuma hakkıdır. Duruşmadaki kararlardan önce dinlenmesi de (CMK 33) bunun içindir. Duruşmada son sözün sanığa verilmesi de bunu sağlar. Sanığa *savuma bağımsızlığı* tanınması, savuma hakkının zarurî bir neticesidir (No. 125).

4. Lehe delil ikame etme hakkı.

Sanık, lehindeki maddî (CMK 147) ve hukukî cihetleri belirtebilir. Teknik müşavir (uzman bilirkişi) seçebilmesi, tanık dinletebilmesi, tanıklara sual sordurulabilmesi bunun içindir.

5. Dava açma hakkı.

Sanık müdafaasını yapabilmek üzere talî mahiyette dâvalar açabilmeli, meselâ hâkimin reddini isteyebilmeli, yetkisizlik iddia edebilmelidir.

6. Savunmayı hazırlamak için yeterli zaman.

Sanık kendini savunmak için, zaman bulabilmelidir. Meselâ çağırma kâğıdı tebliği¹³⁷⁷ ile duruşma günü arasında en aşağı bir hafta olmalıdır (CMK 176).

7. Tercümandan yararlanma hakkı.

Sanık Türkçe bilmiyorsa bir tercüman yardımından faydalanabilmelidir (CMK 202, İHAS, 6.3.c).

¹³⁷³ Müdafî gönderme hakkından bahseden 227. madde, sadece 226. maddede değil, fakat 224 ve 225. maddelerde öngörülen hallerde de uygulanacaktır. Tereddütleri yenmek için 227. maddeye 1973 de açıklık getirilmiştir. Müdafî görevini yapamayacak durumda ise bu hakkın varlığı sanığa bildirilmeden yokluğunda duruşma yapılamaz (CGK 11/2/80 YKD 81, 221).

¹³⁷⁴ Hazır bulundurulmamışsa ve müdafî de yoksa müdafî tayin edilmesi 1975 Alman reformunda kabul edilmiştir (Grauhan, 389).

¹³⁷⁵ Müdafî kaide olarak sanığı temsil etmez. Bu sebeple müdafie bildirilen, müdafî aynı zamanda istisna olarak temsilci değilse, sanığa ayrıca bildirilmelidir.

¹³⁷⁶ Erem (n. 78), Yüce (s. 46), Güral (sanığın dosyasını tetkik özgürlüğü, SBFD, 74 sa. 1-2) ve 6. CD 30/1/69 (Güral'den nakil) vekile tanınan hakkın asilden esirgenemeyeceği görüşündedirler. Alman hukukunda da kötüye kullanma ihtimali sebebiyle şüphelinin dosyayı inceleme yetkisinin bulunmadığı kabul edilmiştir (Schlüchter, 1995, 36) AİHM Öcalan kararında, sanığın iddianame dışında, dava dosyasındaki hiçbir belgeye ulaşamamasının İHAS 6/3-b ve 6/1. maddelerini ihlal ettiğini kabul etmiştir.

¹³⁷⁷ Buradaki tebliğ sözü, sanığın yokluğundaki sorsoruşturmayı düzenleyen Taban Kurallara göre, tebliğden gerçekten haberdar olma diye anlaşılmalıdır. "Birinci taban kuralın aradığı "zamanında yapılma" şartının gerçekleşmesi için, ne kadar zaman bırakılmalıdır" sorunu hâkimler, her çağırmanın özelliğini ve tebliğden gerçekten haberdar olmak gereğini gözönünde tutarak çözeceklerdir. Sanık Türkçe bilmiyorsa anladığı dille bildirmek gerektiğinden (İHAS 6.3.a), gerekli zaman, anladığı dille bildirmeden başlayacaktır. Yabancı memlekette oturanların çağırılmasında, zamanın daha uzun tutulacağı açıktır (Kunter: Sanığın yokluğunda yapılan sorsoruşturmada uygulanacak Taban Kurallar, İHFM "43", 1978, s. 356).

8. Haklarını öğrenme hakkı.

Şüpheli ve sanık haklarını öğrenme hakkına sahiptir ve bu hakkı kendisine hatırlatılmalıdır. Kanun birçok maddede bu hatırlatmayı ilgililere ödev olarak vermiştir (CMK 90, 147). Genel bir norm ile verilmesi daha isabetli olur. Açıklama gösterilmemiş olsa da bu hakkın savuma hakkından (AY 36) ve adil (hakkaniyete uygun) yargılama hakkından (İHAS 6/1) kaynaklandığı kabul edilmelidir.¹³⁷⁸ *Miranda* kararı ile Amerikan Hukuku haklarını öğrenme hakkını pekiştirmiştir. *Williams* kararında ise, susma hakkını söylemediği halde, ikna edici konuşmalar yapılarak şüphelinin konuşurulması dahi hukuka aykırı bulunmuştur.

250. ŞÜPHELİ VE SANIĞIN SUSMA HAKKI.

Susma hakkı Anayasanın 38 inci maddesinden kaynaklanır. Bu madde “suç” ile ilgili bir düzenleme içerdiği için, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında geçerlidir. Ceza dışı alanda ise, “susma hakkı” yoktur.¹³⁷⁹ Sanığın kendisini suçlamama hakkı ile ilgili AİHM kararları yol göstericidir.¹³⁸⁰

I. Konuşma mecburiyeti hakkındaki görüşler.

Sanığın hakikati bildiğini kabul edelim. Bu hakikat kendi aleyhinde ise sanık bunu saklamak isteyecektir. Sanığın özgür iradesine dayanan beyanı *ikrar* delilini oluşturur.

Sanık cevap vermeğe mecburdur, diyenler başlıca iki sebebe dayanırlar: a) Sanık beyanı delildir. Herhangi bir delil zorla elde edildiği gibi, sanık da beyana icbar edilebilir. b) Sanık, meşru otoriteye boyun eğmelidir.¹³⁸¹

Sanık cevap vermeğe mecbur edilmemelidir, diyenler sanığın sorgusunu savunma vasıtası telâkki etmekte ve sanığın kendisini savunma için, gerekiyorsa susmağa hakkı olduğunu söylemektedirler. Bunlar, özellikle cevap verme mecburiyetinin sakıncalarına dayanmakta ve insan haklarını korumak ve suistimallere mâni olmak gayesi ile de hareket etmekte, fakat ayrı yollardan gitmektedirler:

Bazılarına göre sanığın susmaya ve cevap vermemeye hakkı vardır.¹³⁸² Sanığın sorgusunu doktrin ekseriyetle, delil vasıtası olarak değil, *savunma vasıtası* olarak görmektedir. Bu itibarla cevap verip vermemenin de savunma hakkına dahil olduğu söylenmektedir.

¹³⁷⁸ Uygulamada kanunun belirttiği hallerde olduğu gibi (7. CD 26/3/85 YKD 86/4 601 belirtmediği hallerde de (6. CD 16/4/84 YKD 84/7 1116) hatırlatma aranmaktadır. İfade alma veya sorguda sanığa haklarının hatırlatılmaması, bozma sebebidir: (CGK 19.12.1994, 8-322, 343; *Cihan/Yenisey* 1997, 253). 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Kanunu ve 181 numaralı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK 43 uyarınca çıkarılan «Hasta Hakları Yönetmeliği» de (RG. 1/8/98, 23420) haklarını öğrenme hakkını düzenlemektedir (m. 15). Bu yönetmelik ötenazi’yi yasaklamıştır (m. 13).

¹³⁷⁹ Mesela, Vergi Usul Kanununun 359 uncu maddesinin (a) bendinin 2 numaralı alt bendinin “...*gizleyenler (Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi gizleme demektir) ... hakkındaaltı aydan üç yıla kadar hapis cezası hükmolunur*” bölümünün Anayasa’nın 38 inci maddesine aykırılığı nedeni ile iptaline karar verilmesi istenmişse de, bu istem red edilmiştir (AYM 31.1.2007, E. 2004/31, K. 2007/11). Red kararı, “vergi ile ilgili defter tutma yükümlülüğüne aykırı davranmanın suç olarak düzenlenmesi” ile, “bir suç ile itham edilmenin” farklı şeyler olmasına dayandırılmıştır. “Defter ibraz etme yükümlülüğü”, “kendisini suçlama” ve “bu yolda delil göstermeye zorlanma” olarak kabul edilmemiştir.

¹³⁸⁰ *Averill v. United Kingdom* (2000); *Condron v. UK* (2000); *D.N. v. Netherlands* (1975); *Funke v. France* (1993); *Heaney and McGuinness v. Ireland* (2000); *IJL and others v. UK* (2000); *J. P., K. R. and G. G. V. Austria* (App. No. 6070/73, App. Nos 15135/89, 15136/89 and 15137/89, 5 September 1989), EcmHR; *K v. Austria* (1993) A/255-B, EcmHR; *Murray, John v. UK* (1996); *Saunders v. UK* (1996); *Tora Tolmos v. Spain* (App. No. 23816/94, 17 May 1995), EcmHR; *Saunders v. UK* (1996): (para. 69: DNA testing).

¹³⁸¹ Bilhassa otoriter rejimlerde sanığın söylemeğe, hem de doğru söylemeğe mecbur edilmesi fikri benimsenir. Nasyonal Sosyalist Almanya’da sanığın da savcı gibi topluma hizmette hâkime yardımcı olması ve bencil hislerini yenmesi lüzumu ileri sürülmüştür. Ancak bu fikirler Almanya’da kanunun tâdiline kadar varmamıştır.

¹³⁸² *Bouzat*, II, 944; *Graven*: L’obligation de parler en justice, 1946, s. 106 (*Mellor’dan* naklen: L’instruction criminelle, s. 226); *Taner*, 125.

Bazılarına göre sanığın cevap verme *külfeti vardır*. Bunlara göre, cevap verme mecburiyeti veya cevap vermeme hakkı yoktur. Cevap verme bir külfettir. Külfeti yerine getirmeyen, sonucuna katlanır (No. 137). Sanığın cevap vermemesi, delillerin takdirinde elbet lehine olmaz, denilir.¹³⁸³

Bazılarına göre sanık cevap vermeme ihtiyarına malikdir. Bu da bir hak değildir, zira sanık Devlete karşı itaat etme, boyun eğme durumundadır. Hak kavramı buna mânidir.¹³⁸⁴

Bizce sanığın cevap verme mecburiyeti tezi tahkik sisteminin zarurî fakat mahzurlu bir neticesi olup kabul edilemez. Gerçekten bu mecburiyet kabul edilirse, bunun müeyyidesi de olmak lâzım gelir.

Sanığı söyletmek için işkence yoluna başvurulduğu çok görülmüştür, hâlâ da görülmektedir.¹³⁸⁵ Sanığı söyletmek için işkence şu sebeplerle kabul edilemez: İşkence insanlığa yakışmaz. Medenî bir insanın diğer bir insana işkence etmesi, ettirmesi, tasavvur dahi olunamaz. Sanığın mâsum olması muhtemeldir. İşkence kabul olunursa, mâsumlar da işkenceye uğramış olacaktır. Mâsumlardan bir kısmının işkence zoru ile işlemediği suçu kabullendiği çok görülmüştür. Bu da ceza adaleti ile, ceza muhakemesinin gayesi ile bağdaşamaz. Sanık hakikaten suçlu olsa dahi, suçunun cezasını kanun göstermiştir. Ayrıca işkence cezasına, hem de suçlu olduğu mahkeme kararı ile sabit olmadan, çarpıtılmasına imkân yoktur. Bütün medenî milletler işkenceye başvurulmasını ceza tehdidi altında yasaklamışlardır. Bazı suçların işkence yolu ile meydana çıktığı bir hakikattir. Fakat suçlar, kanunsuz, insanlığa aykırı işkence yoluna başvurmadan da, teknik yollarla meydana çıkarılabilir. Mâsumların cezalandırılmasından ise, suçluların cezasız kalmasının tercih edilmesi, ceza adaletinin esaslarından biridir.

Kanuna göre hâkim sorgunun başında susma hakkını hatırlatarak cevap verip vermeyeceğini sorar (CMK 148) (No. 349, III). Hâkim huzurunda cevap vermeyebilen bir kimse, savcıya ve polise de cevap vermeğe mecbur değildir.

Cevap verme mecburiyetinin neticesi olarak ipnotizma, narkoanaliz gibi usullere başvurulduğu görülmüştür. Bu usullerin de hakikatı söyletmediği, hakikat serumunun mevcut olmadığı, sanığı telkine müsait bir hale getirip telkin edilen hususları söylettiği de ileri sürülmüştür.¹³⁸⁶ Hattâ doğruyu söyletse dahi, bir kimsenin arzusu hilâfına ruhî ve bedenî bütünlüğüne tecavüz teşkil ettiği açıktır.

Bu usullerin uygulanmasını sanığın arzusuna bırakmak da doğru değildir. Zira kabul etmemenin aleyhte yorumlanacağı düşünülen sanık, kabule mânen icbar edilmiş olur.¹³⁸⁷ Biz cevap verme mecburiyetini kabul etmediğimize göre onun sonucunu da kabul edemeyiz.¹³⁸⁸ **İpnotizma ve narkoz-**

¹³⁸³ İtalyan Kanununun sisteminin bu olduğunu söyleyenler de vardır. *Guarneri*, 183, *Foschini*, I, 437. Fakat İtalyan Kanununun hükmünü cevap vermeme hakkı diye izah edenler çoğunluktadır.

¹³⁸⁴ *Manzini*, IV, 158.

¹³⁸⁵ Türk Ceza Kanununun 1997 Tasarısı işkenceyi müstakil bir suç olarak düzenlemiştir (m. 139-141). Yeni Ceza Kanunu da ayrı suç kabul etmiştir (YTCK 94). İşkence ve çeşitleri hak. Bkz: *Sokullu* (Akıncı), s. 225. *Nuhoğlu*, İşkence ve İşkence Suçu, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, 570 vd. *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi*, "kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tâbi tutulamaz" diyen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin öngördüğü (İHAS, 3) denetim mekanizmasının yetmediğini görmüş, Avrupa çapında, bir denetimi öngören "İşkencenin ve gayri insanî veya küçültücü ceza ve muamelelerin önlenmesine dair Avrupa Sözleşmesi"ni 26/11/87 de kabul ederek imzaya açmıştır. Türkiye, 11/1/88 de imzaladığı bu Sözleşmenin onaylanmasını 25/2/88 tarihli, 3411 numaralı kanuna uygun bulmuş ve 26/2/82 de onaylama belgesini Konseye sunan İlk Devlet olmuştur. Metin için Bkz: *Avrupa Konseyi Dergisi*, 1988/1. Daha önce de Birleşmiş Milletler "İşkenceye ve zalimce, insanlık dışı ya da onur kırıcı işlemlere veya cezalara karşı Sözleşme"yi 10/2/84 de imzaya açmıştı. Türkiye bunu da 25/1/88 de imzalamış ve 88-3441 numaralı kanunla onaylamayı uygun bularak onaylamıştır (RG 10/8/88). Bu sözleşmelerin yaygın bir şekilde kabul edilip yürürlüğe girmesi ile dünyada işkencenin hayli azalacağını umarız.

¹³⁸⁶ *Heuyer*: **Norcoanalyse et narcodiagnostic**. Avrupa Seminerinde tebliğ, (tafsilat için Bk. *Kunter*: Suçluların muayenesi mevzuunu tetkik eden Avrupa Semineri, İHFM, 1952, I-II); *Tosun*, Narko-analiz ve Ceza Hukuku, İHFM, 1962, I-II, s. 53.

¹³⁸⁷ *Cihan*, narko-analize karşı olmakla beraber, narko-analizden kaçınmağı cevaptan çekinmeye benzettiğinden, bu gerekçemizi kabul etmemektedir (Narko-analiz, MHAD., 69, s. 79, 85). Cevaptan çekinenlerin azlığı orada da manevî cebirin varlığını gösterdiğinden benzetme doğrudur. Ancak sonuç yanlıştır, zira yalan söyleme imkânı burada yoktur.

¹³⁸⁸ Narko-analizin ileride ciddi garantiler altında doğruyu bulmakta kullanılmasına taraftar olanlar da vardır. Bunlar, ilmi gelişmeye kapıyı kapamamak gerektiğini, isbat vasıtalarının sadece kanunlarda sayılanlar olmadığını narko-analizle elde edilenlerin delil olmasa bile emare olarak kabul edilebileceğini söylerler ve narko-analizin tutuklama, arama gibi kanunlarla düzenlenmesini isterler (*Tosun*: Narko-analiz ve Ceza Hukuku, İHFM., 1962, s. 70). Mesele, yeni bir isbat vasıtası, yani yeni

analiz gibi sanığın iradesini veya temyiz kudretini ihlâl eden usullere başvurulması, sanığın şahsiyetini tanıma bakımından dahi kabul olunmamaktadır.¹³⁸⁹ Hattâ şahsiyetini tanıma için görevlendirilen bilirkişiler suç konusunda öğrendiklerini meslek sırrı olarak saklamağa mecbur tutulmalıdır.¹³⁹⁰ Sorguda aldatmaya¹³⁹¹ başvurulması da, cevap vermeme imkânı ile bağdaşamaz (CMK 148).

Ancak hâkim tarafından yapılabilen bir işlem olan “sorgu”, *ikrar elde etmek için kabul edilmiş bir vasıta değildir*. Gerçi sorguda verilen cevaplar gerek ikrar şeklinde gerek çelişiklikler şeklinde olsun, delillerin takdiri bakımından çok önemlidir. Hele sanık ikrar ederse, hâkimlerin mahkûmiyet kararlarını gönül rahatlığı ile verdiklerine şüphe yoktur.

Ancak, sorgunun delil bakımından önemli olması başka şeydir, delil vasıtası olarak kabulü yine başka şeydir. *Sorgu aslında bir çeşit müdafaa vasıtasıdır*. Sorguya çekilmek sanık için bir haktır. Söyleyeceği olana sorulara cevap şeklinde olsa da, söyleme imkânı verilmelidir. Fakat söylemek istemeyeni söyletmeğe mecbur etmek savunmanın inkârı demek olur.

Sanığın cevap verme mecburiyeti kabul edilmemekle mesele tamamen halledilmiyor. Sanığın cevap vermemesinin hak mı, yetki mi, ihtiyar mı veya cevap vermesinin külfet mi olduğu meselesi de halledilmelidir.

Kanaatimizce burada bir yetki söz konusu olmakla beraber, sanık, bir insan, bir fert olarak nazara alındığından *haktan* bahsolunabileceği gibi, işkenceleri, zorlamaları büsbütün kanunsuz hale getirmek için de sanığın cevap vermemesi, bir “hak” olarak kabul edilmiştir. Gerçekten sanığın hakkı olduğu söylenmekle (CMK 90/4, 147) Devletin ona söyletmek için zorlayamayacağı kuvvetle ifade edilmiş olmaktadır.¹³⁹² Bu sebeple, cevap vermeme hakkının hatırlatılması mecburidir. Haklardan vazgeçme konusunda bakınız.

II. Diğer görüşler ve kanaatimiz.

Cevap vermeme hakkını veya cevap verme külfetini kabul edenler, farklı üç görüşe sahiptirler:

- 1) Bazılarına göre, sanık hiçbir soruya cevap vermeyebilir.
- 2) Bazılarına göre sanığın cevap vermeme hakkı sadece kendisine isnat olunan suç konusudur. Bunun dışında kalan hususlara, mesela kimlik konusundaki sorulara “doğru” cevap vermeğe mecburdur.

bir delil meselesi değildir. Narko-analizle sanık söyletilmekte ve “ikrar” elde edilmektedir. Sanığı söyletmek için de iradesini tesir edilmektedir. İnsanı şahsiyet yapan iradesi olduğundan bu iradeye tesir ediş, insanı insanlıktan çıkarmaktadır. Onun içindir ki insanın iradesini işkence, tehdit veya açlık ile yenerek söyletmek, nasıl doğru değilse, ilâçla yenerek, söyletmek de aynı şekilde doğru değildir. Sanığın iradesinin ilâçla yenilmesini, onun tutuklanması veya fotoğraf filminin veya ses bandının delil olarak kullanılması ile bir tutmada isabet görmüyoruz. Netekim iradeyi yenmeden yalanı meydana hakikaten çıkaracak bir âlet keşfedilirse, hâkim kararı ve huzuru gibi garantilerle birlikte olmak şartıyla kullanılmasına biz de taraftarız. *Tosun*, hukuka uygunluk için rızayı aramakta (I. 643), - ki biz bunda da manevî cebri görürüz-, ancak suç ile ilgili hususlar dışına çıkırılmaması ve gerek ile hayal karıştırılmaması sağlanmadıkça, ilâç etkisi altında sorguyu kabul etmemektedir (I, 754).

¹³⁸⁹ 1951 yılında Brüksel’de toplanan Suçluların Muayenesi konusunda Avrupa Seminerinin bu mevzuda verdiği karar şudur: “Kanunun, sanığın iradesini veya temyiz kudretini ihlâl eden fena muameleler, cebir, yorgunluk, hile ve ipnoz gibi muamelelere, hattâ sanık muvafakat etse dahi, başvurulmasının yasak olduğunu tasrih etmesi, keza muhakeme ve hatırlama melekelerine taarruz teşkil eden vasıtaların da kullanılmasını meneylemesi zarurîdir” *Kunter*: Suçluların Muayenesi mevzuunu tetkik eden Avrupa Semineri, İHFM., 1952, I-II).

¹³⁹⁰ Yukarıda notta sözü geçen Avrupa Seminerinde bu konuda şu karara varılmıştır: “I- Muayene mahkeme veya polis tarafından tâyin edilen bilirkişi tarafından yapılmış ise: A) 1- ...2 - ... 3- Eğer hekime itirafta bulunulmuş ise bu itiraf prensip itibariyle meslek sırrı dahilinde kalmalıdır. C) 1- Başka şahıslardan öğrenilen bilgiler tasrih edilmeyecektir; meğer ki, teşhis bakımından büyük önem arzeder. 2- Eğer bu bilgiler mahkemeye dahi bildirmemek hakkını haiz kimseler tarafından sır olarak tevdi edilmişlerse, ilgililerin muvafakatı olmadan açıklanamaz. II- Muayene müdafî tarafından tâyin edilmiş bilirkişi tarafından yapılmış ise, meslek sırrı hakkındaki bütün kaideler uygulanacaktır”. *Kunter*: Suçluların Muayenesi mevzuu tetkik eden Avrupa Semineri, İHFM., 1952, I-II).

¹³⁹¹ Hukuka aykırı vaadler de (*Cihan*: İHFM 70, 131) bizce hiyledir. İfade alırken polisin basit hiylesinin, manevî baskı kurmak için söylediği yalan beyanlardan ayrılması, yani yasak olmaması görüşü de (*Sokullu-Akıncı*, s. 224), bizce cevap vermeme imkânı ile bağdaşamaz.

¹³⁹² *Mellor*: L’instruction criminelle, s. 227.

Kanunumuz bu ikinci görüşü kabul etmiştir. Gerçekten, Kanunda¹³⁹³ “b) Kendisine yüklenen suç anlatılır. c) Müdafî seçme hakkı bulunduğu ve onun hukuki 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. e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir. f) Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır.”, denilmekte, fakat CMK 147/1-a maddesinde ise, şüpheli veya sanığın kimliğe ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırma yükümü belirtilmektedir. Mülga Ceza Kanunumuza göre de memurların kimlik ve şahsî vasıflar hakkındaki sorularını cevapsız bırakmak suçtu (Mülga CK 528).¹³⁹⁴ Yeni TCK’nun 206. maddesinde resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunma suçu, KK. 40 ıncı maddesinde kimliği bildirmeme kabahati düzenlenmiştir. Ayrıca TCK’nun 268. maddesinde işlediği suç nedeniyle kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla başkasına ait kimliği veya kimlik bilgilerini kullanan kimse, iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılır.

3) Bazılarına göre, sanık kimliği hakkındaki sorulardan gayrisına cevap vermemek hakkını haizdir.¹³⁹⁵ Meselâ mükerrer olup olmadığı, çocuğu bulunup bulunmadığı sorularına cevap vermeyebilir. Bunların kimliğin tespiti ile ilgisi yoktur.

Bizce, sanık hiçbir soruya cevap vermeğe mecbur tutulmamalıdır. Müdafaası için kimliğini de gizleyebilmelidir. Aksi takdirde cevap verirse doğru söylemesini de arayacağız, doğru söylemezse munzam ceza vereceğiz. Halbuki kimliğin bilinmesi, tekerrür gibi sebeplerle, cezanın artırılması sonucunu doğurabilecektir.

251. SANIĞIN DOĞRU CEVAP VERME MECBURİYETİ MESELESİ.

I. Sanığın yalan söylemesi sorunu.

Sanık cevap verse de hakikat kendi aleyhinde ise sanık onu gizleyecek ve yalan söyleyecektir. Acaba sanığı doğru söylemeğe mecbur etmeli miyiz?

1. Bazılarına göre sanık doğru cevap vermeğe mecburdur.

Sorguyu delil vasıtası sayan görüş ve otoriter zihniyet bunu gerektirmektedir:

a) Bu mecburiyet bazen insanlığın kabul edemeyeceği yollara başvurulmasına sebep olur. Sanığın bilmiyorum demesi kâfi değildir. İlle ikrar etmesi lâzımdır. Çünkü sanıktan şüphelenenlere göre doğru beyan, sadece ikrardan ibarettir. Doğruyu söylemek için sanığın iradesi işkence, hile veya ilâçlarla yenilmeğe çalışılmaktadır.

b) Mecburiyet bazen ceza ile sağlanmak istenir ve sanık tanıklığa zorlanır. Anglosakson memleketlerinde uygulanan sistem budur. Sanık delil olmak üzere beyanda bulunmağa mecbur değildir, fakat beyanda bulunmak isterse tanık gibi yemin etmeğe ve doğru söylemeğe mecburdur. Aksi takdirde yalan tanıklık cezası ile cezalandırılır. Sanığı kendi muhakemesinde tanık durumuna sokan bu sistem¹³⁹⁶ sanığı ya yalan yere yemin etmeğe mecbur edip munzam bir ceza ile cezalandırılmasına sebep olur yahut ceza korkusu ile hiçbir beyanda bulunmamasına yol açar. Bazan da sanığın yalan beyanının, tanık beyanından ayrıca, bir muhakeme hilesi olarak cezalandırılması istenir.¹³⁹⁷ Bu sistem de sanığın ya

¹³⁹³ Mülga CMUK 135 şöyle idi: “kendisine yüklenen suç anlatılır, müdafî seçme hakkının bulunduğu müdafî tayin edebilecek durumda değilse baro tarafından tayin edilecek bir müdafî talep edebileceği ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği, isterse müdafîin ifade veya sorguda hazır bulunacağı bildirilir; yakınlarından istediğine, yakalandığını duyurabileceği söylenir. Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını talep edebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe sebeplerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek imkânı verilir.”

¹³⁹⁴ Zarar doğmuşsa veya doğması muhtemelse 343. maddenin uygulandığı vardır (6. CD 25/12/70 RKD 71, 62).

¹³⁹⁵ Perucci (Mario): *Dovere di veridicità e dritto di difesa dell'imputato* Diritto criminale e criminologia, 1958, s. 286.

¹³⁹⁶ Tafsilât için Bkz. Palermo Kongresi zabıtları (1933), s. 688.

¹³⁹⁷ Erem, n. 35.

munzam ceza görmesine veya susmasına sebep olur. Sanığın yalan söylemesi bile icabında hâkim için kıymetli olabilir. Çelişikliğe düşmesi, diğer delillerin kıymetlendirilmesinde büyük bir rol oynayabilir.

2. Bazılarına göre sanık doğru cevap vermeğe mecbur değildir.

Bu tez taraftarları, sanığın kendini koruma içgüdüğü ile yalan söyleyeceğini ileri sürerek, “kanun sanığın yalan söylemesine de müsaade etmelidir” derler. Türk Ceza Kanunu da bir çok kanunlar¹³⁹⁸ gibi, tanığın yalan beyanını cezalandırdığı halde, sanığın yalan beyanını cezalandırmamıştır. Kanaatimizce da doğru olan budur. Sanığı doğru söylemeğe mecbur etmek, insan yaradılışına aykırı olur. Sanığı serbest bırakalım. Hileyle, tehdide, telkine başvurmayalım. Sanık kendisini müdafaa etsin, bu arada da hattâ yalan söylesin. Bu sırada çelişikliğe düşmesi, hiç cevap vermemesinden daha iyidir. Bu çelişiklik sayesinde sanığın yalan söylediğini hâkim anlayacaktır. Hele teknik ilerler ve hiçbir tehlike arz etmeden sanığın sözlerinin yalan¹³⁹⁹ olup olmadığını gerçekten meydana çıkaran bir âlet keşfedilirse hâkim garantileri ile kullanılması gereken olan bu âlet sayesinde sanığın söylediklerinin yalan olduğunu kolayca anlayacak ve muhakeme de gâyesine kolayca varabilecektir.

Sanığın kendisini savunmak amacıyla kendisine yüklenen suçun bir başkası tarafından işlendiğini söylemesi, yani yalan söyleyerek iftirada bulunması durumu (atf-ı cürüm) konusunda Ceza Kanunundaki düzenleme savunma dokunulmazlığını reddeder niteliktedir: Kimliği sorulduğunda, kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla başkasının kimliğini vermek iftira olarak düzenlendiğine göre savunma dokunulmazlığının sadece hakaret suçlarında mı geçerli olduğu, yoksa genişletilebilir nitelik mi taşıdığı konusundaki tartışmaya yer kalmamıştır.

30. § MÜDAFİ

252. Müdafinin süjeliği ve şartları. 253. Müdafinin ödevleri. 254. Müdafinin hürriyeti. 255. Müdafinin sanığı temsil yetkisi. 256. Müdafiyeye ayrıca bildirme. 257. Müdafinin dâva dosyasını inceleme yetkisi. 258. Müdafinin tanık ve bilirkişilere “karşılıklı soru sorma” yetkisi. 259. Müdafinin hazır bulunma yetkisi. 260. Müdafinin gözaltındaki veya tutuk şüpheli ile görüşme ve yazışma yetkisi. 261. Müdafinin kanun yolu dâvası açma yetkisi.

252. MÜDAFİNİN SÜJELİĞİ VE ŞARTLARI.

Müdafî, toplumsal müdafaa makamını işgal ettiğinden, makam yönünden süjedir. Ceza muhakemesi hukukunda müdafîlik *sui generis* bir muhakeme hukuku süjesidir. Her avukat otomatik olarak “müdafî” hukuk durumuna girmez. Soruşturma evresinin gizliliği kuralı bulunduğundan, kanun sadece “müdafî” olan avukatın dosyayı inceleme yetkisi bulunduğunu kabul etmiştir (CMK 153).

I. Makam yönünden süje olabilmek için müdafide aranan şartlar.

1. Avukat olmak.

Herkesin müdafî olabilmesi kabul edilmemiştir. Ancak avukatlık yapmaya yetkili olanlar müdafî olabilirler (CMK 2/1-c).¹⁴⁰⁰ İstisna olarak, askerî mahkemenin bulunduğu dönemde o yerde avukat yoksa subaylar da bazı şartlarla müdafîlik yapabiliyordu (mülga AsMK 86/2).

¹³⁹⁸ Almanya’da durum böyledir. Ancak yalanın anlaşılması, Yüksek Mahkemenin de kabul ettiği gibi, sanığı olumsuz duruma soktuğundan ve bu da cezanın tâyininde kendisini gösterebildiğinden, sanıkların doğruyu söylemek hususunun ciddi bir baskı altında olduğu kabul edilmektedir (Herrman, 73).

¹³⁹⁹ Yalan gösteren âletler henüz yalanı % 100 ortaya çıkaramamaktadır. *Tosun/Gürelli: Heyecan göstergesi ile yalanın bulunması ve ceza Hukuku, İHFM 64, 524).*

¹⁴⁰⁰ 1938-3499 numaralı mülga Avukatlık Kanunu yürürlüğe girdiği tarihte dâva vekili ruhsatnamesini haiz olanlar beş avukat bulunmayan yerlerde vekâlet icra edebileceğinden (1969-1136 numaralı AvK g.m 13), müdafî olabilirler. Ancak en az üç avukat veya dâvavekili olmayan yerde dâva ve iş takip etmeleri AvK g.m. 17 ile kabul edilen kişiler, dâvavekili dahi olmadıklarından, ceza muhakemelerinde müdafîlik görevi yapamazlar.

Avukatlıktan doğan yetkilerin kullanılabilmesi için, Baroya kaydolmak şarttır. Bu şartları yerine getirmeden avukatlık yetkilerinin kullanılması suçtur (AvK 63).

Yabancıların Türkiye’de avukatlık yapabilmeleri, diğer ülkelerde olduğu gibi¹⁴⁰¹ kabul edilmemiştir. Yabancı avukatların Türkiye’de tutuklu veya gözaltında bulunan şüpheli veya sanıklarla görüşmeleri kabul edilemez. Ancak Avrupa Topluluğuna üye Devletler arasında istisna vardır.¹⁴⁰²

2. Avukatlık yasağı bulunmamak.

Avukatlık yasağı şu hallerde vardır: a) Hâkim veya savcının eşi veya yakınları o hâkim veya savcının baktığı işte avukatlık yapamaz (AvK 13), b) Belli kamu görevi yapanlar (meselâ milletvekilleri, belediye meclisi üyeleri) belli tüzel kişiler aleyhine iş alamaz (AvK 12, TBMM üyeliği ile bağdaşmayan işler hakkında 1884.3069 numaralı K. m. 3)¹⁴⁰³, c) Terör suçlarıyla TCK 220 ve 314 de sayılan suçların tutuklu ve hükümlülerinin müdafii veya vekil olup hakkında sayılan bu suçlar nedeniyle kovuşturma açılan yasaklanmış müdafii (CMK 151/3).

3. Aynı muhakemede tanık olmamak.

Tanık, taraflardan gayri bir kimse olmalıdır. Müdafii, makam yönünden süje olarak müdafaa tarafına geçtiğinden tanıklık görevini yapamayacaktır.¹⁴⁰⁴ Tanığın yerine başkası konamadığından, müdafilik görevini başkası da yapabileceğinden müdafiiin tanıklığı tercih etmesi gerekir.

4. Aynı muhakemede sanık durumunda olmamak.

Sanığın bizzat müdafaaası, ferdi müdafaaadır. Avukat olan sanık kendini müdafii sıfatı ile değil, fakat sanık sıfatı ile müdafaa edecektir.

Sanıklık ile müdafilik bir arada bulunmayacağından birleştirilerek görülen muhakemelerin birinin sanığı diğerinde müdafilik yapamaz.

5. Menfaatlerde uygunluk olmak.

¹⁴⁰¹ Alman Avukatlık Kanunu’nun 4 üncü maddesine göre de, Almanya’da avukatlık yapabilmek için Alman Hâkim ler Kanununun aradığı şartlara sahip olan bir kişinin izin almak üzere başvurması gerekir. Eyaletlerden birinde hâkim lik yapmak yetkisini kazanan bir kişi, diğer eyaletlerde de başvuruda bulunabilir (madde 5). Aynı yasanın 7 inci maddesine göre, avukatlık yapma engellerinden birincisi, Alman Anayasa Mahkemesinin bu kişi tarafından bir temel hakkın ihlal edilmiş olduğuna dair karar vermesidir (madde 7/1). Bunun dışında, demokratik hukuk devletinin temel düzenini, cezalandırılabilir bir şekilde ortadan kaldırmaya çalışan bir kişi de avukatlık yapamaz (madde 7 § 6). Almanya’da avukatlık yapabilmek için belli bir yerde büro açmak lazımdır (madde 18). Bunun yanı sıra, 26 ncı maddeye göre, yemin etmek de şartlardan biridir. Yasanın 29 uncu maddesine göre diğer bir Alman avukat, Almanya dışındaki diğer eyaletlerde büro açabilir. Böyle bir işlem yapması, ülkedeki çalışmalarını engellemez.

¹⁴⁰² Bu yönde Alman Avukatlık Kanunu’na 1989 yılında eklenen 206 inci madde ile, yabancı Devlet vatandaşı olan avukatların Almanya’da meslek icra etmeleri kabul edilmiştir. Şartları şöyledir: a) Avrupa Topluluğuna veya Avrupa Ekonomik Topluluğuna üye Devlet vatandaşı olmak, b) Sadece yabancı hukuk veya milletlerarası hukuk alanında çalışma yetkisine sahip olmak, c) başvurusu yerel Baro ve Adalet Bakanlığı tarafından kabul edilmek, d) kabul edildiği çevrede bir büro olmak. Bu şartlara uyulmazsa, verilen izin geri alınır.

¹⁴⁰³ Alman kanunu, avukatlık yasağı dışında, müdafilik yasağını da öngörmüştür. Bu haller arasında, meselâ dâva konusu eyleme katıldığı veya sanıkla ilişkisini suç işlemek veya infaz kurumunun güvenliğini önemli derecede tehlikeye düşürmek için kullandığı, sanık mahkûm olursa suçtan yararlanacağı yolunda kuvvetli şüphe bulunması ve müdafii olarak görev yapmasının Devletin güvenliği bakımından tehlike doğurabileceği şüphesini oyların haklı göstermesi vardır (StPO 138a, 138b ve 138c). Hâkim ve savcılar ayrıldıkları mahkemede iki yıl avukatlık yapamayacaklarına ilişkin bir hüküm vardı. Bu kural Anayasa Mahkemesinin 15.10.2002 tarih ve E. 2001/309 K. 2002/91 sayılı kararı ile iptal edilmiştir (AvK 14). Sıkıyönetim mahkemesi bakımından bu süre üç yıldır (AvK “1981-2442” 14/3).

¹⁴⁰⁴ k-m: Erem, n. 218. Önce tanıklık yapan sonradan müdafilik yapabilir (CGK 13/3/67 Alicanoğlu 220). Fakat o zaman da tanıklığı gölgelenir. Alman hukukunda müdafiiin tanık olabileceği kabul edilmektedir (Roxin: Prüfe dein Wissen, 1997, 39).

Birden fazla sanığın menfaatleri birbirine uygunsa, bir kişi hepsinin müdafiliğini¹⁴⁰⁵ yapabilir (CMK 152).¹⁴⁰⁶ Menfaatler çatışıyorsa, meselâ suç birbirine atıyorlarsa, müdafiler ayrı kişiler olmalıdır. Aynı sebeple, aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalâa vermiş kimse, diğer tarafın müdafiliğini yapamaz (AvK 38 b).¹⁴⁰⁷

6. Aynı işe hâkim, hakem, savcı veya memur sıfatı ile el koymuş bulunmamak.

Bu sıfatlarla işe önce el koymuş olan kimseler avukatlığı kabul edemezler (AvK 38, c).

II. Müdafinin vekâletnamesini göstermesi sorunu.

Müdafinin vekaletnamesi aranmaz. Özellikle, yakalanan kişinin dosyasını inceleyecek olan avukattan vekaletname istenmesi (KalemY 45), müdafiden beklenen hukuki yardımı engeller niteliktedir. Zira, ifade alma öncesinde yapılan görüşme için vekaletname koşulu yoktur (CMK 154).

Vekaletname sadece gaip sanık için aranıyordu (CMUK 273) (No. 131). 2004 Kanun koyucusu gaiplikle ilgili maddeleri azaltırken, bunu da kaldırdı. Kaçaklarla ilgili düzenleme yapan kanun koyucu kaçak hakkında duruşma yapılan hallerde, müdafii yoksa mahkemenin barodan bir avukat görevlendirilmesini, yani zorunlu müdafiliği kabul etti ise de burada da vekaletname koşulu öngörmedi (CMK 247/son). Esasen kişi kaçak olduğu ve ele geçirilemediği için vekaletname alınması olanağı da yoktur.

Bunun dışında Kanunun vekaletname bulunmasını öngördüğü İki hal tespit edebildik: Birincisi kanun yoluna başvurudan vazgeçebilmek için müdafinin bu konuda vekaletnamede özel yetkili kılınmış olması gerekir (CMK 266/2), İkincisi sanığın duruşmadan bağışık tutulmasını talep eden müdafinin vekaletnamesinde bu konuda yetkili kılındığına dair açıklık olması gerekir (CMK 196/1). Üçüncü olarak da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru yapılırken ya bizzat başvuru yapılmalıdır veya özel yetkili bir vekil aracılığıyla başvuru yapılması kabul edilmiştir. Ceza muhakemesi hukukunda bunun dışındaki hallerde müdafinin vekaletname ibraz etmesi aranmaz ve aranmamalıdır. Vekaletname gösterilmesi açısından Yönetmelik ile getirilen düzenlemeler hukuka aykırıdır.

III. Zorunlu Müdafilik

kk

Ceza Muhakemesi Kanunu 150 inci maddesi ile zorunlu müdafilik öngörmüştür.^{488a} @YAZ

¹⁴⁰⁵ Alman Hukuku, Türk Hukukundan farklı olarak (CMK 152), birden fazla şüpheli veya sanığın aynı muhakeme içerisinde bir tek müdafii tarafından savunulmasını yasaklamıştır (StPO 146). Alman hukuku aynı fiil sebebiyle şüpheli/sanık olanların, aynı müdafii ile temsil edilmesini, menfaatlerinin çatışabileceği gerekçesi ile yasaklamaktadır. Şüpheli/sanıklardan biri öldüğünde, diğerinin müdafiliğini üstlenebilir (*Roxin: Prüfe dein Wissen*, 1997, 39).

¹⁴⁰⁶ Almanya'da 1975 denberi, menfaatlerde çatışma ihtimaline karşı birden fazla sanığın müdafiliği yasaklanmıştır (StPO 138b) (*Grauhan*, 380).

¹⁴⁰⁷ Meselâ şahsî dâvacının veya katılanın vekillliği ile müdafilik bağdaşamaz (2.CD 9/6/48 *Çağlayan*, "66" I, 744). *Erem* (n. 93.ç) kanundaki "menfaatlerde uygunluk" yerine "savunmada bağdaşmazlık" denilmesini önermektedir.

^{488a} CGK 30.5.2006-131/146 (ŞAGYÖE 2008, 877): Somut olayda kasten adam öldürme suçundan hüküm giyen küçük sanığın iradesi ile, zorunlu müdafinin kanun yoluna başvurma konusunda iradenin çelişmesi halinde, bunlardan hangisinin iradesine itibar edileceği, başka bir ifade ile, küçük sanığın temyizden vazgeçtiği hallerde, müdafinin açtığı temyiz davasının kabule şayan olup olmadığı tartışılmıştır. CMK 150/2 de zorunlu müdafilik düzenlenmiştir. CMK 266 ise, kural olarak, müdafinin kanun yoluna başvurması veya bu başvurudan vazgeçmesinin, asilin iradesine bağlı olduğunu kabul etmiştir: "*kanun yoluna başvurduktan sonra, bundan vazgeçilmesi mercii tarafından karar verilinceye kadar geçerlidir. Müdafinin veya vekilin başvurudan vazgeçebilmesi, vekaletnamede bu hususta özel yetkili kılınmış olması koşuluna bağlıdır. CMK 150/2 uyarınca kendisine müdafii atanmış şüpheli veya sanık yararına açılan kamu davalarında veya vazgeçmelerde şüpheli veya sanık ile müdafinin iradesi çelişirse, müdafinin iradesi geçerli sayılır*", hükmü yer almaktadır. Somut olayda; hüküm verildikten sonra, tutuklu ve 18 yaşından küçük olan sanıklar, ceza evi müdürlüğü aracılığı ile haklarındaki hüküm temyiz etmek istemediklerini bildirmişlerdir. Bu nedenle, müdafinin kanun yoluna başvurma iradesine üstünlük tanınarak, temyiz incelemesinin yapılması gerekmektedir. Öte yandan, her ne kadar, sanık tahliyesine karar verilmesi talebinde bulunmuş ise de, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının kapsamına göre, dosyanın esasının Ceza Genel Kurulunda incelenmemesi gerekir. Bu konuda temyiz incelemesi sonunda bir karar verilebilir. Tutukluluk halinin özel dairesince yapılacak temyiz incelemesinde değerlendirilmesi gerekir. Görüldüğü gibi, temyiz aşamasında tutukluluk durumunun değerlendirilmesi, Ceza Genel Kurulunda değil, özel dairede yapılmaktadır.

253. MÜDAFİNİN ÖDEVLERİ.

Müdafî bazı ilişkilerde pasif süje durumundadır, yani ödevleri vardır. Bu ödevler, ilişkinin farklı aktif süjelerine karşıdır. Aktif süje çok defa sanıktır.

I. Müdafinin mecburî ödevleri.

1. Müdafî, kabul ettiği müdafaa görevini yapmak mecburiyetindedir.

İlgililerce seçilen müdafî, bu görevi yapmazsa seçen kimse onu azle de yetkilidir. Baro tarafından tâyin edilen müdafî de duruşmada hazır bulunmaya ve görevini yapmağa¹⁴⁰⁸ mecburdur.¹⁴⁰⁹ Duruşmada hazır bulunmazsa, vakitsiz olarak duruşmadan çekilirse veya görevini ifadan kaçınırsa, başkan veya hâkim derhal diğer bir müdafî tâyin edebilir. Bu takdirde duruşmanın tâlikine de (ara verme) karar verilebilir. Görevlerini ifa etmeyen müdafî hakkında disiplin cezası uygulanır (AvK 134).

2. Müdafî kabul ettiği müdafaa görevini dürüstlükle yapmak mecburiyetindedir.

Müdafî, teklif olunan işi kabule mecbur değildir. Fakat kabul edince dürüstlükle yapmağa mecburdur. Müdafîin görevi, muhakemede diyalektiği sağlamak, iddianın tezine müdafaaanın karşı-tezini ileri sürüp hâkimin karar vermesini kolaylaştırmaktır (No. 17, 20, 124). Avukatlık Kanunundaki (m. 2) *adalet hizmeti* tâbirini bu mânada anlamak lâzımdır.¹⁴¹⁰ Bu dürüstlük mecburiyeti dolayısı ile, müdafîin kendisine karşı bağımsızlığının da bir sınırı vardır. Eğer müdafî sanık aleyhinde sonuç verecek şekilde ilmî kanaatlerine bağlı kalırsa, görevini dürüstlükle yapmamış olur¹⁴¹¹ Müdafîlik ve hukuk müşavirliği başka başka şeylerdir.

Müdafî müstakil bir adalet organı olarak müdafaa görevini yerine getirdiği için, yalan söylememek, gerçeği söylemek mecburiyetindedir¹⁴¹².

II. Müdafîin sır saklamak mecburiyeti.

Sanık, hekime olduğu gibi, avukatına da serbestçe açılabilmelidir ki müdafî görevini lâyıkı ile yapabilsin. Eğer müdafîin sır saklama mecburiyeti kabul edilmezse, sanık müdafîine karşı da hakikatı gizlemek mecburiyetini duyar ve bundan müdafaa müessesesi zarar görür. Bunun içindir ki, müdafîlerin sır saklama mecburiyeti kabul edilmiş, bunu sağlayacak tedbirler alınmıştır:

1) Müdafîler bu sıfatları dolayısı ile vâkıf oldukları sırlar hakkında tanıklığa mecbur olmayıp (CMK 46), tersine, sırları saklamağa mecburdurlar (AvK 36). Bu sırrın açıklanması bir suç teşkil eder. Sır sahibi muvafakat etse dahi, avukat tanıklıktan çekinebilir (AvK 36/2).¹⁴¹³

¹⁴⁰⁸ CGK, E. 1998/2-14, K. 1998/74, T. 10.3.1998. 11. CD, E. 2008/4307, K. 2008/10114, T. 9.10.2008. 1. CD, E. 2008/4532, K. 2008/4461, T. 28.5.2008.

¹⁴⁰⁹ Kanunun mecburî kıldığı bir halde mahkemece tâyin edilen müdafîin, eski kanunun tâbiri ile “müdafaa vekilinin” hiçbir sebep göstermeksizin beraat talep etmesini Yargıtay, mecburiliğin kabulündeki gayeye aykırı bulduğu için, bozma sebebi saymış, “ihtar olunmalı, gerekiyorsa başkası tâyin edilmeliydi” demiştir (3 Mart 1328, Mecmuai Mukarretü Temyiziye, Ceza Kısmı, İst. 1331, s. 7). 5. CD. 16.3.95 (E. 1995/415 K. 1995/676): CMK'nın kuralları arasında kıyas geçerlidir. Yasanın 138 inci maddesine göre barodan görevlendirilen müdafî yönünden mahkeme başkanınca tevdi edilen denetim görevinin, veli ya da vasisi tarafından sanığa tutulan müdafîyi de kapsayacağı kıyas yolu ile kabul edilmeli ve 141 inci madde bunlar hakkında uygulanmalıdır. Müdafîi duruşmada hazır bulunmaz ise vakitsiz olarak duruşmadan çekilirse ya da görevini yerine getirmekten kaçınır ise bu hususlar mahkemece re'sen gözetilir ve yeni bir müdafîi görevlendirilir (Özbek 2005, 666).

¹⁴¹⁰ Bizim adalet hizmeti dediğimize “doğruyu söylemek ödevi” diyen Alman hukuku, bu ödevle müdafîin sır saklama ödevini bağdaştırmak için şu formülü bulmuştur: Müdafîin söylediklerinin hepsi doğru olacaktır. Fakat müdafî her doğruyu söylemeyecektir (Hermann: 72).

¹⁴¹¹ Manzini, II, 485.

¹⁴¹² Müdafaa görevinin niteliğinden anlaşıldığı üzere, gerçeği söyleme mecburiyeti, müvekkili aleyhinde olan hususları açıklamak mecburiyetini gerektirmez (StGB 203). Diğer bir ifade ile müdafî maddi gerçeği ortaya çıkarmak amacıyla, müvekkili aleyhine olacak bir şekilde müdahalelerde bulunmak mecburiyetinde değildir; bunu yaptığı takdirde şüpheliye zarar verecek ise, müdahalede bulunmamak mecburiyetindedir. Müdafîin gerçeği söylemek mecburiyeti, şüphelinin aksine, yalan söylememesini gerektirir. Eğer müdafî yalan söylerse, diğer şartları da oluşursa, suçluyu kollama suçu işlemiş olabilir (StGB 258).

¹⁴¹³ Tosun, I, 460.

2) Sanık ile müdafinin birbirlerine yazdıkları şeylere, müdafî yanında buldukça elkonulamaz (CMK 126),

3) Tutuk sanık ile müdafinin birbirlerine yazdıkları şeylere, nerede olursa olsun, elkonulamaz. Bu hükmün istisnası 2006.5532 SK ile değişen TMK 10. maddesinde öngörülmüştür.

4) Yakalanan veya tutuklu bulunan kişi vekaletname aranmaksızın müdafî ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafî ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz (CMK 154). Bu kurala da terör suçları açısından istisna getirilmiştir (TMK 2006.5532 SK ile değişen 10-b).

254. MÜDAFİNİN HÜRRIYETİ.

Müdafinin yetkilerinin başında, hürriyeti gelir. Gerçekten, müdafî, görevini yaparken hür olmalıdır. Hür olmayan bir müdafa, şeklen müdafa olup hakikatte müdafa değildir. Müdafinin hürriyeti çeşitli bakımlardan söz konusu olur.¹⁴¹⁴

I. Müdafî yürütme ve yargılama kuvvetlerine karşı hür olmalıdır.

Bir diğer söyleyişle bu kuvvetler, ne şekilde müdafa yapacağı hakkında müdafîye talimat verememeli, müdafinin müdafa görevini yapmasına tesir edememelidir.¹⁴¹⁵ Duruşmanın idaresi ve disiplini hakkındaki başkanın yetkileri müdafinin hürlüğüne mâni olmamalıdır. Hâkimin disiplin bakımından tutuklama ve hattâ cezalandırma yetkisi bu nedenle müdafîye teşmil edilmemiştir (No. 474).

II. Müdafî sanığa karşı da hür olmalıdır.

Müdafîyi sanık seçse ve icabında azledebilse de, müdafî müdafaasını tâyinde tamamen serbest olmalıdır. Sanık ferdî müdafaasında, kendisine müdafî tarafından tavsiye olunan yolu tutmayabilir. Fakat müdafî de sanığın tutumu ile kendini bağlı hissetmez. Müdafa bakımından böylece iki yol tutulmuş olması mümkündür. Bu takdirde mahkeme her iki tutumu da nazara alır. Fakat iki tutum birbirine zıtsa, bazılarının göre sanığın, bazılarının göre müdafîin tutumunun, bazılarının göre de sanığın lehinde olan tutumun tercih edilmesi uygun olur.¹⁴¹⁶ Biz bu sonuncu görüşe katılıyoruz. Kanunumuz ise birincisini kabul etmiştir (No. 261).

III. Müdafî üçüncü şahıslara karşı da hür olmalıdır.

Duruşma sırasında dinleyiciler müdafî üzerinde baskı yapamamalıdır. Duruşma sırasında disiplini bozan şahısları başkanın dışarı çıkarabilmesi bunu da sağlar. Halkın müdahalesi fazla olursa, kamu güvenliğini koruma için duruşma gizli de yapılabilir. Avukatların görevlerinden doğan veya görev esnasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine tâbi tutulmuştur (AvK 58/1). Bu da avukatları üçüncü şahısların tecavüz ve iftiralara karşı koruyarak bağımsızlıklarını sağlamaktadır. Müdafî basının baskısına karşı da korunmalıdır. Buna Anayasa imkân vermektedir. Gerçekten Anayasa, basın hürriyetinin, yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak üzere, kanunlarla sınırlanabileceğini kabul etmiştir (No. 180). Yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi tâbiri içinde müdafîin görevinin yerine getirilmesi de vardır, çünkü müdafî görevini yapamazsa, yargılama makamları da görevlerini hakkiyle yapamazlar.

IV. Müdafî, Baroya karşı da hür olmalıdır.

Meslek kuruluşu olan Baro, müdafaayı şöyle veya böyle yapması yolunda emir, talimat verememelidir.¹⁴¹⁷

V. Savunma bağımsızlığı.

¹⁴¹⁴ Foschini, I, 295. “Hürriyet” yerine “bağımsızlık” teriminin kullanılmasından yana değiliz. Bağımsızlık hâkim e ait bir sıfattır.

¹⁴¹⁵ Tosun, I, 612; Centel, 60.

¹⁴¹⁶ Foschini, I, 309.

¹⁴¹⁷ Belli suçlardan biri ile hakkında kamu dâvası açılan avukatın işten yasaklanması mecburiyeti (AvK “1984-3003” 154), savcı kamu dâvasını bakanın emri ile açabildiğine göre, yürütmenin müdafaayı engelleyebilmesi sonucunu doğuracağından, müdafîin hürriyetini zedeleyicidir. Madde değiştirilmelidir.

Müdafî, müdafaası sırasında acaba sözlerim suç teşkil edecek mi diye düşünürse, yine serbestçe müdafaada bulunamaz. Bunun içindir ki sanık gibi müdafie de “savunma bağışıklığı” (No. 125, 249) tanınmıştır.

Savunma bağışıklığı, müdafa hakkının kullanılması bakımından tanındığından, hele kanunumuz sadece hakaret suçlarında kabul ettiğinden, müdafa hakkının kötüye kullanılması demek olan suç tasnii, iftira, tanıkları yalan beyana teşvik gibi suçlarda bağışıklık söz konusu değildir.¹⁴¹⁸

VI. Müdafî kendisine karşı da hür olmalıdır.

Avukat kendisine teklif olunan işi hiçbir sebep beyanına mecbur olmaksızın reddedebilir (AvK 37). Müdafie bu hürriyeti sağlamak, kendi düşüncesi aleyhinde bir müdafa yapmak onu mecbur etmemek içindir. Avukat kendisine yapılan teklifi haksız veya yolsuz bulursa reddetmeğe mecburdur (AvK 38a). Bundan sanığın suçlu olduğunu anlarsa, müdafaasını kabul etmeyecek mânâsı çıkarılmamalıdır. Suçlunun da kanunun gösterdiği cezadan daha fazlasına çarptırılmaması ve muhakeme esnasında haklarının korunması için müdafaaya ihtiyaç vardır¹⁴¹⁹ ve bu müdafa toplumun da yararınadır.

Müdafie sır saklama yetkisi, hattâ ödevi verildiğine göre, müdafî sanığın aleyhindeki hususları bildirmeğe, aleyhteki delilleri vermeğe de mecbur değildir. Müdafî, sanığın suçlu olmadığını, sanıktan öğrenmişse, sanık istemese de bunun delillerini ileri sürebilir.¹⁴²⁰ Eğer müdafî bu bilgiyi görevi dışında öğrenmişse, tanıklığı tercih etmelidir (No. 252).¹⁴²¹

255. MÜDAFİNİN SANIĞI TEMSİL YETKİSİ.

Müdafî, Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından sanığın her zaman temsilcisi olmamakla beraber, bazı hallerde kanun ona temsilcilik yetkisi de vermiştir (No. 128).

256. Müdafîye ayrıca bildirme.

Müdafî, medenî muhakemedeki vekilden farklıdır ve müstakil bir durumu vardır. Bu sebeple sanığa bildirme müdafie bildirme yerine geçmediği¹⁴²² gibi müdafie bildirme de müdafî sanığın temsilcisi olmadıkça (No. 128), sanığa bildirme yerine geçmez (No. 249, 267, III) ve sanık ile müdafie ayrı ayrı bildirme gerekir (TebK “85-3220” 11/1).¹⁴²³ Bu bildirme, doğrudan doğruya olabildiği gibi, tebliğ şeklinde yani vasıtalı da olabilir (No. 285).

¹⁴¹⁸ Mesela, CGK 20.10.1998 (E. 1998/4-225, K. 1998/316, YKD 1998/1697): Temyiz dilekçesinde «insan hukukçuluğundan utanıyor, bizi Afrika kanunları ile idare ediyoruz zannederler» sözleri yer alan sanık avukatın eyleminde savunma sınırını aşan sözlerin hakaret oluşturması nedeniyle mülga TCK 266/3, 486 maddelerdeki suç oluşmuştur, demiştir.

¹⁴¹⁹ *Manzini*, II, 486.

¹⁴²⁰ *Manzini*, II, 487. k-m: *Donay*: Tez, 157.

¹⁴²¹ *Foschini*, I, 301.

¹⁴²² 1. CD 7/3/67 RKD 68 III/2 52 CGK 5/3/79 YKD 79, 1347; k-m: 5. CD 16/1/68 RKD 68 III/2 19.

¹⁴²³ 1985 de Tebligat Kanunu’nun 11 inci maddesinin 1 inci fıkrasına “*Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun, kararların sanıklara tebliğ edilmelerine ilişkin hükümleri saklıdır*” cümlesi ilâve olunmuştur. Kanunumuzun sistemde, sadece müdafîin aynı zamanda temsilci olduğu istisnâ hallerde sanığa ayrıca bildirme gerekmediği hatırlanmalıdır. Bunun anlamı, istisna dışında yani müdafîin sanığı temsil etmediği her halde sanığa ayrıca bildirme gerektiği ve dolayısı ile hazır olmayan sanığın kanun yoluna gitme hakkının tebliğden başladığıdır. Bu nedenle, bir karar hazır bulunan müdafie tefhim edilmişse, hazır bulunmayan sanığın kendisine yapılan tebliğden sonra kanun yoluna gidip gidemeyeceği sorunu çözmek için, her şeyden önce, o dâvada müdafîin, fazla olarak sanığın temsilcisi olup olmadığı araştırılmalıdır. Bir olayda sorunu, böyle bir araştırma yapmadan, genel bir sorun imişçesine “hazır bulunan müdafîi temyiz etmemişse sanığın temyiz hakkı yoktur” diyen, hem de bunu derken bu fikirde olanlar arasında bizi de gösteren kararı (CGK 10/3/86 YKD 86/6 876) ne kadar eleştiresek yeridir. Aslında bu kararın sonucu olay bakımından doğrudur. Zira olayda, bozmadan sonra, henüz uyma kararı verilmeden önce yapılan bir duruşma vardır. Müdafîi hazır, sanık değildir. Mahkeme bu duruşma sonunda uymama kararı vermiştir. Durumun özelliği açıktır. Mülga Kanunumuz 1985 değişikliğinde sorununuz bakımından “davetiye her ikisine de çıkarılır ama tebligat yapılamasa, yapıp da bunlar gelmeseler de duruşma yapılır ve gerekirse uymama kararı verilebilir” biçiminde özetleyebileceğimiz bir düzenleme getirmişti (CMUK 326). Gerçi bu düzenleme, uymadan hem önceki hem de sonraki duruşma bakımından yapılmıştır. Ama bizi burada ilgilendiren sadece olaydaki birincisi olduğundan onun üzerinde duruyoruz. Sorunu daha karmaşık hale getirmemek için, müdafie de sanığa da tebliğ yapıldığını ve birincisinin gelip ikincisinin gelmediğini de kabul ediyoruz. Kanunda bu durumda müdafîin sanığın temsilcisi de olduğu yolunda bir açıklık yoksa da, sanığın yokluğunda yargılanabildiği hallerde müdafîi gönderebileceği, daha doğrusu, müdafîi ile kendisini temsil ettirebileceğini bildiren mülga 227

Müdafinin sanığı temsil yetkisi bulunmadığı durumlarda sanığa da ayrıca bildirme yapılması gerektiğinden, müdafaa hakkını zorlaştırmamak için, süre son bildirmeden hesaplanmalıdır. Ancak müdafiler birden fazla ise içlerinden birine bildirilmelidir (No. 132).

257. MÜDAFİNİN DAVA DOSYASINI İNCELEME YETKİSİ.

I. Müdafinin dosyayı inceleme hakkı.

Müdafinin dâva dosyasını (kanunun tâbiri ile dosya içeriğini) tetkike hakkı vardır.¹⁴²⁴ Bu hak, sanığa tanınmadığı halde (No. 249) müdafie tanınmıştır (CMK 153). Meslek adamı olan ve meslek disiplinine tâbi bulunan müdafî, bu bakımdan bir teminat arzeder. Müdafinin dosyayı tetkik yetkisi, müdafinin meçhulü olan yerlerden hâkimlerin bilgi edinmelerini önlemek, gizli dosya sistemini ortadan kaldırmak için kabul edilmiştir.¹⁴²⁵

II. Dosyanın ilk defa incelenebileceği an.

Müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir (CMK 153/1). Soruşturma evresinde dosyanın incelenmesi, delillerin incelenmesini kapsamaz.

Müdafinin soruşturma evresinde, soruşturma evrakının içeriğini inceleyebilmesini ve dilekçe ile müracaatı halinde istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilmesini, “görevlendirme yazısı” veya “vekaletname ibraz” etmesine bağlayan Kalem Yönetmeliği (m. 45/2) ile, kollukta bulunan soruşturma dosyasının müdafî tarafından incelenebilmesi için, “yetkili Cumhuriyet savcısının yazılı emrini” gerekli gören ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 15.12.2005 tarih ve 2005/762 sayılı Kararı ile iptal edilen Yakalama Yönetmeliği (m. 22) uygulamada tartışma yaratmıştır.¹⁴²⁶

Dosyayı inceleme hakkının kısıtlanamayacağı an, mülga CMUK 143/1¹⁴²⁷ ve Yeni CMK’nın ilk şeklinde, iddianamenin mahkemeye verilmesi anı idi. 2005.5353 numaralı Kanun ile yapılan değişiklikle, sınırsız inceleme anı geciktirildi ve “iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarih” esas alındı.¹⁴²⁸ *Kanaatimizce*, bu değişiklik yerinde değildir: Savcı iddianameyi hazırlamış olduğuna göre, yapılması gereken bütün araştırma işlemleri yapmış ve delilleri toplamıştır. Artık “dosyanın sanıktan gizli” tutulması için bir neden kalmadığı için, inceleme anını daha da öne çekmek, savcının araştırma işlemlerinin bitirdiği andan” itibaren gizliliği kaldırmak gerekirdi.

Artık iddianamenin kabulünden sonra müdafî her belgenin örneğini müsadesez alabilmekte ve bu tarihten sonra, “muhafaza altına alınmış delilleri” inceleyebilmektedir (CMK “2005-5353” 153/4).

inci maddeyi burada uygulamamak için bir sebep göremiyorduk. Bu nedenledir ki Genelkurulun bu kararını, gerekçesine katılmamakla beraber, sonucu itibariyle ve onun da genelleştirilmemesi şartı ile isabetli buluyoruz.

¹⁴²⁴ (Şahin 2005, 492): 5353 sayılı yasayla müdafinin sınırsız dosya inceleme hakkı kovuşturmanın başladığı andan itibaren yani iddianamenin kabulü anından başlamaktadır.

¹⁴²⁵ Löwe: Strafprozessordnung, m. 147, n. 4 (*Kantar*, 151 den nakil). Gizli dosya sistemi, delillerin müşterekliği esasına aykırı olduğundan, muhakeme hukukunun hiç bir dalında kabul edilemez. İdarî Yargılama Kanununda “gizli belge ve dosyalar taraflara ve vekillerine inceletilemez” denilmesi (İYK 20/4) bu esasa ters düşmekte idi. Nitekim, bu hüküm 1994-4001 numaralı kanunun 10. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁴²⁶ Müdafinin dosyayı incelemesi için “vekaletname” aranmaz ama, her avukat ilgisi olmayan herhangi bir dosyaya merak saiki ile incelemeyeceği için, vekaletnamesi yoksa, en azından, gözüaltındaki şüpheliye sorulduktan sonra inceleme izni verilmelidir. Dosya incelemeyi C. savcısının yazılı emrine bağlamak (YakalamaY 22) müdafaa hakkını kısıtlayabilir. Ancak, Yeni Kanunun sistematiğine göre, adli kolluk C. Savcısından emir almadan hiçbir adli işlem yapamadığı için (CMK 161/2), dosyayı incelemek de adli işlem olduğu için, istemediğimiz bu sonuç doğmaktadır.

¹⁴²⁷ 1985 de ilksoruşturma kaldırmadan önce, ilksoruşturma yapılan işler bakımından ilksoruşturmanın neticelenmesi yani sorgu hâkiminin ilksoruşturma bittiği kanaati ile iddiasını bildirmek üzere dosyayı savcıya vermesi anı göz önünde tutuluyordu.

¹⁴²⁸ Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, 1992-3842 reformu öncesine kadar müdafî dahil, hazırlık soruşturmasının gizliliği ilkesi uyarınca, dosyasının incelenmesi için müsaade arıyordu. Soruşturmanın gayesine hâlel vermeyecekse, müsaade verirdi. 1992-3842 sistemi değiştirdi ve müdafie dosyayı tamamen açtı.

Müdafî, “soruşturma evresinde” müsadesez üç belge inceleyebilir: a) yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak¹⁴²⁹ (mülga CMUK 143 “sorgu tutanağı” diyordu), b) bilirkişi raporları ve c) adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer “adli” işlemlere ilişkin tutanaklar¹⁴³⁰ (mülga CMUK 143 “sanık hazır iken yapılan işlemlerin tutanakları” diyordu).

Müdafîin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, “soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise”, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yekisi kısıtlanabilir (CMK 153/2).

Terörle Mücadele Kanunu’nun 10 uncu maddesine göre, müdafîin dosyayı inceleme yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, C. savcısının istemi üzerine hâkim kararı ile kısıtlanabileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemenin CMK 153 de belirtilen ve şüpheli veya sanığın hazır bulunduğu için zaten bildiği işlemleri sanıktan gizlenemeyeceğine ilişkin hükmünü ortadan kaldırmadığı açık iken uygulamada sanığın bildiğini, şüphelinin bildiğinin müdafiden gizlenmeye çalışması ilginçtir, bu hukuka aykırılığa son verilmelidir.

III. Kovuşturma evresindeki durum.

İddianamenin C. Savcılığınca mahkemeye verilir, “mahkeme tarafından kabul edildiği” tarihten itibaren, müdafîin dosyayı incelemesine ve muhafaza altına alınmış olan delilleri incelemesine kısıtlama getirilemez; müdafî bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir (CMK “2005-5353” 153/4). Değişiklik öncesindeki düzenleme hakların sağlanması açısından daha yerinde idi, zira Kanun burada iddianamenin kabulü şartını aramamakla, “kamu davası açılmadan önce”, müdafîe dosyanın bütün içeriğini öğrenme hakkını tanımıştı. Müdafî “iddianamenin iadesi” sebeplerini dosyadan öğrenerek, mahkemeye bir dilekçe verebilir ve belki de açılmaması gereken bir kamu davasının açılmasını engelleyebilirdi. Kanun değiştirilmeli ve dosyanın gizliliği, soruşturma evresinde “savcının bütün araştırma işlemlerini bitirdiği andan” itibaren kalkmalıdır.

Dosyayı inceleme hakkı, kovuşturma evresinde sanığa da tanınmalıdır. Dosyadan belge yok edeceğinden korkuluyorsa, fotokopi alınmasına izin verilmelidir. Bu hak, dosya tetkik ettirmemenin mahzurlarını önleyip, müdafaayı kolaylaştıracağı için, soruşturma evresinde müdafîsi olmayan sanığa da tanınmalıdır. Tanınmaması *Öcalan*-Türkiye kararında eleştirilmiştir.

258. MÜDAFİNİN TANIĞA SORU SORMA YETKİSİ.

Kanun, tanıklara *doğrudan soru ve karşılıklı soru sorma* yetkisini müdafîye tanımış bulunmaktadır (CMK 201, 215). Mülga CMUK 232/1 “C. savcısı ve sanığın müttefikan talep etmeleri” şartı ile, tanığa doğrudan soru sorma hakkını veriyordu (No. 474). Yeni kanun bu koşulu kaldırmıştır.

259. MÜDAFİNİN HAZIR BULUNMA YETKİSİ.

Müdafî, sanığın hazır bulunduğu işlemlerde hazır bulunabilir (CMK 197).

I. Duruşmada hazır bulunma.

¹⁴²⁹ 43. maddenin 3. fıkrasında sözü geçen sanığın sorgusu terimi teknik anlamda, yani sanığın sulh hâkimi tarafından yapılan sorgusu olarak (CMUK “1985-3206” 159) anlaşılmalıdır. Savcılarının yaptıkları teknik anlamda sorgu değil, ifade almadır, çünkü ortada sanık değil, şüpheli vardır. Eğer savcı şüpheliye bir suç isnat edecek duruma gelmişse ve onun sorguya çekilmesinde yarar görüyorsa, yaptığı isnatı da bildirerek sorgusunu yapması için sulh hâkimine başvuracaktır.

¹⁴³⁰ Terör suçlarında ise, bu istisnaya da yer verilmeden, savcı istemi ve hâkim kararı alma koşulu ile, müdafîin dosyayı incelemesi tamamen kısıtlanabilmektedir (TMK “2006-5532” 10-d). Bu hüküm, ölçüt vermediği ve süresi de gösterilmeden inceleme yolunu tamamen kapattığı için, sakıncalıdır.

Sanık gaip de olsa, hazır olmasa da (CMK 197/1)¹⁴³¹, müdafii duruşmada bulunma hakkı vardır.¹⁴³²

II. Müdafiiin “sorgu” ve “ifade alma” sırasında hazır bulunması.

Müdafiiin soruşturma evresinde yapılan işlemlerden olan ifade alma sırasında hazır bulunması zorlu bir gelişme çizgisi göstermiştir. Türkiye’de 1992 değişikliğine kadar, hazırlık soruşturmasının gizliliği ve savunmanın iddiadan sonra başlayacağı düşünülerek, müdafiiin ifade alma sırasında hazır bulunması kabul edilmiyordu. Türkiye’de 1992 de yaşanan gelişme, Amerika Birleşik Devletleri’nde 1963 de başladı. İşlediği ağır bir suçtan yargılanan *Gideon*, parası ve avukatı olmadığı için, kendisine bir müdafii tayin edilmesini istemişti. Florida da bunun sadece fakir sanıklarla idam cezası istemi ile yargılanan sanıklara tanındığı bildirilerek talebi reddedildi. *Supreme Court*, ceza davasında adil yargılanma hakkının garanti edilebilmesi için, sanığın hukuki yardım alması gerektiğine hükmederek temel bir kural yerleştirdi.¹⁴³³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, kollukta ifade alınırken müdafii tayin edilmemesini, müdafii hakkının kısıtlanması niteliğinde görerek 6/1 ve 6/3-e madde ihlali olarak değerlendirmiştir.¹⁴³⁴

1. Müdafiiin sorguda hazır bulunması.

Zorunlu müdafilik hallerinde müdafiiin sorguda¹⁴³⁵ hazır¹⁴³⁶ bulunması¹⁴³⁷ mecburidir. Tutuklanması istenen şüphelinin hâkim tarafından sorgusu yapılırken zorunlu müdafilik öngörülmüştür (CMK 101/3) (No. 411). Diğer hallerde ise, şüpheli veya sanık isterse, hâkim tarafından yapılan sorguda müdafii hazır bulunur.

2. Müdafiiin ifade alma sırasında hazır bulunması.

Bu hak güçlendirilmiş (CMK 147/1-c) ve bir “isteğe bağlı müdafilik” hali yaratılmıştır. Düzenleme isabetlidir. Türk Hukuku bu noktada Alman Hukukundan¹⁴³⁸ farklıdır. CMK 147’ye göre, şüphelinin kolluk tarafından ifadesi alındığı sırada müdafiiin hazır bulunması bir hak olarak kabul edilmiştir. Ancak, müdafii bulunmamasına rağmen, gönüllü olarak ifade veren bir şüphelinin beyanı delil olarak kullanılabilir.¹⁴³⁹

¹⁴³¹ Ağır cezalı suçlarda sanık hazır bulunmadıkça müdafiiin duruşmaya kabul edilmeyeceği tezi içtihatla kabul edilmişti. Bu içtihat yanlıştı. Çünkü mülga 227 inci madde, ağırcezalık olup olmamasına bakmadan, kendisi hazır olmadan yapılan duruşmaya sanığın müdafii gönderilebileceğini söylemekteydi. Mülga 224 inci madde ağırceza mahkemesince uygulandığında da sanık hazır değildir. O halde 227. madde uygulanmalıydı. Kaldı ki müdafii hakkının sınırlanması için haklı sebep yoktu. Bu hatalı içtihadı son vermek ve sanık hazır bulunmadan yapılan bütün duruşmalarda, yani 224, 225 ve 226. maddelerde öngörülen hallerde uygulanmasını sağlamak üzere 227. maddeye 1973 de açıklık getirildi.

¹⁴³² Önceleri ağırcezalık suçlarda sanık yoksa, müdafii de hazır bulunmıyordu, 1973 yılında yapılan değişiklikle bu kısıtlama kaldırıldı.

¹⁴³³ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963). *Escobedo v. Illionis* kararı da aynı yöndedir (378 U.S. 478, 1964).

¹⁴³⁴ *Bilgin ve Buğra/Türkiye* (43422/02) ve *Gülçer ve Asım/Türkiye* (1991/03) başvuruları.

¹⁴³⁵ Sanık 1992 öncesinde önsoruşturmada yapılan sorguda hazır bulunamıyordu (CMUK 185). 1992 yılında 3842 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, CMUK 135 yeniden düzenlendi. Müdafiiin ifade alma ve sorgu sırasında hazır bulunması kabul edildi. Ağustos 2003’de yapılan değişiklikle de DGM’lik suçlarda da müdafiiin ifade alma ve sorguda hazır bulunması kabul edildi.

¹⁴³⁶ 2004 Kanun koyucusu; CMK 147 ile yaptığı yeni düzenlemede, mülga CMUK 158’in karşılığı olan CMK 163’de yaptığı daraltma ve mülga CMUK 159 ve 160. maddelere, yeni Kanunda yer vermeyerek, farklı bir sistem yarattı.

¹⁴³⁷ CMK 147/1 “sorgu” kavramını korudu ama, kimin tarafından yapıldığına ait açıklamayı CMK 147/1 metnine almadı. Tanımlar arasında (CMK 2/h) düzenlemeyi tercih etti. Mülga CMUK 135/1 deki hükmü kanun metnine almadı. Asıl “teknik anlamda sorgu” olan, sulh hâkiminin CMUK 158’deki “tutuklama” yetkisinden doğan “sorguyu”, tutuklama yetkisini kaldırarak yok etti (CMK 163); CMUK 159 ve 160’da yer alan, “sanığın sulh hâkiminden lehindeki delilleri toplanmasını isteme hakkı”, bu maddelerin karşılığı konmayarak, kaldırıldı.

¹⁴³⁸ Müdafiiin şüphelinin hâkim tarafından ifadesi alınırken ve tanık dinlendiği sırada hazır bulunmayı talep etme hakkı vardır (StPO 168c/1). Şüphelinin savcı tarafından ifadesi alınırken de müdafii hazır bulunmayı talep edebilir (StPO 163a/3, 168c/1). Buna karşılık, Alman Hukuku savcının tanık dinlediği sırada ve polis tarafından şüpheli veya ilerde tanık olacak kişilerin dinlenmesi sırasında müdafiiin hazır bulunmayı talep etme hakkını kabul etmemiştir.

¹⁴³⁹ *Crooker v. California*, 357 U.S. 433 (1958).

260. MÜDAFİNİN ŞÜPHELİ ile GÖRÜŞME ve YAZIŞMA YETKİSİ.

I. Yakalanan veya tutuklanan kişinin müdafii ile görüşmesi.

Şüpheli veya sanık, müdafii ile her zaman görüşebilir (CMK 154). Müdafinin gözaltındaki sanıkla görüşmesi serbesttir. Bu görüşme başkalarının duyamayacağı bir ortamda gerçekleşir.

Türk Hukuku bu noktaya gelmek için uzun bir gelişme süreci yaşamıştır.¹⁴⁴⁰ Yakalanarak gözaltına alınan bir şüphelinin, müdafisi ile dört gün süre ile hiç görüştürülmemesi Avrupa Sözleşmesine aykırı idi. Hukuka uygun olması için, soruşturmanın amacını tehlikeye düşüren sebeplerin mevcudiyeti aranmalı idi.

II. Tutuklu sanığın müdafii ile yazışması.

Müdafii, tutuk sanık ile her zaman serbestçe yazışabilir (CMK 154).¹⁴⁴¹ Ceza Muhakemesi Kanunu tutuklu kişinin hukuk durumunu düzenlememiş, bu konuyu Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanuna bırakmıştır (CGİK 111-116 vd.). Bunun dışında “hükümlünün günlük yaşamdaki hakları ve yükümlülükleri de anılan Kanunda düzenlenerek, tutuklunun da benzer koşullara tabi olması esas benimsenmiştir. CGİK 6, 16, 21, 22, 26 ila 28, 34 ila 54, 55 ila 62, 66 ila 76, 78 ila 84 ve 86 ila 88. maddelerde düzenlenen hakların tutukluluk haliyle uzlaşır nitelikte oldukları sürece tutuklulara da tanınması benimsenmiştir.

Yukarıda belirtilen hükümler icabı olarak tutuklunun hükümlü gibi telefonla haberleşme hakkı (CİGK 66), radyo televizyon yayınları ile internet olanaklarından yararlanma hakkı (m. 67), mektup, faks ve telgraf alma ve gönderme hakkı (m. 68), dışarıdan gönderilen hediye kabul etme hakkı (m. 69), din ve vicdan özgürlüğü (m. 70), muayene ve tedavi isteği (m. 71), beslenme hakkı (m. 72), iyileştirme programlarına tabi olma hakkı (m. 73), yerleştirildiği kurumda bireyselleştirmeyi mümkün kılacak sayıda bulunma hakkı ve güvenlik hakkı (m. 74), eğitim programlarından yararlanma hakkı (m. 75-76) vardır.

Ancak bütün bu sayılan haklar kurum güvenliği nedeniyle hükümlüler hakkında nasıl kısıtlanabiliyorsa, ilgili maddelerinde gösterildiği şekilde kısıtlanabilirse de tutuklu tarafından resmi makamlara veya savunması için avukatına gönderdiği mektup, faks ve telgraflar denetime tabi değildir (CGİK 68/4). Görüldüğü gibi 2004 ve sonrası kanunlarda tutuklu ve hükümlünün haklarında önemli bir gelişme sağlanmış bulunmaktadır.¹⁴⁴² (Terör suçlarında müdafinin şüpheli veya sanıkla görüşmesinin sınırlandırılması hakkında bakınız: No. 98)

¹⁴⁴⁰ Mülga CMUK 144 hükmü 3842 sayılı Kanunun 31 inci maddesi uyarınca Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda uygulanıyordu. 1997 yılında 4229 numaralı kanun ile uygulanmama istisnası yürürlükten kaldırıldı ve aynı yasanın 3. maddesi ile Devlet Güvenlik Mahkemeleri Kanununun 16 ncı maddesi yeniden düzenlendi. Devlet Güvenlik Mahkemesinin görev alanına giren suçlardan tutuklu bulunan sanık, müdafii ile her zaman görüşebiliyordu, ancak, yakalanarak gözaltına alınan kişilerin müdafii ile görüşmesi farklı düzenlenmişti: Hâkim tarafından gözaltı süresinin uzatılmasına karar verildikten sonra gözaltında bulunan kişi hakkında da aynı hüküm uygulanıyordu (DGMK “1997-4229” 16/4). Bu durumda 3 veya daha fazla kişinin bir suça iştiraki suretiyle toplu olarak işlenen suçlarda dört güne kadar savcı emri ile süre uzatılabileceğinden, ilk dört gün içerisinde gözaltına alınan sanık müdafii ile görüştürülüyordu. Ayrıca kamu davası açılıncaya kadar hâkim, devlet güvenliğini ilgilendiren suçtan tutuklu veya gözaltında bulundurulmuş sanık tarafından bilinmesini uygun görmediği hususların kendisine bildirilmesini men edebiliyordu. Tutuklama sebebine göre lüzümü halinde kamu davasının açılmasına kadar sanık ile müdafinin görüşmelerinde bizzat hâkim veya tayin edilecek naip veya istinabe olunan hâkim hazır bulunabiliyordu (DGMK “1997-4229” 16/5). Mülga Kanunumuz 144 üncü maddesinde 1992 öncesinde de soruşturma açılıncaya kadar bazı istisnalar da kabul edilmişti: a) Sanığın bilmesi caiz görülmemiş hususların sanığa bildirilmesini hâkim yasaklıydı; b) Tutuklama sebebine göre lüzümü halinde, sanık ile müdafinin görüşmelerinde hâkim hazır bulunabilirdi. Bu hâkim ya muhakemeyi yapan hâkimdi, yahut onun tayin ettiği hâkimdi. Hâkimin bulunması, icabında konuşmaya müdahale etmek ve son verdirmek yetkisini de gerektirirdi.

¹⁴⁴¹ Kaldırılan DGM’lik suçlarda dava açılıncaya kadar, bildirilmesi caiz olmayan hususların sanığa bildirilmesini yasaklamak yetkisi hâkime verildiğinden, hâkim bunların sanığa yazı ile bildirilmesini de yasaklıydı (DGMK “1997-4229” 16).

¹⁴⁴² Mülga CMUK daki hükümlere göre, yasaklama yetkisi, sanığa bazı hususların bildirilmesi bakımından kabul edildiğinden, sanığın müdafii yazması bu sebebe dayanılarak menedilemezse de, tutuklama sebebine göre görüşmede bulunabileceği hükmüne kıyasla, sanığın müdafie yazdığı mektubu hâkim tetkik edebilir. Ancak bunun için mektupları tetkik edeceğini önceden hâkim sanığa bildirmelidir. Eğer hâkim bunu bildirmemiş ise, tutuk sanığın müdafii ile serbestçe yazışması esas olduğundan, sanığın müsaadesi olmadan mektupları tetkik edemez. (Kantar, 152). Aynı sebeple, hâkim, mektubu tetkik etmesine müsaade etmesi veya ortadan kaldırması şikâyetlerinden birini tercih hususunda sanığı serbest bırakmağa mecburdur.

III. Gizli soruşturma yöntemlerinde müdafaa sorunu.

İletişimin denetlenmesi veya gizli soruşturmacı görevlendirilmesi gibi gizli araştırma yöntemlerinin uygulanması için hâkim kararı bulunması gerektiği bilinen bir gerçektir. Ancak hâkim tarafından verilen bu kararlar gizlidir. Diğer bir ifade ile “şüpheli” hakkında dinleme kararı verildiğini bilmemekte, belki tahmin dahi etmemektedir. Fakat Devletin hâkimi verdiği kararlar bireyin özel hayat hakkını sınırlandırmaktadır. Bu gibi hallerde de şüphelinin savunma hakkı yok mudur? Şüpheli ve sanığın aktif ve pasif hakları bahsinde gördüğümüz gibi hakkında gizli araştırmalar yürütülen bir kişinin adil yargılanma hakkını önemli surette etkileyecek olan bilgilerin toplanması sırasında korunması amacıyla mukayeseli hukukta bazı tedbirler alındığı görülmektedir. İngiltere’de terör suçu işlemeden evvel özgürlüğün kısıtlanmasına imkân tanınmakta, fakat hâkim in verdiği bu tür “suç öncesi yakalama ve gözaltına alma” kararının verilmesi aşamasında “henüz şüpheli olmayan, fakat suç işleyeceği tahmin edilen kişi için tanımadığı, hiç bilmediği ve kendisiyle hiç de görüşmeyen bir avukat hâkim vereceği karar aşamasında usulün doğru uygulandığını denetlemektedir. Danimarka’da ise gizli araştırma tedbiri kararı verilirken “muhatap” veya hedef kişi (*Zielperson*) bir avukat tayin edilmesi yasa hükmü olarak kabul edilmiştir.¹⁴⁴³ Böyle bir “gizli avukat” tayini usulünü Türkiye için önermiyoruz. Ancak bizce verildiği sırada haberdar olmayan şüphelinin, hakkında verilmiş olan bu gizli araştırma yöntemi kararını öğrendiği tarihten itibaren karara “itiraz” etmek hakkı bulunduğu kabul edilmelidir. Bu tür kararlar yerine getirildikten yani, örneğin telefon dinleme yapıldıktan sonra şüpheli tarafından öğrenileceği için, hâkim kararına itirazın pratik bir sonucu olmadığı, dinlemeyi engellemediği için itiraz edilmemesi gerektiği düşünülmemelidir; zira dinleme yapıldıktan sonra itiraz üzerine dinleme kararının hukuka aykırı olduğu tespit edilecek olursa, dinlemeden elde edilen kayıtların ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmayacağı açıktır.

261. MÜDAFİNİN KANUN YOLU DÂVASI AÇMA YETKİSİ.

Müdafî vekâletnameli olsun veya olmasın¹⁴⁴⁴ müdafaa görevi dolayısı ile, yargılama makamlarının verdikleri kararlara karşı kanun yolu davası açabilmelidir. Müdafî ancak sanık lehine kanun yoluna gidebilir (No. 512). Kanunumuz, *sanığın açık arzusuna aykırı olmamak şartıyla*¹⁴⁴⁵ müdafîye bu yetkiyi vermiştir (CMK 261). Savcı, sanığın arzusuna aykırı olsa da, sanık lehine kanun yoluna gidebildiğine göre, müdafîyi bu yetkiden yoksun bırakmanın manası yoktur. Müdafinin yaptığı müdafaa toplum adına olduğundan, müdafinin sanığa karşı hür olması da gerektiğinden, müdafinin bu yetkisinin sanık iradesi ile sınırlandırılması bizce doğru değildir (No. 129).

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMLERİ

31. § HUKUKİ İŞLEM ve CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMİ

262. Hukukî işlem, muhakeme işlemi ve ceza muhakemesi işlemi. 263. Hukukî değer. 264. Hukukî işlemin ruhî ve maddî unsurları. 265. İşlemin dil şartı. 266. Süre şartı. 267. Sürelerin

(*Kantar*, 153). Mukayeseli hukukta ise, bazı hususların sanığa bildirilmesinin yasaklanması kabul edildiği için, yazışmaları hâkim in denetlemesi de kabul edilmektedir.

¹⁴⁴³ Danimarka CMK 784 vd., 788/4, 791/1,2, 791a/8, 791b/4, 791c/5, 799/2. *Cornils/Kohls*: Landesbericht Daemark, in: *Gropp* (Hrsg.). *Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekaempfung der Organisierten Kriminalitaet*, Freiburg 1993, s. 55-104 (75, 89, 100 f.) *Cornils/Verch*: Landesbericht Daenemark, in: *Gless/Grote/Heine* (Hrsg.): *Justitielle Einbindung und Kontrolle von Europol*, Bd. 1, Freiburg 2001, s. 11-74 (29 f.); *Cornils/Greve*: Landesbericht Daenemark, in: *Gropp/Huber* (Hrsg.). *Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalitaet*, Freiburg 2001, s.3-68 (44 f.).

¹⁴⁴⁴ İçBK: 20/10/75 YKD 75/10, 5.

¹⁴⁴⁵ Kanun “açık arzuya aykırı olmamak” şartını aradığına göre, dosyada açık bir muhalefet bulunmuyorsa, şart gerçekleşmiş sayılır (İçBK: 20/10/75 YKD 75/10, 5). (*Centel/Zafer* 2005, 583): Müdafîi sanığın temsilcisi değil sanığa yardımcı bağımsız bir adalet organıdır. Bu sebeple sanığın karşı çıkmasına rağmen sanık aleyhine olduğunu düşündüğü kararları kanun yoluna götürebilir. Müdafîi ya da vekil ancak temsil ettikleri kişinin açık isteğine aykırı olmamak koşuluyla kanun yoluna başvurabilir. (*Özbek* 2005, 1047).

hesabı. 268. Sözlü işlemler. 269. Yazılı işlemler. 270. Yazılı işlemlerin çeşitleri ve dosya. 271. Hareketli işlemler. 272. Açık işlemler. 273. Gizli işlemler.

262. HUKUKÎ İŞLEM ve CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMİ.

I. Fiil, olay.

Hukuk Genel teorisinde olay, insan veya tabiat eseri olduğuna göre beşerî ve tabîî olaylar diye ikiye ayrılır. Beşerî olaylar da Hukuk bakımından önemli olup olmadıklarına göre iki çeşittir. Hukuk bakımından önemli olanlara, yani Hukukun düzenleyip bir sonuç bağladığı hayat olayına hukukî *fiil* denir.

Fiil, insan eseri her hayat olayı gibi, hareket, illiyet bağı ve netice unsurlarından meydana gelir. Fiil denilmesi, tabîî olaylarda olduğu gibi, netice unsurunun ağır bastığını gösterir. Hareket unsurunun birinci plâna alındığı belirtilmek istenirse *işlem* tabiri kullanılır ve hukukî fiil yerine hukukî işlem denilir.

Hukukî işlem veya fiil de hukuka uygun, bir diğer söyleyişle haklı olup olmadığına göre ikiye ayrılır. Haksız ise haksız fiil veya haksız işlem adını alır. Bizim *haksız fiil (haksız eylem)* dediğimize İsviçre kanununda *acte illicite (haksız işlem)* denmesi bizde neticeye, onlarda harekete önem verildiğini gösterir. Hukuka aykırı hukukî işlem haksız diye sıfatlandırılınca, hukuka uygun hukukî işlem için ayrı bir terim yaratmağa lüzum duyulmamış ve hukukî işlem terimi sadece bunları ifade için kullanılmıştır. Görülüyor ki hukukî işlem, hukuka uygun hukukî işlem demektir.¹⁴⁴⁶

Doğal olaylar da Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından sonuçlar doğurur. Meselâ bir kimsenin sağır-dilsiz oluşu, sorgusunun bu duruma uygun bir şekilde yapılmasını gerektirir. Bir hâkimin cebir ve tehdit altında bir karar vermesi de beşerî değil, tabîî bir olay sayılmak lâzım gelir. Fakat Ceza Muhakemesi Hukukunda en önemli olaylar, insan eseri olan olaylardır ve bunlardaki hareket unsuru daima iradîdir.

II. Muhakeme işlemleri.

Her türlü muhakemedeki ilişkilerin sùjeleri, bu muhakemeler dolayısı ile birtakım faaliyetlerde bulunurlar. Belli hukukî sonuçları meydana getirmek amacı ile yapılan bu faaliyetlere *muhakeme işlemleri* denilir.¹⁴⁴⁷ Muhakeme çeşitleri bakımından bir ayırım yapılmaksızın her türlü muhakemede yapılan işlemlerin ortak yanlarının bir araya getirilerek somut ve sistemli bir biçimde incelenmesi, *muhakeme işlemi genel teorisini* oluşturur. Her türlü ceza muhakemesindeki işlemler de *ceza muhakemesi işlemi genel teorisinde* ele alınır ve bir sisteme bağlanır.

Genel nitelikteki *muhakeme işleminin* bir çeşidi olan ceza muhakemesi işlemleri, ceza muhakemesi ilişkisinin kurulması, değişmesi ve ortadan kalkması gayelerine yönelir. Ceza muhakemesi sùjesi terimini dar manada almadığımızdan (No. 158), bize göre ceza muhakemesi sùjeleri dışında bir sùjenin faaliyeti söz konusu değildir.¹⁴⁴⁸

Ceza Muhakemesi Hukuku, ceza muhakemesi işlemi adını verdiği bu faaliyetleri, sistemli bir şekilde inceler ve çeşitli faaliyetlerin ortak vasıtalarını, somut ve genel olan *ceza muhakemesi işlemi teorisi* içinde belirtmeğe çalışır. Ceza Muhakemesi Hukuku ve Muhakeme Hukuku İşlemi Teorisi geliştikçe, kanunlar daha mükemmelleşir. 1877 tarihli Alman Kanunu örnek alınarak hazırlanan Ceza Muhakemesi Kanunumuzda işlemlere ilişkin hükümler dağınık ve pek noksandır.

¹⁴⁴⁶ *Kunter: Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi*, s. 8.

¹⁴⁴⁷ *Postacıoğlu*, 335. *Erem* (n. 163) *atto processuale* kavramını *usul muamelesi* diye karşılamaktadır.

¹⁴⁴⁸ Ceza muhakemesi sùjesi terimine dar mânâ verenler, ya ceza muhakemesi sùjelerinden başka sùjelerin de ceza muhakemesi işlemi yaptıklarını kabule mecbur olmuşlar (meselâ *Leone*, I, 597), yahut ceza muhakemesi-dışı işlem diye ayrı bir kategori kabul etmişlerdir (meselâ *Manzini*, III, 1).

263. HUKUKÎ DEĞER.

Hukukî değer (*valeur juridique*), bizce, hukukî bir işlemin amacına erişmek ve sonuç doğurmak hukukî imkânlarıdır. Bu iki imkânın gerçekleşmesi 1) Yerine getirme ve 2) Göz önünde tutma biçiminde olur. O halde değer de 1) Yerine getirme değeri (veya yerine getirebilme) ve 2) Göz önünde tutulma değeri (veya göz önünde tutulabilme) olarak iki çeşittir. Yerine getirme, birinci imkânın gerçekleşmesidir, yani amaca erişilmesidir. Göz önünde tutmada ise sonuç doğurma imkânı gerçekleşmektedir (No. 150).

Hukukî bir işlemin *hukukî değeri olmaması*, alışlagelmiş tabirle *hükümsüz olması* demektir. Burada hukuka aykırılık çok ağır olduğundan hukuk, müeyyide olarak, onu yok sayar. Buna hukuk bakımından yokluk denilir (No. 287). Bazen da işlem var kabul edilir ve sonra ortadan kaldırılmak suretiyle varlığına son verilir, yani artık yerine getirilemez ve göz önünde tutulamaz hale getirilir. Ortadan kaldırmağa iptal ve bu müeyyideye de butlan adı verilir. İşlemdaki hukuka aykırılığın ve dolayısı ile müeyyidenin çok hafif olması da mümkündür. Bu çok hafif müeyyideye kabul edilmezlik denilir. Herhangi bir sebeple işlem ilgililerce bir kere kabul edildi mi artık bu aykırılık ileri sürülemez olur, bir diğer söyleyişle aykırılığın kalmadığı kabul olunur (No. 290).

264. HUKUKÎ İŞLEMİN RUHÎ ve MADDÎ UNSURLARI.

Ceza muhakemesi işlemleri, hukukî eylem olmak itibarıyla, insan eseridir (No. 262). Bu itibarla her eylem gibi, ruhî ve maddî iki unsuru ihtiva eder.

Ruhî unsur, iradeden ibarettir. Bundan maksat, faaliyetin iradî olarak, yani istenilerek yapılmasıdır. Kanunun birçok işlemler için şekil tayin etmesinin bir sebebi de budur. Belli bir şekle riayet edilmesinden, işlemin istenilerek yapıldığı sonucunu kanun böylece çıkarabilmektedir.

İrade, kayıtsız ve şartsız olmalıdır. Kayıtlı ve şartlı irade, kaide olarak, makbul ve muteber bir irade sayılmaz. Meselâ şikâyet şartlı olamaz.¹⁴⁴⁹ İstisna olarak, gerekiyor ve işlemin niteliği de imkân veriyorsa, şart koşulabilir. Meselâ hapis cezasının ertelenmesi kararı zararın ödenmesi şartına bağlı tutulabilir (TCK 51/2).¹⁴⁵⁰

Maddî unsur, hareket ve netice şeklinde tecelli eder. Eğer bunlar birbirinden ayrı ise, aralarındaki sebebiyet alâkası da maddî unsurun unsurlarındandır. Görülüyor ki işlem için irade kâfi olmayıp iradenin haricî bir faaliyet şeklinde açıklanması da lâzımdır.

Faaliyetin müspet şekilde olması şarttır. Hareketsizlik şeklinde, yani menfi faaliyet olamaz. Buna karşılık, faaliyetin yapılması lâzım gelen hareketin yapılmaması, yani ihmal şeklinde tecelli etmesi mümkündür. Süresi içinde bir işlemi kasten yapmamak gibi.

Kanun, bazı muhakeme işlemleri için, iradeyi ve onun haricî bir faaliyet ile izharını kâfi görmez, ayrıca bu faaliyetin şeklini de tayin eder ve iradenin ne yolda izhar edebileceğini gösterir. İşlemin neler ihtiva edeceği, nerede, ne zaman ve kim tarafından yapılacağı hakkındaki kayıtlar da şekil şartları arasındadır. Keza yemin edilip edilmeyeceği, süjelerin katılması, yardımı konularındaki normlar, işlemin hüküm ifade etmesi için tebliğ edilmesi lüzumu hakkındaki kayıtlar da şekil şartlarından sayılır.¹⁴⁵¹

265. İŞLEMİN DİL ŞARTI.

Maddî unsurun şekle ait genel şartlarından biri de *dile* ilişkindir. Muhakeme işlemlerinde Türkçe kullanılması mecburîdir, zira resmî dil Türkçedir (AY 3/1). Kanun sadece duruşmada tercüman kullanılması lüzumundan bahsetmiştir. Bu da gösteriyor ki bütün işlemler Türkçe yapılacaktır ve sanık Türkçe bilmiyorsa, hiç olmazsa, savcının ve müdafinin son iddia ve müdafaalarının neticeleri kendisine anlatılacaktır (CMK 202). Tabiidir ki sanık tercüman marifetiyle sorguya çekilecektir. Diğer işlemler

¹⁴⁴⁹ Erem, n. 384; Yurtcan, 201.

¹⁴⁵⁰ Keza duruşmada bulunmadan kurtarma kararı. Medenî Muhakemede de meselâ tazminat, tarziye verilmesi şartına bağlanabilir (*Postacioğlu*, 712). Fakat şuf'a dâvasında bedel ödenmesinde şart kabul edilmemiştir (İçBK: 20/6/51). Her halde, kaide, şarta bağlamamaktır (*Üstündağ*, I, 345).

¹⁴⁵¹ *Ranieri*, 298.

konusunda da tercüme zarureti kendini gösterebilecektir. Türkçe bilmeyen tanıklar, metnin tekrarı suretiyle yemin edileceğine göre (CMK 56), tercümanın hazırlayacağı metni tekrar etmelidirler. Tercümanın da tercümeyi doğru yapacağı yolunda yemin etmesi gerekecektir. Fakat Ceza Muhakemesi Kanununda bu hususlarda hüküm mevcut değildir.¹⁴⁵² Kanunun boşluğu, tercümanın bilirkişiye benzetilmesi ile doldurulmaktadır.¹⁴⁵³

266. SÜRE ŞARTI.

Muhakeme işlemlerinde şekil şartlarından biri de süredir (mehil, *délai*, *termine*).¹⁴⁵⁴ Kanun bazen belli bir işlemin belli bir süre içinde yapılmasını veya yapılmamasını ister. 2024 yılında yapılan Kanun değişikliği ile 1 Haziran 2024 tarihinde yürürlüğe girecek şekilde *iki hafta* olarak büyük ölçüde yeknesak hale getirilen¹⁴⁵⁵ Muhakeme Hukuku süreleri¹⁴⁵⁶ aşağıdaki gibi birkaç bakımdan sınıflandırılabilir.

I. İşlemin yapılması bakımından süreler.

1. Düşürücü süre.

Kanun bazen bir işlemin *yapılabileceği* zamanı göstermek için sürenin *yukarı* haddini tayin eder (*termino perentorio*, *délai péremptoire*). Meselâ temyiz yoluna başvurulabilmek için, hükmün gerekçesiyle birlikte tebliğ edildiği tarihten itibaren *iki haftalık*¹⁴⁵⁷ bir süre kabul olunmuştur (CMK 291). Bu süre geçirilince temyiz yoluna gitmek hakkı düşer. Keza süresinde şikâyet etmemekle şikâyet hakkı (No. 47, V), süre varsa ve riayet edilmemişse belli bir ceza dâvası açma hakkı (No. 46) düşer. Süre, hakkın doğması ile değil, düşmesiyle ilgilidir. *Hükmün gerekçesiyle birlikte tebliğinden başlayarak iki hafta içinde temyiz edilebilir* denilmişse, bunu *tebliğden önce temyiz edilemez* diye değil, *tebliğden başlayan iki hafta geçtikten sonra artık temyiz edilemez* diye anlamalıdır (No. 283).

2. Koruyucu süre.

Kanun bazen koruyucu süreler¹⁴⁵⁸ belirler ve bir işlemin *yapılamayacağı* zamanı göstermek için sürenin aşağı haddini belirtir. Daha önce bu işlem yapılamaz. Meselâ çağırma kağıdının tebliği ile duruşma

¹⁴⁵² Bunun da sebebi mehzaz kanunda bulunmayıştıdır. Almanya’da tercüme hususu, Muhakemeler Teşkilâtı Kanununda yer almıştır (Kantar, 250).

¹⁴⁵³ CGK 25/10/65 (Çağlayan “66” I, 475; 5. CD 4/2/81 YKD 81/5 650). Tercüman parası sanığa ödettileremez.

¹⁴⁵⁴ Tafsilât için Önder: Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda mehiller, İHFM., 64, 568.

¹⁴⁵⁵ 7499 sayılı ve 2.3.2024 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG 12 Mart 2024). (Madde 37/5): 5271 sayılı Kanunun; a) 41 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “yedi gün” ibaresi “iki hafta” şeklinde değiştirilmiştir. b) 173 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan “onbeş gün” ibaresi “iki hafta” şeklinde değiştirilmiştir. c) 251 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “on beş gün” ibaresi “iki hafta” şeklinde değiştirilmiştir. d) 268 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “yedi gün” ibaresi “iki hafta” şeklinde değiştirilmiştir. e) 272 nci maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendinde yer alan “üçbin” ibaresi “onbeşbin” şeklinde değiştirilmiştir. f) 276 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “yedi gün” ibaresi “iki hafta” şeklinde değiştirilmiştir. g) 277 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “yedi gün” ibaresi “iki hafta” şeklinde değiştirilmiştir. h) 296 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “yedi gün” ibaresi “iki hafta” şeklinde değiştirilmiştir. ı) 297 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “yedi gün” ibaresi “iki hafta” ve üçüncü fıkrasında yer alan “bir hafta” ibaresi “iki hafta” şeklinde değiştirilmiştir. j) 308 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “otuz gün” ibaresi “bir ay” şeklinde değiştirilmiştir. k) 308/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan “otuz gün” ibaresi “bir ay” ve “yedi gün” ibaresi “iki hafta” şeklinde değiştirilmiştir. l) 319 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “yedi gün” ibaresi “iki hafta” şeklinde değiştirilmiştir. m) 320 nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “yedi günlük” ibaresi “iki haftalık” şeklinde değiştirilmiştir.

¹⁴⁵⁶ Zamanaşımı süresinin (TCK 66) Muhakeme Hukuku süresi olmayıp Suç Hukuku süresi olduğu hatırlanmalıdır. Meselâ Matbuat Kanununun 19. faslında ve 17/2/42 tarihli İçtihat Birleştirme Kararında olduğu gibi, Muhakeme Hukuku süresi yerine bazen zamanaşımı süresi tâbirinin kullanılmasının sebebi, aradaki farkın gözden kaçmasıdır. Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarının 60. maddesinde zamanaşımından bahsolunması da bu yüzdendir.

¹⁴⁵⁷ Temyiz süresi 2017-7035 sayılı Kanun ile yedi günden *on beş güne* çıkarılmıştı. 2024-7499 sayılı Kanun m. 19 ile bu süre de *iki hafta* olarak değiştirilmiş ve temyiz süresinin başlaması için hükmün gerekçesi ile birlikte tebliğ edildiği tarih belirlenmiştir. Bu değişiklik ile birlikte, *yoklukta açıklanan hükümlerin temyizi için sürenin tebliğ tarihinden itibaren başlamasını öngören* CMK 291/2 yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁴⁵⁸ İlk üç basıda buna *müeyyide gerektiren süre* demiştik. Hak düşümü de müeyyide olduğundan bunun doğrusu *hak düşümünden başka bir müeyyide gerektiren* olması idi. Erem’in (n. 169) *koruyucu süre* tabirini bir hakkın korunması söz konusu olduğundan, biz de benimsedik. Tosun (I, 657) buna yasaklayıcı (bazen engelleyici) süre demektedir.

gününün arasında en az *bir hafta* geçmelidir (CMK 176, 190). Süreleri genellikle iki hafta olarak belirleyen 2024 kanun koyucusunun savunmaya verilen süreyi uzatmamış olduğuna dikkat edilmelidir.

Adli tatil süresi de (her yıl yirmi Temmuz'dan otuz bir Ağustos'a kadar: CMK 331/1) belli işlemler bakımından *koruyucu süre* sayılabilir. Soruşturma işlemleri ile tutuklu işlere ilişkin kovuşturmalar ve ivedi sayılacak diğer hususlar dışında kalan işlemler bu süre içinde yapılamaz (CMK 331/2).¹⁴⁵⁹ Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay, adli tatil süresince yalnız tutuklu işlerin incelemelerini yaparlar (CMK 331/3).¹⁴⁶⁰ Adli tatile rastlayan süreler işlemez. Bu süreler tatilin bittiği günden itibaren üç gün uzamış sayılır (CMK 331/4).

3. Düzenleyici süre.

Kanun bazen belli bir muamelenin yapılması veya yapılmaması için, müeyyidesi olmayan bir süre tayin eder.¹⁴⁶¹ Gaye, taraflardan başkalarının ihmallerine engel olmak, muhakemeyi uzatmamaktır. Meselâ itirazda hâkim veya mahkemenin itirazı yerinde görmezse en çok 3 gün içinde dosyayı merciine göndereceği hükmü kabul edilmiştir (CMK 268/2).

II. Tayin eden bakımından, süreler.

1. Kanunî süre.

Kanunî süre kanun koyucunun tayin ettiği süredir. Temyiz yoluna başvurmada on beş günlük süre (CMK 291/1) böyle bir süredir. Kanunî süreleri hâkim kendiliğinden uzatamaz. Bunlar ancak kanunî sebeplerle uzayabilir.

2. Takdirî süre.

Bazen süreyi tayin yetkisi hâkime bırakılmıştır.¹⁴⁶²

III. Eski hale getirme bakımından, süreler.

Eski hale getirmeye imkân veren ve vermeyen süreler olarak ikiye ayrılabilir (bkz. No. 295).

267. SÜRELERİN HESABI.

I. Sürelerin tayini.

Süreler saat, gün, hafta, ay ve sene olarak tayin edilebilir. Hesaplamaları da ona göre değişir. Kanunumuz, Muhakeme Hukuku sürelerinin nasıl hesaplanacağını, geçirilmesi halinde ne yapılacağını ayrı bir fasılda göstermiştir (CMK 39-42). Bazı muhakeme işlemleri hakkında bu faslın uygulanması istenmiyorsa, kanunda gösterilmelidir. Meselâ şikâyet süresi hakkında eski hale getirme bakımından böyle bir istisna kabul edilmelidir.¹⁴⁶³

¹⁴⁵⁹ Yapılırsa sırf adli tatil normlarına (CMK 331) işlerlik kazandırmak için bozulmaktadır. Tanık dinleme hakkında (CGK 27/9/65 *Çağlayan* "66", III, 597; 16/11/64 AdD 65, 764); keşif hakkında (6. CD 15/12/77 YKD 78, 1751; k-m: 8. CD 25/1/78 YKD 79, 594).

¹⁴⁶⁰ Maddede *Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Kanunu gereğince görülen işlere de bakılacağı* belirtilmişse de bu Kanun yerine bir başkası ihdas edilmeden kaldırıldığı için, diğer suçüstü işlenen suçlara da adli tatil süresince bakılması mümkün gözükmemektedir.

¹⁴⁶¹ Yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararına itirazın Anayasa Mahkemesince karara bağlanması için kabul edilen 15 günlük süre de böyledir. Şu veya bu sebeple sürenin geçirilmesi, mahkemenin yetkisine tesir etmez (AYM 14/11/68, RG 17/12/68).

¹⁴⁶² Meselâ mülga kanuna göre şahsî dâva dilekçesine cevap verme süresini hâkim tayin ederdi (CMUK 351). Hâkim, kendi belirlediği süreyi, lüzum görürse, uzatabilirdi.

¹⁴⁶³ Zira mahkemenin yapılabilir yapılamayacağını bilmekte toplumun da ferdin de büyük menfaati vardır Kantar (s. 66), Taner (s. 238) ve Erem (I, 204). Ceza Kanununda yer aldığı, Schwarz (s. 92); Gözübüyük (I, 414) ise Suç Hukuku müessesesi olduğu gerekçesi ile, şikâyet süresi bakımından bu fasıl hükümlerinin uygulanamayacağı fikrindedirler. Bu iki gerekçe bizce isabetli değildir. Bu fasıl hükümlerinden bir kısmı, meselâ son günün tatile rastlaması halinde, işlemin tatilin ertesi günü yapılabilmesi hükmü (CMUK 40) elbet şikâyet süresinde de uygulanacaktır (2. CD 10/3/49, 2195-2301; CGK 16/1/78 YKD 78, 1363). Önder (Mehiller, İHFM 64, 589) de muhakeme hukuku müessesesi saydığından 40. maddenin uygulanacağı görüşündedir. Tosun ise (I, 662), şikâyet süresi sanık lehinedir diyerek aynı sonuca varmaktadır.

Süre saatle tayin edildiğinde, meselâ 24 saatlik bir süre verildiğinde, nasıl hesaplanacağı kanunda gösterilmemiştir. Kanaatimizce, sürenin başlamasını gerektiren olaydan itibaren 24 saatlik süre işlemeğe başlayacaktır.

Süre gün olarak tayin edilmişse, *olay günü hesaba katılmaz*.¹⁴⁶⁴ Süre, meselâ bildirmenin yapıldığı günün ertesi gününden itibaren işlemeğe başlar (CMK 39). Yani ertesi gün, sürenin ilk günüdür. Gün gece yarısı saat 24 de başlar, fakat son gün gece yarısı bitmez. Son günün tatil saatinde sürenin sona ereceği kabul olunmuştur (CMK 39). Özellikle milletlerarası metinlerde sürenin “tam gün” (*jour franc*) olarak gösterildiği vardır. Meselâ “bildirmeden itibaren tam üç gün” denilmişse, bildirme günü gibi, işlemin yapılacağı gün de hesaba katılmaz. Ayın birinde bildirilmişse işlem beşinde yapılabilir.¹⁴⁶⁵ Böylece süre tam denilmekle bize göre bir gün uzamış oluyor.

Süre hafta veya ay olarak tayin edilmişse, işlemeğe başladığı günün son haftada isim ve son ayda sayı itibarıyla karşılığı olan günün tatil saatinde sona erer. O sayıda gün yoksa, o ayın son gününde sona erer (CMK 39).¹⁴⁶⁶ Süre yıl olarak gösterilmişse, kıyas yolu ile, son yılda ay ve sayı itibarıyla mukabili olan günün tatil saatinde sona erer.

II. Sürelerin uzaması.

Süreler, ancak¹⁴⁶⁷ şu hallerde uzayabilir:

1) Sürenin son günü tatile rastlarsa, süre tatilin ertesi günü, meselâ pazara rastlarsa pazartesi günü biter (CMK 39/4).¹⁴⁶⁸ Yarım iş günleri tatil günü olmadığından, sürenin sonu böyle bir güne rastlarsa, süre normal olarak hesaplanacak, yani dairelerin tatil saatinde bitecektir (İçBK 13/11/36).

2) Gözaltı süresi, on iki saatten fazla olmamak koşulu ile, yakalama yerine en yakın yargılama makamına gönderilmesi için zorunlu süre kadar uzayabilir (CMK 91/1). Mülga CMUK’da yer alan ve kendisine süre verilen kimsenin ikametgahının muamelenin yapılacağı yerden uzak olması durumunda sürenin uzatılmasına ilişkin hüküm, Ceza Muhakemesi Kanununa alınmamıştır.¹⁴⁶⁹

3) Mahkemelerde adli tatilde yapılabilecek işlemler bakımından süreler, normal seyrini takip eder.¹⁴⁷⁰ Adli tatilde yapılması caiz olmayan işlemler için, sürenin tatilden önce işlemeğe başlayıp başlamadığına bakmalıdır. Süre işlemeğe başlamış ise ve 1 Eylül’den önce bitiyorsa, yaz tatilinin bittiği günden itibaren 3 gün uzatılmış sayılır (CMK 331/4). Süre henüz işlemeğe başlamamış ise ve sürenin

¹⁴⁶⁴ Olay gününün hesaba katılmayacağı sürenin ertesi günden başlayacağı Muhakeme Hukukunun müşterek kaidelerindedir (HMK 161, VUK 18, mülga AsMK 53, İYK 8). Hatta Borçlar Hukukunda da bu kaide uygulanmaktadır (İçBK: 22/6/66, RKD 66, 5, I/1, 29). Sürelerin hesaplanması konusunda Avrupa Sözleşmesi (16/5/72) bunu milletlerarası ortak kural yapmıştır (m. 3). İstisna konmak istendiği açıkça anlaşılmayan hallerde bu kaideden ayrılmak için makul bir sebep yoktur. Bu sebeple, Cumhuriyet Senatosu İçtüzüğü’nün 4. maddesindeki “yayımlanmasından başlayarak 90 gün” sözlerini yayım gününü hesaba katan şekilde yorumlanmasını (AYM: 3/7/64 RG 26/11/64) doğru bulmamaktayız. *Önder* (Mehiller, İHFM 64, 580), gerekçe göstermeden, aynı gün başlatmayı kaide saymaktadır.

¹⁴⁶⁵ *Heile*: Traité de l’instruction criminelle, 1867, c. 8, s. 385.

¹⁴⁶⁶ Sürenin 1 ay veya 30 gün olması aynı şey değildir. 1 Şubat’taki tefhimle başlayan süre 1 aylıksa 1 Mart, 30 günlükse 3 veya 4 Mart akşamı sona erer.

¹⁴⁶⁷ Yanlışlıkla yapılan ikinci tebligat süreye tesir etmez (AsY 1. D: 3/6/68 İKİD 68, 6485).

¹⁴⁶⁸ *CGK 27.11.2007: E. 2007/1-256, K. 2007/247*: Somut olayda; hüküm, sanık AÇ. ve müdafinin bulunmadığı 04.04.2006 tarihli oturumda verildikten sonra, AÇ müdafisine 12.05.2006 tarihinde tebliğ edilmiştir. Bu durumda, bir haftalık temyiz süresinin 19.05.2006 tarihinde sona ermesi gerekecektir. Oysa "Cuma" gününe denk gelen ve Gençlik ve Spor Bayramı olan bu tarihin ve Cumartesi, Pazar günlerine denk gelen 20 ve 21 Mayıs tarihlerinin resmi tatil olması nedeniyle temyiz süresi son tatil gününden bir sonraki gün olan 22 Mayıs 2006 günü mesai saati sonunda bitecektir. Dolayısıyla, sanık AÇ müdafisinin 22.05.2006 tarihinde vermiş bulunduğu temyiz dilekçesi süresi içinde verilmiş olduğundan, Özel Daire’nin temyiz istemini süresinde saymayan kararı isabetli değildir.

¹⁴⁶⁹ Mülga Kanun döneminde muamelenin her altı saat ve küsuru için bir gün ekleniyor (CMUK 40/son, HMK 164) ve ek süre, gerekçesi gösterilmek suretiyle lüzumuna göre azaltılıp çoğaltılabiliyordu. 6 saatlik mesafe 30 km. olarak kabul edilmekteydi (CGK 18/1/34, 106/103; 1/11/43, 104/111). İlgili, derhal işlem yapmağa mecbur olmadığına ve ikametgahına döneceğine göre, tefhim edilen hallerde ek süre verilmelidir (k-m: CGK 11/11/63 İKİD 64, 3194).

¹⁴⁷⁰ CGK 19/6/33, 153/141).

başlamasını gerektiren olay adli tatil içinde olmuşsa¹⁴⁷¹, süre adli tatilin bittiği günden itibaren işlemeğe başlar.¹⁴⁷²

4) 1943-4473 numaralı Kanuna göre (m. 43) yangın, deprem gibi sebeplerle dosyaların yenilenmesi için (No. 294) bu kanunun uygulanmasına Adalet Bakanlığınca karar verilen hallerde, Suç Hukukuna ve Ceza Muhakemesi Hukukuna taallük eden bütün süreler 1 ay uzar. Zira kanunun uygulanmasına bağlandığı tarihten itibaren bu sürelerin 1 ay işlemeyeceği kabul edilmiştir.

5) Mahkemenin yetkisizlik dâvasını reddetmesinden sonra Uyuşmazlık Mahkemesine gidildiğinin (No. 220) mahkemeye bildirilmesinden başlayıp işin yeniden incelenmesine kadar geçen durma zamanı içinde muhakeme süreleri de durur. UMK 12, 13 ve 17 nci maddelerde yazılı sürelerin bitmesi çalışmaya ara verme zamanına rastlarsa bu süreler, çalışmaya ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren yedi gün uzamış sayılır (UMK 18).

6) Sürenin içine mahkemelerin yaz tatilinden başka resmî tatil günlerinin girmesini yazılı Hukukun nazara almamış olması, sürenin kısa, tatilin Kurban Bayramı'nda olduğu gibi uzun olması hallerinde haksız durumlara yol açmakta, süreyi işe yaramaz hale getirmektedir. Bu hallerde resmî tatil günlerinde sürenin işlemeyeceği kıyas yolu ile kabul edilmelidir.

7) Kanun yoluna gitmemiş tarafa, karşı tarafın gitmesi üzerine, bu yola gidebilmek için, cevap süresi içinde yeni bir imkân tanınmalı, cevap süresi bir çeşit ek süre sayılmalıdır.¹⁴⁷³

III. Süreye riayet.

Süreye riayet edilip edilmemesi, işlemin süre içinde yapılıp yapılamaması demektir. İşlemin yapılması da kanunun geçerlik için aradığı şekil ve şartlar dairesinde yapılması demektir.

1) *İşlemi kimin yaptığı.* Bir işlemin süresi içinde yapılıp yapılmadığını bilmek için her şeyden önce o işlemi kimin yapması gerektiğine bakılmalıdır. Çünkü sürenin başlaması süreye göre değişebilir. Bunun nedeni de süreyi başlatacak olan olayın süljelerine göre farklı olabilmesidir. Bunun en açık örneğine işlemlerin bildirilmesinde rastlarız. Meselâ temyiz kanun yoluna başvurma süresi hükmün gerekçesiyle birlikte ilgililere bildirilmesinden başlayacağı için, aynı gerekçeli hükmün ilgililere farklı zamanda bildirilmesi durumunda, süreler de farklı zamanda işlemeye başlayacaktır. Müdafiyeye ve sanığa bildirimlerin ayrı ayrı yapılması gerekir. Ancak bir süje diğerini temsil ediyorsa, temsilciye yapılan bildirme, temsil edilene yapılmış gibi sayılır. Ayrıca bildirme gerekmez. Bildirilmiş ise ayrı bir süre başlamaz.

2) *Kaide.* Kaide, davanın taraf makamlarında bulunan süljelerin her birine yapılan ayrı ayrı bildirmelere göre süreyi her biri için ayrı hesaplamak ve sanığa bildirilse de müdafiyeye ayrıca bildirmektir.¹⁴⁷⁴

3) *İstisnalar.* Bu kaidenin üç istisnası vardır: a) Birinci istisna, bir süljenin diğerini temsil etmesidir. Temsil gereği, temsilciye yapılan bildirme, temsil edilene yapılmış gibi sayıldığından, bu sonuncuya

¹⁴⁷¹ Meselâ resmî ve adli tatil günlerinde tebligat yapılabilir (TebK 33).

¹⁴⁷² İçBK: 14/2/34, 47-1.

¹⁴⁷³ İlk beş basıda savunduğumuz karşı görüşten şu nedenlerle vazgeçtik: 1) Karşı taraf gitmeyecek diye hesaplayan kişiye yeni imkân tanınması adalete uygun olacaktır. 2) Gerçi cevap hakkı vardır. Fakat cevap iddiaya karşıdır ve sınırlıdır. Meselâ temyiz etmeyen sanık, aleyhine kanun yoluna gidildiğinde, yeni noktalarda lehine temyiz sebeplerini de gösterebilmelidir. Bunun faydası meselâ karar düzeltmesinde derhal görülecektir. Hele Yargıtay'ın temyiz edilen noktalarla bağlı kalması kabul edilirse ek imkân tanımak şart olacaktır. 3) Bu imkân, ne olur ne olmaz diye kanun yoluna gitmeleri önleyecek, işleri azaltacaktır.

¹⁴⁷⁴ CGK 20/10/58 Çağlayan "66" III, 156; 4. CD 13/5/65 Alicanoğlu 560; AsY 3. CD 17/12/68 İKİD 69 6696; k-m: CGK 4/6/84 YKD 84/10 1561; 6. CD 21/11/74 YKD 75/2 131; 20/10/64 Çağlayan "66" III, 77; 5. CD 17/11/87 İKİD 88/4 5575. Bu son üç karar, temsilci olmayan müdafî vekil imiş gibi sayarak ve "asile tebliğ edildiğine göre müdafie ayrı tebligat gerekmez" diyerek, yani hatalı noktadan hareket ederek hatalı sonuca varmışlardır.

ayrıca bildirme gerekmez. Bildirilmiş ise, bu fazladan bildirme ayrı bir süre başlamasına neden olmaz.¹⁴⁷⁵

b) İkinci istisna, sanık ve müdafisine ayrı bildirmenin yapılması gerektiği hallerde, müdafaayı zorlaştırmamak için, süreyi son bildirmeden başlatmaktır.¹⁴⁷⁶ Hatırlanmalıdır ki vekil ile sadece Ceza Muhakemesi Hukukunda rastlanılan müdafî arasında fark vardır. Müdafî, vekâletname ibraz etse de ceza muhakemesinde her zaman sanığı temsil etmediğinden vekil ve dolayısı ile temsilci değildir. Kanun müdafisine ancak pek istisnâî hallerde sanığa temsil yetkisini vermiştir. Buna karşılık sanığın kanunî temsilcileri de sanığın müdafisi değildir (No. 128). Görülüyor ki, sanığın temsilcisi olduğu istisnâî haller dışında müdafî ile sanığın süjelik durumları farklıdır ve bu nedenle bildirmeler kaide olarak ayrı yapılmalıdır.

c) Üçüncü istisna, müdafilerin birden fazla olması halinde, birden fazla bildirme yapılmışsa, önce yapılanı bakılmalıdır (No. 132).

268. SÖZLÜ İŞLEMLER.

Hakikat sözlü işlem ile bazen daha iyi, daha kolay, daha çabuk anlaşılır. Onun içindir ki ceza muhakemesi işlemlerinden bir kısmının sözlü olarak yapılması kabul olunmuştur. Kovuşturma evresinin duruşma aşamasında sözlülük prensibi kaideyi¹⁴⁷⁷ teşkil eder.

Bu prensip sözle söylenenlerin yazılı olarak da verilmesine engel değildir. Fakat yazılı olarak vermek sözlülük prensibinin ihlâlüne sebep olmamalı, yani sözlerin söylenmesinden veya dinlenmesinden bu sebeple vazgeçilmemelidir. Diğer taraftan, sözle söylenenlerin yazılı şekle sokulmasında fayda vardır. Bunun içindir ki kanunlar, çok defa, tutanak ile tespit olduğu gibi, sözle yapılan işlemlerin yazılı şekle sokulmasını isterler.

269. YAZILI İŞLEMLER.

Muhakeme işlemlerinin bir kısmı da yazılı olarak yapılır. Bilhassa soruşturmada kaide, işlemlerin yazılı yapılması şeklindedir. Diğer taraftan kaide olarak sözlü yapılması gereken bazı işlemler de dilsizlerin tanık veya bilirkişi olarak dinlenmesinde veya sorgusunda olduğu gibi, istisna olarak, yazılı yapılabilir (CMK 56, 202). Keza ölen bir tanığın evvelce alınan ifadesinin veya bir tanığın erken dinlenme tutanağının duruşmada okunması ile yetinilmesi de (CMK 211) böyle bir istisnadır.

Yazının el ile yazılması kaide olarak şart değildir. İstisna, bilhassa imzada kendini gösterir. İmza muhakkak el ile ve sonradan eklemeleri önleyecek biçimde¹⁴⁷⁸ atılmalıdır. CMK bu hususları düzenlemediğinden diğer kanunlar kıyas yolu ile uygulanmalıdır. İmzanın el ile atılması, yazının el ile yazılması demek, imza atan veya yazı yazanın bizzat yazdığını belli edecek, icabında grafolojik tetkiklerle onun tarafından yazılıp yazılmadığını araştırma imkânını verecek bir şekilde yazılması demektir. Bu sebeple eli olmayan bir kimsenin faraza ayağı ile imza atması makbuldür. Keza yazı bilmediği için imza atamayan kimsenin eli ile bir işaret yapması veya parmak basması da imza yerine geçer. Elverir ki bu hususlar tasdik edilmiş olsun. 2004-5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu hükümleri de göz önüne alınmalıdır. Nitekim noterin tasdiki kâfi sayılmıştır (Noter K 75). İmzalaması gereken şahıs imza etmekten çekinirse, bu hal, olayın tespiti hükümleri dairesinde bir tutanak ile tespit olunur.

¹⁴⁷⁵ CGK 10/12/73 YKD 75/1 32; 9. CD 1/12/82 YKD 83/3 451; 4. CD 2/6/78 YKD 79/1 133. Bu kararların hepsinde müdafî aynı zamanda temsilcidir.

¹⁴⁷⁶ Almanya'da 1965 reformunda sonucu aynı olan benzer bir yol tutulmuştur (StPO 37) (Barosio, 185). Bizim 35. maddemizin atfı yaptığı Tebligat Kanunu'nda böyle bir açıklama yoksa da içtihatla kabulüne de engel yoktur. Nitekim bu yolda kararlara rastlamaktayız (8. CD 20/5/82 YKD 84/8 1254; CGK 28/4/80. (YKD 84/10 1256).

¹⁴⁷⁷ Sağır ve dilsizler hakkında bir istisna tanımak zorunda kalınmıştır. Sağır ve dilsiz olan sanığa, savcının ve müdafinin son iddia ve müdafaalarının sonuçları yazı ile anlatılır. Bunların sorguya çekilmeleri de yazılı olur. Bunlar okuyup yazma bilmiyorlarsa işaretlerinden anlayan bir kimse vasıtası ile sorguya çekilirler ve son iddia ve müdafa sonuçları da bu suretle kendilerine anlatılır (CMK 202). Bu normlar, sağır ve dilsiz tanıklar hakkında da uygulanacak bilirkişiler hakkında da kıyas yolu ile uygulanabileceklerdir. Yemin hakkında zaten açık hüküm vardır (CMK 56).

¹⁴⁷⁸ CGK 4/2/74 YKD 75/8, 64.

Meselâ duruşma tutanağında olduğu gibi (CMK 219)¹⁴⁷⁹ birden fazla sahife varsa, her biri son sahife gibi imzalanmalıdır.

Tutanaklarda olduğu gibi açıkça aransa da (No. 281) aranmasa da yazılı işlemde tarih şarttır. Bir işlemin birden fazla tarihi olamaz (No. 278). Açıkça aranmadıkça veya gerekmedikçe saatin yazılması şart değildir, fakat iyi olur.

Yazılarda silinti, kazıntı olmamalı, düzeltmeler imzalanmalıdır.¹⁴⁸⁰ Yazılı işlemlerin ispat gücünü artırmak için mühür arandığı da vardır.¹⁴⁸¹

Muhakeme muamelesine ait yazıların asılları dosyada bulunacaktır. Zaruret halinde tasdikli olmak şartı ile fotokopileri veya suretleri bulunabilir.

270. YAZILI İŞLEMLERİN ÇEŞİTLERİ ve DOSYA.

I. Yazılı işlemlerin çeşitleri.

Yazılı muamelelerin çeşitlerini iki grupta toplamak mümkündür: 1) Ya muamele temyiz dilekçesi gibi, doğrudan doğruya yazılı şekilde yapılır. 2) Yahut muamele tutanaklarda olduğu gibi, sözle veya hareketle yapıldıktan sonra yazılı olarak bir tutanak ile tespit edilir.

Son zamanlarda, sözlü işlemlerin önce video gibi yollarla tespit edilmesi ve sonra yazılı hale getirilmesi imkânının kanunlarımızda da kabul edildiğini görmekteyiz. Ceza Muhakemesi Kanunu duruşmada yapılan işlemlerin teknik araçlarla kayda alınması halinde bu kayıtların vakit geçirilmeksizin yazılı tutanağa dönüştürülerek mahkeme başkanı veya hâkimi ile zabıt kâtibi tarafından imzalanmasını mecburi hale getirmiştir (CMK 219).

Doğrudan doğruya yazılı olarak yapılan muameleler, bir belgenin tanzimi şeklinde tecelli eder. Bu belgeler muhtevalarına göre çeşitli isimler alırlar. Meselâ savcının tanzim ettiği belgelerin başlıcaları talepname, iddianame, itiraz veya temyiz dilekçesi, temyiz layihası, tebliğname, ihbarname, itiraznamedir.

Sanığın tanzim ettiği ve resmî makamlara verdiği belgeler dilekçe adını alır. İtiraz veya temyiz dilekçesi gibi. Hususî muhtevalarına göre hususî isim alanlar da vardır. Temyiz lâyihasında olduğu gibi.

Yargılama makamlarının başlıca yazılı belgeleri, yaptıkları soruşturma ve duruşmalara ait tutanaklar ile karar ve müzekkere şeklinde tecelli eder. Müzekkere, yargılama makamının bir kararın yerine getirilmesi hususunda belli bir makama yazdığı yazıdır. İlk önce bu yazının yazılmasını gerektiren karar, meselâ sanığın zorla getirilmesi veya tutuklanması kararı verilir. Sonra, bu karar dairesinde hareket edilerek sanığın zorla getirilmesi veya tutuklanması için kolluğa yazı yazılır. İşte müzekkere bu yazıdır. Yargılama makamlarının şahıslara hitaben gönderdiği davet yazıları da vardır. Sanıkların, tanıkların ve bilirkişilerin daveti için bu şahıslara yazılan yazılara “celpname” denilirdi. Şimdi *çağrı kâğıdı* (CMK 43/1, 176/1) veya *davetiye* (CMK 145) demektedir.

II. Dosya.

Yazılı işlemler “dosya” içinde saklanır. Yargılama makamlarının düzenledikleri tutanaklar ile verdikleri kararların dosyada asılları bulunacaktır. Dosyanın iyi tutulması muhakeme için çok önemlidir. Herhangi bir belgenin yok edilmesini önlemek için, her belge numaralanmalı ve listesi dosya kapağına yazılmalıdır. Yargılama makamlarının bütün belgelerinin birer suretinin ikinci bir dosyada saklanması sayısız faydalar sağlayacağından mecburî kılınmalıdır (CPPF 81). İddia ve müdafaa makamlarının da kendileri için ayrı ve tam bir dosya tutmaları muhakemeleri çabuklaştıracaktır.

III. Gizli dosya.

¹⁴⁷⁹ CGK 30/4/73 İKİD 73, 2105; 10/5/71 RKD 71 31; 4/2/74 RKD 74, 86.

¹⁴⁸⁰ Metin-dışı yazılar sonradan ilâve edilebileceğinden, belli sürede yapılması gereken duruşma isteği, dilekçe metninde yer almalıdır (1. CD 28/1/77 YKD 77, 570).

¹⁴⁸¹ Mühürün okunaklı olması şarttır. Ölüm cezasına çarptırılan sanığın nüfus kaydı örneğindeki mühürün okunaklı olmaması bozma sebebi sayılmıştır (CGK 25/6/79 *Çağlayan*’dan nakil: Duruşma yapılırken dikkate alınması gereken noktalar (AdD 84/2, s. 274).

Delillerin müşterekliği ve mahkemenin duruşmada ortaya konulmuş olan delillere dayanması ilkeleri gereği olarak, tarafların ve özellikle müdafilerin yararlanmayacağı *gizli dosya* tutulması muhakeme hukukuna ters düşmektedir. Ancak soruşturmanın gizliliği sırasında hâkim kararı ile müdafinin inceleme kapsamı dışında tutulan belgelerin böyle bir dosyada tutulması gereklidir (CMK 153).

271. HAREKETLİ İŞLEMLER.

Bazı işlemler ne yazı ile ne de sözle yapılır. Bunlar vücudun veya uzvun hareketi ile yapılan işlemlerdir. Bunlara hareketli işlemler adını vereceğiz. Burada hareket kelimesini, söz söylemek veya yazı yazmak hareketlerinden gayri hareketler manasına kullandığımız açıktır. Meselâ sanığın ve maddî sübut vasıtalarının elde edilmesi için yapılan “arama”, hareketle yapılan bir işlemdir. Bunun gibi bir eşyanın emniyet altına alınması için yapılan *elkoyma*, hakikatin araştırılması için beş duyu vasıtası ile yapılan araştırma demek olan *keşif* de hareketle yapılan işlemlerdir.

Hareketli işlemler ekseriya yazılı işlemleri takip ederler. Meselâ tutuklama işlemi tutuklama müzekkeresi üzerine yapılır. Meselâ keşif işleminden önce keşif kararı verilir ve bu karar tutanağa geçirildiği için yazılı bir işlem halini alır. Sözlü işleme dayananlar da vardır. Meselâ (gecikemeyen hallerde) kolluk savcının sözlü emrini yerine getirir (No. 417).

272. AÇIK İŞLEMLER.

Muhakeme işlemlerinin açık (alenî) olması, işlem için bulunması gerekli şahıslardan gayrisinin hazır bulunması imkânının sağlanması demektir. Bu kimselerin bilfiil hazır bulunmaları aranmaz. Meselâ hiçbir dinleyici bulunmadan yapılan bir duruşma, kapılar faraza soğuk dolayısı ile kapalı da olsa, isteyenin girmesine engel olunmamışsa, açık olarak yapılmış demektir.

Muhakeme işlemlerinin açıklığı, daha çok, yargılama işlemleri bakımındandır. Bu açıklık kontrolü sağlayarak insanları gizli yargılamalara karşı koruduğu, adaletle yargılanmayı gerçekleştirdiği, mahkemelere güveni sağladığı için demokratik rejimlerin vazgeçilmez prensiplerindedir. Bu prensip her işlemin açık olmasını da gerektirmez. Anayasamız “mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır” demekle (AY 141/1) açıklığı duruşma bakımından aramıştır. Birleşmiş Milletlerin kabul ettiği İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, dâvanın açık görülmesini bir hak olarak kabul etmiştir (İHEB 10). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, bunlara hükmün açıklığını da eklemiştir (İHAS 6/1).¹⁴⁸²

Açıklık, isteyenin hazır bulunması ve yapılanları görmesi kadar, söylenenleri işitmesi ve gösterilenleri görmesidir. Bu sebeple pek büyük salonlarda dinleyicilerin de duymasını ve görmesini sağlayacak teknik tertibat alınmalıdır. Taraf olan savcının hâkim ile duruşma sırasında dinleyicilerin duymayacağı şekilde konuşması açıklık prensibine aykırıdır.

Açıklık, isteyenin görmesi ve duyması kadar, gördüklerini, duyduklarını başkalarına yayabilmesini de gerektirir.¹⁴⁸³ Nitekim, Anayasa “basın hürdür” derken (AY 28) bunu ifade etmiştir. Ancak bu

¹⁴⁸² *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*, açıklığın metinde saydığımız amaçlarını belirttikten sonra, bu amaçlar karşısında şu veya bu işlemin açık olup olmamasının ikinci plânda kaldığına ve Konsey üyesi Devletlerde bu konularda farklılık bulunduğunu, Sözleşmeyi yapanların da bilmemesine imkân olmadığına dayanarak, özellikle kararı açıklığı konusunda fransızca metin biraz kaypak da olsa İngilizce metin açıkça sözle bildirmeyi aramasına rağmen Sözleşmeyi amacına göre ve geniş olarak yorumlamış ve İtalyan Yargıtay’ının açık duruşma sonunda verdiği kararını (8/12/83 *Preto dâvası*), Alman Yargıtay’ının (8/12/83 *Axen dâvası*) ve İsviçre Askerî Yargıtay’ının (22/1/84 *Sutter dâvası*) duruşmasız baktığı dâvada verdiği kararı yazılı bildirmesini Sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Bu kararlarda Yargıtay’ın olay hakkında karar vermediği, hukuk kurallarını yorumlayıp hukukî sorunları çözdüğü, önemli kararların da yayınlandığı, yayınlanmayanları da haklı bir sebeple ilgi duyanların inceleyebildikleri, hele temyiz dâvasının reddi halinde davacının durumunda değişiklik meydana gelmediği noktaları üzerinde de durulmuştur. Ev veya işyerinde malikin izleyicilerin bulunmasına izin vermemesi halinde, aleniyet ilkesi zedelenmiş olmaz (*Centel/Zafer*, 449).

¹⁴⁸³ Ceza muhakemesi Kanununun 183. maddesine göre, 180 inci maddenin beşinci fıkrası ile 196 ncı maddenin dördüncü fıkrası hükmü sakıl kalmak üzere, adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler kullanılamaz. Bu hüküm, adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adli işlemlerin icrasında da uygulanır (Ceza Hukuku 8. Milletlerarası Kongresi, Lizbon 1961). *Erem* (n. 313) de fotoğraf yasağından yanadır. Alman Hukukunda açıkça yasaklanmıştır (RiStBV 129, GVG 169). Amerikan Hukuku Federal düzeyde ve Eyaletlerde farklıdır. Federal Hukuk 1994 tarihli Ceza Muhakemesi Kanununda (Federal Rules of Criminal Procedure) düzenlenmiştir. Bu yasanın 53. maddesi, duruşma devam ederken salonda fotoğraf ve film çekilmesini yasaklamıştır (... taking of photographs in the court room during the process of judicial proceedings ... shall not be permitted.). 1996 yılında toplanan Kurul (Judicial Conference) yaptığı yorumla bu maddenin uygulanmasını yumuşatmıştır. Her eyaletin üst mahkemesi, «temyiz davasındaki

hürriyetin Anayasada belirtilen gayelerle kanun tarafından sınırlandırılabilmesi de kabul edilmiştir. Bu gayeler arasında *yargılama*¹⁴⁸⁴ görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi de vardır. Bunun içindir ki Basın Kanunu, (m. 19) hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğinin yayımlanmasını ve görülmekte olan bir dava kesin kararlar sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hâkim ve mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlanmasını yasaklamıştır (No. 180). Hâkimleri tesir altında bırakmamak için konulan bu yasak, duruşmada olan bitenin hikâye edilmesini yasaklamadığından açıklık prensibine aykırı değildir.¹⁴⁸⁵

Basın ve haber alma hürriyeti, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırlarının açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının, meslek sırlarının korunması gayeleri ile sınırlandırılabilir. Anayasa *yargılama, görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amacı* ile de sınırlandırmayı kabul etmiştir (AY 26/2).

Muhakeme bakımından yapılmış *sınırlamalar* şunlardır:

a) Açık duruşmalarda cereyan eden muhakeme kamu güvenliğine veya genel ahlâka dokunacak mahiyette ise, mahkeme bunları önlemek amacı ile ve bu amacın gerektirdiği ölçüde, muhakemenin kısmen veya tamamen yayınlanmasını yasaklar ve kararını açık olarak tefhim eder (CMK 182).

b) Basın Kanunu'na göre; intihar olaylarının okuyanları etkileyecek biçimde yayınlanması ile evlenmeleri yasaklanmış kişiler arasındaki cinsî münasebetlere dair haber ve yazılar ile umumî adap ve aile nizamı aleyhindeki belirli cürümlere ait haber ve yazıların yayınlanmasında mağdurların kimliklerini açıklayan bilgi ve resimlerin, 18 yaşını doldurmamış suç fail ve mağdurlarının kimliklerinin açıklanması ve resimlerinin yayınlanması suç oluşturmaktadır (BasK 20, 21).

Açıklık, isteyenlerden bazılarının hazır bulunmasına belli kayıt ve şartlarla müsaade etmemeğe mâni değildir. Meselâ küçük çocuklar ve duruşmanın inzibatını bozan şahıslar salondan çıkarılabilir (CMK 203). Bunun gibi sarhoş ve esrarkeşlerin, mahkemenin ciddiyeti ve ağırbaşlılığı ile telifi kabil olmayacak şekilde pejmürde kıyafetli serserilerin de bulunmasına müsaade etmemek (CPPI 426), açıklık prensibine aykırı düşmez.¹⁴⁸⁶

273. GİZLİ İŞLEMLER.

Soruşturmanın selâmeti bakımından, bazı işlemlerin gizli¹⁴⁸⁷ yapılması gerekebilir. Soruşturmanın gizliliği kaidesinin (CMK 157) kabul edilmesinin (No. 411, 447) sebebi budur. İletişimin denetlenmesi

savunmanın» yayınlanmasına izin verip vermemekte serbest bırakılmışsa da, Federal Mahkemelerin esas mahkemesi sıfatı ile baktığı davalarda kameralar duruşma salonuna alınmazlar. Kansas Eyaletindeki gelişme şöyledir: 1981 yılına kadar hiçbir kamera duruşma salonuna alınmamıştır. «Chadler v. Florida» davasında verilen karar, eyaletleri duruşma salonuna «elektronik medyayı» alıp almamak konusunda serbest bırakmıştır. 1988 yılında kabul edilen kanun (Rule 1001), 12 noktada kısıtlama getirerek; kameraların duruşma salonuna girmesine izin vermiştir.

¹⁴⁸⁴ Anayasanın “yargı görevinin amacı” derken sadece hâkimlerin görevini kastettiğini sanmıyoruz. Kolektif olan muhakemenin amacına uygun olarak yapılması için konacak sınırlar Anayasa’ya ters düşmeyecektir.

¹⁴⁸⁵ Mülga Basın Kanunu’nun 30. maddesi, 1960-143 numaralı kanunla yapılan tâdilden önce, mahkemenin karar ve muameleleri üzerinde tesir yapabilecek her türlü yayında bulunulmasını duruşma safhasında mahkemenin vereceği kararlar yasak edilebilmesini kabul etmişti. Bu yasak duruşmada olup betini, okunan vesikaların neşri yasağı olmayıp, mahkemenin karar ve muameleleri üzerinde tesir yapabilecek mahiyette yayınların, yani sübjektif yorumların yasağı idi. Yoksa duruşma hakkında her türlü yayınların neşri, kanuna aykırı düşerdi. Hazırlık soruşturmasında ve ilk soruşturmada da bu yolda kararlar verilebiliyordu. Kanuna aykırı tatbikata rastlanıldığından neşir yasağı kararına ait hüküm kanundan çıkarılmıştı. 2004-5187 numaralı Basın Kanunu aynı düzenlemeyi sürdürdü (m. 19).

¹⁴⁸⁶ k-m: AYM: 26/6/63, RG 12/11/63. Anayasa mahkemesi, Askerî Mahkemeler Kanununun 165. maddesinin 1. bendindeki “askerî mahkemenin haysiyetiyle mütenasip olmayan şahısların” alenî duruşmada bulunmalarının men edilebileceği hükmünü müphem görmüş ve 61 Anayasasının 135. maddesindeki istisnalara uymadığı gerekçesi ile Anayasaya aykırı bulmuştur. Yüce (s. 65) de sarhoş ve esrarkeşin de insan haysiyeti var diye karşı mütalâadadır, ama o da “duruşmanın disiplinini ve mahkemenin mehabetini bozacak durumda iseler duruşmaya alınmazlar” sonucuna varmıştır.

¹⁴⁸⁷ Açık olmayan muamelelere Türkçemizde gizli muamele denir. Gizlilik varken *kapalık* demeyi yersiz buluyoruz. Hele yazılı bir muamele için *kapalı* denemeyeceği açıktır.

kararı gizlidir; gizlilik *tedbir süresince* uygulanır (CMK 135/5). Kovuşturma evresinde hâkimlerin müzakerelerinin gizli olması da bu yüzdendir (No. 278).

Soruşturmanın selâmeti dışında kalan yani muhakeme ile ilgili olmayan sebepler de gizliliği gerektirebilir. Nitekim duruşmalar kaide olarak açık olduğu halde genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, duruşmanın bir kısmı veya tamamı gizli yapılabilir (AY 141/1, CMK 182).¹⁴⁸⁸ Gizlilik kararı talep yani dâva üzerine verilebileceği gibi, re'sen de verilebilir. Hâdise dâvası mahiyetinde olan bu tâli dâva (No. 493) üzerine, duruşma yapılır. Bu duruşma da talep üzerine veya re'sen görülecek lüzum üzerine, gizli yapılabilir (CMK 182). Ancak gerek gizlilik kararı gerek gizli duruşma sonunda verilen karar açık olarak tefhim edilir (CMK 182/3). Gizlilik kararının gerekçesinin tutanağa geçirilmesi lâzımdır (CMK 182/3).

Çocukların korunması da gizliliği gerektirebilir (AY 141/2). Nitekim, 18 yaşını henüz bitirmemiş olanlara¹⁴⁸⁹ ait duruşmalar mutlaka gizli yapılır, hattâ hüküm dahi gizli tefhim edilir (CMK 185, ÇKK 4/1, 22).¹⁴⁹⁰ Çocuk ve mağdurların ikincil mağduriyetten korunması amacı ile bunların şüpheli veya sanıkla yüz yüze gelmelerini önlemek amacı ile ifade ve beyanların özel ortamda uzmanlar aracılığı ile alınması da (CMK 236/4-8) bir tür gizliliktir.

Duruşmadaki gizlilik sebepleri İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine uygundur. Hatta İHAS fazla olarak tarafların özel hayatını korumak gerektiğinde veya açıklığın adalete zarar verebileceği özel hallerde de gizli duruşmaya imkân vermektedir. Sözleşme kanun hükmünde olduğundan, bu hallerde de gizliliğe karar verilebilecektir.

Gizli yapılan duruşmalarda bazı kimselerin istisna olarak hazır bulunmalarına mahkeme müsaade edebilir. Gizliliği gerektiren hususların açıklanmaması ve dolayısı ile yayınlanmaması gizliliğin sonucudur. Ancak, 5271 sayılı CMK'da yaptırım¹⁴⁹¹ öngörülmemiştir.

Gizlilik, işlemde hazır bulunması gereken şahıslar dışındakiler bakımındandır. Meselâ duruşmada bulunacak olan kimseler gizli duruşmada da bulunabilir. Bir de daha sıkı gizlilik arandığı vardır. İstisnayı teşkil eden bu hallerde kimlerin hazır bulunabileceğini kanun tahdidi bir surette gösterir. Meselâ soruşturma evresinde yapılan işlemlerde, tanık sorguya çekilirken, tanık ve bilirkişi dinlenirken veya bir keşif ve muayene yapılırken savcı veya sulh hâkiminin yanında sadece zabıt kâtibi bulunur (CMK 169/1).

İşlemin gizliliği başka şeydir, o işlem üzerine düzenlenen tutanağın gizliliği yine başka şeydir. İşlemin gizliliği, gizli yapılması demek olup tutanağın da aynı şartlarla gizli olmasını gerektirmeyebilir.

Diğer taraftan, taraflar bakımından gizlilik de sūjeye göre değişebilir. Meselâ müdafinin, üç çeşit belgeyi incelemesi kısıtlanamaz (CMK 153). Müdafî hazırlık evrakı ile dava dosyasının tamamını inceleme ve suret alma hakkına sahiptir. Savcı için hâkim tarafından düzenlenen belgeler konusunda hiçbir sınırlama yoktur.

¹⁴⁸⁸ Gizliliğin Anayasa ile düzenlenmesi yersiz olmuştur. Başka gizlilik hallerini kanuna koymak için Anayasayı değiştirmek gerekecektir. Almanlar 1975 de özel hayatın ve bazı sırların korunması için gizlilik sınırlarını genişletmişlerdir (Grauhan, 385).

¹⁴⁸⁹ Her ne kadar, Çocuk Mahkemelerinin görevi, "18 yaşını bitirmeyen küçükleri" kapsayacak şekilde genişletilmiş ise de (2003-4963), "küçüğü" tanımlayan 41. madde değiştirilmediği ve (suçu işlediği tarihte henüz 15 yaşını bitirmemiş kimse) tanımı muhafaza edildiği için, mülga ÇMK 25 in, 15 yaşını bitirmeyenler hakkında uygulama alanı bulacağı içtihadına ulaşılmıştı (CGK 30.9.2003, E. 2003/1-226, K. 2003/229; Çımar 2004, 63). Yargıtay'ın bu görüşünü benimsemiyoruz. Sadece görevli mahkemenin değiştirilmesi ile Çocuk Hakları Sözleşmesine uygun düzenleme yapıldığı söylenemez.

¹⁴⁹⁰ Burada korunan küçük sanıktır (5. CD 26/12/79 YKD 80, 1166). Almanya'da 1975'ten beri 16 yaşından küçük tanıklar gizli dinlenmektedir (Grauhan, 385).

¹⁴⁹¹ Bu yasağa aykırı hareket edenler mülga kanun uyarınca beşyüz bin liradan 2 milyona kadar ağır para cezası ile cezalandırılıyordu (CMUK "85-3206" 377/3 ve 4).

32. § CEZA HÂKİMİ İŞLEMLERİ

274. Hâkimlerin fikrî ve fiilî işlemleri. 275. Hâkimlerin kararlarının niteliği. 276. Hâkimlik kararları. 277. Mahkeme kararları. 278. Müzakere ve oy verme.

274. HÂKİMLERİN FİKRÎ ve FİİLÎ İŞLEMLERİ.

Ceza muhakemesi sùjelerindekinden çok daha fazla ve daha önemli olmasına rağmen, hâkim işlemlerinin sistematığı bizde yapılmamıştır. Başka memleketlerde de bu sistematik gelişmiş değildir. Kanunumuz da bu bakımdan çok geridir. Her ne kadar “karar” ve “hüküm” ayrımı varsa da bunun dışında, emir gibi tabirler de kullanılmakta, bazen karar yerine, karara dayanılarak yazılan yazıdan bahs olunmaktadır.¹⁴⁹² Kanunda kararlara ilişkin bir diğer norm da mahkeme kararlarının “*duruşmada verilen karar*” ve “*duruşma dışındaki karar*” diye ikiye ayrılmasıdır (CMK 33). *İlgili tarafın yüzüne karşı* verilip verilmemesi bakımlarından tasnif de vardır (CMK 35/1). Diğer bir tasnif, *koruma tedbirlerine ilişkin karar ve aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek karar* (CMK 35/2) ayrımıdır.

Hâkimler bütün işlemlerini yaparlarken, kaide olarak, yanlarında zabıt kâtibî bulundurmağa mecburdurlar (CMK 169/1). Biz, hâkimin yaptığı işlemleri *fikri* ve *fiili* işlemler olmak üzere ikiye ayıracağız: 1) “*Fikrî işlemler*”, “Muhakeme Hukuku kararları” şeklinde tecelli eder. Hâkim muhtelif ihtimallerden bir tanesini seçer. Bu seçiş, “karar mahiyetinde hüküm” yani “karar” vermedir. 2) “*Fiilî işlemler*”, kararlardan gayrı olan ve maddî hareket şeklinde tecelli eden işlemlerdir. Meselâ keşif yaparken hâkim duyu organları ile dış âlemi tanımağa çalışır. Duruşmanın idaresi de fiilî bir işlemdir. Bazı fiilî işlemleri hâkim bizzat yapmağa mecburdur. Meselâ keşif ve sanığın sorgusu böyle muamelelerdir. Bazılarını ise başkasına yaptırabilir. Meselâ arama fiilî muamelesini hâkim bizzat yapabileceği gibi zabıta memurlarına da yaptırabilir.

275. HÂKİM KARARLARININ NİTELİĞİ.

Hâkimlerin fikrî işlemleri olan kararları nitelikleri bakımından “*idare kararı*” ve “*yargılama kararı*” diye ikiye ayrılır. Bir uyuşmazlığın çözülmesi sırasında verilen kararlar, uyuşmazlığın kolektif muhakeme yapılarak çözülmesi yargılama faaliyeti olduğundan, yargılama kararlarıdır. Uyuşmazlığın çözülmesi için yapılan soruşturma dolayısı ile verilen kararlar da bu kategoriye girer.

Yargılama kararlarını verme yetkisi münhasıran yargılama makamlarına aittir. Bunun içindir ki taraf makamlarından birini işgal eden savcıların yargılama kararı (kazaî karar) verme yetkisi yoktur (No. 73, 379).

Tasdik, bir çeşit vesayet işlemidir. İdarî vesayette olduğu gibi eksik bir ehliyeti gerektirir. Herhangi bir yargılama makamının, şu veya bu şekilde vesayete muhtaç görülmesi, yargılama görevinin yüceliği ile bağdaşamayacağından, yargılama makamı kararlarının hiçbirisi tekemmül için tasdike muhtaç değildir. 1973 de kabul olunan istisna yersizdir.¹⁴⁹³

¹⁴⁹² Meselâ CMUK 192 uncu maddesinde “başkanın tedbir emretmesinden” söz edilmekte idi.

¹⁴⁹³ Sorğu hâkimlerinin belirli kararlarının tasdik ile tekemmül edeceğini söyleyen hüküm 1973 de kaldırılmıştır (CMUK 124). Ancak, tasdik ile tekemmül müessesesi, bir başka vesile ile yine hortlamıştır. Gerçekten, hattâ daha sonra kabul edilen Yargıtay Kanunu, herhalde dikkatsizlikle olacak, tasdik ile tekemmüle yine başvurmuştur. Şöyle ki, bir Yargıtay hâkiminin görev suçundan dolayı Ceza Muhakemesi Kanununun ilksoruşturmaya ait hükümlerini uygulayarak ilksoruşturma yapmakla görevlendirilen ceza daireleri başkanı tutuklamaya, tutuklama kararını geri almaya veya kefaletle salıvermeye karar verirse, bu karar ancak Birinci Başkanlık Divanı onaması ile tekemmül edecektir. (1978-1730) numaralı Yargıtay Kanununun 42/4. maddesindeki bu isabetsiz hükmün 1983-2797 numaralı yeni Yargıtay Kanununda da tekrarlanması (m. 46/4) cidden üzücüdür. “Hâkim in kararlarının tasdik ile tekemmülü vesayet mânâsına geldiğinden hâkimlik müessesine aykırıdır. Sorğu hâkimi de hâkim olduğundan ona itimat gerekir” dediğimiz bir sırada Yargıtay daire başkanına itimatsızlığı anlamağa imkan yoktur. Maksat teminat sağlamak da olamaz. Çünkü salıverme kararları da bu hükme tâbi tutulmuştur. Kaldı ki teminat da kasdolunsaydı, itirazı otomatik hale getirmeğe lüzum yoktu. Başkanın kararına itiraz mümkündür. Neresinden bakılsa ters düşen bu hüküm bir an önce kaldırılmalıdır. 1985 den sonra bu tasdik kaldırılrsa da, bir başka yerdeki hata yüzünden madde yine düzelmiş olmayacaktır. Gerçekten buradaki ilksoruşturmaya atfı artık hazırlık soruşturmasına yapılmış sayılınca (1985-3206 No. K 83/2) hazırlık soruşturması yapacak olan başkanın da savcı gibi hareket edeceğine göre tutuklama kararı verememesi gerekmeyecek mi? Maksat her halde bu değil. Demek ki, genel kanundaki ilksoruşturmanın kaldırılması, özel kanunlardakine dokunmayı zorunlu kılmıyor. Kanunlarımızda rastladığımız her ilksoruşturmaya, hazırlık soruşturması saymak

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadırlar. Bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremezler ve bunların yerine getirilmesini geciktirmezler (AY 138/4).

Mahkemelerin, daha doğrusu hâkimlik makamlarını da içine alacak şekilde, yargılama makamlarının kararları hatalı ise ve gerekiyorsa, sadece yargılama makamları tarafından değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabılır (No. 70).

Muhakeme hukukunda kararlar, niteliklerine göre, tipler halinde gösterilmiştir. Hâkimler ancak bunlardan duruma uygun olanını seçebilirler ve bunlar dışında karar veremezler. Bu karar tiplerini kanun gösterir. Boşluk halinde İçtihadî Hukukla Bilimsel Hukuk da sisteme ters düşmemek şartı ile tip yaratabilir (No. 41, 45, 71, 315, 447).

Yargılama makamları kararlarını ancak yargılama konusunda verebilirler. Kovuşturma iddia görevi olduğundan hâkimin, savcı gibi kovuşturma ile ilgili bir karar, meselâ kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi sisteme ters düşer.

Hâkimler yargılama faaliyetleri boyunca, eylemin şu veya bu maddede yazılı tiplerden birine girip girmediği yolunda bir hukukî değer hükmü verirler, yani “hukukî tavsif” yaparlar (No. 296). Bazı yargılama kararlarının verilebilmesi için böyle bir tasvif yapmak ve bunu gerekçe diye göstermek mecburiyeti vardır. Hâkimler, tarafların mütalâaları ile bağlı tutulamayacaklarından, hukukî değer sorununu ancak kendi değer hükümlerine dayanarak çözeceklerdir. Hattâ diğer hâkimlerin ancak kendileri için yapmış oldukları tavsiflere de dayanamayacaklardır. İşin başında olunması, durumu değiştirmemelidir. Mahkemenin, duruşma başında, savcı veya sorgu hâkiminin daha önce yaptığı gibi, geçici bir tavsif yapamaması için hiçbir sebep olmadığı gibi, yapması da yargılamanın objektifliğinin bir gereğidir.¹⁴⁹⁴

Hâkimlerin kararlarının küçük bir kısmı idarî mahiyettedir. Bu kararların ilgili olduğu idarî görevler, ya duruşmanın veya tereke mallarının *idaresi* gibi sadece hâkime yahut yargılamasız ceza verme idarî görevinde olduğu gibi, bazen idarî makamlara, bazen şahsı bakımdan teminat arz ettiği için hâkime verilir. Hâkimlerin idarî kararları, İdarenin idarî kararlarından olmayıp, adliyenin idarî kararlarından olduklarından, İdare Hukukunca değil, Muhakeme Hukukunca düzenlenir.

Hâkimlerin idarî kararlarına, yargılama kararlarından ayırt edilmeleri için kararname denilmesi daha uygun olur. Zaten uygulamada çok defa kararname, emir, tembih gibi tabirler kullanılmaktadır.

276. HÂKİMLİK KARARLARI.

Hâkimlerin kararları çeşitli bakımlardan sınıflandırılabilir. Biz kanunumuzun sistemini açıklamada faydalı olacağını düşünerek, makam itibarıyla bir ayırma yapacağız. Yargılama makamları hâkimlik ve mahkeme olarak ikiye ayrıldığından (No. 88), kararların birinci grubunu hâkimlik kararları teşkil edecektir. Asıl ceza muhakemesinde soruşturmada verilen kararlar hâkimlik kararları olduğu gibi kovuşturma evresinde de bu gruba giren kararlara rastlanmaktadır. Bunlar, mahkeme toplu olsaydı, başkanın veya naip hâkimin vermesi icap eden kararlardır. Bunlar, kovuşturma evresinde, mahkemeyi teşkil eden tek hâkim tarafından duruşma sırasında verilse dahi, hâkimlik kararlarıdır. Talî ceza uyuşmazlıklarını çözen merci mahkeme olarak değil de hâkim veya başkan diye gösterilmişse, yine hâkimlik kararı söz konusudur. Bu ayırımın faydaları şunlardır:

hatalı. Hem kaldırılmış bir maddeye veya kanuna yapılmış atfa ilk defa mı rastlıyoruz. İçtihat yolu ile bunlara elbet çare bulunurdu. Kaldı ki Yargıtay Kanununun soruşturmacı başkana tutuklama yetkisi veren maddesi hiçbir güçlük çıkarmazdı.

¹⁴⁹⁴ *Erem* (n. 364), genel afta mahkemenin iddianamede veya soruşturma açılması kararındaki tavsife dayanmasından yanadır. Keza, madde yönünden yetkisizlik kararının mağdurun beyanına dayanamayacağı, duruşmada toplanmış olan delillere göre yapılacak takdire dayanması gerektiği yolunda sonucu doğru olan kararda (6. CD 16/11/79, 7556-7438), duruşmada toplanmış delillerden söz edilmesi, duruşma başında durumun ters olabileceğini akla getirmektedir. Nitekim 15/12/77 tarihli İçtihat Birleştirme Kararı (RG 11/2/78), işin başında madde yönünden yetkisizlik kararının iddianame veya soruşturma açılması kararına dayandırılabilirliğinden hareketle, bu durumda hâkimin oyunu belli etmemiş olacağı için soruşturma yapabileceği sonucuna varmıştır. Bu içtihadın sonucu doğru, fakat gerekçesi yanlıştır.

1) Mahkeme kararlarının aksine, hâkimlik kararlarına itiraz edilebilir. Kanunda bir sarahate ihtiyaç yoktur.¹⁴⁹⁵ Halbuki mahkeme kararlarına itiraz olunabilme istisnayı teşkil eder (No. 516, 531).

2) Hâkimlik kararlarının verilmesi için, kanunda aksine sarahat olmadıkça, hattâ savcının mütalâasını almağa lüzum yoktur.¹⁴⁹⁶ Buna karşılık mahkeme kararlarının verilmesi için savcının mütalâasını almak zarurî olduğu gibi eğer mahkeme kararı duruşmada veriliyorsa, iki tarafın da mütalâası alınacaktır (CMK 33) (No. 277).

Kişi hak ve özgürlüklerine önemli bir müdahale teşkil eden koruma tedbirlerini C. Savcısı kendiliğinde uygulayamaz. Bunlar hâkim in vereceği karar üzerine uygulanabilir. Savcı böyle bir koruma tedbirinin uygulanmasını gerekli gördüğü durumlarda sulh ceza hâkim inden bir talepte bulunması gerekir. C. Savcısı istemlerini *bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hâkim ine* bildirir (CMK 162). Sulh ceza hâkimi istenilen kararı vermek üzere yaptığı incelemede sadece, hukuka uygunluk noktasını inceler. Tedbirin amaca uygun olup olmadığını denetleyemez (StPO 162/3).

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ve suçüstü halinde, Cumhuriyet Savcısına erişilemeyen durumlarda veya *olay genişliği itibariyle Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa*, sulh ceza hâkim inin de bütün soruşturma işlemlerini yapma yetkisi vardır (CMK 163/1). Bu gibi hallerde sulh ceza hâkim inin “zorunlu savcılık” yaptığı söylenir.

Sulh ceza hâkimi tarafından emredilen tedbirler ve araştırmalar kolluk amir ve memurları tarafından yerine getirilir (CMK 163/2).

Bir soruşturma işleminin hâkim tarafından yapılması, elde edilen delilin ileride mahkeme önünde kullanılmasına yardımcı olur.¹⁴⁹⁷

277. MAHKEME KARARLARI.

Yargılama makamlarının kararlarının bir kısmı da mahkeme kararları grubunu teşkil ederler. Toplu mahkemelerde kurul tarafından verilmesi gereken kararlar, mahkeme tek hâkimli de olsa, mahkeme kararlarıdır.

Mahkeme kararları da çeşitli bakımlardan sınıflara ayrılabilir. Biz bu kararları “ara karar – hüküm¹⁴⁹⁸” ve “duruşmada verilen karar - duruşma yapılmaksızın verilen karar” diye iki bakımdan sınıflandıracamız.

I. “Ara karar - hüküm” ayırımı.

Mahkemelerin bütün kararları, psikolojik bakımdan hükümdür (No. 17). Muhakemenin her evresinde verilen hükümlerin bir kısmı hazırlayıcı, bir kısmı son hükümdür (No. 18). Yargılama makamının hükmüne karar dediğimizden kararların da hazırlayıcı ve son olmak üzere iki çeşidi vardır. Son karar, mahkemenin uyuşmazlığı çözen karardır. Bir diğer söyleyişle “hüküm” (CMK 223), ceza dâvasına son veren veya kanunun tâbiri ile *dâvanın esasını çözen karardır* (CMK 309/4). Yargılanacak uyuşmazlık *doğrudan doğruya* veya *dolayısı ile* yargılanabilir. *Hakiki hüküm*, “uyuşmazlığı doğrudan doğruya cozen” karardır (No. 145). Fakat uyuşmazlığı dolayısı ile çözen karar da en son karar olmadığı halde, “hüküm” sayılabilir, çünkü bundan sonra bir karar verilmeyecektir. Ara kararlar ise hakikî hükümleri hazırlayıcı kararlardır.

Kanun bu ayırımı, temyiz yolu bakımından yapmış “hüküm” tâbiri ile “beraat”, “mahkûmiyet”, “dâvanın düşmesi”, “dâvanın reddi” “ceza verilmesine yer olmadığı”, (kusurun bulunmaması

¹⁴⁹⁵ 2004 kanun koyucusu *Dönmezer Tasarısındaki* itiraz sistemini değiştirmiş ve mülga kanunun sistemine dönmüştür. Mülga Kanununa göre de, “bütün hâkim lik kararlarına itiraz edilebiliyor, itiraz edilemeyecek olanlar Kanunda gösteriliyordu”.

¹⁴⁹⁶ 33. maddedeki “*duruşma dışındaki karar*”dan maksat, “*mahkemelerin duruşma dışındaki kararları*” olduğundan, bu madde *hâkimlik makamı kararlarında* uygulanamaz.

¹⁴⁹⁷ Bu nedenle Alman hukukunda, şüphelinin soruşturma evresinde hâkim önünde verdiği ikrarın tutanağının duruşmada delil olarak okunması kabul edilmiştir (StPO 254). Bu nedenle, suçunu ikrar eden şüphelinin hemen hâkime çıkartılarak ikrarını hâkim önünde tutanağa bağlamak, yararlı olur.

¹⁴⁹⁸ Önceki basılarda “son-karar” terimini kullanıyorduk. Ancak, yeni Kabahatler Kanunu bu terime özel bir anlam yüklediği için, “hüküm” terimini kullanmayı tercih ettik.

dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı ve işlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen etkin pişmanlık, şahsi cezasızlık, karşılıklı hakaret, fiilin haksızlık içeriğinin azlığı dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı), “güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi” ve “bazı görevsizlik” kararlarını ifade etmiştir (CMK 233) (No. 485).

II. Hükme esas teşkil etme.

Mahkemelerin ara kararlarını hükme esas teşkil edip etmediklerine göre ikiye ayırmak mümkündür:

a) Hükme esas teşkil eden ara kararlar hükmün çıkması ile bağlantısı olan ve onu yaratan karardır. Meselâ hâkimin reddi veya yetkisizlik davalarının reddi kararları böyledir. Bir tanığın dinlenmesi isteğinin reddi kararı da hükmün verilmesi ile bağlantılı olabilir ve onu yaratabilir. Bu kararlar hükümle birlikte temyiz olunabilir (CMK 287). Bunlar aleyhine başka kanun yolu tanınmaz.

b) Hükme esas teşkil etmeyen ara kararları ise, hüküm ile bağlantısı olmayan ve onu yaratmayan kararlardır. Bu kararlara karşı temyiz yoluna gidilemeyeceği gibi itiraz da edilemez. Kanun koyucu burada muhakemenin makul bir süre içerisinde sonuçlandırılması için bir tedbir almıştır: Ara kararda hukuka aykırılık varsa temyiz yolunda zaten bu denetlenecektir. İtiraz edilmemesinin, tutuklama kararında olduğu gibi, istisnaları olabilir. Ancak bunlar kanunda açıkça gösterilmelidir (No. 516).

c) “Başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararları”: CMK 287 bir de bu grup karara yer vermiştir. Bunlar da hükümle birlikte temyiz olunabilir.

III. “Duruşmada verilen karar - duruşma yapılmaksızın verilen karar ayrımı.

Bazı kararlar duruşmada verilir. Meselâ kaçak sanığın (sulh ceza hâkim i dışında mahkeme tarafından da) tutuklanmasına (CMK 248/5), kovuşturma evresindeki duruşma sırasında *duruşmaya ara verilmesine* (CMK 190/1), sanığın mahkûmiyetine karar verilir. Bazen sırf o karar için bir duruşma yapılır veya yapılabilir. Temyiz yargılamasında duruşma yapıldığı vardır (CMK 299).

Kararların duruşmada verilmesinden önce iki tarafın da (*Cumhuriyet savcısı, duruşmada hazır bulunan müdafî, vekil ve diğer ilgililerin*) dinlenmesi kaidedir (CMK 33). Ancak, mahkemenin talep olmadan da verebileceği kararlarda, tarafların dinlenmesi mecburî değildir. Meselâ sanığın zorla getirilmesine (CMK 193/2) mahkeme kendiliğinden karar verebilir. Ancak bu hususta bir talep olmuşsa, diğer tarafın dinlenmesi mecburîdir. Kanun 33 ncü maddede kovuşturma evresindeki duruşmayı nazara aldığından dinleme mecburiyetini iki tarafa hasretmiştir.

Mahkemenin bazı kararlarının duruşma yapılmaksızın verilmesi de kabul edilmiştir. Bunlar çok defa talî dâvalar dolayısı ile verilen kararlardır. Meselâ hâkimin reddi talebinin incelenmesi (CMK 27), itiraz (CMK 271) hakkında da yetkili mercileri teşkil eden mahkemeler duruşma yapmadan karar verirler. Esas dâva dolayısı ile de mahkemenin duruşma yapılmaksızın karar verdiği haller de vardır. Mahkeme meselâ duruşma hazırlığı sırasında kararlarını bu şekilde verir.

Mahkemeler duruşma dışında kararlarını verirlerken sadece Cumhuriyet savcısının yazılı veya sözlü görüşünü almak mecburiyetindedir (CMK 33). Ancak bu da mahkemenin kanun yolu uyuşmazlığını çözen merci olması halinde ihtiyarîdir. Zira bu son halde, mahkeme lüzum görürse, nezdinde bulunan Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafî veya vekil dinlenir (CMK 271/1).

278. MÜZAKERE VE OY VERME.

I. Müzakere.

Birden fazla hâkimin birlikte karar vermesi gereken hallerde, meselâ toplu mahkemelerde, karar vermeden önce, *müzakere* yapılır. Müzakere¹⁴⁹⁹, karara iştirak edecek hâkimlerin karşılıklı olarak mütalâa mahiyetinde hükümlerini belirtmeleri ve birbirlerini karşılıklı olarak aydınlatmaları demektir. Bu hükümler, mütalâa mahiyetinde olduğundan henüz kesin değildir (No. 23). Değişmeleri mümkündür. Zaten müzakere de bunun için yapılmaktadır. Her hâkim kesin hükmünü vererek müzakereye gelse, müzakereye lüzum kalmaz, hemen oy vermeğe geçilmesi icap eder. Her hâkim diğerlerinin mütalâasını

¹⁴⁹⁹ Müzakere yerine, Alman Kanununun önceki tercümesinde olduğu gibi “istişare” denilmesi (StPO 1987, m. 260) uygun değildir. Kurulu oluşturanların her biri bakımından istişare söz konusu olsa da kurulun yaptığı istişare değildir. Kurul kimse ile danışmamaktadır.

dinledikten ve meseleyi enine boyuna inceledikten sonra kesin hükmünü yani kararını verecektir. Kurullarda bir hâkimin kararı, tek başına bir şey ifade etmez. Makamın karar vermesi için onu işgal eden hâkimlerin tek tek kararlarının bir araya gelmesi lâzımdır. Bu da oy verme ile mümkün olur. Makamın kararı, oy verenlerin hepsinin veya çoğunluğunun verdiği karardır.¹⁵⁰⁰

Müzakerenin, uzun sürmesi yüzünden, belli noktalarla ilişkin olarak ayrı ayrı tarihlerde yapılması mümkündür. Sonuca bütünü ile varılmadıkça, belli noktalar hakkında oylamaya, yani karara geçmemek, geçilmişse bunu, ilerde diğer noktaların müzakeresi sırasında bir mütalâa mahiyetinde hüküm saymak gerekir. Zira filân numaralı, falan tarihli karar denilmesinden de anlaşılacağı üzere, karar bir bütündür ve ayrı ayrı tarihlerde parça parça karar verilmesi bütünlüğe ters düşer.¹⁵⁰¹

Karar mahiyetindeki hükümlerin kolektif bir şekilde verilmesi yollarından biri olan müzakerenin idaresi başkana aittir (CMK 228).

Müzakerelerde bulunması gereken hâkim sayısı, kararı verecek kurula göre değişir. Mahkemelerde bu nisap, duruşma nisabıdır, yani duruşmaya kaç hâkim çıkacaksa, müzakerelerde de o kadar hâkim bulunacaktır.

Müzakere gizlidir.¹⁵⁰² Müzakerede ancak karara iştirak edecek hâkimler¹⁵⁰³ bulunur (CMK 227/1).¹⁵⁰⁴ İstisna olarak, mahkeme yanında staj yapmakta olanların hazır bulunmasına mahkeme başkanı müsaade edebilir (CMK 227/2). Bunlardan gayri kimselerin, meselâ *zabıt kâtibinin veya savcının bulunması aslâ caiz değildir*. Hattâ hüküm vermek için yapılan müzakerede bu kimselerin bulunması, *hükme tesir edecek derecede kanuna aykırılık* olduğundan, mülga CMUK 320 uygulanarak, bunun bir bozma sebebi teşkil etmesi kabul edilmişti.¹⁵⁰⁵ 5271 sayılı CMK ise temyizde taleple bağlı bir yargılama sistemi kabul ettiği için, *“hükme tesiri olacak derecede kanuna muhalefet edilmiş olduğunu görürse talepte mevcut olmasa dahi bu hususu tetkik eder”* kelimelerini kanun metnine almamıştır (CMK 301).

II. Oy verme.

¹⁵⁰⁰ *Erem*, toplu hâkim sistemi ile oyçokluğu sistemi arasında çelişiklik görmekte, oylaşmayı adalete ulaşma yolu saymamakta ve tek hâkim sistemine dönüşmesini istemektedir (n. 42).

¹⁵⁰¹ Anayasa Mahkemesi, dâva gerekçelerinden biri hakkında verdiği karardan, ikinciye müzakere ederken kurulda değişiklik olduğu için dönmüş (19/12/66 RG 29/1/68) yani onu mütalâa saymıştır. Kurulda değişiklik olsa da olmasa da aynı kararda iki tarih gösterilmesi (AYM: 3-4/11/66 RG 13/4/67, 14-15-16/1/70 RG 14/4/70) hatalıdır. Meselâ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Malone* dâvasında müzakereyi üç ayrı günde yapmış ve karar son gün verilmiştir. Kararın tarihi de tabîi o son günün tarihidir: 27/7/84. Esas karara geçilmeden önce bir önsorun, yani önceden çözülmesi gereken ve esas karara tesir edebilecek bir sorun karara bağlanmıyorsa ve kurulda da değişiklik olabileceyse, önsorunun son gün tekrar tartışılmaması, kolaylık sağlamak için ve istisna olarak, kabul edilmiş olsa dahi (meselâ Yargıtay İçtüzüğü m. 22), bundan, verilmemiş bir kararın verilmiş sayılacağı anlamı elbet çıkarılamaz. Zira yeni bir sorun ortaya çıkınca esas karardan önce onun karara bağlanması mantık yönünden zorunludur (Kunter: Olağanüstü itirazda yargılama ile ilgili sorunlar. YD 83/4 589). Esas karara geçmeden önce ilk defa çıkacak talî sorunların ise her zaman ele alınabilecekleri şüphesizdir. Meğerki olağanüstü itiraz yargılama olduğu gibi, yargılama sınıırı dışında kalmış olsun (No. 88.3 ve Kunter: s.g. makale, 589, 590). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Higgins ve Diğerleri -Fransa* kararında; mahkemelerin kararları için gerekçe göstermek mecburiyeti bulunduğunu, fakat 6/1 maddenin her iddiaya ayrıntılı bir cevap verilmesi gerektiği biçiminde anlaşılamayacağını bildirmiş fakat Fransız Yargıtayının verdiği kararın açık ve belirli bir açıklaması yapılmadığı için 6/1 maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir (Yargıtay Mevzuat Bülteni Sayı 60, sayfa 8).

¹⁵⁰² *Erem* tarafından da benimsendiği görülen “müzakerelerin açıklığı” tezi isabetli değildir. Bu gizlilik ortamının tesirleri, karşı hâkimin bağımsızlığını sağlar. Müzakere, hâkimlerin mütalâa mahiyetindeki hükümlerini, gerekiyorsa, değiştirmeleri için yapılır. Açık müzakere bunu çok güçleştirir. Hattâ hâkimlerin ortam tesirinden çekinmeden serbestçe karar verebilmesi için kararda sadece neticenin yazılması, kimin ne oy verdiğinin belirtilmemesi bile istenmektedir.

¹⁵⁰³ Bunlar, duruşmanın bütün oturumlarında bulunan hâkimlerdir. Mazereti dolayısıyla bulunamayan hâkim yerine bir başka hâkimin müzakere ve karara katılması, duruşmada yedek olarak bulundurulması şartına bağlıdır (CMK 188/3).

¹⁵⁰⁴ Madde hükmü ile karar verilirken Cumhuriyet Savcılarının da müzakerede bulunmaları yasaklanmıştır (*Şahin* 2005, 715).

¹⁵⁰⁵ Alman Yargıtay’ı müzakere safhalarının zabıt kâtibi yolu ile umumî efkâra intikal etmesinden hâkimlerin korkarak tesir altında kalabilecekleri sebebi ile zabıt kâtibinin bulunmasını bozma sebebi saymıştır (*Löwe*: m. 337, n. 7). Savcı için de durum aynıdır.

Müzakere sona erince, yani herkes karar verebilecek duruma gelince, sıra oy vermeğe gelir, Asıl kararı kurul vereceği için, üyelerin karar mahiyetindeki hükümlerine oy denilir. Oydan çekinme olmaz. Başkan kідemsiz üyeden başlayarak ayrı ayrı oy toplar ve en sonra kendi oyunu verir (CMK 229/1).

Kararlar oybirliğı ile veya çokluğu ile alınır. Azınlıkta kalanlar, ne için başka oy verdiklerini yazı ile belirtirler. Bu muhalefet şerhi *kararların örneklerine*¹⁵⁰⁶ geçirilir (CMK 34).¹⁵⁰⁷

Sorunun çözümü iki biçimde kendisini gösteriyorsa, çoğunluk elde edilmesi kolaydır. İkidenden fazla ise işler karışmaktadır.¹⁵⁰⁸ Nisbî çoğunluk sistemi uygulanamayacağına göre, oyların dağıtılmasında başka bir formüle ihtiyaç vardır. Kanunumuza göre, sanığın en çok aleyhinde olan oy, çoğunluk meydana gelinceye kadar, daha yakın olan oya eklenir. (CMK 229/3).¹⁵⁰⁹ Bu ekleme sistemi isabetlidir, zira karar verme mecburiyeti vardır ve ne yapıp yapıp çoğunluk yoksa da var saymak gerekmektedir. En aleyhte oy verenin ona yakın oya katılabileceğinde de şüphe yoktur.

Oylanacak olan sorunlar, sonuç ve gerekçe ile ilgilidir. Ancak yerine getirme bakımından sonuç daha önemli olduğundan, müzakerede birlikte ele alınsalar da oylamaya sonuçtan başlanmalıdır. Çoğunluk aranması, yoksa var sayılması ancak bu bakımdan gereklidir. Gerekçe bakımından çoğunluk fazla önemli değildir. Gerekçelerin hepsini ayrı ayrı göstermek de pekâlâ mümkündür.¹⁵¹⁰

Bu konuda *soruşturmanın genişletilmesi sorununun* özelliğı hatırlanmalıdır. Bir kere bu sorun, sadece olay mahkemelerinde söz konusu olabilir.¹⁵¹¹ Diğer taraftan, soruşturmanın genişletilmesine ihtiyaç duymayanların çoğunlukta sayılmaları için, sonuçta oybirliğine varmaları aranmalıdır. Eğer varmamışlarsa, soruşturmanın yeterliğı konusunda çoğunluk var denilmemeli, böylece soruşturma yetersiz sayılıp gerekli işlemler yapıldıktan, hepsi oy verecek duruma geldikten sonra, sorun oylanmalıdır.¹⁵¹²

33. § SAVCI İŞLEMLERİ

279. Savcılarının fikrî ve fiilî işlemleri. 280. Savcılarının bizzat yaptığı veya adli kolluğa yaptırdığı araştırma ve koruma işlemleri.

279. SAVCILARIN FİKRÎ ve FİİLÎ İŞLEMLERİ.

Ceza muhakemesinin makam itibariyle sùjelerinden biri olan savcının yaptığı işlemler kanunumuzda yeterli ve sistemli bir şekilde düzenlenmemiştir. Savcılarının işlemleri de hâkimlerinki gibi, *fikrî* ve *fiilî* diye ikiye ayrılabilir:

¹⁵⁰⁶ Mülga CMUK 32, muhalefet şerhlerinin *kararların suretlerine* geçirilmesini öngörmüştü.

¹⁵⁰⁷ Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda “muhalefet şerhi” tanınmamaktadır. Bu da kararı, bütün olarak mahkemenin verdiği dayandırmaktadır (*Herrmann*, 80). İstisna, Federal Anayasa Mahkemesi bakımından 1971 de kabul edilmiştir (*Yenisey*: II, n. 669). Bizde de böyle iken 1973 de gerekçe gösterme furyası içinde bu da kabul olundu. Bazı kararların gerekçesiz yazılablmesini savunma telâşı içinde muhalefet şerhi konusundaki değışiklik bizim de gözümüzden kaçtı. Böyle bir muhalefet şerhi, ancak hukukî bakımdan denetim yapan Yargıtay kararlarında aranmalıdır.

¹⁵⁰⁸ Anayasa’yı değıştirmek için gereken milletvekili sayısının, yani Meclisin karar vermesinde oylama nisabı konusunda Anayasa Mahkemesi de karar vermiştir.

¹⁵⁰⁹ Meselâ başkan kasden adam öldürmeden, bir üye taksirle adam öldürmeden mahkûmiyet, diğer üye de beraat kararı verilmesi hükmüne varmışsa, mahkeme çoğunlukla taksirle adam öldürmeden mahkûmiyet kararı verecektir (I. CD 9/10/57, *Çağlayan* “66”, III, 454). Aslı iştirak oyu, fer’i iştirake eklenecektir (AsYDK: 15/11/81 İBD 82, 52).

¹⁵¹⁰ *Kunter*: Yargılama makamlarında dağılan oyların toplanması sorunu. YD 83/3 361.

¹⁵¹¹ Yargıtayın temyiz yargılaması makamı olarak verdiği kararlarda, “soruşturmanın genişletilmesi” oylarının “orta oy” sayılarak en ziyade aleyhteki oylara eklenmesi (CGK 27/2/82 YKD 83/4 581) isabetsizdir. Zira temyiz yargılamasında, eksik soruşturma gerekçesi ile verilebilecek karar ancak “bozma”dır. Şu halde önce “bozulsun mu, bozulmasın mı?” diye oylama yapılmalıdır. Soruşturmanın genişletilmesi, ancak bozmada çoğunluk sağlandıktan sonra, gerekçe sorunu olarak ele alınabilir (*Kunter*: Yukarda s.g. makale, s. 365).

¹⁵¹² *Kunter*: Yukarda sözü geçen makale, s. 363.

I. Fikrî işlemler.

Fikrî işlemler, psikolojik bakımdan hüküm şeklinde tecelli edenlerdir. Hâkim hükümleri karar şeklinde tecelli ettiği halde (No. 275), savcı hükümleri çok defa mütalâa, nâdir olarak karar şeklinde kendini gösterir. Mütalâalar da iddianame, talepname, esas hakkındaki mütalâa gibi çeşitli adlar alır. Muhakeme Hukukunda *karar* denilince, yargılama kararları akla geldiğinden, savcıların fikrî işlemlerinden karar mahiyetinde olanlara karar adı verilmesi doğru değildir.¹⁵¹³ Biz kararname tâbirini tercih ediyoruz.¹⁵¹⁴

Kanunumuz savcının “kovuşturamama kararı”, daha doğrusu” kararnamesi” verebileceğini kabul etmiştir. Henüz bir uyuşmazlık olmadığından, cezaî bir uyuşmazlığın yokluğunu tespit mahiyetinde olan bu kararın, uyuşmazlığı çözen bir karar, yani yargılama kararı olmadığı açıktır. Bununla beraber dar manada idarî karar olmadığından, İdare Hukukunca değil, Muhakeme Hukukunca düzenlenmiş ve bu kararı hatalı bulanların kovuşturma yapılması kararı elde etmek üzere yargılama makamlarına başvurması yani dâva açması kabul edilmiştir (No. 426). Görüleceği üzere fikri işlemler, savcının kamu davası açmaya veya açmamaya karar vermesi biçiminde ortaya çıkar.

II. Fiilî işlemler.

Savcının işlemlerinin büyük çoğunluğu *fiilî* diye tavsif edebileceklerimizdir. Bunların bir kısmı mütalâanın sözlü ve yazılı olarak bildirilmesidir. Bu işlemlerde fikrî mahiyet de mevcuttur. Bir kısmı ise, savcının yaptığı araştırma ve koruma işlemleridir.

Kanuna göre (m. 160), bir suç işlendiği şüphesini öğrenen savcı, «kamu davası açılmasına yer olup olmadığını» tespit etmek üzere, işin gerçeğini (maddî meseleyi) araştırmak mecburiyetindedir.

2004 Kanun koyucusu soruşturma işlemlerinin savcı tarafından doğrudan doğruya yürütülmesini veya tek tek işlemlerin savcı emriyle adli kolluğa yaptırılmasını öngörmüştür. Bu düzenleyiş biçimi mülga CMUK’dan esaslı şekilde ayrılmaktadır. CMUK 156’ncı maddenin yeni Kanuna alınmaması yolu ile kolluk tarafından kendiliğinden yapılabilen hazırlık soruşturması tamamen kaldırılmış ve sadece savcı emri ile işlem yapma sistemi benimsenmiştir. Dedektiflik işlemlerini bundan sonra savcılar yapacaktır. PVSİK’da yapılan 2007 değişikliği ile ek madde 6 kolluğa; olay yerinin korunması, delillerin tespiti, kaybolmaması ya da bozulmaması için acele tedbirler alma yetkisini vermiş, fakat acele de olsa yapılması gereken *araştırma işlemleri* bakımından yetki vermemiş, durumu derhal” C. savcısına bildirerek, C. savcısının CMK 160 doğrultusunda vereceği emir doğrultusunda işin aydınlatılması için gerekli “soruşturma işlemlerini yapma mecburiyeti” getirmiştir (PVSİK ek madde 6/4).

Yasada “*derhal*” kelimesinin kullanılması önemlidir. Zira kendiliğinden yakalama yapan kolluğun yaptığı yakalamayı C. savcısına “*hemen*” bildirmesi emredilmişken, yakalanan kişiye haklarının “*derhal*” bildirilmesi öngörülerek, “*derhal*” ile “*hemen*” kavramları arasında bir fark yaratılmıştır. “*Hemen*” kelimesinde birkaç saatlik bir marj tanındığı halde, “*derhal*” kelimesinin anlık işlem yapma yetkisi verdiği anlaşılmaktadır.

Bizce, acele hallerde kolluğa *kendiliğinden suç araştırması yapma yetkisi* tekrar verilmeli ve hayatın olağan akışına uygun bir düzenleme yapılmalıdır. Türkiye’de bugünkü uygulamada Kanunun getirdiği mecburiyete rağmen, savcıya “*derhal*” haber verilmeden, çoğunlukla araştırma işlemlerine başlandığı da görülmektedir.

280. SAVCILARIN BİZZAT YAPTIĞI veya KOLLUĞA YAPTIRDIĞI İŞLEMLER.

Savcılar kamu dâvasını hazırlamak üzere bazı işlemler yaparlar. Bunları *araştırma ve koruma* diye ikiye ayırmak mümkündür.

¹⁵¹³ İtalya’da 1930 kanunu savcıya kovuşturamaya son verme emrini verme yetkisini tanımış, karar tâbirini kullanmamıştı. 1944 tâdilinde bu yetki savcıdan alınmış, savcının talebi üzerine sorgu hâkiminin bu hususta karar vermesi kabul olunmuştur.

¹⁵¹⁴ Muhakeme faaliyeti dolayısı ile verilen idarî kararları, yargılama (= kazaî) kararlarından ayırmak için, karar terimini kullanmamak doğru olur. Daha ziyade idarî mahiyetteki kararlarda kullanılan kararname tâbirini, daha uygunu bulununcaya kadar, burada kullanmak yerinde olacaktır. Nitekim kanunumuz da sulh hâkiminin idarî mahiyetteki kararında, ceza kararnamesi tâbirini kullanmıştır.

I. Savcıların araştırma işlemleri.

Savcıların kamu dâvasının açılıp açılmayacağını öğrenmek ve açılacaksa hazırlamak üzere yaptığı veya kolluğa yaptırdığı işlemlerin bütününe “*araştırma*” denilir. Uygulamada genellikle inceleme denilmektedir. Bunlara, muhakemenin bu aşamasında muhakeme bütününe bir parçası olduğunu belirtmek için Kanunda “*soruşturma*” denilmekte ise de “*soruşturma*” (tahkik, *instruction*, *istruzione*) hâkim işlemi olduğundan, savcı da hâkim olmadığından, araştırmadan söz etmek daha uygun olurdu. Gerçekten, soruşturma evresinde delil olabilecek şeyler ve delil kaynakları araştırılır. Meselâ ilerde tanıklık yapabilecek olan kişilerin ifadeleri alınarak kimlerin ilerde tanık olabileceği öğrenilir (No. 442).¹⁵¹⁵

1. Soruşturmada maddî meselenin araştırılması kavramı.

Soruşturmada yapılan işlemlerden en önemlisi olan araştırma, fiilin ve failin ortaya çıkartılmasına yönelik işlemlerdir.

Araştırma işlemleri, olayın yeniden yaşanmasına hizmet eden, tanık dinlenmesi veya şüphelinin ifadesinin alınması gibi işlemlerle, fail hakkında çeşitli makamlardan bilgi toplanması veya failin akıl hastası olup olmadığı hakkında bilirkişiden rapor alınması¹⁵¹⁶ gibi işlemlerdir. Savcı maddî olayın araştırılması için, her türlü bilgiyi arar ve ararır.¹⁵¹⁷

Kanunun kabul ettiği sisteme göre, soruşturma evresindeki araştırma işlemlerinin *bizzat* savcı tarafından yapılması gerekir (CMK 160/1). Bununla birlikte, savcı kendisine verilmiş bulunan araştırma yapma görevini, bütün memurlardan her türlü bilgiyi alarak, *bizzat* veya adli kolluk vasıtası ile tahkikat yaptırarak gerçekleştirebilir (CMK 160/2). Görüldüğü gibi, Kanuna göre, savcı ya araştırma işlemlerini *bizzat* yapmalı veya adli kolluğa yaptırmalı ve bu araştırma işlemlerini yönlendirmelidir.

Mevzuatımız bazı araştırma işlemlerinin *bizzat* savcı tarafından yapılması mecburiyetini kabul etmiştir.¹⁵¹⁸ Mesela, *suça sürüklenen çocuk* hakkındaki soruşturma çocuk bürosunda görevli C. savcısı tarafından “*bizzat*” yapılır (ÇKK 15/1). Diğer taraftan “*bizzat*” soruşturma yapma emri CMK 250 kapsamına giren suçlarda da C. savcılarına Kanun ile verilmişse de (CMK 251/1), uygulamada nedense çocuk suçlarında sadece ifadelerin C. savcısı tarafından alınmasıyla yetinilmekte (soruşturma işlemlerinin tümü savcı tarafından yapılmamakta), fakat örgüt suçlarına gelince ifade alma dahil, suça ilişkin araştırma işlemlerinin adli kolluk tarafından kendiliğinden yapıldığı görülmektedir. Ya Kanun değiştirilmeli veya uygulama Kanuna uygun olarak yapılmalıdır. Adalet Bakanlığı da yayınladığı çeşitli tamimlerle savcılarının hazırlık soruşturmalarını *bizzat* yapmalarını istemekte idi.¹⁵¹⁹

¹⁵¹⁵ “Hazırlık soruşturması” tâbirinde soruşturma kelimesinin bulunması ayrı şeydi, zira burada muhakeme bütün olarak *soruşturma* diye ifade edilmekte, hazırlık soruşturmasının da muhakemenin bir parçası olduğu belirtilmekte idi.

¹⁵¹⁶ *Sessar ZStW 1975, 1041.*

¹⁵¹⁷ Meselâ, bir soygun olayı gerçekleştiğinde, gasp edilmiş bulunan eşyanın cinsi, miktarı, geldiği memleket, eşyanın değeri ile bunun gibi önem kazanan dış görünüşteki özelliklerini, malı gasp edilmiş bulunan kişiden sorarak öğrenir. Savcı gasp edilen eşyayı tanıyan veya olay sırasında olup bitenleri gören kişiler mevcut olup olmadığını da araştırmalıdır. Aslında, bu gibi bilgilerin, işe ilk defa el koymuş ise, polis tarafından toplanmış bulunması gerekir.

¹⁵¹⁸ Hâkimler ve Savcılar Kanununa göre, ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde hazırlık soruşturması başsavcı veya savcılar tarafından *bizzat* yürütülmelidir (83/2802 m. 94). Diğer taraftan Çocuk Koruma Kanununun 15. maddesine göre, çocukların muhakemesinde hazırlık soruşturmasını *bizzat* savcı yapar; polis ve jandarma yapamaz. Mülga Meşhut Suçların Muhakemesi Kanununa göre de, ağır cezalı işlerin hazırlık soruşturmasının *bizzat* savcı tarafından yapılması gerekirdi. Ağır cezalı olmayan meşhut suçlarda hazırlık soruşturmasını zabıta yapabiliirdi (3005 m.4). Sıkıyönetim Kanununun 4 ncü maddesinde hazırlık soruşturmasının *bizzat* savcı tarafından yapılması öngörülmüştür. Avukatlar hakkında kovuşturma yapılması izne bağlı olmakla birlikte, bu suçlarda hazırlık soruşturması *bizzat* savcı tarafından yapılır (AvK 58). Adliyeye ilişkin görev yaparken silâh kullanmak zorunda kalan polis hakkındaki hazırlık soruşturması *bizzat* savcı tarafından yapılır (PVSK’ya 1985/3233 sK ile eklenen ek 9B madde). Ceza Muhakemesi Kanunu 250. maddede sayılan suçlara ilişkin soruşturmanın *bizzat* Cumhuriyet savcısı tarafından yapılması gerektiğini belirtmektedir (CMK 251). Adli görevle ilgili suçların soruşturmasının da *bizzat* Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacağı CMK 161/5. fıkarda belirtilmiştir. CMK 250. madde kapsamına giren suçlarda soruşturma özel olarak görevlendirilen C. savcılarınca *bizzat* yapılacaktır (CMK 251).

¹⁵¹⁹ ‘Çevrelerinde derin tepkiler yaratan suçlarla, rüşvet ve irtikap, Devlet aleyhinde işlenen suçların önemle takip olunması ve hazırlık soruşturmalarının *bizzat* savcı tarafından yapılması...’ (23.3.1965 tarihli tamim: *Alikaşıoğlu/Doğu* 1983, 155). Bu

Kanaatimizce, önemli ve aydınlatılması güç olan olaylarda savcı araştırma işlemlerini baştan itibaren bizzat kendisi yönetmelidir.¹⁵²⁰ Ancak, ‘bizzat yapma’ konusunda tereddütlerimiz vardır. İlgili suç grubunda uzman olarak yetiştirilmiş olmadıkça, Savcının polislik yapması mümkün değildir. Savcıdan mümkün olmayan bir şey istenmemelidir. Hukukçu olan savcı, hakları garanti altına almağa da özen göstermekle yetinmelidir.¹⁵²¹

Fiilî durum, yasanın olmasını istediği gibi değildir. Polis ve savcı arasında yetki dağılımında, kural olarak bütün araştırma işlemlerini polis yapmaktadır. İstisna olarak adam öldürme suçlarında, iktisadî suçlulukta ve kamuoyunu meşgul eden diğer önemli suçlarda, savcı araştırmayı kendisi yapmaktadır.

Mukayeseli hukukta, mesela Amerika Birleşik Devletleri’nde soruşturmanın başlatılması ve dâva açma hukukî mükellefiyeti savcıya aittir.¹⁵²² Polis Amerika Birleşik Devletleri’nde hukukî açıdan savcının yardımcısı olmayıp, savcılıktan tamamen bağımsız bir durumdadır.¹⁵²³ Amerikan savcılığının diğer bir özelliği iki veya dört senelik bir dönem için seçimle işe gelmeleridir.¹⁵²⁴

Almanya Federal Cumhuriyetinde ise, Savcının realitede, hazırlık soruşturmasındaki araştırma işlemlerinden tamamen kopmuş bulunduğu¹⁵²⁵ ve doğrudan doğruya işi sonuçlandırmaya yönelmiş olduğu ortaya çıkmıştır.¹⁵²⁶ Ayrıca, savcının bizzat araştırma yaptığı ender hallerde de kamu dâvası açma oranının daha fazla olmadığı tespit edilmiştir.¹⁵²⁷

2. Faile ilişkin araştırma işlemleri.

konuya ilişkin başka tamimler de vardır (Mesela 30.9.1966 tarihli tamim: *Alikaşıfoğlu/Doğu* 1983,155; 12.1.1978 tarihli tamim: *Alikaşıfoğlu/Doğu* 1983,194).

¹⁵²⁰ Özellikle, olayın gerçekleştiği yeri görmeli, tanıkları bizzat dinlemelidir (RiStBV 3). Yurtcan da, savcının bütün suç şüphesi taşıyan olaylarda bizzat araştırma yapmasının mümkün olmadığını belirtmektedir (*Yurtcan* 1991, 355). Uygulamada savcılar önceden hazırlanmış formlar kullanarak jandarmaya araştırma yaptırmaktadırlar: Ardahan C. Savcılığı AslCM 1990/108.

¹⁵²¹ Savcının realitede polis araştırmasından sonuç çıkarmakla yetinmesini, sanık açısından bir garanti olarak gören yazarlar vardır. Meselâ *Heimeshoff* (DRİZ 1972, 1965), savcının hazırlık soruşturmasındaki görevinin, zabıta tarafından araştırma yapılırken, sanığın sahip bulunduğu muhakeme hukuku haklarının sağlanması olduğunu düşünmekte ve bizzat araştırma yapmasını gerekli bulmamaktadır. Ancak, savcı olayların çoğunda bir suç şüphesinin mevcut bulunduğunu ve bir araştırma yapılmış olduğunu, zabıta tarafından yapılan araştırmalar bittikten sonra öğrenmektedir. Bu açıdan, savcının varlığının bir garanti teşkil etmesi söz konusu olmaktadır.

¹⁵²² Amerika’daki savcılar merkezî bir örgüt içinde organize edilmiş değildirlir. Birbirinden bağımsız yaklaşık 3400 iddia makamı vardır. Her biri ‘*Attorney General*’ adını alan savcılıkların görevi her bir devletin yüksek mahkemesi önünde dâva açmaktır. İlk mahkemede savcılık yapmaları istisnadır.

¹⁵²³ Koruma tedbirlerine başvurulmasında savcının katkıda bulunması hali dışında bütün araştırma işlemleri bakımından olayın ‘kralı’, polistir. Savcının faaliyeti polis tarafından yapılan araştırmalar sona erdikten sonra başlamaktadır. Savcıların kamu dâvası açıp açmamak konusunda sınırsız yetkileri bulunduğu gibi, sanığın suç kabul etmesi için bir pazarlık usulü (*Plea Bargaining*) uygulanmaktadır. Savcının muhakeme açısından, ‘işe son verme’ veya ‘kovuşturma yapma’ kararı almasına esas olan bütün temeller polis tarafından yapılan araştırmalardan oluşmaktadır. Savcılığa tamamlayıcı araştırma yapılması istisnadır (*Grebing-Bericht*, 35)

¹⁵²⁴ *Grebing-Bericht*, 35.

¹⁵²⁵ Federal Almanya’da yapılan araştırmalara göre 1970 yılında bir savcı başına, bölgenin büyüklüğüne veya küçüklüğüne göre, yılda 800 ila 2000 arasında değişen iş yükü düşüyordu (*Sessar* ZStW 1975, 1036). Suç cinsi bakımından meseleye bakıldığında, 1970 yılında işlenen (Trafik suçları dışındaki) suçlar bakımından, hırsızlık, dolandırıcılık ve zimmet gibi suçlar, suçluluğun yüzde 78 ini oluşturuyordu (Kriminalstatistik 1970, Wiesbaden 1971, 106). 1985 yılına ait rakamlara bakıldığında polis kayıtlarına geçen suçların yüzde 36,5 ini mevsuf hırsızlık, yüzde 25,8 ini basit hırsızlık ve yüzde 37,7 sini de diğer suçların oluşturduğu görülmektedir (Polizeiliche Kriminalstatistik 1985, Wiesbaden 1986, 12). Fransa’da ise 1971 yılında yılda bir savcı başına 11271 iş düşmekte idi (*Grebing*, in: Funktion und Tätigkeits der Anklagebehörde im ausländischen Recht, 21)

¹⁵²⁶ *Sessar* ZStW 1975, 1046.

¹⁵²⁷ Aksine, savcının bizzat araştırma yapması, takipsizlik kararları ile kamu dâvası açma oranı arasında bir denge unsuru olmaktadır. *Sessar*’ın naklettiği rakamlara göre, savcının bizzat yaptığı araştırma işlemlerinde suç gruplarına göre şöyle bir tablo meydana çıkmıştır (*Sessar* ZStW 1975, 1043): aa) Savcının bizzat araştırma yapmadığı 100 adet markette meydana gelen hırsızlık suçunun 84’ünde dâva açılmış iken, savcının bizzat araştırmasını yaptığı 100 olayın sadece 76’sında kamu dâvası açılmıştır. bb) Mevsuf hırsızlık suçlarında ise, bizzat araştırma yapmadığı 100 olayın 49’unda, bizzat araştırma yaptığı 100 olayın 58’inde kamu dâvası açılmıştır. cc) Dolandırıcılık suçlarında da, araştırmayı bizzat yapmadığı hallerde dâva açma oranı % 39, araştırma yaptığı hallerde ise, dâva açma oranı % 27’dir (*Sessar* ZStW 1975, 1 043)

Başlangıç şüphesinin doğmasından sonra, failin kim olduğu aranıp bulunmalıdır. Şüphe bir kişi üzerinde toplanmağa başlarsa, bu kişi hakkında soruşturma yapılır. Bunu Savcılık ve kolluk yapar.

II. Savcıların koruma işlemleri.

Muhakemenin vasıtalarından biri olan koruma tedbirlerine daha çok soruşturma evresinde başvurma ihtiyacı duyulduğundan, savcılarının bir kısım işlemleri de “koruma” adı altında toplanabilecektir. Yakalanan kişinin gözaltına alınması kararı (CMK 91/2), arama yapılması emri (CMK 119) ve soruşturma evresinde söz konusu olan, kişi hak ve özgürlüklerini kısıtladığı için “özel yetki” ile yapılması gereken (AY 13) diğer bütün araştırma ve soruşturma işlemleri savcı tarafından takdir edilerek yaptırılır. Savcının bu konudaki takdir etkisi genellikle hâkim tarafından denetlenir. Mesela acele hallerde savcının verdiği iletişimin denetlenmesi kararının derhal hâkim in onayına sunulması ve bunun hâkim tarafından denetlenerek 24 saat içerisinde karar bağlanması öngörülmüştür. Ancak savcının tek başına yapamayacağı bazı araştırma ve soruşturma işlemleri vardır ki bunlar aşağıda açıklanacaktır.

III. Savcının yapamayacağı işlemler.

Savcılarının soruşturma evresinde yaptıkları araştırma ve koruma işlemleri, bir diğer bakımdan da “savcı işlemi” ve “hâkim işlemi” diye ikiye ayrılabilir. Gerçekten, bunların çoğunluğu soruşturma evresinde savcının kaide olarak yapabilecekleridir. Bir kısmı ise kaide olarak ancak hâkim tarafından yapılabilen işlemler olup savcılar bunları istisna olarak yapabilmektedirler. Aslında hâkim işlemi olan işlemlerden bir kısmını bazı hallerde savcı da yapabilir. Mesela; soruşturma evresinde tanığa yemin vermek (CMK. 54/2), bilirkişiye başvurmak (CMK 63/3) ve keşif yapmak (CMK 83/1) gibi.

Buna karşılık savcı hiçbir zaman «tutuklama kararı» veremez. Bundan başka, müşahede altına alma, yurt dışına çıkarmama, erken dinleme ve işten el çektirme gibi koruma tedbirleri ile, «sorgu» işlemi, savcı tarafından yapılamayan işlemlerdir.

Koruma tedbirleri kişi haklarını sınırlayan tedbirlerdir. Gecikmede tehlike olan hallerde, savcı kural olarak hâkim kararı ile yapılabilen bazı koruma tedbiri işlemlerinin uygulanmasını emredebilir. Yakalama, elkoyma, arama, geniş anlamda sanığın ve üçüncü kişilerin muayene edilmesi gibi emirleri acele hallerde verebilir.

IV. Savcı yerine hâkim in yapabileceği işlemler.

Savcı işlemlerini hâkimlerin de istisna olarak yapmaları kabul edilmiştir. Kanun sulh ceza hâkimine, suçüstü halleri ile¹⁵²⁸ gecikmesinde tehlike olan durumlarda tutuklama dahil bütün soruşturma işlemlerini re’sen yapabilme¹⁵²⁹ yetkisini vermiştir (CMK 163). Gerçi maksat sulh hâkimine, meselâ tutuklama kararında olduğu gibi, savcının bir talebi yani talî dâvası olmadan da gerekli kararları verme yetkisini tanımadır. Ancak böyle bir yetki ile donatılan sulh hâkiminin, bu durumlarda savcı yerine geçerek “araştırma” işlemleri yapabileceği de açıktır. Madde ile bunun da kastedildiği Alman Kanununda madde başlığının “hâkimin zorunlu olarak savcı görevini yapması” olarak belirlenmesinden de anlaşılmalıdır.

Sulh hâkimine verilen bu yetki elbet geçicidir ve savcı geldiğinde, savcıya düşen işleri artık savcının yapacağında tereddüt edilemez. 163’üncü madde uyarınca soruşturmanın sulh ceza hâkimi tarafından yapılabilmesi için suçüstü hali veya gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olması yanında Cumhuriyet Savcısına erişilememesi veya olayın savcının iş gücünü aşacak derecede geniş olması gereklidir. Ancak bir hâkimin yapabileceği işlemler söz konusu ise, savcı bunların yapılmasını kaide olarak yine sulh hâkiminden isteyecektir (CMK 162).¹⁵³⁰

¹⁵²⁸ 158. maddenin 1985 değişikliğinde “meşhut suç” yerine “suçüstü hali” denilmesi, bizce, tercüme hatasıdır ve isabetli değildir, zira suçüstü denilince akla yakalanma gelmektedir. Halbuki yakalama olmadan da meşhut suç söz konusu olabilir. Yeni Kanun da 163. maddesinde “suçüstü hali” demektedir.

¹⁵²⁹ Asıl yetkili savcı olmakla birlikte sulh hâkimin maddede belirtilen şartlarda soruşturma işlemi yapmaya yetkilidir (Özbek 2005, 694).

¹⁵³⁰ Sorgu hâkimliğinin bizde de kabul edildiği sıralarda re’sen hareket yetkisi sulh hâkimi gibi, ona da tanınmıştı. 1936 da 158. madde, mahiyeti anlaşılmadan tâdil edildi. Gerçekten CMUK 158. madde hâkimlere istisna olarak savcılık görevi veren madde olduğuna göre savcılarının yetkisini artıran normların yeri bu madde değil, CMUK 155. madde olmalıydı. Bu tâdil ile sorgu hâkiminin re’sen tutuklama yetkisi kaldırıldı ve gecikmesinde zarar olacağından korkulan hale meşhut suç da katılarak

V. Kanunda düzenlenen savcı işlemleri.

Savcının hangi araştırma ve koruma işlemlerini yapabileceğini t \acute{a} yin için, artık o işlemlerin yapılmasını düzenleyen maddelere bakmak gerekmektedir.

1. Keşif.

Mülga Kanunumuz, Ankara'da yapıldığı anlaşılan bir ilâve ile, ilk günden beri gecikmede tehlike varsa *keşif* yapma yetkisini savcıya vermişti (CMUK 78). Bu veriş, keşfin dayandığı esasa aykırı görülerek haklı olarak tenkit edilmiştir.¹⁵³¹ Buna rağmen yeni Kanun aynı yetkiyi savcıya vermiştir (CMK 83).

2. Tanık dinleme.

Kanundaki durumu şöyle özetleyebiliriz: Mülga Kanununun ilk şekline de aykırı olarak bugün savcılar kaide olarak, yani her zaman¹⁵³² *yeminle tanık dinleyebilmekte* (CMK 54/2), *bilirkişiye başvurabilmekte* (CMK 63/3), yakalanan kişileri, önüne *getirebilmektedir* (CMK 90/5).

3. Zorla getirme yetkisi.

CMK savcıya "zorla getirme" emri verme yetkisini vermemişti. CMK 146/4'teki "*zorla getirmeyi isteyen cumhuriyet savcısı*" kelimelerini, *hâkim den zorla yerine getirme kararı isteyen C. savcısı* olarak yorumlamıştık. Ceza muhakemesi hukukunda "özgürlükten yana" yorum yapılabilirse de hak kısıtlayıcı yönde yorum yapılamaz. Nitekim 2006 yılında yapılan değişiklikle, metindeki (*zorla getirmeyi isteyen*) kelimeleri çıkarıldı ve savcılara da zorla getirme emri verme yetkisi açıkça tanındı (CMK "2006.5560" 146/4).

Keşif hakkındaki ilk istisnanın, sonradan tanığa yemin verdirme, bilirkişi t \acute{a} yin edip inceleme yaptırma¹⁵³³ ve zorla getirtme alanlarına yayılarak, genişletilmesini doğru bulmuyoruz.¹⁵³⁴

4. İfade alma.

Kanun savcıya bugün dahi sanığı sorguya çekme yetkisini kaide olarak vermemiştir. Gerçekten CMK'nın 162 inci maddesi soruşturmada ancak hâkim tarafından yapılacak soruşturma işlemleri yapılması için sulh hâkimine başvurmadan yani talî dâva açmadan söz etmektedir.

Sorgu yetkisi olmayan savcı, istisna olarak yetkili olmadıkça, şüpheli kişinin ifadesini alır. Ona bir suç isnat edecek duruma gelinmişse, yani kovuşturma başlamış ve ortaya bir sanık çıkmışsa, savcı, gerektiğinde sorgu yapması için sulh hâkimine başvurur. Sanıkların samimî ikrarlarından dahi dönerek "baskı altında ifade verdim" demelerini önlemek ve delil elde etmek üzere uygulamada her önemli işte sanığı sorguya çekmesi için sulh hâkimine başvurulmalıdır.

İlâve edelim ki ortaya sanık çıktıktan sonra da savcı onu elbet gerekirse tekrar dinleyebilir. Fakat bu da teknik anlamda sorgu olmayıp ifade almaktır.

İfade alma yetkisi CMK 147 ile prensip olarak sadece savcıya verilmiş bir yetkidir, kolluğun ifade alabilmesi için, gene prensip olarak C. savcısının ona bu yönde ayrıca bir emir vermiş olması gereklidir. Soruşturma evresinde şüphelinin ifadesinin alınması, susma hakkının mevcudiyetine rağmen, lehinde

eklenen ikinci fıkra ile, bu hallerde savcılarla sorgu hâkimlerinin de tutuklamadan başka "yukarda yazılı muameleleri" yani 1. fıkroda sözü edilen soruşturma işlemlerini yapabilmeleri kabul olundu. 1985 değişikliği ile madde hemen hemen tekrar ilk şekline getirildi. Farkı, eskiden sadece gecikmede tehlike hali göz önünde tutulmuşken şimdi buna meşhut suçun da eklenmiş olması ile eskiden mevcut sorgu hâkimi sözcüklerinin çıkarılmış olmasından ibarettir. CMUK 158. maddenin yeni şeklinden çıkarılan önemli sonuç şu olmaktadır ki artık savcının hangi işlemleri yapabileceğini t \acute{a} yin için bu maddeye bakılmayacaktır.

¹⁵³¹ *Kantar*, 96. *Keyman* da (s. 269) bu tenkide katılmaktadır.

¹⁵³² Mülga Kanunumuz bu konuda ilk yarıyı gecikmede tehlike hali bakımından yani istisna olarak 1936 da almıştı. Bu istisna 1985 de kaide haline getirilmiştir. Alman hukukunda savcının tanığa yemin ettirmesi de kabul edilmemiştir (StPO 114, 161a)

¹⁵³³ *Gürelli* (s. 45) ve *Keyman* (s. 267) da, savcıya bilirkişi t \acute{a} yini yetkisi verilmesini ana prensiplere aykırı bulmaktadırlar.

¹⁵³⁴ Tarafardan biri olan savcılara hâkim yetkisi verilmesi muhakeme hukukunun esaslarına aykırı olduğundan, istisna ancak zorunlu halde kabul edilmeli, kabul edilen de dar yorumlanmalıdır.

söyleyebileceklerine imkân hazırladığı için şüpheli lehine olan bir işlem olmasına rağmen, savcının soruşturma evresinde hiç ifade alınmayan durumlarda iddianame düzenlemesine izin verildiği görülmektedir. Bizce şüphelinin savcı veya onun emriyle kolluk tarafından soruşturma evresinde ifadesi alınmamışsa, bu durum iddianamenin iadesi sebebi sayılmalıdır (CMK 174). Fakat aranmasına rağmen bulunamayan bir şüpheli söz konusu olduğunda, ifade alınmadan iddianame düzenlemek, yeterli şüphe sebebi varsa, tabii ki mümkün olmalıdır.

VI. Hâkimin soruşturma evresinde işlem yapma yetkisi.

Gecikmede tehlike olan hallerde bazı hâkim yetkilerinin istisna olarak savcıya verilmesi, elbet, hâkimden o yetkinin alındığı anlamına gelmez ve hâkim de yetkili olmakta devam eder. Kanun 2. maddesinde savcı ve kolluk tarafından yapılan ifade alma ile hâkim tarafından yapılan sorguyu net bir şekilde tanımlamıştır.¹⁵³⁵

34. § CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMLERİNİN BELGELENMESİ: TUTANAKLAR

281. Tutanak; Araştırma, soruşturma ve koruma işlemlerine ait tutanaklar. 282. Sair muhakeme işlemlerine ait tutanaklar.

281. TUTANAK; ARAŞTIRMA, SORUŞTURMA TUTANAKLARI.

Bazı işlemlerin yapıldığını belgelemek için, tâyin edilen şekilde, yetkililerin bir “*tutanak*” (zabıt varakası) düzenlemesi gerekir. Tutanak yazılı işlem çeşitlerinden olduğundan, yazılı işlemler hakkındaki genel kurallara göre düzenlenir. Ayrıca tutanak çeşitlerine göre özel kurallar da kabul edilmiştir. Delil kuvveti çok farklı olan (No. 354) bu tutanakları iki grupta inceleyeceğiz:

Birinci grubu teşkil eden “araştırma, soruşturma ve koruma işlemlerine ait tutanaklar” da çeşitlidir:

I. Duruşma tutanağı.

Duruşmada da bir zabıt varakası tutulur. Duruşma zaptının önceden bastırılarak matbu hazırlanması bozma sebebidir.¹⁵³⁶ Duruşma tutanağı¹⁵³⁷ denilen bu tutanak da başkan ve zabıt kâtabi tarafından imzalanır (CMK 219). Birden fazla sahife varsa hepsi imzalanmalıdır (No. 269). Başkanın manii bulunursa, en kıdemli üye onun yerine imzalar.

Duruşma tutanağında; tutanağın başlığında; duruşmanın yapıldığı mahkemenin adı, oturum tarihleri, hâkim, savcı ve zabıt katibinin adı ve soyadı, tutanakta ise, oturumlara katılan sanığın, müdafinin, katılanın, vekilinin, kanuni temsilcisinin, bilirkişinin, tercümanının, teknik danışmanın adı ve soyadı, duruşmanın seyrini ve sonuçlarını yansıtan ve yargılama usulünün bütün temel kurallarına uyulduğunu gösteren unsurlar, sanık açıklamaları, tanık ifadeleri, bilirkişi ve teknik danışman açıklamaları, okunan veya okunmasından vazgeçilen belge ve yazılar, istemler, reddi halinde gerekçesi, verilen kararlar, hüküm yazılacağı gibi (CMK 220-221) kısaca duruşmanın cereyanı ile neticeleri ve muhakemenin esaslı merasimine riayet olduğu da açık bir şekilde gösterilir.¹⁵³⁸

Mülga CMUK 265’te yer alan bazı önemli hususlara 5271 sayılı Kanunda yer verilmediği görülmektedir. Mesela, iddianamede tavsif edildiği gibi suçun ne olduğu, muhakemenin açık mı yoksa gizli mi olduğu hususları ile mülga CMUK 26/4’te yer alan “*duruşma sırasında hadis olan bir vakıayı tespit etmek yahut bir tanıklık ve beyanı tamimiyle yazmak iktiza ederse reis öylece yazılmasını ve*

¹⁵³⁵ Bu sebeple hâkim, “bunu savcı da yapabilir” diye isteği reddedemez (4. CD 9/5/69 Çağlayan: AdD 71/5, 257). Yaparsa da savcı yapmış sayılmaz (CGK 23/9/74 YKD 75/8, 69).

¹⁵³⁶ 7. CD. 14.10.98, E. 98/7484, K. 98/7993 (YKD Şubat 1999, 269).

¹⁵³⁷ (Şahin 2005, 704) Tutanakla ulaşılmak istenen amaç usuli işlemlerin duruşmada doğru uygulanıp uygulanmadığının tespit edilmesidir. Bu yönden CMK 222 nci maddenin lafzı yanlış anlaşılmalara müsaittir.

¹⁵³⁸ Hâkim, savcı ve zabıt kâtabinin istisnai yetkilerinin dayanakları da tutanağa geçmeli, hiç olmazsa dosyada bulunmalıdır (CGK 8/1/62, Çağlayan “66” II, 539). Bunların ad ve soyadlarından başka sicil numaraları da gösterilmelidir (1. CD 3/2/82 YKD 82/5 714).

okunmasını emreder. Bunların okunduğunu ve yazılan hususun tasdik olunduğu veya ne gibi itirazlar edildiği tutanağa geçirilir” hükümleri de Kanuna alınmamıştır. Ayrıca duruşma sırasında hâdis olan bir olayı tespit etmek yahut bir tanığın veya bilirkişinin sözlerini tamimiyle yazmak gerekirse, başkan¹⁵³⁹ tamamen yazılmasını ve okunmasını emrederdi. Bunların okutturulduğu ve yazılan hususun doğruluğunun kabul olunduğu¹⁵⁴⁰ veya itiraza uğramışsa ne gibi itirazlar ileri sürüldüğü de tutanağa geçirilirdi.

CMK ise, sayma yöntemi ile; istemler, açıklamalar, verilen kararlar gibi, ana başlıkları belirtmekle yetinmiştir (CMK 221).

Hüküm fıkrası, celsenin tarihini, bu celsede hazır bulunan hâkimlerin, savcının ve zabıt kâtibinin adını ihtiva edecektir.

Kararlar, ara kararı olsun hüküm olsun, duruşma tutanağına geçirilsin geçirilmesin, buna iştirak eden hâkimler tarafından imzalanır. Hüküm gerekçesi, tefhimden sonra yazılmışsa, 15 gün içinde dosyaya konur (CMK 232/3).¹⁵⁴¹ Duruşma tutanağına geçirilmemiş olan hükümde zabıt katibinin imzası gerekmez.

Mülga Kanun uyarınca duruşma sulh mahkemesinde yapılmışsa, tutanak sorgularla tanıkların ve bilirkişilerin beyanlarının özetlerini de ihtiva etmesi gerekiyordu (CMUK 265).¹⁵⁴² Bu hükümden anlaşılan şudur ki, diğer mahkemede tutanaklarda sanığın, tanığın ve bilirkişinin beyanları yazılmayabilecekti. Yazılması, hatta tamimiyle yazılması da mümkündü. Bunu başkan takdir ederdi. Uygulamada beyanlar başkan tarafından özetlenmekte ve zabıt kâtibî tarafından böylece zapta geçirilmekte idi.¹⁵⁴³ Duruşma tutanağının teknik araçlarla tespit olunabilmesi, 1985 yılında 3206 sayılı Kanunla kabul edilmişti (CMUK 264/1).

5271 sayılı Kanun belli durumlarda video kaydı, ses ve görüntü kaydı yapılmasını öngörmektedir. Bazı hallerde (CMK 147/14) bunu mecburi hale getirmiştir. Bu kayıtların yazılı tutanağa dönüştürülmesi öngörülmüştür (CMK 219/1) (No. 269).

II. Diğer hâkim tutanakları.

Başkan, sulh hâkim i, naip hâkim, istinabe olunan hâkim de makamını işgal ederek soruşturma ve koruma işlemleri yapabilirler. Bunlar da yaptıkları işlemleri tutanakla belgelemeli ve zabıt kâtibî ile birlikte imzalamalıdır.¹⁵⁴⁴

III. Savcı tutanakları.

Savcılarının soruşturma evresinde yaptıkları işlem hakkında tutanak düzenlemeleri öngörülmüştür. Şüphelinin ifadesinin alınması, tanık ve bilirkişinin dinlenmesi veya bir keşif ve muayene sırasında

¹⁵³⁹ Yetkiyi sadece başkana vermek sakıncalı olduğundan, tarafların isteği kabul edilmezse, 1965 den beri Almanya’da olduğu gibi (§ 273) (Barosio, 254), mahkeme karar vermelidir. Tüm mahkemeler sanık ve bilirkişi açıklamalarını, tanık ifadelerini tutanağa geçirir (Özbek 2005, 861).

¹⁵⁴⁰ CMUK 266. maddede “tasdik” denilmesi, lügat mânâsı doğruluğun beyanı olmasına rağmen, üst bir makamın doğru bulması anlamına kullanılageldiği için isabetli değildir. Maddede “Bunların okunduğu ve yazılan hususların söylenenlere uygun bulunduğu” pekâlâ yazılabilir. Nitekim buna benzer bir formül CMUK 264. maddenin 1985 şeklinde kullanılmıştır.

¹⁵⁴¹ 1965 Alman reformu, duruşma tutanağının gerekçe konması ile tamamlandığı tarihin tutanakta belirtilmesini mecburî kılmıştır (§ 271) (Barosio, 267).

¹⁵⁴² Mehaz kanunda bu istisnaî hükme, sulh mahkemelerindeki işlerde ilk soruşturma yapılmadığı ve beyanların daha önce yazılı bir belgeye geçirilmemiş olduğu ve ileride istinafta faydalı olacağı düşünceleriyle yer verilmiştir (Daguin, m. 273, not 1).

¹⁵⁴³ Almanya’da seslerin teknik araçlarla tespiti sadece hazırlık soruşturmasında sulh hâkimi ve savcı dinlemelerinde kabul edilmiş ve bunların duruşmada dinlenmesi, konuşan kişinin razı olması ve sırf olayı hatırlamasına yaraması şartlarına bağlanmıştır (Yenisey: I, n. 202; II, n. 654.2).

¹⁵⁴⁴ İctihat da bu yoldadır (5. CD 11/2/84 YKD 85/2 276). Kanun bu konuyu kısmen (yani sadece sulh hâkimi ve hazırlık soruşturması işlemleri bakımlarından düzenlemiştir (CMUK “85-3206” 161).

Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hâkiminin yanında bir zabıt kâtibi bulunur. Her soruşturma işlemi tutanağa bağlanır. Mülga Kanundaki hüküm (CMUK 161/2) genişletilmiştir.¹⁵⁴⁵

Tutanak adli kolluk görevlisi Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hâkim i ile hazır bulunan zabıt kâtibi tarafından imza edilir. Müdafî veya vekil sıfatıyla hazır bulunduğu işlemlerle ilgili tutanakta avukatın isim ve imzasına da yer verilir. Tutanak işleminin yapıldığı yeri, zamanı ve işleme katılan veya ilgisi bulunan kimselerin isimlerini içerir. İşlemden hazır bulunan ilgililerce onanmak üzere kendilerini ilgilendiren kısımları okunur veya okumaları için kendilerine verilir. Bu husus tutanağa yazılarak ilgililere imza ettirilir. İmzadan kaçınma halinde nedenleri tutanağa geçirilir (CMK 169).

IV. İfade ve sorgu tutanakları.

Şüpheli veya sanığın ifadesinin alınması sırasında yapılan bütün işlemlerin kaydında teknik imkanlardan yararlanma mecburiyeti getirilmiştir (CMK 147/1-h). Bu bir yeniliktir. İfade alma veya sorguya çekmede video kaydı yapma mecburiyeti mukayeseli hukukta son yıllarda genellikle kabul edilmekte ve olumlu sonuçlar elde edilmektedir. İfade veya sorgu bir tutanağa bağlanır.

Bu tutanakta; ifade alma veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih, hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren, sorguya çekilen kişinin açık kimliği, Yasanın 147'nci maddesinde sayılan işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise nedenleri, tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafî tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı, imzadan çekinme halinde bunun nedenleri tutanakta yer alır (CMK 147/1-i).

V. Kolluk tutanakları.

Kolluğun hazırladığı tutanakları düzenleyen mülga CMUK 156/1, zabıta makam ve memurlarına suçluları aramak ve işin tenviri için lazım gelen “acele tedbirleri almak” mecburiyetini yüklüyor ve kolluğun tanzim ettiği evrakı hemen savcılığa göndermesini öngörüyordu.

Ancak, 5271 numaralı Ceza Muhakemesi Kanunu kolluğa soruşturma evresini kendiliğinden başlatma yetkisini veren bu maddeyi yürürlükten kaldırdı. Kanunun başka maddelerinde kollukça düzenlenecek tutanakları da düzenlemedi. Sadece ifade alma bakımından 147'nci maddede dolaylı bir düzenleme yer almaktadır (CMK 147/1-i).

Ortaya çıkan yeni yasal durum, kolluğun tutanak düzenleme yetkisinin de elinden alındığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Başka kanunlarda da genel veya özel kolluğa veya sair memurlara suçlarda tutanak düzenleme görevi verilmiştir.

CMK 169 soruşturma evresinde yapılan işlemleri tutanağa bağlanmasını düzenlerken tutanağın adli kolluk görevlisi tarafından da imzalanacağını (CMK 169/2) emretmiştir.

Anlaşılan odur ki, adli kolluk kendiliğinden hiçbir soruşturma işlemi yapamayacak, bütün soruşturma işlemleri savcının huzurunda, savcı ile birlikte yapılacak ve adli kolluk görevlisi de tutanağı imzalayacaktır. Böylece kolluk tarafından yapılan “araştırma işlemlerini özetleyen fezleke” de¹⁵⁴⁶ (No. 419) hukuk hayatımızdan çıkmış bulunmaktadır. Mülga Kanun zamanında fezleke denilince “hazırlık soruşturmasında yapılan araştırmaların sonucu” konusunda hazırlanan bir rapor anlaşılmaktaydı. Eski sisteme göre bu raporu, yani fezlekeyi C. savcısına kolluk veriyordu. CMK ise sistemi değiştirdi. Kolluğun kendiliğinden araştırma yetkisi mevcut bulunmadığı için, araştırmaların tümü hakkında bir rapor hazırlaması da pratik olarak artık mümkün olmayacağından her yaptığı araştırma işlemi bakımından bir bilgi vermesi mümkündür. Mevzuatta “fezleke” kelimesinin halen kullanıldığı görülmektedir (Adli Kolluk Yön. m. 6/6) Uygulamada da suç araştırmasını yapan veya yaptıran savcılarının iddianameyi düzenlemeden evvel Başsavcılığa “fezleke” adı altında araştırma sonuçlarını

¹⁵⁴⁵ Bu genelleştirme içtihatla yapılmıştır (CGK 9/7/84 YKD 84/10 1573).

¹⁵⁴⁶ Uygulamada “fezleke” denilen belge, polisin kendi araması ile keşfettiği veya verilen bilgiler sayesinde öğrendiği suçlar dolayısı ile, kanuna göre “aldığı acele tedbirleri”, uygulamaya göre “yaptığı bütün araştırma işlemlerini” özetleyen rapordur. Savcı bakımından elbet bir suç duyurusu rapordur. Polisin bu duyurusundan ve yaptığı işlemlerden sonra ne yapacağına savcı karar verecektir. Polisin araştırmadan çıkardığı sonucu ve vardığı kanaati de fezlekesinde bildirmesi yolundaki uygulama gereksiz ve yersizdir. Polisin fezlekesini, memur muhakemesinde soruşturmacıların düzenlediği fezleke ile karıştırmamalıdır. Memur Muhakemesi Kanunu 2. maddesinde neticelerin de bildirilmesini özel olarak aramıştır.

içeren bir rapor sundukları ve Başsavcılığın onaylaması üzerine de iddianameyi düzenledikleri görülmektedir.

282. SAİR MUHAKEME İŞLEMLERİNE AİT TUTANAKLAR.

Araştırma, soruşturma ve koruma işlemlerinden gayri muhakeme işlemleri de tutanak ile belgelenir. Kanunda genel norm yoksa da mevcut normları kıyas yolu ile genelleştirerek diyebiliriz ki, resmî sıfatı olmayan ceza muhakemesi sūjelerinin dilekçe ile yapabilecekleri her işlemde zabıt kâtibine yapacakları sözlü müracaatın tutanağa geçirilmesi mümkündür ve bu tutanak dilekçe yerine geçer. Kanunda bu husus mahdut hallerde belirtilmiştir.

Meselâ kamu dâvasına katılmada (CMK 238), muhakemenin yenilenmesinde (CMK 317), temyiz dâvasında (CMK 291), tutuk sanığın kanun yolu dâvasında (CMK 263) sarahat vardır. Kanun tutanağın başkan veya hâkim tarafından imzalanacağını belirtmektedir (CMK 291).¹⁵⁴⁷ Maksat, dilekçe yazamayacak durumda olan kimselere kolaylık göstermek olduğuna ve tutanak dilekçe yerine geçtiğine göre, başkanın imzasına kanaatimizce lüzum yoktur. Zaten bu üç maddenin aslında da diğer maddelerde olduğu gibi başkanın imzası aranmamaktadır.¹⁵⁴⁸ Oysa CMUK da CMK 263 ve 238. maddelerinin karşılığı olan maddelerde (CMUK 292, 366) hâkim in tasdiki öngörülümüştü.

Belli bir süre içinde yapılması gereken işlemlerin süre içinde yapılmış sayılması için kanunun aradığı şartların yerine getirilmesi lâzım olduğundan, dâva dilekçesi yerine geçen sözlü beyan üzerine süre içinde zabıt varakasının tutulması ve gerekiyorsa başkana imzalatılması lâzımdır. Bu hususta mülga kanunumuzda sadece kanun yolu bahsinde (CMK 292/2) sarahat varsa da normun genel mahiyette olduğundan şüphe edilemez.

5271 sayılı Kanun 263/4. fıkrasında, *zabıt kâtibi veya kurum müdürü tarafından işlem yapılmadığında kanun yolları için belirlenen sürelerin kesilmiş sayılacağını* belirtmektedir.

35. § CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMLERİNİN BİLDİRİLMESİ

283. Bildirme ve çeşitleri. 284. Doğrudan doğruya bildirme. 285. Vasıtalı bildirme: tebliğ.

283. BİLDİRME VE ÇEŞİTLERİ.

Bazı muhakeme işlemlerinin ilgililere bildirilmesi gerekir. Bildirilen işleme nazaran talî bir mahiyet arz eden bildirme, ilgilinin öğrenmesini sağladığı için lehte bir işlemdir. Daha önce başka bir şekilde öğrenmek aleyhe sonuç doğurmaz ve meselâ kanun yoluna gitmeğe engel olmaz.¹⁵⁴⁹ Bildirme yerine, çok defa görüldüğü gibi, *tebliğ* denilmesi isabetli değildir. Zira *tebliğ*, bildirmenin sadece vasıtalı yapılanının adıdır.

Bildirme konusunun Devletler Hukukunca düzenlendiği vardır.¹⁵⁵⁰ Bildirmede ilke, özellikle Ceza Muhakemesi Hukukunda, ilgilinin bildirilmek isteneni gerçekten öğrenmesidir. *Gerçekten öğrenmenin en güvenilir yolu bizzat kendisine bildirmediir*. Bildirmenin çok rastlanan sonuçlarından biri, belli

¹⁵⁴⁷ Mülga Kanun 310. madde 1985 de değiştirilirken sadece hâkimden söz edilmiştir. İkisini birden göstermek zaten şart değildir. Fakat biri gösterilecekse başkan denilmeliydi. Başkana düşen işi tek hâkimli mahkemede hâkimin yapacağı açıktır. Ama hâkim denirse toplu mahkemede üyeler de hâkim olduğuna göre kimin imzalayacağı açıklanmış olmaz.

¹⁵⁴⁸ Başkanın tasdikine ait hükmün, zabıt kâtiplerine itimat etmemek, süre geçtikten sonra dahi eski tarihli tutanakların dosyaya konulmasına engel olmak sebepleriyle kabul edildiğini tahmin etmekteyiz. Tek hâkimli mahkemede hâkim o gün uzak bir yerde keşfe gitmişse tasdik muamelesinin aynı gün yapılmasına imkân olamayacağından, korkulan tehlikeden yine kurtulanamayacaktır.

¹⁵⁴⁹ CGK 6/4/70 *Alicanoğlu* 542; 8. CD 14/9/78 YKD 79, 306; k-m: VTK 6. CD 18/11/59, 5249-3417.

¹⁵⁵⁰ Bildirme konusunda, Devletler Umumî Hukukunda kabul edilen esasa göre diplomatlık dokunulmazlığından faydalananlara, istisnalar hariç, “adli tebligat” yapılamayacağı hatırlanmalıdır. Türkiye’de kendilerine adli tebligat yapılamayacak diplomatlar, yapılacaksa şekli 9/2/1931 tarihli kararnamede gösterilmiştir. Adalet Bakanlığı, Tebligat Tüzüğü’nün 37. maddesi uyarınca, her yıl, yabancı memleketlere gönderilecek tebliğ evrakı ve masrafla ilgili hususlarla Türkiye’de kendilerine tebligat yapılamayacak kişileri bildirmektedir (Bkz. RG 10/2/88, AdD 88/1, Ek s. 155). Memleketimizdeki bir yabancıya tebliğ hususunda tereddüt halinde Dışişlerinden sorulacaktır.

işlemlerin yapılması için konulmuş olan süreleri başlatmasıdır. Fakat bunun için de meselâ temyiz süresinin sanığa mı, müdafie mi bildirmeden başlayacağı gibi sorunları çözmede olduğu gibi, bildirmenin hangi işlem için ve özellikle, kime yapılacağına bilinmesi gerekir. Ancak bunu sağlamak her zaman mümkün olmadığından, başka çarelere de başvurmak gerekmiştir.

Bunları ikiye ayıracağız:

a) “*Bilinen adrese bildirme*”, meselâ birlikte oturduğu ailesi fertleri veya hizmetçisi gibi ilgiliye haber vereceği kuvvetle umulan kişilere bildirme (TebK 16) şeklinde yapılır. Bu kişileri kanun gösterir.

b) “*İlân suretile bildirme*”. Bazı memleketlerde ve bu arada bizde, adresi meçhul olanlara bildirmede ilân yoluna başvurulur. İlgilinin şahsına bildirmeden gayri bildirmeler, onun bu yollarla işlemi öğrendiği karinesine dayanır. Şeklî hakikatle yetinmeyen ceza muhakemesindeki bütün karineler gibi, bunun da çürütülmesi mümkündür. Hattâ *Taban Kurallara* ters düşülmemesi için zorunludur.¹⁵⁵¹ Gerçekten “yapılan bir tebliğden kusuru olmaksızın haberdar olmamak” mücbir sebep, yani eski hale getirme sebebi sayılmıştır (CMK 41/2).¹⁵⁵²

Muhakeme işlemlerinin ilgili sùjelere bildirilmesinin iki çeşidi vardır: 1) *Doğrudan doğruya bildirme*, 2) *Vasatah bildirme*.

284. DOĞRUDAN DOĞRUYA BİLDİRME.

Doğrudan doğruya bildirme, vasıta kullanılmadan bildirmedir. İşlemi yapan sùje bizzat, hazır bulunan ilgiliye sözle veya belgenin tevdi suretiyle işlemi bildirir. Doğrudan doğruya bildirmenin de çeşitleri vardır:

I. Tefhim.

Tefhim, verilen kararların, hazır bulunan ilgililere sözle bildirilmesidir. İlgili tarafın yüzüne karşı verilen karar açıklanır ve isterse kararın bir örneği de verilir. Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararları hukuken geçerli mazerete dayanarak hazır bulunamayan ilgisine tebliğ olunur. İlgili taraf serbest olmayan bir kişi veya tutuklu ise tebliğ edilen karar kendisine okunup anlatılır (CMK 35). Bu konuda yeni olan husus hukuken geçerli mazerete dayanarak “hazır bulunmama” kriteridir. Kanun son kararların tefhimini düzenlemiştir (CMK 231). Ara karar aynen okunabileceği gibi özeti de bildirilebilir. İlgili isterse kararın bir sureti de kendisine verilecektir (CMK 35). Hükümlerde CMK 231/2 uyarınca varsa kanun yolu sanığa bildirilir.

II. Tevdi suretiyle bildirme.

Tevdi suretiyle vasıtasız bildirme, bildirilecek yazılı belgenin ilgiliye elden verilmesidir. Duruşma esnasında dâvaya ait evrakın “tarafalara, müdahile veya vekillerine” tevdi mümkündür (Tebliğat K. 36).

III. Sair doğrudan doğruya bildirmeler.

Kanun, tafsilât vermeden muhtelif yerlerde doğrudan doğruya bildirmelerden bahsetmiştir. Meselâ olay yerinde keşif, arama gibi bir soruşturma işlemi yapan, hattâ hâkim olmayabilen memur, yetkisi içinde olan tedbirleri alabilir (CMK 168/1). Bu tedbirlerin orada hazır bulunanlara “*bildirilmesi*” lâzımdır. Keza, celse esnasında, müteakip celsenin gün ve saati avukatlara veya sıfatları tespit edilen kâtiplerine ve stajyerlerine “bildirilir” (TebK 37).

¹⁵⁵¹ Tebligat Kanunundaki (m. 31) “tebligat yapılmış sayılır” hükmü bir karine olarak yorumlanmazsa, 1. Taban Kurala aykırı davranılmış olur (*Kunter*: Sanığın yokluğunda yapılan sonsoruşturmada uygulanacak Taban Kurallar. İHFM “43”, 1978, s. 355).

¹⁵⁵² İlân yolu ile tebliğde eski hale getirmeyi kabul etmemek (*Tosun I*, 676), bu tebliğ şeklini çok sakıncalı hale getirir. Bu sakınca ancak gaiplerin muhakemesi kaldırılırsa önemini kaybedecektir. Kaldı ki “tebliğ yapılmış saymak” (TebK 21, 31) başka, yapılan tebliğden haberi olmamak yine başkadır.

285. VASITALI BİLDİRME: TEBLİĞ.

Bazen bir işlemin bildirilmesi için bir başka görevlinin yardımından faydalanılır. Bu şekilde bir vasıta ile yapılan bildirmelere tebliğ¹⁵⁵³ adı verilir. Kanunlarımızda tebliğin de çeşitleri vardır:

I. Tevdi suretiyle tebliğ.

Tebliğin normal şekli budur. Tebliğ edilecek husus, yazılı olarak, vasıtalık eden şahıs tarafından ilgiliye veya onun yerine tebliğatı kabul edecek kimseye belgenin usulü dairesinde tevdi suretiyle bildirilir. Tebliğin yapıldığı, vasıtalık eden şahıs tarafından tespit edilir. Bu yöntemde kararın bir örneği ilgili tarafa isterse verilir (CMK 35/1). Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim ve mahkeme kararları, hazır bulunmayan, ilgisine tebliğ olunur (CMK “2005-5353” 35/2).

Kanunda tevdi suretiyle tebliğ hususunda çeşitli hükümler vardır: Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim ve mahkeme kararları, hazır bulunmayan ilgisine tebliğ olunur (CMK “2005-5353” 35/2).¹⁵⁵⁴

CMK tebligat sistemini değiştirmiş ve mülga kanundaki Cumhuriyet savcısına verilmiş bulunan tebliğ veya infaz yetkisinin tebliğ kısmını mahkeme başkanı veya hâkim e devretmiştir (CMK 36/1). İnfaz edilecek kararların Cumhuriyet başsavcılığına verilmesi benimsenmiştir (CMK 36/2). Bunun dışında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildiği hallerde, bu kararın, suçtan zarar gören ile önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye bildirilmesi mecburiyeti vardır.

Kararda itiraz hakkı süresi ve mercii gösterilecektir (CMK 172/1). Celpnamenin tebliği de söz konusudur. İddianame çağrı kâğıdı ile birlikte sanığa tebliğ olunur (CMK 176/1). Tutuklu olmayan sanığa tebliğ olacak çağrı kâğıdına mazeret olmaksızın gelmediğinde zorla getirileceği yazılır (CMK 176/3).

Tutuklu sanığın çağrılması duruşma gününün tebliğ suretiyle yapılır. Sanıktan duruşmada kendisini savunmak için bir istemde bulunup bulunmayacağı ve bulunacaksa neden ibaret olduğunu bildirmesi

¹⁵⁵³ CGK 7.10.2008: E. 2008/4-192 K. 2008/214: Temyiz incelemesinin yapılabilmesi için temyiz yasa yoluna başvuru hakkı olanların tamamının kararı tefhim veya tebliğ yoluyla öğrenmeleri yasal bir zorunluluktur. Nitekim 5271 sayılı CYY'nin “Kararların açıklanması ve tebliği” başlıklı 35. maddesinin 2. fıkrasında; “Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararları, hazır bulunamayan ilgisine tebliğ olunur.” hükmü yer almaktadır. CYY'nin 260/1. maddesinde ise yasa yollarına başvurma hakkı olanlar sayılmak suretiyle; “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.” şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir. İncelemeye konu dosyada; Hüküm; “Dair, verilen karar, sanığın yüzüne karşı talebe uygun, kararın tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde Yargıtay yolu açık olmak üzere açıkça okunup usulen anlatıldı.” şeklinde bitirilerek, hazırda bulunan hükümlünün yüzüne karşı tefhim edildikten sonra, tebliğe de çıkartılmış ise de; hükümlüye tebliğ edilemediği gibi, hükümlü tarafından temyiz edilmeyerek, mahkemece 15.03.2007 tarihinde kesinleştirilmiştir. Öte yandan; hükmün son kısmında yer alan yasa yolu açıklamasında, “temyiz süresinin” tefhimde hazır bulunan hükümlü açısından “tebliğden” itibaren başlayacağı şeklinde bir yanlış anlamaya neden olacak ifadelerle yer verilmek suretiyle, yasa yolu süresinin ne zaman başlayacağı konusunda hükümlünün yanıltılmış olduğu görülmektedir. Yanıltıcı tarzdaki yasa yolu açıklaması düzeltilmedikçe ve düzeltilmiş şekliyle ilgiliye tebliğ edilmedikçe hüküm kesinleşmeyeceğinden, 5271 sayılı CYY'nin 35. maddesi kapsamında geçerli bir bildirimde bulunulmadığı anlaşılan somut olayda kesinleşmiş bir hükümden bahsedilemez. Bu durumda; 5271 sayılı CYY'nin 309. maddesinde olağanüstü bir yasa yolu olarak düzenlenmiş bulunan ve sadece kesinleşmiş hükümler için gidilebilen yasa yararına bozma yasa yoluna başvuru koşulları oluşmadığından, Özel Dairece yasa yararına bozma isteminin reddi yerine, kabulüne karar verilmesi isabetli bulunmamıştır. Şu halde; dosyanın esaslı incelenmeden önce, hükmün “temyiz süresinin tefhimde hazır bulunan hükümlü yönünden tefhimden itibaren başlamış sayılacağı” yönündeki şerhle birlikte hükümlüye tebliğ edilmesi ve hükümlü tarafından tebellüğden itibaren 7 gün içerisinde temyiz dilekçesi verilmesi halinde temyiz yasa yolu davasının bu dilekçeye istinaden açılması icap eder. Tebligata rağmen temyiz yasa yoluna başvurulmaması halinde ise hüküm kesinleşmiş olacağından, yasa yararına bozma yasa yoluna başvurulması olanaklı hale gelecektir. Bu itibarla; yerinde görülen itirazın kabulüne, Özel Daire kararının kaldırılmasına, henüz kesinleşmemiş olan hükme ilişkin olduğundan yasa yararına bozma yasa yolu başvurusunun reddine ve hükmün belirtilen şerhle birlikte hükümlüye tebliğ edilerek, temyiz edip etmeyeceğinin belirlenmesi suretiyle anılan eksikliğin giderilmesi gerektiğinden dosyanın Yerel Mahkemeye gönderilmesine karar verilmelidir.

¹⁵⁵⁴ Kararın kesin olması, vasıtalı bildirmeye de engel olmaz (CGK 30/6/69 A. 123). 21/4/75 tarihli İçBK (YKD 75/5, 10) meseleyi sadece 64-466 numaralı kanun yönünden ele almış ve sanığın yokluğunda verilen veya Yargıtay'ca onanan veya islâh suretiyle verilen beraat kararlarının tebliğini gerekli bulmuştur. Halbuki her kararın ilgililere bildirilmesi Muhakeme Hukuku esaslarındandır. Hiçbir hak arama imkânı olmasa, karar lehine olsa dahi, durumunu öğrenmek ilgilinin hakkıdır.

istenir; müdafii de sanıkla birlikte davet olunur. Tebliğ işlemi tutuklunun bulunduğu ceza infaz kurumunda cezaevi kâtibi veya bu işle görevlendirilen personel yanına getirilerek tutanak tutulmak suretiyle yapılır (CMK 176/3). Bu konuda tebligat kanununda da hükümler vardır (TebK 41, 2/1).

II. Gösterme suretiyle tebliğ.

Bazen belgenin verilmesi aranmaz, gösterilmesi ile yetinilir. Meselâ savcıya yapılacak tebliğler, gösterme suretiyle olur ve bu tebliğler bir süreye başlangıç olacaksa, savcı belgenin kendisine gösterildiği günü, belgenin aslına işaret eder (TebK 43).¹⁵⁵⁵

III. Sözle tebliğ.

Vasıtalı bildirme yani tebliğ, sözle de olabilmektedir. Meselâ kolluk, yaptığı soruşturma sırasında ifadelerine müracaat lâzım gelen kimseleri çağırabilir (PVSK 15). Bu çağırmanın tebliği, polis memuru veya bekçi göndermek suretiyle sözle olmaktadır. Sözle yapılan tebliğler imza almak suretiyle tespit edilir.¹⁵⁵⁶

IV. Asma suretiyle bildirme.

Muhakeme işlemlerinin bildirilmesinde uygulanan bu çeşide göre, kendisine veya adresine tebliğ yapılmış kişi adresini değiştirip de yenisini bildirmedeği ve yenisi de tebligat memurunca tespit edilemediği takdirde, tebliğ edilecek belgenin bir nüshası eski adresin kapısına asılır ve asılma tarihi tebliğ tarihi sayılır (tebliği yaptıran makamın divan hanesine asma usulü 2003'te terk edilmiştir). Daha sonra eski adrese çıkarılan tebliğler muhataba yapılmış sayılır (TebK "2003.4829" 35/2 ve 3). Daha önce tebligat yapılmamış olsa bile kamu kuruluş ve kurumlarına, ticaret, esnaf ve sanatkârlar sicillerine verilen son adreslerdeki değişikliklerde de bu yolda hareket edilir (TebK "1985-3220" 35/4).

V. İlan suretiyle tebliğ.

Tebligat Kanunu ilân suretiyle tebliği de kabul etmiştir (TebK "1985-3220" 28-31). İlân hem gazetede neşir hem asma suretiyle yapılır. Neşir suretiyle ilân ilgilinin itilâma en emin bir şekilde vasıl olacağı umulan ve varsa ayrıca tebliğ çıkaran merciin bulunduğu yerde çıkan bir gazetede yapılacaktır. Keza tebliğ olunacak belge ve ilân sureti, tebliği çıkaran merciin herkesçe kolaylıkla görülebilecek bir yerine de asılacaktır. Merci icabına göre, ikinci bir defa ilân yapılmasına karar verebilir. İki ilân arasındaki müddet bir haftadan aşağı olamaz. Gerekliyorsa ikinci ilân yabancı memleket gazeteleri ile de yaptırabilir.

Tebligat Kanunu ilân suretiyle tebliği, adresi meçhul kimseler hakkında kabul etmiştir. "*Adresi meçhul kimse*", kendisine tebligat yapılamayan ve ikametgâhı, mesken veya işyeri de bulunmayan kimsedir. Adresin meçhul olduğu, tebliğ memuru tarafından mahalle veya köy muhtarına şerh verdirilmek suretiyle tespit edilir. Ancak, tebliğ çıkaran merci lüzum görürse, adresi resmî veya özel müessese ve dairelerden veya kolluk marifetiyle tahkik ve tespit ettirebilir (TebK 28/3).

İlân suretiyle tebliğ istisna olarak, adresi belli kimseler hakkında da kabul olunmuştur. Gerçekten yabancı memleketlerde oturanlara ilân suretiyle tebligat yapılmasını icap ettiren hallerde tebliği çıkaran merci, tebliğ olunacak belgeler ve ilân suretlerini yabancı memlekette bulunan kimsenin belli adresine ayrıca iadeli taahhütlü mektupla gönderecek ve posta makbuzunu dosyaya koyacaktır (TebK 28/4).

İlân suretiyle tebliğ son ilândan itibaren yedi gün sonra yapılmış sayılır. İlan yolu ile tebliğe karar veren merci, icabına göre, daha uzun bir süre tâyin edebilir. Ancak bu süre onbeş günü geçmez (TebK "1985-3220" 31).

İlân suretiyle tebliğin, bazı kayıt ve şartlarla, basın veya radyo ile yapılmasının kabul edildiği de vardı (mülga AsMK 52; mülga DGMK 21).

¹⁵⁵⁵ Kantar, 72, not 66.

¹⁵⁵⁶ Olağanüstü hal ilanına neden olan suçlardan ceza veya tutukevinde bulunanların ifadelerinin alınması için getirilmelerinde hâkim kararı gerekir. (KHK 430, m. 3c). (PVSK "85-3233" 15/son ile düzenlenmiş olan bu yetki Anayasa Mahkemesi tarafından polis için de iptal edildi: 26.11.86, E., 85/8, K. 86/27.

Yapılan ilân ilgilinin öğrenmesi elbet imkânsız değildir. Fakat bu öğrenme aranmadığından, ilân suretiyle tebliğ bir varsayıma dayanmaktadır. Bu sebeple, şekli hakikatle yetinemeyen ceza muhakemesinde yeri olmamak gerekir.¹⁵⁵⁷

Katılan gibi iddia makamındaki süjelere yapılacak tebliğlerde genel hükümler uygulanır. Bunlar doğru adres vermemişler yahut adres değişikliklerini bildirmemişlerse, asma veya ilân suretiyle tebliğden zarar gördüklerini iddia etme hakları olamaz.

Kanun kaçaklar hakkında “sanığın kaçak olduğu kararı” verilmesini ayrıntılı olarak düzenlemiştir: önce tebligat yapılacak, yapılan tebligata dayanarak zorla getirme kararı verilecek, bu karar yerine getirilemezse, çağrı hem gazete ile hem de bilinen konutunun kapısına asılmak suretiyle ilan edilecek, onbeş gün içinde gelmezse, bu işlemlerin yapıldığı tutanağa bağlanarak, “sanığın kaçak olduğu” kararı verilecektir (CMK “2005-5353” 247/2).

36. § CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMLERİNİN MUHAKEME HUKUKU MÜEYYİDELERİ

286. Muhakeme Hukuku müeyyidelerinin çeşitleri. 287. I. Hukuk bakımından yokluk. 288. II. Hak düşümü. 289. III. Butlan. 290. IV. Kabul edilmezlik.

286. MUHAKEME HUKUKU MÜEYYİDELERİNİN ÇEŞİTLERİ.

Ceza muhakemesi işlemlerinin Muhakeme Hukuku müeyyidelerinin neler olduğu meselesi doktrinde çok tartışmalıdır.¹⁵⁵⁸ Kanunlar da hemen her memlekette bu sahada çok yetersizdir.

Biz ceza muhakemesi işlemlerinin Muhakeme Hukuku bakımından müeyyidelerini dört çeşit¹⁵⁵⁹ olarak kabul etmekteyiz: 1) Hukuk bakımından yokluk, 2) Hak düşümü, 3) Butlan, 4) Kabul edilmezlik.

Bu müeyyideler muhakeme işlemlerinden başka hukukî işlemlerde de uygulanabilir. Meselâ normları belirten kanun ve tüzük gibi hukukî işlemlerde de butlan veya yokluk söz konusudur.

¹⁵⁵⁷ Tebligat Kanunu (TebK) ile bazı maddelerinin kaldırılmasından önce, mülga kanunumuz sadece gaiplere celpname ve kararların ilânla tebliğ edilebileceğini 37 ve 281. maddelerinde kabul etmiş ve bu ilânın şeklini de bu maddelerde göstermişti. Meselâ sanık gelmese de duruşma yapılabilen hallerde celpten ilân suretiyle tebliği kabul olunmamıştı (2. CD 9/6/37, karar No. 8815). Bu iki madde, Tebligat Kanunu ile tamamen kaldırılmış olduğundan, bugün kanunda hangi sanıklar hakkında hangi muamelelerin ilân yolu ile tebliğ olunacağını gösteren hüküm kalmamıştır. TebK müzakereleri sırasında bu kanunun Ceza Muhakemesi kanunundaki esaslara dokunmadığı belirtildiğine göre, esas ve şekli gösteren iki maddenin toptan ilga edilmemesi, bu maddelerin sadece şekle ait kısımlarının kaldırılması gerekirdi. Kanun koyucunun bu hatasından meydana çıkan boşluk, içtihat yolu ile doldurulmuştur. Gerçekten Yargıtay “TebK 28, Ceza Muhakemesi Kanununun tebligata müteallik umumî esaslarını tâdil veya ilga etmiş olmayıp ilânen tebligat yapılması mümkün olan hallerde tebligatın şekil ve sureti icrasını tâyin ve tespit etmiş bulunmaktadır” diyerek, ilga edilen maddelerin esasa ait kısımları ilga edilmemişçesine, gaip olmayanlar hakkında hazır olmaksızın verilen kararların ilân suretiyle tebliğ edilemeyeceğine karar vermiştir (5. CD 7/9/60, 3939-3813). Bu içtihadı benimseyen kararlar (7. CD 10/7/64, *Çağlayan* “66”, I, 268; 4. CD 3/7/62, *Çağlayan* “66” I, 268) gibi benimsemeyenler (1. CD 11/6/64, *Çağlayan* “66”, I, 296; CGK 9/11/64, *Çağlayan* “66”, I, 295) de vardır. Bu son karar, şartla salıverme süresi içinde mahkûm olma” (mülga TCK 17) dolayısıyla verilmiştir. Şartla salıvermenin gerilınması için, mahkûmiyetin kesin olması gerektiği yolundaki içtihattan, duruşmada sorguya çekilen ve sonra meskeni bilinmediği için tevdi suretiyle tebliği imkânsız hale gelen sanıklar bakımından bir dönüş yapmak mümkün ve hattâ caiz iken hürriyeti bağlayıcı cezaların infazı sonucunu da doğuracak şekilde kanunun sisteminin bozulmasında bir zaruret olmadığı ve bunun müdafaa bakımından bütün sonuçları şimdiden görülemeyecek tehlikeler doğuracağı kanısındayız. Hatırlatalım ki bu karar dahi, hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûmiyetin, duruşmada sorguya çekilmemiş sanığa ilân yolu ile bildirilmesini kabul etmemektedir. 1985 değişikliğinde tebligat konusunda Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu yerine Tebligat Kanunu’na atuf yapılmış olması (CMUK “83-3206” 35) durumda bir değişiklik yaratmadığı biçiminde yorumlanmalıdır.

¹⁵⁵⁸ *Carnelutti*, III, 146; *Frosali*, IV, 202; *Leone*, I, 682; *Manzini*, III, 82; *Ranieri*, 246, 297.

¹⁵⁵⁹ Bazı müelliflerce (meselâ *Ranieri*, 301) diğer bir çeşit müeyyide olarak kabul edilen ve “daha önce belli bir işlemin yapılması veya yapılmaması sebebi ile belli işlemlerin artık yapılamaz hale gelmesi” diye tarif edilen ve kısaca “yol kapanması” diye tercüme edebileceğimiz “*preclusion*”yi bir müeyyide olarak kabul etmemekteyiz. Gerçekten bu halde işlemin yapılmasını düzenleyen bir norma riayetsizlik bahis konusu değildir ki, bu riayetsizliğin müeyyidesinden bahsedilebilin. Tosun da, *yol tıkanması* dediği (1. bası, I, 464) bu durumu, artık müeyyide saymamaktadır.

287. I. HUKUK BAKIMINDAN YOKLUK.

Muhakeme Hukuku işlemlerinin müeyyidelerinden biri “*hukuk bakımından yokluk*” (inessitenza giuridica) tur. Buna “*hükümsüzlük*” de diyebiliriz. Nitekim kanun bazen bir işlemin *hükümsüz* olup olmadığından bahsetmektedir (CMK 20). Buna “hukuk bakımından değersiz” demek de mümkündür.

Kanunun *aykırılıkları giderme çareleri* kabul ettiği hallerde, işlemin varlığı kabul edilmiştir. Zira, aykırılığı giderme, işlemi muhafaza ederek veya ortadan kaldırarak yapılacaktır ki, bu da işlemin varlığının kabulü demektir.¹⁵⁶⁰

Yokluk müeyyidesinin neticesi, işlemin yapılmamış olduğunu bir başka süjenin farz ve kabul etmesidir.¹⁵⁶¹ Bu konuda en yetkili süje hâkimdir. Zira, uyuşmazlık çıktığında onun görüşü üstün tutulur.

İşlemin tamamlanması için gerekli unsurlardan veya şartlardan birinin mevcut olmaması halinde, aykırılığı giderme çaresi öngörülmedikçe yokluk müeyyidesi söz konusu olacaktır. Meselâ imza, mahkeme kararının¹⁵⁶² veya iddianamenin¹⁵⁶³, temyiz dilekçesinin¹⁵⁶⁴ ve şikâyetin¹⁵⁶⁵ tamamlanması için şarttır. Yukarıda belirtildiği gibi madde veya görev itibarıyla yetkisiz olduğu kabul edilen hâkimin yaptığı işlem de eğer, yeniden yapılması mümkünse, yapılmamış addolunmalıdır (No. 193).

Bazı hallerde savcının emrettiği bir işlemin hâkim in tasdikine bağlı olması kabul edilmiştir. İşlem savcı emriyle yapıldığı ilk anda hükümsüz değildir. Fakat hâkim tarafından tasdik edilmediği takdirde, var olan işlem artık hüküm ifade etmez, elkonulan eşya geri verilir. CMK postada elkoyma bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde savcı kararı ile elkoymayı kabul etmiş, fakat Kanunun bir çok maddelerinde yapılan kısaltma ameliyesi çerçevesinde üç gün içerisinde bunun hâkim e tasdik ettirileceğini öngören hükmü maddeye koymayı unutmamıştır (CMK 129). Ancak açılmamasına veya açılıp da içeriği bakımından adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığına karar verilen gönderilerin, hemen ilgililere teslim olunacağını (CMK 129/4) emrederek “yokluk müeyyidesini” dolaylı olarak düzenlemiştir.

Kanunumuz, bir çok kanunlar gibi, “yokluk” konusunu ve sebeplerini ele almamıştı. 2001 yılında Anayasa’nın 21. maddesinde elkoyma konusunda bir hüküm konuldu ve hâkim in el koymadan İtibaren 48 saat içinde kararını açıklamaması halinde elkoymanın kendiliğinden kalkacağı, yani ayrı bir karara gerek olmadan yok sayılacağını düzenledi. CMK da bu yönde düzenlemeler getirdi. Örneğin, iletişimin denetlenmesi acele hallerde savcı tarafından emredilip, hâkim tarafından onaylanmadığında (CMK 135/1), şüpheli veya sanığın *tanıklıktan çekinebilecek kişilerle* iletişiminin kayda alındığı sonradan anlaşılırsa, alınan kayıtların derhal yok edilmesi (CMK 135/2) veya beden muayenesi savcı tarafından emredilip, hâkim tarafından onaylanmadığında (CMK 75/1), “yokluk” yaptırımını kabul ederek ayrı bir karara ihtiyaç duymaksızın elde edilen kayıtların, kişisel verilerin yok edilmesini düzenledi (CMK 137).

Kanunun aynı yaklaşımın *madde itibarıyla yetkisiz mahkemenin yenilenmesi mümkün olan işlemleri* açısından sürdürdüğü (*hükümsüzlük*: CMK 7) görülmektedir.

Yargıtay *yokluk müeyyidesini* içtihatla da genişletmiş ve Anayasa’nın 40 ncı maddesi uyarınca kanun yolu öğretilmesi mecburiyeti getirildiği halde, mahkemenin hükmünde başvurulacak kanun yollarının gösterilmemesi halinde, *hükümün yoklukla malul olduğunu* ve bu nedenle CMK 310

¹⁵⁶⁰ Modern hukuktaki yokluk-butlan (batıl oluş) ayırımı, İslâm hukukunda hanefilerin yaptığı “butlan” (batıl olma) - “fesat” (fasit olma) ayırımına uymaktadır. Zira batıl işlem, hanefilere göre, sebebini teşkil eden rükünlerinden yani unsurlarından veya bunları tamamlayan şartlarından biri eksik olan işlemdir ki ona hiçbir hüküm terettüp etmez. Buna karşılık fasit işlem, aslında değil, vasfında eksiklik olan işlemdir. Bu nedenle tamamlanmış, yani varlık kazanmıştır. Bazı sonuçlar doğurur. Fakat fasit olduğundan “fesh” (bugünkü tâbirle iptal) edilmelidir (*Ebu Zehra: İslâm Hukukunun metodolojisi*, Ankara, 1978, s. 72).

¹⁵⁶¹ Aynı süje, kendi işlemini yok sayamaz. Başka bir süjenin yok sayması da sonuç olarak, var sayılan işlemi ortadan kaldırmadan farksızdır.

¹⁵⁶² 4. CD 23/2/56, 1715-2092 (*Çağlayan* “66” I, 139).

¹⁵⁶³ 2. CD 8/4/49 (*Çağlayan* “66” II, 188); 3. CD 10/2/1951, 931-942.

¹⁵⁶⁴ CGK 6/3/61 A. 556.

¹⁵⁶⁵ k-m: 4. CD 23/2/56 *Alicanoğlu* 259.

uyarınca kanun yararına bozma değil, olağan temyiz yolunun uygulanması gerektiğini de içtihat etmiştir.¹⁵⁶⁶

Ceza Muhakemesi Kanununun bir çok maddesinde, yokluk müeyyidesi düzenlenmiştir. Örnek olarak söylemek gerekirse, moleküler genetik incelemeler için alınan örnekler üzerinde maddede gösterilen amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır (CMK 78/1). Genetik incelemelerin sonuçları kişisel veri niteliğinde olup, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi veya hükmün kesinleşmesi halinde yok edilecektir (CMK 80/1). Benzer bir şekilde fizik kimliğin tespitine ilişkin kayıtlar kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verilmesi hallerinde yok edilecektir.

Aynı konuda biri doğru, diğeri yanlış iki karar aynı zamanda verilmişse, yanlışsı yok sayılmalıdır. Meselâ aynı eylem hakkında bir tavsiften kamu davası açılmış, diğers tavsiften açılmamışsa, hatalı ikincisini ortadan kaldırmak için vakit kaybedilmemelidir.¹⁵⁶⁷

Buna karşılık, ortada tek karar varsa, temyiz kanun yolunda aykırı karar bozma ile ortadan kaldırılacağından, bu da onun önceden var olduğunu kabul mânâsına geldiğinden, Yargıtay *yokluktan* söz edememelidir.¹⁵⁶⁸ Yargıtay yokluk müeyyidesini ancak dolaylı olarak, yani karardaki hukuka aykırılığın bir başka işlemdeki yokluk müeyyidesini gerektiren aykırılığı nazara almamaktan meydana geldiğini söyleyerek belirtebilir.

Keza idarî muhakemede idarî işlemlerin, Anayasa muhakemesinde kanunların iptali için açılan dâvalarda da yokluktan söz edilemez. Meğerki bu arada genel nitelikteki işlem, meselâ yönetmelik veya kanun başka bir dâva dolayısı ile iptal edilmiş ve bu iptal kararı yayınlanmamış olsun.

Ne bis in idem kuralına rağmen verilmiş ikinci karar da yargı otoritesini kazanmışsa, bu ikinci karar, yerine getirme makamınca yok sayılmamalı ve mahkeme hükümlerinin keyfi bir şekilde tanınmamasını önlemek üzere iptali cihetine gidilmeli, yani muhakemenin yenilenmesi yolu ile butlan müeyyidesi kabul olunmalıdır. Ceza alanında bu kararlar farklı adlı, idarî veya askerî makamlarca verilmişlerse, ortada kanunun tâbiri ile “hüküm uyuşmazlığı” var sayılmakta ve uyuşmazlık mahkemesi bu uyuşmazlığı, esasa karar vermeden fakat kazanılmış hakları saklı tutarak o dâvayı hangi mahkemenin karara bağlaması gerektiğini belirterek çözmektedir (UMK 25).

Yokluk ile sonradan hükümsüz sayma kavramlarını ayırmak gerekir. Yokluk, işlemin hiç yapılmamış gibi, başından beri yok sayılması demektir. Önceden hüküm ifade eden bir işlemin sonradan hüküm ifade etmez hale gelmesi mümkündür. Meselâ, savcının emrettiği elkoyma işlemi 24 saat içinde hâkimin tasdiki şarttır (CMK “2005-5353” 127/3). Fakat elkoyma işlemi, yapıldığında hükümsüz değildir. Nitekim buna dayanılarak eşyaya elkonur. Ancak üç gün içinde tasdik edilmezse, var olan işlem artık hüküm ifade etmez, eşya geri verilir. Kanunda “hükümsüzdür” yerine “hüküm kaybeder” denilmeliydi. Görüldüğü gibi kanunun verdiği yetkiye dayanarak savcının ilk başta verdiği elkoyma veya iletişimin denetlenmesi, bedenden örnek alma işlemleri o sırada hukuken geçerlidir, fakat hâkim onaylamadığı takdirde hükmünü kaybetmektedir. Burada yokluk müeyyidesi ile hükümsüz kalmanın içiçe geçtiği görülmektedir.

¹⁵⁶⁶ 1. CD, 2005/4540, 2006/3010, 6.7.2006, YKD, Ocak 2007, 159; CGK, 2007/1-93, 2007/104, 1.5.2007, YKD, Nisan 2008, 762

¹⁵⁶⁷ k-m: 4. CD 29/4/64 (Çağlayan “66” II, 209); 5. CD 16/6/64 (Çağlayan “66” II, 208). Şahsi dâva açsın diye hakkında kovuşturamama kararı verilen eylemin başka eylem dolayısıyla verilen iddianamede gösterilmesini yeter görmek (CGK 19/4/78 Yasa Dergisi 78/1, 129) de bu kararın yok sayılması demektir.

¹⁵⁶⁸ Yargıtay bozulması istenen bir kararı “yok saydığından” bozmuş ve ortadan kaldırılmasına karar vermiştir (7. CD 14/9/83 YKD 83/11 1700). Yok olan şey, nasıl bozulur da ortadan kaldırılır? Yargıtay’ın, bozulması istenen kararı yok sayarak, olağanüstü temyiz dâvasını reddettiği de vardır (4. CD 1/6/74 YKD 75/8 149); 5. CD 10/2/83 İKİD 83/9 149). Bizce karar hukuka aykırı ise, Yargıtay onu var sayıp hukuka aykırılığın müeyyidesini butlan kabul ederek bozması yani ortadan kaldırması gerekir. Yokluk müeyyidesi kabul edip bozmağa, yani ortadan kaldırmağa gerek görmemek, aykırı kararı veren bakımından farksız ise de yokluk müeyyidesinin bir başka sùje tarafından uygulanması esasına ters düşer, zira Yargıtay’ın yok sayma kararı olmadan o kararın yokluğuna yine onu vermiş olanın karar vermesi gerekecektir. Eğer yokluğa Yargıtay’ın karar vermesi aranacaksa, ona bu imkânı vermek, karar aleyhinde kanun yoluna gitmeği ve dolayısı ile onun var olduğunu kabul etmek demek olur ki bu da yokluğa bağdaşamaz.

288. II. HAK DÜŞÜMÜ.

Bir hakkın kullanılması için yapılması gereken işlemin süre içinde yapılmaması sonucu olarak o hakkın düşmesi de kabul edilmiştir. Görülüyor ki burada işlemin yapılması için konulan süre kaidelerine riayetsizliğin müeyyidesi söz konusudur. Ancak hak düşümü (*forclusion*) her zaman süreye riayetsizliğin müeyyidesi değildir. Bazen bir hakkın, meselâ şikâyet hakkının veya kanun yolu hakkının kullanılmasından *vazgeçmenin* istenilen sonucudur.

Hakkın düşmesi, aykırılığa kanunun bağladığı bir sonuçtur. Tarafların muvafakati, hakkın düşmesine mâni olamaz.

Kanunlar hangi sürele aykırılığın hak düşümü sonucunu doğuracağını açıklamalıdır. Doktrin ve İçtihatlar da kanunların boşluğunu doldurmalı, terminoloji yanlışlıklarını düzeltmelidir. Meselâ temyiz yolunda süre çok önemlidir. O halde süre geçti diye temyiz dilekçesinin reddine (CMK 296), hak düşümünün sebep olduğu kabul edilmeli ve meselâ farkına varılmayarak temyiz yargılaması yapılmışsa, varsa olağanüstü kanun yoluna bu sebeple gidilebilmelidir.

Şikâyet için Ceza Kanununun kabul ettiği altı aylık süreye riayetsizliğin müeyyidesi de şikâyet hakkının düşmesidir. Keza yer itibarıyla yetkisizlik iddiasını zamanında yapmayan kimse, böyle bir iddiada bulunma hakkını kaybeder. Bunun içindir ki bunu ileride temyiz yolunda da ileri süremez.¹⁵⁶⁹(12)

Hak düşümünün sonucu, belli bir işlem yapmak hakkının kaybedilmesidir. Bu hakkın bazı hallerde tekrar elde edilmesi mümkündür. Bunu sağlayan müessese, *eski hale getirmedir*.

289. III. BUTLAN.

Aykırılığa rağmen yokluk müeyyidesi kabul olunmamışsa, işlem kanun nazarında var demektir. Bu varoluş onun batıl olduğunun tespitine mâni değildir.¹⁵⁷⁰(13) Zaten bu tespit hâkim kararı ile yapılmadıkça yani iptal edilmedikçe, işlemin batıl olduğu belli değildir ve bu sebeple var olan işlem, iptal edilinceye kadar hüküm ifade edecek, bir diğer söyleyişle hukukî değere sahip olacaktır ve iptal, var olanı yok etme yani ortadan kaldırma sonucunu doğuracaktır. Butlanın iki çeşidi vardır:

I. Mutlak butlan.

Butlan hâkim tarafından da re'sen nazara alınabilirse, *mutlak butlandan* söz edilir. Kanunlar hangi aykırılıkların mutlak butlanı gerektireceğini açıklamalıdır. Kanunumuz mutlak butlanı düzenlememiştir. İtalyan Kanunu bu konuyu sistemli bir şekilde ele almıştır (CPPI 184-189).

II. Nispi butlan.

Var olduğu kabul edilen ve bu itibarla hüküm ifade eden bir işlemin batıl olduğunun tespiti bazen sadece ilgililer tarafından istenebilir. Hâkimlerin re'sen nazara alamadıkları bu butlana *nispî butlan* denilir. Mecburî bir iptal söz konusu olmadığından, bu çeşit butlana *iptal edilebilirlik* denildiği vardır.

Kanunlar, hangi hallerde nispî butlan durumu gördüklerini göstermelidirler. Kanun nispî butlandan ve sebeplerinden bahsetmemiştir. Fakat bazı aykırılıkların bu şekilde batıl olduğu ve ancak ilgililerin isteği üzerine nazara alındığı ve gerekiyorsa çaresinin arandığı vardır. Meselâ çağrı kağıdının tebliği ile duruşma arasında en az bir hafta geçmesi hakkındaki hükme riayet edilmemesi böyle nispi butlan halidir.

Sanık, duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı mahkemece kendisine bildirildiği (hatırlatıldığı) halde bu hakkını kullanmazsa, mahkeme aykırılığı re'sen nazara alamaz (CMK 176, 190/2). Bunun gibi, işlem hâkim kararı ise bunlara karşı bizde kanun yolu kabul edilmiştir. Bu haktan vazgeçilmesi, o aykırılıkların ilgililerce kabul edilmesi demektir ve bu aykırılıkların giderilmesi sonucunu doğurur.

¹⁵⁶⁹ Buna karşılık mülga CMUK uyarınca temyiz dilekçesinden sonra, sebeplerini gösteren lâihanın verilmesi için kabul olunan süreye riayetsizlik hak düşümü sonucunu doğurmazdı. Zira 1936 tâdilinden beri, Yargıtay tarafların ileri sürdükleri temyiz sebepleri ile bağlı değildir. Bu itibarla Yargıtayın işini kolaylaştıran lâihaları, tetkiklerden önce olmak şartı ile, her zaman kabulde fayda vardır. Nitekim uygulanma da bu yönde idi.

¹⁵⁷⁰ Modern hukuktaki "batıl", Hanefilerin *fasidine* benzemektedir.

290. IV. KABUL EDİLMEZLİK.

İşlemlerin muhakeme hukuku müeyyidelerinden biri de “*kabul edilmezlik*” (*inamisibilità irrecevabilité*) dir.¹⁵⁷¹ Gerçekten bazı aykırılıklarla malûl olan işlemin sadece kabul edilmezlikten ibaret bir müeyyide ile karşılanması bazen uygun olur. Bu işlem bir kere kabul edildi mi artık aykırılık giderilmiş sayılır.¹⁵⁷²

Bu müeyyide bir karar ile tespit edilmelidir. Bu kararı da, işlemi kabul edecek merci vermelidir. Bu karar, hak başka sebeple düşmemişse, aynı işlemin tekrarlanmasını mümkün kılar. Bunun içindir ki tatbikatta çok defa eksikleri tamamlamak için mehil vermekten söz edilir.¹⁵⁷³

Kabul edilmezlik müeyyidesi ile kabul edilmezlik (veya kabule şayan olmama) kararı birbirine karıştırılmamalıdır. Her kabul edilmezlik müeyyidesi kabul edilmezlik kararını gerektirir. Fakat bu karar sadece bu müeyyideye dayanılarak verilmez. İşin esasına girmeden, kabul konusunda yapılan inceleme sonunda verilen kabul edilmezlik kararı, muhakeme hukuku yaptırımlarının diğer çeşitlerinde yani hak düşümü, yokluk ve butlan hallerinde de verilir. Muhakeme şartının artık gerçekleşmeyeceğinin anlaşılmasında da bu karar verilir.

Muhakemenin yenilenmesi talebinde kanunî sebepler ve deliller gösterilmelidir (CMK 317). Bunun müeyyidesi, talebin “kabule değer görülmemek” noktasından *reddedilmesidir* (CMK 319). Reddedilmemişse artık bir daha nazara alınmamalı, yani burada kabule değer görülmemek tabiri ile kabul edilmezlik kastedildiği sonucuna varılmalıdır.

Kanunda sarahat olmayan hususlarda da bu şekilde hareket edilmelidir.¹⁵⁷⁴ Meselâ eski hale getirme dilekçesinde (CMK 41), süreye riayet edilmemenin sebepleri gösterilmemişse, dilekçe reddolunmalı, yani kabul edilmemelidir. Keza hâkimin reddi dilekçesinde sebep gösterilmemişse, gerekli hususları ihtiva etmiyorsa, kabul olunmamalı, yani reddolunmalıdır.

Bir dilekçe veya bu nitelikteki bir belge, hak düşümü, yokluk veya butlan söz konusu ise yine reddolunacaktır. Bir reddoluş veya kabul edilmemiş ile kabul edilmezlik müeyyidesi arasında fark vardır. Kabul edilmezlik müeyyidesini gerektiren aykırılık, kabul edilmekle giderilmiş sayıldığı halde, diğer müeyyideleri gerektiren aykırılıklar, işlemin yanlışlıkla kabulü ile giderilmiş olmaz.

37. § CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMLERİNDEKİ AYKIRILIKLARIN GİDERİLMESİ

291. Aykırılıkların giderilmesinin çeşitleri. 292. Aykırılık kaldırılmadan işlemin olduğu gibi muhafazası. 293. Aykırılık kaldırmak suretiyle işlemin muhafazası. 294. Aykırılığı kaldırmak için işlemin ortadan kaldırılması. 295. Eski hale getirme.

291. AYKIRILIKLARIN GİDERİLMESİNİN ÇEŞİTLERİ.

Her türlü muhakeme işlemlerindeki, bu arada ceza muhakemesi işlemlerindeki hukuka aykırılıkların müeyyide ile karşılanması, onların ret ve inkârı demektir. Aykırı işlemin ret ve inkârı yoluna gitmeden veya onunla birlikte, işlemin hukuka uygun bir hale getirilmesi yani aykırılıkların giderilmesi imkânları da vardır. Bunlara doktrinde *aykırılıkların giderilmesi çareleri* (*rimedi*) adı verilmektedir. Bu giderme aykırılığı yapan süje tarafından yapılabileceği gibi, başka bir süje tarafından da yapılabilir.

Giderme çarelerini, hastalıklara karşı tıbbın kullandığı metotlara benzetebiliriz. Çeşitli olan bu metotları iki grupta inceleyeceğiz: A) Ya işlem yapılmıştır. Bu takdirde mevcut aykırılıkların giderilmesi bahis konusudur. B) Ya işlem henüz yapılmamıştır. Aykırılık işlemin yapılmaması şeklinde

¹⁵⁷¹ *Tosun* (I, 683), bu müeyyideye *geri çevrilebilme* demektedir. Bizce esas olan kabul edilmemektir. Geri çevrilme onun bir sonucudur.

¹⁵⁷² *Tosun* (I, 683) aykırılığı gidermenin sanık lehine olmasını aramaktan (I. bası, 1. 463) vazgeçmiştir.

¹⁵⁷³ CGK 19/1/70 *Alicanoğlu* 688.

¹⁵⁷⁴ Dilekçeye delilleri eklememe aykırılığının (466 No. K. m. 2) müeyyidesi, kabul edilmezlik sayılmıştır (CGK 17/12/73 YKD 74, 36; 5. CD 24/4/74 YKD 75/7, 121).

tecelli etmektedir. Bu ikinci halde giderme çaresi, *eski hale getirmedir*. Birinci haldeki giderme çareleri de üç alt grupta toplanabilir: 1) Bir kısımda aykırılık kaldırılmadan kaldırılmış sayılarak, işlem olduğu gibi muhafaza olunur, 2) Bir kısımda aykırılıklar kaldırılarak işlem muhafaza olunur, 3) Nihayet bir kısımda da aykırılığı kaldırmak için işlem de ortadan kaldırılır.

292. AYKIRILIK KALDIRILMADAN İŞLEMİN OLDUĞU GİBİ MUHAFAZASI.

I. Geçer sayma.

Kabul edilmezlik müeyyidesini gerektiren aykırılık işlemin kabulü halinde giderilmiş sayılır. Keza nisbî butlan hallerinde aykırılığa ilgili tarafından zımnem veya açıkça muvafakat edilmesi mümkündür. Bu takdirde aykırılık giderilmiş sayılmakta ve işlem de olduğu gibi muhafaza edilmiş olmaktadır. Meselâ ilgili şahıs kanunun koyduğu süre içinde butlanı ileri sürmemiş ise, aykırılığı kabul etmiş sayılır. Aykırılığın kabulü, aynı aykırılığın tekrar yapılmasına müsaade etmek demek değildir. Süje bir ikinci aykırılığı kabul etmeyebilir.¹⁵⁷⁵ Bazı şartların gerçekleşmesi de geçer sayma (*convalidazione*) sebebi sayılabilir. Meselâ, ilgili öğrenmişse, hukuka aykırı tebligat geçer sayılmıştır (Teb K. 32).¹⁵⁷⁶

II. Değiştirme.

Bazen de işlem olduğu gibi muhafaza edilmekle beraber, izhar edilen iradeye uygun olarak, başka süje tarafından başka işlem imiş gibi kabul olunur.¹⁵⁷⁷ Meselâ, itiraz yolu açık bir karara karşı ilgili şahıs temyiz yoluna gitmiş ise, dilekçe itiraz dilekçesi sayılır ve merciine gönderilir¹⁵⁷⁸, yahut itiraz dilekçesi, mahiyetine uygun olarak, eski hale getirme dilekçesi olarak kabul edilir.¹⁵⁷⁹ Bunun gibi Yargıtay, “hüküm” mahiyetinde olmadığını belirttiği “duruşmanın durması” kararlarını eğer bu karar meselâ beraat mahiyetinde ise, beraat hükmü telâkki ederek, temyiz tetkikatına tâbi tutmaktadır. Diğer taraftan, bazen o kadar garip ve aykırı kararlar verilir ki bunları kanun yoluna başvurup gidermek için “değiştirme” (*tahvil, conversion*) zorunlu olur.¹⁵⁸⁰

293. AYKIRILIK KALDIRMAK SURETİYLE İŞLEMİN MUHAFAZASI.

Bu şekilde aykırılık giderme, *düzeltilme* (*tashih, rectification, rettificazione*) şeklinde tecelli eder. Düzeltilme, ancak süjenin kendi işlemi bakımından söz konusudur. Meselâ sanık, dinlenmesini istediği tanığın adresini yanlış vermişse düzeltilir.

Meselâ hâkim adi itirazı kabil kararlarını kendiliğinden veya itiraz üzerine düzeltebilir.

Son karar kesinleşse de isim hatası gibi maddî hataların mahkemece düzeltebileceği kabul olunmaktadır.¹⁵⁸¹ Hâkimin unuttuğu imzasını sonradan atması da bir düzeltmedir.

Mülga Kanunumuz Yargıtay dairelerinin ve Genel Kurulunun da kendi kararlarını düzeltmesi için “*karar düzeltme*” denilen bir kanun yolu kabul etmişti (CMUK “1985-3206” 322/6). CMK buna yer vermedi. “Düzeltilme” bahis konusu olduğunda, eski kararın kaldırılmayarak düzeltilmesi ile yetinilmek gerektiği halde, tatbikatta düzeltme ile yenileme arasındaki fark gözden kaçtığından, bazen eski karar kaldırılıp yeni bir karar verildiği vardır.

¹⁵⁷⁵ *Manzini*, III, 105.

¹⁵⁷⁶ Tebligat hakkında hükümler ihtiva eden Vergi Usul Kanununda bu yolda bir hüküm olmaması, ilgilinin öğrendiği usulsüz tebligatın muteber sayılmasına engel olmaz (k-m: CGK 22/2/65; RKD 66, 9).

¹⁵⁷⁷ Medenî Hukuk sahasında olmak üzere Bk. *Esener (Turhan)*: Hukukî muamelelerde tahvil, AHFM 59, 234.

¹⁵⁷⁸ 4. CD 13/5/30; 5/1/57 (Çağlayan “66” I, 356); 2. CD 30/4/48, 4369 4550; 2. CD 22/12/59 (Ç. I, 356); CGK 14/9/59 (Çağlayan “66” II, 278); 2. CD 14/9/62 (Çağlayan “66” I, 356), Temyiz dilekçesini itiraz dilekçesi olarak kabul etmenin sonucu, dosyasının itiraz merciine gönderilmesine karar vermekten ibarettir. Temyiz isteğinin reddine karar verilmesi (8. CD 27/9/85 YKD 86/1 39), itiraz niteliğinde saymaya ters düşmektedir. Bu nedenle temyiz dileği hakkında ayrıca karar vermeyen Ceza Genel Kurulunun 20/6/88 tarihli kararını (YKD 89/3 403) isabetli bulmaktayız.

¹⁵⁷⁹ 4. CD 19/4/49 (Çağlayan “66” I, 351).

¹⁵⁸⁰ İtalya’da bu çeşit kararlara “*provvedimento anormale*” yeni *norm dışı* karar denilmektedir (*Leone*, I, 766).

¹⁵⁸¹ 4. CD 11/12/64 AdD 65, 988; 8. CD 10/3/76, İKİD 76, 4798.

294. AYKIRILIĞI KALDIRMAK İÇİN İŞLEMİN ORTADAN KALDIRILMASI.

I. Geri alma.

Bir süjenin aykırı bulduğu kendi işlemini, yerine yenisini koymadan ortadan kaldırmasıdır. Süje yaptığı zaman onu haklı göstermiş olan sebebin artık kalmadığını gördüğünde de işlemi geri alabilir (rücu, *retrait*, *révocation*, *revoca*). Tutuklama kararının geri alınmasında olduğu gibi. Gerçekten mülga Kanun uyarınca tutuklama sebeplerinin kalmaması halinde tutuklama müzekkeresi (doğrusu, kararı) geri alınır (CMUK 123).

5271 sayılı Kanun bu madde hükmünü düzenlemedi. Ceza Muhakemesi Kanunu tutuklama kararının geri alınması konusunu 103'üncü maddesinde düzenlemiştir: Cumhuriyet savcısı şüphelinin adli kontrol altına alınarak serbest bırakılmasını sulh ceza hâkim inden isteyebilir. Hakkında tutuklama kararı verilmiş şüpheli ve müdafisi de aynı istemde bulunabilir. Bu halde sulh ceza hâkim i, Cumhuriyet savcısı ile şüpheli ve müdafini dinledikten sonra üç gün içinde karar verir. Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı adli kontrol veya tutuklamanın artık gereksiz olduğu kanısına varacak olursa, şüpheliyi re'sen serbest bırakır (CMK 103).

Bu anılan durumlarda tutuklama kararı geri alınmış olur. Hâkimlere bu suretle sonradan hatalı hale gelen kararlardaki hataları giderme imkânı, yargının kesinlik otoritesi hiç veya henüz bahis konusu olmayan kararlar bakımından tanınmıştır.

İtiraz, istinaf ve temyiz kanun yoluna gidilmesi mümkün kararlarını hâkimlerin geri almaları kabul olunmamıştır. İtiraz yoluna başvurulduğu hallerde kararı veren makamın düzeltmesi kabul olunmuşsa da burada da kendiliğinden değil, itiraz üzerine düzeltme söz konusu olmakta ve bu nedenle bunun bir tür geri alma olduğuna dikkat edilmelidir.

II. Bozma veya iptal.

Bir başka süjenin aykırı bulduğu işlemi ortadan kaldırmasına bozma veya iptal¹⁵⁸² (*annulation*) denilir. Yargıtay'ın verdiği karar ile bölge adliye mahkemelerinin istinaf davasını esastan incelediği durumlarda, CMK 289 da belirtilen hukuka kesin aykırılık halleri söz konusu olduğunda “hükmün bozulmasına” (nakız, *cassation*), diğer hallerde ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına karar vermektedir (CMK 280/1).

III. İslâh.

Başka bir süjenin eskisinin yerine geçecek yeni bir karar vererek aykırılığın gidermesine islâh¹⁵⁸³ (*riforma*, *réformation*) denir. Meselâ Yargıtay, bazen esas mahkemenin hükümlerini bozup “islâh” eder, yani kendisi dâvanın esasına karar verir (CMK 303). Bölge adliye mahkemeleri istinaf kanun yolu yargılaması sırasında, ilk derece mahkemesinin verdiği kararı ortadan kaldırarak davayı yeniden görerek yeniden hüküm kurar (CMK 280/1). İtiraz mercileri de, itirazı vârit görürlerse, itiraz olunan kararı kaldırıp yerine yeni bir karar verirler, yani ıslah ederler.

IV. Yenileme.

Bir süjenin kendi işlemini kaldırıp onun yerine yenisini koymasındır. Bazen aykırılıklarla malûl olan işlemin mümkünse yenilenmesi (*rinnovazione*, *rénovation*) cihetine gidilir.¹⁵⁸⁴ Meselâ bir mahkeme,

¹⁵⁸² İptal yerine “ortadan kaldırma” dendiği vardır. Meselâ yetki uyumsuzluklarında aykırı karar ortadan kaldırılmaktadır (CGK 11/4/60, Ç. I, 129).

¹⁵⁸³ *Tosun*, aslında isabetsiz olan “islâh” yerine “iyileştirme” demektir (I, 689). İslâh teknik terim olarak kullanılmayacaksa, *réformation*'u tam karşılayacak terim aranmalıdır. Medenî muhakemede tarafların kendi yaptıkları usulî muameleleri tek taraflı olarak kısmen veya tamamen değiştirebilmeleri sonucunu doğuran müesseseye “islâh” denilmesi (HMK 83-90), hatalıdır ve aykırılıkları gidermenin çeşitleri arasında henüz bir ayırım yapılmayan çağların kalıntısıdır. Bizce bu hallerde, tamamen değiştirme varsa “yenileme”, kısmen değiştirme varsa “düzeltme” durumu vardır. Yenileme yapılmamışsa, sadece “gerialma” söz konusudur.

¹⁵⁸⁴ Adliye dairelerinde yangın ve deprem gibi sebeplerle kaybolan dosyaların yenilenmesi, 4473 numaralı, 16/7/43 tarihli kanunla düzenlenmiştir. Temyiz süresi içinde bir dosyanın kalemde kaybolması halinde yenileme için soruşturma safhalarının hepsinin tekrarına ihtiyaç yoktur (k-m: 1. CD 16/5/67 RKD 68, III/2, 58). Sadece sonsoruşturma ve o da bir sureti başka yerden tedarik edilemeyenler bakımından (6. CD 14/10/82 YKD 82/14 1707. Bu kararda sadece iddianame ve karar suretlerinden söz edilmesi doğru olmamıştır) yeniden yapılmalıdır. Duruşma tutanağının bazı sahifeleri kaybolmuşsa, o sahifelerde kayıtlı

istinabe olunan mahkemenin bir tanığı yeminsiz dinlediğini görürse, yeniden istinabe yazısı göndererek tanığın yeniden dinlenmesini ister. Bazen, arada tanığın ölmesinde olduğu gibi, yenilemeye imkân olmaz. İşlemin yapılması için hak düşürücü süre geçmişse, yenilemeye yine imkân olmayacaktır.

295. ESKİ HALE GETİRME.

I. Kavram.

Bir kişinin iradesi dışında meydana gelen bir durumun meydana gelmemiş sayılarak değişiklikten önceki duruma dönülmesine “eski hale getirme” (*Restitutio in integrum*) denilir. Muhakeme Hukuku, eski hale getirmenin¹⁵⁸⁵ iki çeşidini düzenler: 1) Ya süre geçirilmiştir, geçirilmemiş sayılır, 2) Ya bir kişinin yokluğunda bir karar verilmiştir, karar ortadan kaldırılır.

II. Hak düşürücü sürelerde eski hale getirme.

Eski hale getirmenin birinci çeşidi, süre geçmesiyle düşmüş olan hakkın düşmemiş sayılmasını sağlar. En çok rastlanan bu çeşittir.¹⁵⁸⁶ Süre şartının riayet edilmemesi bazen mücbir sebep, bazen beklenmeyen ve sakınılması kabil olmayan olay yüzünden olabilir. Bu hallerde ilgilinin kusuru olmadığından, sürenin geçirilmiş olmasından doğan sonuçların kaldırılması imkânının tanınmaması haksızlık olurdu.¹⁵⁸⁷

Eski hale getirme, Muhakeme Hukukunun hak düşürücü süreleri bakımından söz konusu olabilmektedir. Bu sebeple şikâyet süresi de eski hale getirmeye konu olabilecek ise de şikâyetin özelliği bir istisna kabulünü haklı göstermektedir.

Eski hale getirme için, süreyi kaçıran ilgili bir talepte bulunmalı, yani talî bir dâva açmalıdır. İlgililer arasında savcı da vardır.¹⁵⁸⁸ Eski hale getirme dâvasının açılabilmesi için üç şart aranır:

1) Süreye riayet edilmemiş olması dilekçe sahibinin “kusuru olmadan” gerçekleşmiş olmalıdır. Mülga CMUK’da mehle riayetsizliğin mücbir sebep veya beklenilmeyen veya sakınılması kabil olmayan hadiseler neticesi olarak hasıl olması koşulu yer almaktaydı. 5271 sayılı Kanun bunu değiştirmiş ve “sürenin kusuru olmaksızın geçirilmiş olması” kriterini öngörmüştür. Böylece, sanığın yokluğunda yapılan kovuşturmada uygulanan Taban Kuralların 1 ve 6. sının aradığı “çağırıldığını” ve “hakkında verilen hükmü” gerçekten öğrenme şartları bizde gerçekleşebilmektedir.

2) Eski hale getirme dilekçesinin engelin kalkmasından itibaren yedi gün içerisinde verilmesi ve sürenin geçmesinde kusur olmadığına ilişkin olgu veya belgelerin¹⁵⁸⁹ de eklenmesi¹⁵⁹⁰ gerekmektedir (CMK 41).

3) Dilekçenin verildiği anda, *vaktinde yapılmamış olan işlem yapılmalıdır* (CMK 41/2). Meselâ temyiz dilekçesi verilmemiş ise verilmelidir.¹⁵⁹¹

işlemler yenilenir (4. CD 17/2/76 İKİD 76, 4858). Dosyanın Yargıtaya giderken trende yanmasında da 43-4473 numaralı kanun uygulanmıştır (9. CD 4/12/81 YKD 82/2 284).

¹⁵⁸⁵ 2. CD 13.11.2006: E. 2006/6552, K. 2006/18110: Kusuru olmaksızın bir süreyi geçiren kişi, eski hale getirme talebinde bulunabilir. Kanun yoluna başvuru hakkı kendisine bildirilmeyen kişinin kusursuz sayılacağı kabul edilir.

¹⁵⁸⁶ Fransızların “*relèvement de forclusion*”, İtalyanların “*restitutio in termini*” dedikleri bu çeşittir.

¹⁵⁸⁷ İtalyanlar 1930’da kaldırdıkları bu müesseseyi 1955’te tekrar kabule mecbur olmuşlardır. Ancak, eski hale getirmeyi haklı gösteren sebep, gerekirse, onun birden fazla defa kullanılabilmesini de haklı gösterir. Buna imkân vermeyen İtalyan Kanunu yine haksızdır. 1975 Alman reformunda eski hale getirme kolaylaştırılmıştır: Kast veya taksir olmaması, yani kusurlu olmamak yetmekte, yapılmamış işlem istekten sonra, fakat isteme süresi içinde yapılabilmekte, gecikmenin haklılığı istek hakkında karar verinceye kadar isbat edilebilmektedir (*Grauhan*, 378).

¹⁵⁸⁸ *Kantar*, 67; *Taner*, 238; *Daguin*, m. 44; *Tosun*, I, 664; *Önder*, Kronik, İHFM 64, 969.

¹⁵⁸⁹ Delil göstermek mecburiyetinden “merciin re’sen delil toplayamayacağı” sonucunun çıkarılması (Erem, 344) doğru değildir. İddianamede de deliller gösterilir, fakat hâkim yine delil toplayabilir. Talî de olsa, ceza muhakemesinde hâkimi tarafların delilleri ile bağlamak, ceza muhakemesinin gayesine aykırı düşer.

¹⁵⁹⁰ Gösterilmemişse dilekçe kabul edilmemelidir *Kantar*, 86.

¹⁵⁹¹ *Kantar*, 67.

Eski hale getirme dâvası, süreye riayet halinde işlem hangi mercide yapılacak idiyse, o mercide açılır.¹⁵⁹² Meselâ temyiz dilekçesi, hükmü veren esas mahkemeye verileceğine göre, temyiz dilekçesini süresinde veremeyen kimse, eski hale getirme dilekçesi ile birlikte temyiz dilekçesini esas mahkemeye verecektir.

Eski hale getirme dilekçesini tetkik eden merci, işlem süresi içinde yapılsaydı, neresi tetkik edecek idiyse, orasıdır. Kanun, esasa hükmedecek mahkeme tâbiri ile (CMK 42/1) bunu ifade etmek istemiştir.¹⁵⁹³

Merci, tetkikatını duruşmasız yapar. Kabul kararı kesindir. Ret kararına karşı itiraz yolu vardır (CMK 42/2). Ancak merci Yargıtay idiyse, Yargıtay kararlarına karşı olağan itiraz yolu kabul edilmediğinden, verilen ret kararı da kesindir.¹⁵⁹⁴

Eski hale getirme dâvasının açılması, kararın yerine getirilmesini geciktirmez. Ancak merci, kendiliğinden veya talep üzerine, yerine getirilmenin durdurulmasına karar verebilir (CMK 42/3).

III. Yoklukta yapılan duruşmadan sonra eski hale getirme.

Eski hale getirmenin daha az rastlanan ikinci çeşidi bir yargılama makamı kararının ortadan kaldırılması sonucunu doğurduğu için kanun yolu niteliğindedir. Bir kişinin duruşmada hazır bulunmamasının iradesi dışında, yani mazur görülebilecek bir sebebi olduğu halde bilinmeyerek yapılmış yargılama sonunda verilmiş olan kararın kaldırılması için eski hale getirmeyi kanun şu iki halde kabul etmiştir:

1) Sanık, yokluğunda yapılan duruşmada verilen bir karara karşı tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde eski hale getirme isteyebilir (CMK 198, 274, 292).¹⁵⁹⁵ Savcı da dar manada kanun yolunda olduğu gibi sanık lehine eski hale getirme isteyebilmelidir.

Süresinde dar manada kanun yoluna da meselâ istinafa (CMK 274)¹⁵⁹⁶ gidilmişse gerekli işlemler eski hale getirme dâvası hakkında karar verinceye kadar durdurulur.

Kanun yolu niteliğindeki eski hale getirme dâvasının kabulü kararı kesindir. Bu karar üzerine dâvası kabul olunan kişinin yokluğunda yapılmış olan işlemler yeniden yapılır, yani yenilenir. Kesin olan bu karar geri alınıp eski hale getirme dâvasının reddine karar verilemez.¹⁵⁹⁷

2) Eski hale getirmenin uygulanabildiği diğer bir hal kaçaklarla ilgilidir. Kaçak durumunda olan kişi hakkında yapılan işlemde gerçekten haberdar olmamışsa, yani kaçak durumuna düştüğünü bilmiyorsa eski hale getirme yolu bu kişi açısından da açık olmalıdır. Kaçaklar bakımından (CMK 247) zorlama amaçlı el koyma kararı verilebilir (CMK 248/1). Ancak kaçak yakalandığında veya kendiliğinden gelerek teslim olduğunda elkoymanın kaldırılmasına karar verilir (CMK 248/4). Kaçak hakkında gıyabi

¹⁵⁹² Esas mahkeme gibi hareket eden Yargıtaydan eski hale getirme istenmeyeceği hakkında bir karara rastladık (4. CD 18/10/44 (Çağlayan “66” I, 357). Bu karar, kanunda sarahat bulunmamasına ve merciin esasa hükmedecek mercii olmamasına dayanmaktadır. İstisnâî hüküm olmadığına göre sarahat lüzum olmadığı gibi, esasa hükmedecek merciden maksat da, muamele süresi içinde yapılsaydı tetkik edecek merci olduğundan bu karar hatalıdır.

¹⁵⁹³ Temyiz dilekçesinin zamanında verilmemesi halinde eski hale getirme dilekçesinin Yargıtay tarafından tetkik edileceği kanaati yaygın ise de (Taner, 240; Kantar, 68, Erem, n. 172; CGK 29/2/32, 23/9/74 İKİD 75, 3784), süre içinde dilekçe verilseydi, şartların mevcut olup olmadığını 315. maddeye göre esas mahkeme tetkik edeceğinden, eski hale getirme dilekçesini de esas mahkeme tetkik etmelidir (1. CD 9/9/59, Çağlayan “66” III, 140; 5. CD 22/5/65 Çağlayan “66” III, 151). Ancak temyiz şartlarını Yargıtay da araştırdığından eski hale getirme konusunu o da tekrar ele alabilir. Esas mahkeme karar vermeden dosyayı göndermişse, Yargıtay da şartları araştırabileceğinden, olumlu karar verebilecekse tekrar mahkemeye göndermeğe lüzum yoktur (4. CD 27/9/62 Alicanoğlu 127). Ancak daire red kararı verememelidir. Zira buna karşı itiraz ya kabul edilecek (CGK 22/5/56 Alicanoğlu 128) ve Genel Kurul bu işlemlerle uğraşacak, ya edilemeyecek (CGK 27/11/67 Alicanoğlu 434), bu sefer ilgili kanun yolundan yoksun olacaktır.

¹⁵⁹⁴ CGK 14/5/34, karar 22; 27/11/67 DİB 69, 27, k-m: CGK 27/6/66 Çağlayan “66” III, 113.

¹⁵⁹⁵ Eski hale getirmenin bu çeşidi sayesinde, sanıkların yokluğunda yargılanmaları için kabul edilen taban kurallardan dokuzu bizde uygulanabilmektedir. Eski hale getirme sebepleri “davetin usulsüz olması” da içine alacak şekilde yorumlanırsa, 8 inci kuralın uygulanması için bir diğer kanun yolu kazanılmış olacaktır.

¹⁵⁹⁶ CGK 5/2/62 (Çağlayan “66” III, 139), k-m: 2. CD 20/10/62 (Çağlayan “66” III, 139).

¹⁵⁹⁷ 2. CD 21/1/83 YKD 83/6 901.

tutuklama kararı verilmesi de istisnai bir şekilde kabul edilmiştir (CMK 248/5). Görüldüğü gibi kaçaklar hakkında da eski hale getirme uygulanabilmektedir.

BEŞİNCİ BÖLÜM: CEZA MUHALEMESİ VASİTALARI: I. NÖRMLAR

Ceza Muhakemesinin “hüküm verme görevini” yerine getirirken kullandığı vasıtalar, (A) “normlar” ve (B) “delillerdir”. Delillerin araştırılarak bulunması ve (C) “koruma tedbirleri” ile korunması gerekir

38. § NÖRMLAR

296. Hukukî değerlendirme (tavsif). 297. Hukukî değer hükmünün verilişi. 298. Hukuk düzeni. 299. Ceza Muhakemesi Hukuku normlarının Suç Hukuku normlarından ayırt edilmesinde ölçü ve yarar. 300. Hukukî değer hükmünde vasıta oluş bakımından muhakeme dışı hukuk normları. 301. Hukukî değerlendirmede yazılı olan ve olmayan ölçüler. 302. Muhakeme-dışı Hukuk normlarının Muhakeme Hukuku bakımından vasıta oluşunun delilleri. 303. Muhakeme faaliyetinde vasıta oluş bakımından Muhakeme Hukuku normları.

296. HUKUKİ DEĞERLENDİRME.

Ceza muhakemesi makamları, özellikle ceza yargılaması makamları, bütün yargılama makamları gibi, olayların hukuk normları karşısındaki durumunu açıklamak olan görevlerini yapmak için bazı vasıtaların yardımına başvurmak zorundadırlar. Bu vasıtalarından biri *normlardır*.¹⁵⁹⁸ Yargılanacak her uyuşmazlık somut olup biri maddî, diğeri hukukî olmak üzere iki meseleden oluşur. İşte hukuk normları, somut hukukî meseleyi çözmekte *kullanılan* vasıtalarlardır.¹⁵⁹⁹

Hukuk normlarının *uygulama* da denilen¹⁶⁰⁰ *kullanılmaları* suretiyle hukuk bakımından değer hükmü vermeye *hukukî değerlendirme* denir. Buna *hukukî tavsif* de denilmektedir. Hâkimler, tarafların mütalâaları ile bağı tutulmaları kabul edilemeyeceğinden, *iddia tarafı veya müdafaa tarafı şöyle tavsif ediyor, ben de o nedenle ona uygun olarak şu kararı veriyorum* diyemeyecekleri gibi, başka hâkimlerin sırf kendi kararları için yaptıkları geçici tavsiflerle de bağı tutulamazlar. Bu nedenlerle hâkimlerin kendi kararlarının dayanağını oluşturan hukukî değerlendirmeyi kendilerinin yapmaları gerekir.

Hâkimlerin yaptıkları tavsif ya kesinidir ya geçicidir. Kesinlik *saniğin eylemi falan falan suç tipine giriyor veya hiçbirine girmiyor* denilmesinde olduğu gibi, hukukî değerlendirme sorununun *çözülmesi* demektir. Buna karşılık, hâkimlerin geçici olan, yani ileride yerini kesin tavsife bırakacak bir tavsif yapmaları da gerekebilir. Kesin tavsifler bellilik, geçici tavsifler şüphe hükümleridir. Şüphenin kuvvet

¹⁵⁹⁸ Normlara dilimizde *hüküm* denilmektedir. Eski hukukumuz dolayısı ile dilimize girmiş ve yerleşmiş olan hüküm terimi, lâik hukukta da kullanılmakta ve normun tam karşılığını oluşturmaktadır. Meselâ falan hususta kanunda bir norm bulunmadığını bildirmek için “bu hususta kanunda bir hüküm yok” deriz. Mecelle de hâkimi “dâvaları ahkâmı meşruasına uyarak çözen kişi” diye tarif etmiştir (m. 1785). Buradaki “ahkâmı meşrua” yani “şer’i hükümler” ile İslâm hukuku normları kastedilmektedir (Bu tarif, aynı zamanda, hâkimin uyuşmazlıkları çözmeye normları bir âlet, bir vasıta olarak kullandığını göstermesi bakımından da önemlidir). Ancak hüküm kesilmesi daha pek çok anlamda kullanıldığından, karışıklığa meydan vermemek için norm denilmesi tercih edilmelidir. Diğere taraftan *normun, kural* diye Türkçeleştirilmesi isabetli değildir. Gerçekten kural, “*règle*” anlamına kaide’nin karşılığıdır. Kaide ve hüküm ise farklı kavramlardır. Kural, normun sadece bir parçasının adıdır. Diğere parçanın adı ise müeyyidedir. Biz kurala müeyyidesi ile birlikte ifade etmek gerektiğinde “norm” denilmesinden yanayız.

¹⁵⁹⁹ Foschini, I, 401. Yargıtay Birinci Başkanlık Nihat Renda da bu vasıta oluşu, 1985-86 Adalet Yılı Açış Konuşmasında şöyle dile getirmiştir: “Gerçek adaleti, dolayısı ile bir milletin kaderini hukuk normlarının değil, insanların dağıttığı ve belirlediği aslâ unutulmamalıdır. Bu insanların başında hâkimler gelir” (YD 85/11, s. 361).

¹⁶⁰⁰ Uygulamak, iki şey arasındaki uygunluk (veya uygu) münasebeti olup olmadığını araştırmak üzere bir şeyi diğere üstüne koymak demektir. Bunlardan biri kalıp durumundadır. Diğere ona uyup uymadığı araştıran, ölçülen şeydir. Ölçülen şeyin üstte veya altta olmasının önemi yoktur. Mesele bunların birbiri üstüne gelmesidir. Normlar, çeşitli kalıplardır. Bunlar olayın üstüne konur. Hangisi uyuyorsa, olayın o norma uyduğu söylenir. Bu uygulamayı sadece hâkimler yapmaz herkes hareketlerini hukuka uydurmak için bir uygulama yapacaktır.

dercesine göre *imkân* veya *ihtimalden* söz edilir. *Mümkün* sıfatı aksinin imkânsız olmadığını gösterir. “Muhtemel” ise aksinin imkânsız olmadığını daha kuvvetle ifade eder. Şüphe, *mümkünse* de daha fazla, *muhtemel* de daha azdır. Bazı kararlarda, istisna olarak, ihtimal aranır.

Meselâ iddianamenin kabulü kararında, ilerde mahkemenin şu veya bu suç diye tavsif etmesi muhtemel görülmeli idi. Kaide ise, imkân ile yetinme yolundadır.

Meselâ yetkisizlik kararının gerekçesinde belli bir suç olarak tavsifin mümkün görülmesi yetmektedir. Hâkim meselâ madde veya görev yönünden yetki sorunu ile karşılaştığında, geçici bir tavsif yapmak zorundadır, zira bu sorunlar çeşitli tavsiflere göre çeşitli biçimde çözülebilir. Geçici bir tavsif yapılması, tavsif sorununun *çözülmesi* anlamına gelmez, zira şüphe yenilmiş değildir. Tavsif sorunu yine ortadadır, çözüm ileriye bırakılmıştır.

297. HUKUKÎ DEĞER HÜKMÜNÜN VERİLİŞİ.

Olayın hukuk normları karşısındaki durumu konusunda verilen her değer hükmünde, akıl yürütmenin çeşitlerinden biri olan *tasımda* olduğu gibi, üç önerme vardır: Küçük önerme: *Olay*; Büyük önerme: *Hukuk normu*; Sonuç: *Hukukî değer hükmü*.

Bu önermelerle ilgili olarak hukukî konuda bir hükme varmak için, üç işlem yapılır: (1) Önce olay öğrenilir, yani sübut konusunda bir hükme varılır. Sübut (veya ispat) meselesi de denilen maddî mesele, geçmişteki olayı zihnimizde yeniden yaşatmak, yani olayın ne şekilde meydana geldiğini belirlemektir. (2) İkinci iş, olayla karşılaştıracağımız hukuk normunun hukuk düzeni içinde aranıp bulunması ve olayla karşılaştırılmasıdır. Gerçekten, hukukî mesele, olayın hukuk normları, bir kelime ile Hukuk karşısındaki durumunun tespiti demektir. Bir diğer söyleyişle olayın hangi tipe uyduğu tayin edilir. Hukuk karşısındaki durumdan maksat, kanun karşısındaki durum olmayıp, Hukuk düzeni karşısındaki durumdur. (3) Son olarak da olayın tipe uyup uymaması konusunda sonuç çıkarılır. Olayın hukukî durumu meselesini çözmek için olay kadar norma da dayandığımızdan, ikisi de o sonucun gerekçesini teşkil eder.

Hukukî mesele de bir parçası olduğu yargılanacak uyuşmazlık gibi somuttur. Her ne kadar hukukî meselenin soyut olduğu sadece maddî meselenin somutluk vasfını arz ettiği, hükmün önceden soyut olarak konmuş olan normların somut maddî olaya uygulanması demek olduğu kanaati yaygın ise de işi çok basitleştiren bu görüş hatalıdır. Zira maddî ve hukukî meseleler birbirine sıkı sıkıya bağlı olup sadece tetkikatı kolaylaştırmak için ayrılmaktadır. Bunlar aynı realitenin iki yüzüdür. Maddî durumun tespiti, hukukî durumun da tespiti demek olduğu gibi, hukukî durumun tespiti de maddî durumun tespiti demektir.¹⁶⁰¹

Faraza, hâkim bir olayın filân veya falan akit veya suç tipine girdiğini söylemekle bir hüküm verir. Bu psikolojik hüküm, dışarıdan bakılınca sadece hukukî meselenin halli gibi gözükür. Fakat hakikatte hem maddî hem hukukî meseleye taallûk eder, daha doğrusu ikisi arasındaki ilişkiyi belirtir.¹⁶⁰² Hukukun olaya bağlanması ne sadece olay hakkında ne sadece hukuk hakkında hüküm verilmesi, fakat her ikisi hakkında hüküm verilmesidir. Diğer bir söyleyişle, olayın hukuk karşısındaki durumunun tespiti hem hukukî, hem maddî bakımdan hüküm verilmesidir.¹⁶⁰³

298. HUKUK DÜZENİ.

I. Hukukî değer hükmü.

Maddî ve hukukî durumların tespiti arasındaki fark, sadece tespitite kullanılan vasıtada kendini gösterir. Gerçekten maddî durumları Hukuk-dışı tecrübelerimizle yani Hukuk-dışı bilgilerimizin bütünü ile karşılaştırarak, meselâ fizikten, kimyadan faydalanarak, tespit ederiz. Hukukî durumu tespitite ise Hukuk tecrübesine dayanırız, bir diğer söyleyişle, hukuk düzeninin özünü teşkil eden değerler sisteminin bütününe nazara alarak bir diğer hükmü verir “haklı” veya “haksız” deriz.

¹⁶⁰¹ Foschini, I, 458.

¹⁶⁰² Gorphe, 133.

¹⁶⁰³ Wehli: Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung, s. 425 (Gorphe, 160 dan nakil).

Hukuk normu, normların bir çeşididir. Normlar ise, birbirimize ilişkilerimizde nasıl davranacağımızı, aksi takdirde hangi müeyyidelerle karşılaşacağımızı gösterirler. Hukuki, ahlaki, dini gibi çeşitleri vardır. Normların davranışı gösteren parçası *kuralı* oluşturur. Bir kuralın hukuk kuralı olması, hukukun ona bir müeyyide bağlamış olmasını da gerekli kıldığından, biz, kuralı ve müeyyidesini birlikte ifade eden normun kural diye Türkçeleştirilmesini doğru bulmuyoruz ve kural terimini normun sadece *precetto, disposition* anlamına gelen parçasını karşılamada kullanıyoruz.

II. Hukuk düzeni.

Hukuk düzeni, hukukî değer ölçüleri olan normlardan oluşur. Tabii ilimlerde değerlendirme yoktur. Örneğin bir insanın öldürülmesi olayı, tabii bakımdan, sadece ölüm neticesinin tespiti demektir. Fakat Hukuk, insanların fiillerini değerlendirir. Bir diğer hükmü vermek için, değer ölçülerine ihtiyaç vardır. Bunlar ya ferdin ya toplumun ölçüleridir ve her zaman birbirini tutmazlar. Meselâ kan gütme yüzünden öldürme bazı fertler bakımından iyi görüldüğü halde toplum bakımından fena görülür. Buna karşılık toplumun da insan öldürmeyi, harp zamanı düşmanın öldürülmesinde olduğu gibi, iyi gördüğü vardır.

Hukuk düzeni, hukukî değerlerin toplamı değil, onların oluşturduğu ahenkli bir sistem, bir bütündür. Her parçası birbirine uygun bir saat gibidir, bunun için fert ve toplumun değer ölçülerini bağdaştırır. Meselâ, herhangi bir insanın öldürülmesi fena görülmekte ve cezalandırılmaktadır (TCK 81), fakat eşin, kadının (TCK 82) veya Cumhurbaşkanı'nın (TCK 310) öldürülmesi daha fena görülmüştür. Buna karşılık, meşru savunma halinde öldürme hiç suç sayılmamış (TCK 25), mülga Türk Ceza Kanunu'nda namus kurtarmak için yeni doğmuş çocuğun öldürülmesinde ferdin ölçüleri ağır basmış ve bu fiil hafif bir suç sayılmıştı (mülga TCK 453).

Görülüyor ki, her toplum belli bir andaki şartlara göre, ferdin ve toplumun değer ölçülerini belli bir şekilde bağdaştırmakta ve bu değerlerin bütünü *hukuk düzenini* meydana getirmektedir.¹⁶⁰⁴ Bunun içindir ki, hukukî hüküm ne hâkimin ne de herhangi bir ferdin şahsî görüşünün ifadesi olmayıp fert ve toplum diyalektiğinin bağdaştırılmış şekli olan hukuk düzenine göre verilmiş bir değer hükmüdür.

Hukuk düzeni, onu meydana getiren hukuk normları gibi, zamanla değişir. Hukuk normları, insanlar arasındaki ilişkileri, duyulan ihtiyaca göre düzenler. İhtiyaçlar değiştiğinden hiçbir hukuk normu, mutlak değildir. İhtiyaç duyuldukça istisnaları kabul edilir. Gerekiyorsa, büsbütün değiştirilir. Bunun gibi Hukuk Düzeni de mutlak değildir. Hukuk düzeni belli bir zamanda, belli bir toplumda mevcut ihtiyaçları en iyi karşılayan, yani hukukî değer ölçülerini en iyi bağdaştıran bir sistemdir.

299. CEZA MUHALEMESİ HUKUKU ve SUÇ HUKUKU NÖRMLARININ FARKI.

I. Ölçü.

Bir Hukuk normunun Ceza Muhakemesi Hukukuna mı, yoksa Suç Hukukuna mı ait olduğunu anlamak için, kanunî bir norm bahis konusu olsa da kanuna bakmak kâfi değildir. Zira Muhakeme Hukuku normunun yerinin Muhakeme Kanunu olması kaidelerinin pek çok istisnası vardır. Nitekim Ceza Kanunumuzda da Muhakeme normları mevcuttur. Diğer taraftan bilhassa özel kanunlarda suç ve muhakemeye ait normlar çok defa birlikte bulunurlar.

Bir hukuk normunun Suç Hukukuna mı, Muhakeme Hukukuna mı ait olduğunu anlamak için genellikle¹⁶⁰⁵ şöyle denilmektedir: *Suçları ve cezalarını gösteren Suç Hukuku normlarıdır. Cezaların suç işleyenlere nasıl verileceğini gösterenler de Ceza Muhakemesi Hukuku normlarıdır.* Bu ölçü doğrudur, fakat yetersizdir. Bazı hukukî kurumların niteliği üzerinde uyuşulmayışın sebebini burada aramak lâzımdır. Meselâ şikâyeti bazıları Suç Hukuku, bazıları Ceza Muhakemesi Hukuku kurumu sayarlar. Karma karakterde olduğunu söyleyip işin içinde çıkmak isteyenler de olmuştur.

Bu ve bunun gibi sorunları çözebilmek için bir başka ölçüye ihtiyaç vardır. O da şudur: *Eğer norm, verilen hükümde ölçü ise, Muhakeme dışı Hukuk normudur, hüküm vermek üzere yapılan faaliyette ölçü ise, Muhakeme Hukuku normudur.*¹⁶⁰⁶ Bununla beraber bu ölçünün de tereddüdü yenmek için, fiilin

¹⁶⁰⁴ Foschini, I, 459; Gorphe, 160.

¹⁶⁰⁵ Ranieri, 8; Taner, 3.

¹⁶⁰⁶ Foschini (I, 464, 468) "giudicare" ve "procedere" ayırımı yapmaktadır.

cezalandırılabilmesi ile failin cezalandırılabilmesi konularının Suç Hukukuna ait olduğu hatırlanmalıdır. Böylece failin cezalandırılabilmesinin şartı olan *cezalandırılabilme şartları* ile failin cezalandırılmasına yani ceza sorumluluğuna tesir eden genel af, zamanaşımı gibi sebeplerin Suç Hukuku konusu teşkil ettiklerinde tereddüt edilmeyecektir.

II. Ayrımın pratik faydaları.

Suç Hukuku normları ile Ceza Muhakemesi normlarının ayırt edilmesindeki faydaların başında, bu iki hukuk dalının bilim olarak gelişmesindeki yardımı gelmektedir. Bazı kurumların niteliği hakkındaki tereddütleri yenme faydası da vardır.

Bu nazari faydalardan başka pratik faydalar da vardır. Zira: (1) Kanunların daha sistemli bir şekilde düzenlenmesi imkânı sağlanır, kanun koyucuya yol gösterilir. (2) Suç Hukuk normları ile Ceza Muhakemesi Hukuku normlarının yorumu arasında farklar vardır. (3) Suç Hukuku normları ile Ceza Muhakemesi Hukuku normlarının zaman bakımından uygulanması farklıdır. (4) Suç Hukuku normları ile Ceza Muhakemesi Hukuku normlarının yer itibarıyla uygulanması arasında farklar vardır. (5) Bazı kanunlar zamanaşımını cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesinden başlatabilir (meselâ CPI 158/2). Suç Hukukuna ait olan cezalandırılabilme şartının, Muhakeme Hukukuna ait olan muhakeme şartlarından ayırt edilmesindeki fayda burada da kendini gösterir. Eğer kanunda kabul edilmiş olan bir şart muhakeme şartı sayılırsa zamanaşımına tesir etmeyecek, fakat cezalandırılabilme şartı sayılırsa zamanaşımı süresi bunun gerçekleşmesinden itibaren işleyecektir. (6) Yabancı Suç Hukuk normunun doğrudan doğruya veya dolayısı ile¹⁶⁰⁷ uygulandığı vardır. Yabancı Muhakeme Hukuku normu uygulanmadığından ayırma bu bakımdan da faydalıdır.

300. MUHAKEME DIŞI HUKUK NORMLARI.

Hukuk normları soyuttur. Somut olaya uygulandıkları zaman somutlaşmayıp yine soyut kalırlar. Hukukî meselenin somut bir şekilde çözülmesi normun somutlaşması demek değildir. Normlar değer ölçüleridir. Daha doğrusu değer ölçülerinin *objeleşmesinden* normlar meydana gelir. Ancak soyut olan bu normlar çok teferruata kadar inemediklerinden, tiplerin tespiti ile yetinilir. Meselâ akitler veya suçlar için tipler kabul edilir.

Fakat somut olaylar çok defa bu tiplere aynen uymazlar. Onlara az çok yaklaşan şekiller arz ederler. Hatta bazen bir olay birden fazla tipe girebilecek şekilde olur. Bir olayın hukukî durumunu belirtmek, bir diğer söyleyişle onu hukukten tavsif etmek, hangi tipe girdiğini tespit eylemek demektir. Hukukî düşünce, tiplere göre düşündür, yani her olayı yalnız bir tipe sokabilmektir.¹⁶⁰⁸ Mahkemece bir hukukî meselenin çözülmesi de böylece tarafların ileri sürdükleri, fazla olarak hâkimin düşünebildiği tiplerden hangisinin en uygun olacağını tayinden ibaret olmaktadır.¹⁶⁰⁹

Görülüyor ki, muhakeme-dışı normlar, muhakeme faaliyetinde değil, verilen hükümde bir vasıta ve hukukî tavsifte tutulacak yolu gösteren işaretler mahiyetindedir. Hâkim bu işaretlere ve onların ifade ettikleri değer ölçülerine göre, bir değer hükmü verecektir. Adalet sembolünde terazinin bulunması bir tartmayı, yani değerlendirmeyi ifade eder. Ancak adaletin teraziye değil, terazinin adalet hizmet edeceği unutulmamalıdır. Kanun, hâkimin elinde, terazi gibi bir vasıtasıdır. Hâkim, elinde tuttuğu kanunu, somut hukukî değer hükmünde, ölçme vasıtası olarak kullanır.¹⁶¹⁰

¹⁶⁰⁷ Meselâ *Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri* (m. 4, 44) ve *Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması* (m. 7, 25) konularındaki Avrupa Sözleşmeleri, eylemin diğer memlekette de suç olmasını ve mahallî cezanın öteki memlekettekinden daha ağır olmamasını aramaktadır. Bizde de Türkiye’de verilecek ceza süresinin hiçbir suretle suçun işlendiği yer kanununda gösterilenden fazla olmaması gerektiği kabul edilmiştir (CGK 10/5/82 YKD 84/14 1831). Bu doğrultuda 1991 yılında mülga Türk Ceza Kanunu’na 10a madde eklenmişti. Bu düzenleme daha sonra yeni Türk Ceza Kanunu’na 19. madde olarak yansımış ve yabancı kanunun *uygulanması* değil, cezanın *göz önünde tutulması* esasını benimsenmiştir.

¹⁶⁰⁸ *Husson*: Les transformations de la responsabilité, Paris 1947, s. 246; (*Gorphe*, 131’den nakil).

¹⁶⁰⁹ *Gorphe*, 131.

¹⁶¹⁰ *Foschini*, I, 461.

301. HUKUKÎ DEĞERLENDİRMEDE YAZILI OLAN VE OLMAYAN ÖLÇÜLER.

Hâkimler, bir olayın filân veya falan tipe girdiğini söylemekle bir hukukî değer hükmü verirler, yani bir *hukukî değerlendirme* yaparlar. Buna *hukukî tavsif* de denilir. Hâkimin hukukî tavsifi yaparken, sadece kanunlara veya yazılı hukuk normlarına baktığı kanaati yaygındır. Fakat hâkimlerin hükümlerinin psikolojik bakımdan tahlili, yapılan değerlendirmenin sadece yazılı normlara göre olmadığını, fakat değer ölçülerinin bütünü olarak *hukuk düzenine* göre bir değer hükmü verildiğini göstermiştir.

Hâkim, her şeyden önce bir değer hükmü verir. Olayın cezalandırılması gerektiğini görürse, ondan sonra, ona uygun kanunî unsurları araştırır. Faraza, hırsızlık mı, dolandırıcılık mı, emniyeti kötüye kullanmak mı olacağını tayin eder. Fakat her halde, kanunî tavsif, mümkün oldukça kararlarda çok defa açıklanmayan ve bazen vicdanî diye vasıflandırılan¹⁶¹¹, yazılı olmayan hukukun normlarından yani değer ölçülerinden çıkarılan sebeplere dayanır.¹⁶¹² Bu sebepler, açıklandıkları zaman, *hüsnüniyet* ve *hakkaniyet* (nesafet, insaf, équité) kavramlarına başvurulur. Kararlarda çok defa açıklanmayan bu sebepler *hukuk ve adalet hissidir*. Anayasa buna *Hukuk* demiş ve hâkimlerin Anayasaya, Kanuna ve hukuka göre hüküm vereceklerini belirtmiştir (AY 138).¹⁶¹³

Ceza Muhakemesi Hukukunda, yazılı olmayan hukukun değer ölçülerinin rolü büyüktür. Hâkimler bazen daha lehte bir tavsif bulmağa çalışırlar. Bazen *suç kastı yok* diye, cezalandırmama yolunu tutarlar. Bazen da hukukî suçlarına göre cezalandırılmasını doğru buldukları bir olayı cezalandırmak için kanun metinlerini zorlarlar. Bütün bu psikolojik hakikatler gösteriyor ki, kanunilik hükmünden önce bir hukukî değer hükmü verilmekte ve buna uygun kanunî tavsif araştırılmaktadır.¹⁶¹⁴

Ceza hâkimleri, kanunî tavsifi yapmadan önce, hukukî bir değer hükmü vermek için cezayı düşünürler. Suçlunun cezaya lâyık olup olmadığını, lâyık ise ne kadar cezaya lâyık olduğunu kendi kendilerine sorarlar. Bu cevapları verirken hukuk ve adalet hissine, hak anlayışına göre hareket ederler. Bu safhada kişisel görüşlerin payı büyüktür. Bir hâkimin sert, diğerinin gevşek olması bu yüzdendir.

Hatta kişisel hislerin de burada rolü olabilir. Ancak meslekten hâkimler, meslekî ve teknik itiyatları dolayısı ile kişisel hislerini mümkün olduğu nispette bir kenara bırakmak ve adalet hissini esas tutmak imkânına, meslekten olmayan hâkimlere nazaran daha fazla maliktirler.¹⁶¹⁵ Meslekten hâkimlerin de kişiliklerinden sıyrılabilmesi, yani verdikleri hükümlerin, mümkün olduğu kadar az kişisel olması için de çareler öngörülmüştür.

302. MUHAKEME-DIŞI HUKUK NORMLARININ MUHAKEME HUKUKU BAKIMINDAN ÖNEMİ.

Muhakeme-dışı Hukuk normlarının Muhakeme Hukukunda hüküm bakımından ölçü olduğu çok defa gözden kaçmıştır. Halbuki Muhakeme-dışı normların Muhakeme Hukukunda hüküm ölçüsü olduğunu gösteren birçok delil vardır.¹⁶¹⁶

¹⁶¹¹ *Gorphe*, 134.

¹⁶¹² *Pompe*: “Hâkim kanuna göre değil, hukuka göre hüküm verir. Kanunun kıymeti hukukî kıymetindedir. Kanun hâkime hukuku tâyinde sınır çizer ve istikamet verir” demektedir (La responsabilité du juge penal, RSCDPC, 1960, I, s. 2).

¹⁶¹³ Anayasa’nın 138. maddesindeki “Hukuk” tâbiri ile ifade edilmek istenilen şey, “yazılı olmayan Hukuktur”. Gerekece, hâkimin hüküm verirken objektif kaidelerden başka, Hukuk prensiplerini de nazara alacağı söylenmiştir. İnsan Hakları Evrensel Sözleşmesinde “muhakemelerin nesafetle yapılmasından” söz edilmesindeki maksat da budur (İHEB 10).

¹⁶¹⁴ *Gorphe*, 138. Yargıtay’ın maddî bakımdan denetim yetkisi bulunmamasına rağmen, sabit değil diye, haksız bulunduğu kararları bozmasına kanunî muhakeme normlarını kötü niyetlileri korumayacak biçimde uygulamasının (CGK 22/11/65, *Çağlayan* “66” I, 241) sebebi burada aranmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi de iyi niyet kuralını muhakemede uygulamaktadır (*Clerc*, n. 25).

¹⁶¹⁵ *Gorphe*, 144.

¹⁶¹⁶ *Foschini*, I, 436, 473.

1) Muhakeme-dışı Hukuk normlarının tipleri koyan kural kısmı bakımından *emredicilik* vasfı, hâkime karşı değil, normların muhataplarına karşıdır.¹⁶¹⁷ Normun emrediciliği, normun somut olayda uygulanmasının müeyyide tehdidi ile istenmesidir. Hâkim olayın şu norma değil, bu norma uyduğunu söyleyebilir. Kimse ona şu norma uygundur diyeceksin diye emir vermemiştir. Ama kanun, meselâ “adam öldürme” diye emir verir. Bu emir, öldürmek niyetinde olan kimselerdir. Bunlar emri dinlemezlerse, bu emri veren normun müeyyidesi ile karşılaşır. Kaldı ki, kanunların yazılış tarzı da Muhakeme-dışı normların hâkime karşı emredici olmadığını göstermektedir.

Cezayı hâkim vereceğinden, suç ve cezayı tespit eden normlarda açıkça emir yoktur ve hâkimin vereceği hükme benzeyen tabirler kullanılır ve meselâ *insan öldüren şu kadar cezaya çarptırılır* denilir. Diğer taraftan, emrediciliği *vazgeçilmezlik*¹⁶¹⁸ ve *mecburilik*¹⁶¹⁹ bir diğer söyleyişle *bağlayıcılık*¹⁶²⁰ ile karıştırmamak gerekir. Hâkimin hukuk normlarını nazara almadan hukukî bir değer hükmü vermemesi, başka şey, belli bir norm ile hâkime emir verilmesi başka şeydir. Bir normun kullanılmasının bazen mecburî olması ise ihtiyarî olmaması, kanundaki şartların gerçekleşmesi ile hâkimin yetinmesi ve lüzum şartını aranmaması hukukî değerlendirme yetkisinin serbest değil bağlı olması demektir.

2) *Kanunsuz suç olmaz* kuralı hâkimin kanunda gösterilmeyen tipleri suç saymasına mâni olmak için kabul edilmiştir. Demek ki bu kaide kabul edilmesiydi, böyle bir imkân vardır.

3) *Muhakemesiz ceza olmaz* kuralı da muhakeme-dışı normların muhakeme bakımından ölçü olduğunu göstermektedir. Kanunun suç saydığı bir eylem hâkimin bir hükmü olmadıkça, cezalandırılmayacaktır. Bu demektir ki eylemi cezalandıran hâkimdir. Kanun bir vasıttan ibarettir.

4) Hâkimlerin bir normu kullanmaması, emre riayetsizlik sayılmamakta, bir muhakeme hatası addolunmakta, giderilmesine çalışılmakta, fakat hâkim bundan sorumlu tutulmamaktadır.¹⁶²¹ Giderme imkânı kalmayınca, hata dahi artık nazara alınmamaktadır.

303. MUHAKEME FAALİYETİNDE VASITA OLUŞ BAKIMINDAN MUHAKEME HUKUKU NORMLARI.

Muhakeme Hukuku normları, somut olay hakkında kolektif hüküm verme faaliyetinde ölçü olarak kabul edilen normlardır. Bunlar da muhakeme-dışı normlar gibi, yol göstericidir. Nasıl bir usta eline ilk geçen âleti değil, işine yarayanı kullanırsa, hâkim de somut olayda en iyi şekilde muhakeme yapabilmek için normları değerlendirir ve en uygun normu araştırıp kullanır.¹⁶²²

Muhakeme normları, hâkimler bakımından mecburî veya ihtiyarî olabilirler, fakat hâkimlere emir vermezler. Emredicilik ile mecburîlik farklı şeylerdir. Bunun içindir ki hâkim bakımından emirden de, menfî emir olan yasaktan da bahsedilmemelidir. Muhakeme Hukuku normlarının da hâkim bakımından emredici olmadıkları ve muhakemede bir vasıttan ibaret buldukları, bunların uygulanmaları halinde bir emre riayetsizlik durumu görülmeyip “muhakeme yapmada hata”, kanunun tâbiri ile “usulî hata” (*usule ilişkin noksan*: CMK 301) mevcut olduğunun kabul edilmesinden hâkimin sorumlu tutulmamasından açıkça anlaşılmaktadır. Hata kanun yolları ile giderilebilir. Kararlar kesin hale gelince artık hataya da bakılmaz.¹⁶²³

¹⁶¹⁷ Hâkimlerin bir eylemini suç sayan norm, elbet emredicidir. Fakat hâkim burada herhangi bir muhatap gibidir. Biz sanık hâkimi yargılayan “hâkim” bakımından bu normun emredici olmadığını belirtiyoruz.

¹⁶¹⁸ *inprescindibilità*

¹⁶¹⁹ *obbligatorietà*

¹⁶²⁰ *vincolatività*

¹⁶²¹ Meselâ 4. CD 12/6/74 İKİD 74, 2944. Devlet de sorumlu değildir (DDDK 26/12/76 Yasa Dergisi 78/1, 143).

¹⁶²² *Foschini*, I, 314.

¹⁶²³ *Foschini*, I, 415.

39. § NORMLARIN KAYNAKLARI

304. Kaynak meselesi. 305. Yazılı hukuk. 306. Ceza Muhakemesi normlarının kanuniliği. 307. Ceza Muhakemesi kanunlarımızın tarihçesi. 308. Norm kaynağı idarî işlemler. 309. Yazılı olmayan hukuk. 310. İctihadı Hukuk. 311. Bilimsel Hukuk.

304. KAYNAK MESELESİ.

Hukuk ile kanun aynı şeyler olmadıklarından, hukuk normları sadece kanun normları değildir. Hukukî düzen manası ile “Hukuk”, teşkilatlanmış toplum halinde yaşayan insanların birbirleri ile ilişkilerini düzenleyen hukuk normlarının bütünüdür. Kanun normları, hukuk normlarının bir kısmını teşkil eder.¹⁶²⁴

Maddî mesele halledildikten, yani geçmişteki olay öğrenildikten sonra, bundan hukukî neticeler çıkarılacak, yani hukukî mesele de halledilecektir. Bunun için yapılacak ilk iş, olayın Hukuk normlarına uygunluğu konusunda çıkan uyuşmazlığı çözmek yani olayın hangi tipe girdiğini, bir diğer söyleyişle hangi norma uyduğunu araştırmaktır. İkinci iş ise, gerekiyorsa müeyyideyi belirtmektir.¹⁶²⁵ Norm vasıta olduğuna göre, bu vasıta nerede aranıp bulunacaktır. İşte hukukta “kaynak” meselesinin esası budur. Normlar hem hükümde hem hüküm vermede kullanıldıklarından kaynak meselesi muhakeme-dışı hukuk normlarını da ilgilendirir.

Kaynaklar iki çeşittir: 1) Doğrudan doğruya kaynaklar, 2) Dolayısı ile kaynaklar. Doğrudan doğruya kaynaklar da ikidir: a) Yazılı Hukuk, b) Yazılı olmayan Hukuk. Dolayısı ile kaynaklar da ikidir: a) İctihadı Hukuk, b) Bilimsel hukuk.

305. YAZILI HUKUK.

I. Mevzuat.

Çağdaş Hukuk, normların yazılı kaynaklardan çıkarılmasını tercih etmektedir. Bunun başlıca sebebi, normların varlığının açıkça ve şüpheye meydan vermeyecek şekilde belli olması ve herkes tarafından öğrenilebilmesidir.¹⁶²⁶ Bu yazılar umumiyetle “geniş manada kanun” diye adlandırıldığından, Yazılı Hukuka *Kanunî Hukuk* da denilir. *Mevzuat* denildiği de vardır.

Yazılı Hukukun faydalarına karşılık sakıncaları da vardır. Sık sık değişen ihtiyaçları karşılayamaması, fert ve toplum diyalektiğini ahenkli bir şekilde uzlaştırmaması bir kelime ile, kanunların bazen haksız olması bu sakıncaların başında gelir.

Yazılı Hukuku oluşturan belgeler çeşitli düzeydedirler. En üstte “Anayasa” vardır. Dar manada “kanunlar”¹⁶²⁷ Anayasanın altında yer alırlar. Onların altında da “idarî mevzuat” denen “idarî işlemler” vardır.

Yazılı Hukuk maddelerden, maddeler fıkralardan, fıkralar da bentlerden oluşur.¹⁶²⁸

¹⁶²⁴ Mülga Kanun temyiz sebebi olarak “kanuna aykırılığı” göstermiş (CMUK 307) ve bunu “hukuki bir kaidenin, yani normun, uygulanmaması veya yanlış uygulanması” diye tarif etmekle, kanun normlarının değil, hukuk normlarının uygulanacağını belirtmişti. Ceza Muhakemesi Kanunu ise, *temyiz sebebini* “hukuka aykırılık” olarak, yerinde bir şekilde tanımlamıştır (CMK 288/1).

¹⁶²⁵ *Gorphe*, 129.

¹⁶²⁶ *Foschini*, I, 472.

¹⁶²⁷ Hukuk normları mücerret ve genel nitelikte olduklarından, kanunlarda ancak bu nitelikte normlar bulunabilir. Bu nedenle meselâ bir ölüm cezasının yerine getirilmesi hakkındaki kişisel belgeye kanun demek yanlıştır. Karar denilmelidir. Gerçekten karar, emir içerdiğinden, mahkeme kararında olduğu gibi, yerine getirilir. Kanun ise uygulanır.

¹⁶²⁸ Fıkralar satır başlarında başlar. Birden fazla cümleden oluşabilir. Bent, fıkranın rakam veya harfle ayrılan parçalarıdır. Bir fıkranın ikinci cümlesinin dikkatsizlikle ikinci fıkra gibi yazıldığı, bundan uyuşmazlık çıktığı vardır (9. CD 8/5/74 YKD 75, 144). En iyisi fıkraları numaralamaktır. Bölge İdare Mahkemeleri... Kanununda olduğu gibi, başarılı adımlar atılmıştı. Bu yolda devam edilerek, Türk Ceza Kanunu ve diğer yeni mevzuatta fıkraların numaralandırılması, yerindedir.

II. Milletlerarası belgeler.

1. Avrupa Birliği hukuku.

Bazı muhakeme işlemlerinde hiçbir ülkenin kanununun uygulanmadığına, bunların sadece milletlerarası belgelerle düzenlendiğine de son zamanlarda rastlanmaktadır. Avrupa Birliği hukuku buna örnek olarak gösterilebilir. Avrupa Birliğini kuran Anlaşma uyarınca yaratılan Meclis ve Hükümet üç sütundan meydana gelen Avrupa Birliği için iki sütun açısından bağlayıcı hukuk kuralları koymaktadır. Üçüncü sütun olan adalet ve iç güvenlik üye devletlerin bağımsızlığı kuralı gereğince her bir devletin kendisine bırakılmıştır. Bununla birlikte Lizbon Sözleşmesi ile iç güvenlik alanında da terörle mücadeleden doğan konularda uyum sağlanması adı altında müşterek bir hukuk yaratılmıştır.

2. Avrupa Konseyi Hukuku.

Bu konuda diğer bir örnek Avrupa Konseyidir. Üyeleri arasında daha sıkı bir iş birliğini amaçlayan Avrupa Konseyinin hazırladığı sözleşmelerle bir Avrupa Hukuku oluşturduğu ve bu sözleşmelerin sayısı az da olsa bazı muhakeme işlemlerini düzenlediği görülmektedir. Meselâ Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardım Avrupa Sözleşmesi, yabancı bir mahkemeye meselâ bir tanığın çağırılabilmesini mümkün kılmakta, fakat çağırıya uymayanlar hakkında hiçbir müeyyide uygulanamayacağını da belirtmektedir (CİKYAS 8).

3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

Bazı muhakeme işlemleri ise uluslararası belgelerde düzenlenmiş, devletlere kanunlarını uluslararası belgelerdeki düzenlemelere uygun hale getirme yükümlülüğü yüklenmiştir. Örneğin Anayasanın 90. maddesi gereği, muhakeme normlarının İHAS hükümlerine uygun olması gereklidir (AY 90). Anayasanın 90. maddesinde yapılan değişikliklerle temel hakların düzenlendiği sözleşmelere üstünlük tanınmıştır.

Görülüyor ki, Muhakeme Hukuku normları arasında milletlerarası belgeleri de saymak gerekmektedir. Milletlerarası belgede yer alan kuralın iç hukukta doğrudan doğruya uygulanabilecek nitelikte açık ve net bir kural, hüküm koyduğu hallerde Anayasa'nın 90. maddesi gereğince hâkim in buna doğrudan uygulaması mümkündür. Fakat açık bir düzenleme değil de "adil yargılanma" gibi bir ilke içerdiği durumlarda doğrudan uygulama mümkün olmadığından, bu kuralın iç hukukta göz önünde tutulması gerekecektir.

III. Muhakeme normlarına aykırılığın müeyyidesi.

Kanunî normlar, biri kural¹⁶²⁹, diğeri müeyyide olmak üzere iki kısımdan oluşur. Hukukun doğrudan doğruya kaynaklarından çıkan normların tipleri koyan kuralları ancak muhataplarına karşı emredici olup hâkimlerin ellerinde hukukî değer hükmü örnekleri mahiyetinde bir vasıtasıdır.

Yazılı Hukuk normları bazen mahiyeti itibarıyla sınırlayıcıdır. Meselâ istisnaî normlar genişletilemez. Bazen da yazılı normun konu bakımından sınırlayıcı olması kabul edilmiştir. Faraza "kanunsuz suç olmaz" prensibine göre suçların kanunlarda gösterilmesi lâzımdır. Kanunda gösterilmemiş olan eylem suç sayılmaz. Hatta bazen, Yaşayan Hukuka göre cezalandırılması gereken fiillerin cezalandırılmaması pahasına da uygulanan bu prensip, fertlerin hürriyetlerini korumak için kabul edilmiştir.

Ceza muhakemesi kanunî normlarının kural kısmına aykırılığın müeyyideleri çeşitlidir:

1) Yerine getirici müeyyideler. Normun ihtiva ettiği emrin gereği yapılmazsa, bazen zorla yaptırılır. Çağırıldığında gelmeyen zorla getirilmesinde olduğu gibi.

2) İdarî müeyyideler. Bunlar disiplin müeyyideleridir.

¹⁶²⁹ "Precetto"yu "hüküm" diye tercüme etmek de kabildir. Fakat aslında hüküm, normun karşılığıdır. Diğer taraftan, hükmün başka anlamları da vardır. Bunlara bir yenisi daha ilâve etmek istemediğimizden kaide demeyi tercih etmiş ve bunu da kural olarak Türkçeleştirmiştik. Şimdi kural ile kaide arasında da ayırım yapılmasından yanayız. Zira kurallar arasında kaide-istisna ilişkisi bulunabilir. Biri kural kaide, diğeri onun istisnası olabilir. Bu ilişkiyi belirtmek gerekçe kaide terimini kullanmak uygun olacaktır.

3) Cezaî müeyyideler. Ceza muhakemesi kurallarına aykırılık bazen suç teşkil edebilir.

4) Muhakeme Hukuku müeyyideleri. Bunlar elde edilen delilin kullanılmaması, bir hakkın düşmesi, butlan gibi muhakeme işlemlerini ilgilendiren müeyyidelerdir. Normları koruyan hukukî işlemlerde de aykırılık olabilir. Bunun da müeyyideleri 1) yokluk, 2) butlandır. Normun geçerliğine tesir eden bu müeyyidelerin birincisinde, genel olarak o işlem (meselâ kanun veya tüzük), sadece belli bir olayda yok sayılır. İkincisinde işlem iptal edilir, yani genel olarak ortadan kaldırılır.

306. CEZA MUHAKEMESİ NORMLARININ KANUNİLİĞİ.

Yazılı Hukuk sisteminde, fertlerin hak ve hürriyetlerini sınırlandıran normlardan olan Ceza Muhakemesi normlarının *kanunda* yazılı olması kabul edilmiştir. Buna *ceza muhakemesi normlarının kanuniliği ilkesi* denilir.¹⁶³⁰ Anayasamız da birçok hususlarda bunu açıklamıştır. Meselâ mahkemelerin kuruluşu, görevi, yetkisi, işleyişi ve yargılama usulleri kanunlarla düzenlenir (AY 142). Kişi dokunulmazlığının ve hürriyetinin kayıtlanması da, ancak kanunun açıkça gösterdiği hallerde, sadece usulüne göre verilmiş hâkim kararı ile mümkündür (AY 13). Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır (AY 90).

Muhakeme Hukuku normlarına Anayasada da rastlamaktayız. Anayasa, mahiyeti itibarıyla bir kanun olduğundan, Anayasada Muhakeme Hukuku normları bulunabilir. Mesele, Anayasada yer alacak muhakeme normlarının tayininde karşımıza çıkar. Anayasalarda değişiklikler kolay olmadığından, Ceza Muhakemesi Hukukunun gelişmesine göre aynı Anayasa rejimi içinde değişebilecek olan normlar, Anayasalarda yer almamalı, ancak ilkelere Anayasalarda yer verilmelidir.

Ceza muhakemesi kanunları, genel ve özel olmak üzere iki gruba ayrılabilir. Bir ceza dâvasının belli şartlarda görülmesi söz konusu olduğu zaman özel bir muhakeme kanunu vardır denilir. Basın Kanunu muhakemeye ait özel normlar ihtiva ettiğinden, muhakeme kanunu olarak ele alındığında özel kanun sayılır. Mülga Askerî Ceza Muhakemesi Kanunu da özel norm idi.¹⁶³¹ Bu ayırma, özel muhakemenin genel muhakemeye nazaran anormal bir muhakeme olduğunu ifade etmez. Meselâ, muhakeme değişik şartlara uygun bir bünye arz eder.

Kanunların özel ve genel diye ayrılmasının çeşitli faydaları vardır. Meselâ genel kanundaki hükümler, özel kanunlarda aksine sarahat olmadıkça, özel denilen muhakemelerde de uygulanır. Yeni bir özel kanunun genel kanuna dokunmadığı halde başka bir özel kanunu değiştirdiği kabul olunur.

Anayasaya göre yürürlüğe konan ve kanun hükmünde olan (AY 90/son) Milletlerarası Andlaşmalar ve Sözleşmeler de Ceza Muhakemesi Hukukunun kanun kaynakları arasında yer alırlar.

307. CEZA MUHAKEMESİ KANUNLARIMIZIN TARİHÇESİ.

I. Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-u Muvakkatı.

Bizde ceza muhakemesini düzenleyen ilk kanun, 1879 (1296) tarihli *Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-u Muvakkatıdır.*¹⁶³² 1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Kanununun tercümesi ve kısmen

¹⁶³⁰ Ceza muhakemesi normlarının, hatta daha geniş olarak, muhakeme normlarının kanuniliğinden maksat, hak ve hürriyetleri kanunsuz sınırlamamak olduğundan, hak ve hürriyetleri sınırlamayan muhakeme normlarında kıyas kabul edilebilir (No. 319).

¹⁶³¹ *Erman* (Askerî ceza, 224), Askerî Ceza Muhakemesi Kanununun sadece belli maddelerde Ceza Muhakemesi Kanununa atf yaptığına, genel bir atf bulunmadığına dayanarak, özel bir kanun olmadığı görüşünde idi. Böyle bir atf İtalyan kanununda var diye onlarinkini özel, bizimkindi yok diye bizimkini genel kabul etmek pek şekilcilik olmuyor mu? Bir insan erkek ise kanunda kadın denmesi veya denmemesi onun erkekliğine tesir etmediği gibi, özellik için de durum aynı olmak gerekir.

¹⁶³² 1862 (1278) de “Meclis-i Valâ-yı Ahkâm-ı Adliye” kurulurken bu Meclisin Muhakemat dairesinin cinayetler hakkındaki görevlerinin hazırlanmak üzere olan “Muhakemat-ı Cezaiye Kanunnamesi”nde yazılacağı, o zamana kadar eski usulde devam edileceği geçici madde ile belirtilmişti. 1864 ve 1865’de nizamiye muhakemelerinin ceza bölümü kurulurken de elde bir kanun yoktu. 1868 de Meclis-i Valâ lâgvedilmiş ve Şûrayı Devlet ile Divan-ı Ahkâm-ı Adliye kurulmuştur. Divan-ı Ahkâm-ı Adliyenin 1876 (1286) tarihli Dahilî Nizamnamesinin üçüncü faslında, muhakemeye ait lâik hükümlere rastlanmaktadır. Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Heyet-i Umumiyesi, 1870 (1286) tarihinde, “mevaddı cürmiyenin muhakemat ve teferruatına dair nizamatı mahsusâ”nın hazırlanmak üzere olduğunu ve bunun zaman istediğini belirterek, “talimatı muvakkate” olmak üzere bazı “tenbihat ve vesaya”da bulunmuştur. Bu geçici talimat mahiyetindeki hükümlerle, mevcut kaideler bir araya getirilmiş, âdeta yeni bir kanunun çekirdeği hazırlanmıştır. (Bu talimat hakkında tafsilât için bk. *Antopulos (Kostaki)*: Usul-ü

tâdili suretiyle meydana getirilmiş olan bu kanun, yürürlükte kaldığı 50 yıl içinde gerek doğrudan doğruya, gerek başka kanunlarla çok kez değişmiştir.¹⁶³³

II. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu.

1. Mehoz Kanun.

İkinci kanun, 1929 tarihli ve “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu” adlı olup 1877 tarihli, fakat 1926’da son bir değişiklik görmüş olan Alman Ceza Muhakemesi Kanunu¹⁶³⁴ örnek tutularak hazırlanmıştır. Bu kanun, Alman Kanununun esaslarını muhafaza etmiştir. Ancak teşkilatımıza uymayan maddeleri terkedildiğinden kanunumuz, mehozunun aynı olmaktan çok uzaktır. Bu kanun da 1929’dan yürürlükten kaldırıldığı 2005 yılına kadar çok defa doğrudan doğruya değiştirilmiştir.

2. CMUK’taki değişiklikler.

Kanunda en önemli değişikliklerden biri 1936 da yapılmış, 116 madde değiştirilmiş, 6 madde ilga olunmuştur. Bu değişikliklerin başında karar hâkimliklerinin kaldırılması vardır. 1936 değişikliği ile kanunumuz, bilhassa teminat azalması bakımından mehoz kanundan hayli ayrılmıştır. Bakanlık 1966 yılında da oldukça esaslı bir değişiklik tasarısı hazırlamıştı. Özellikle ilksoruşturmanın kaldırılması aleyhindeki tenkitler¹⁶³⁵ haklı bulunarak tasarı geri alındı.

1972 de hazırlanan yeni bir değişiklik tasarısı¹⁶³⁶ 1973 de kanunlaştı.¹⁶³⁷ Bu kanunda 50 madde değişti, 9 madde eklendi, fakat ilksoruşturma kurtulmuştu. Bunu 1997, 1981 ve 1983 değişiklikleri takip etti.

Muhakemat-ı Cezaiye, Medrese-i Hukuk, sayı 49, 31 Kânunuevvel 1327, s. 7). Bu talimattan sonra, yine 1870 (1286) yılında “Dersaadet ve Mülhakatı İdare-i Zabita ve Mülkiye ve Mehâkim Nizamnamesi”nin dördüncü faslında ve 1871 (1288) de neşrolunan “Mehâkim -i Nizamiye Nizamnamesi” ile “Dersaadet Hukuk-u Âdiye ve Cezaiye Nizamnamesi”nde de muhakemeye ait dağınık hükümlere rastlanmaktadır. Sait Paşa’nın Adliye Nazırlığı zamanında Kanun hazırlanmış, ilk önce Edirne vilâyetinde tecrübe mahiyetinde tatbik olunmuş, bazı yanlışlıkları düzelttikten sonra 25 Haziran 1879 (5 Recep 1296) tarihinde, bütün memleketeye şâmil olmak üzere Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-u Muvakkatı adı altında yeniden neşir ve ilân edilmiştir (Düstur I. tertip, c. 4, s. 131).

¹⁶³³ İlk önce “İstintak daireleri” kısmı iyi işlemediğinden “müstantiklerin bazı kararlarının tasdik ile tekemmül edeceği” hakkında 1885 (1301) de bir ilâve yapılmıştır. Esaslı tâdillerden biri 1910 (1326) tarihinde yapılmak istenilmiştir. Bu tâdil tasarısının gerekçesinde, yeni bir kanuna lüzum olduğu, fakat bunu hazırlamanın zamana mütevakkıf bulunduğu söylenerek tâdil ile yetinilmiş, fakat nedense bu tasarı kanunlaşmamıştır. 1914 (1330) yılındaki bir tâdilde, müddeiumumisi bulunmayan kaza bidayet mahkemelerinde müddeiumumilik vazifesinin mahkeme başkâtipleri tarafından ifa edilebilmesi kabul olunmuştur. Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanununda asıl büyük değişiklik Büyük Millet Meclisi tarafından yapılmıştır. 1924 (1340) da şer’iye mahkemeleri lâğvedilmiş, istinaf mahkemeleri kaldırılmıştır. Yine aynı yıl içinde “Tesri-i Muhakemat Kanunu” neşredilmiştir. “Mahkeme-i Temyiz Teşkilâtı”nın tevsiine dair 1926 yılında kabul edilen kanun Başmüddeiumumiye itiraz etme ve karar tashihi isteme yetkilerini vermiştir. Bu arada yeni baştan kanun hazırlama faaliyetine 1923 de başlanmış bulunuyordu. Bu konuda müteaddit komisyonlar faaliyete geçmiş, fakat hepsi yarıda kalmıştır. Nihayet *Mahmut Esat Bozkurt*’un Adalet Bakanlığı sırasında yeni bir komisyon kurulmuştur. Başkanı *Prof. Tahir Taner* olan bu komisyon evvelâ 1913 tarihli İtalyan Kanunu üzerinde durmuşsa da 1877 tarihli olup 1926 da son bir tâdil görmüş olan Alman Kanununun daha sade olduğunu, daha çabuk muhakeme yapılmasını mümkün kıldığını görerek, Bakanlığın da tensibi ile, bu kanunu esas tutmuştur. Komisyonun lâyihası 1928 de Adalet Bakanlığına sunulmuştur. İstanbul Komisyonunun “Esbabı Mucibesi”, Adalet Bakanlığı tarafından 1937 de, “Müzekkere Zabıtları” İstanbul Üniversitesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü tarafından 1953 yılında neşredilmiştir. Ankara’da kurulan ikinci bir komisyon lâyihada bazı tâdiller yapmış ve kanun 4/4/1928 de kabul edilmiştir. Tafsilat için Bk. *Kunter*: 25 Cumhuriyet yılının ceza tarihçesi, İBM, 1948, X, s. 539.

¹⁶³⁴ Mehoz kanun diye adlandırılan bu kanun pek çok değişiklikler görmüştür ve görmektedir. Değişikliklerin çoğu bir arada 1965 ve 1975 yılı başında yürürlüğe girmiştir. 1965 ve 1975 reformu dediğimizde bu tarihlerde yürürlüğe giren çeşitli kanunları kasdediyoruz. Alman Kanununun 1979 başındaki metni, Dr. Feridun *Yenisey* tarafından Türkçeye çevrilmiş ve Adalet Bakanlığınca yayınlanmıştır (Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Muhakemesi Kanunu - Strafprozessordnung, Ankara, 1979). Mehoz Kanununun 1994 yılındaki şekli için Bkz. *İçel ve Yenisey*, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 4. Bası, İstanbul 1994, sh. 1256 vd. Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 2020’de yürürlükte olan metni için bkz.: *Yenisey/Oktar/Oktar*, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, 3. Baskı, Beta 2020.

¹⁶³⁵ İstanbul Üniversitesi’nin I ve II numaralı Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Kürsüleri öğretim üyelerinin bu öntasarı hakkındaki müşterek raporu İstanbul Üniversitesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü tarafından 1966 yılında neşredilmiştir

¹⁶³⁶ *Kunter*: Ceza Muhakemesi Kanununun Değiştirilmesi Tasarısı Hakkında Düşünceler, İstanbul, 1972.

¹⁶³⁷ *Kunter*: Ceza Muhakemesi Yazılı Hukukumuzda önemli değişiklikler, İstanbul, 1973.

1985 değişikliği ise ani esen bir fırtına gibi 35 maddeyi kısmen veya tamamen ilga ederek ilksoruşturmayı söküp götürürken 80 maddeyi de değiştirdi ve 1 madde eklendi.

Nihayet 1992 yılında 3842 sayılı kanunla yapılan değişiklikler, demokratikleşme paketinin bir parçası idi.

Bu değişiklikler için, kanunu Anayasa değişikliklerine uydurmak gibi haklı nedenlerle hareket edildiği olmuştur. Fakat çoğunlukla uygulama esas tutulmuştur. Bunda da çok defa, hatalı olan uygulama düzeltilecek yerde kanun değiştirilerek prensiplerden fedakârlık edilmiştir. Bu değişiklikler kanunun sistemini bozmuş, 1929 Kanununu âdeta tanınmaz hale getirmiştir.

Delaysı ile tâdiller de olmuştur. Meselâ Ceza Kanununu 1953 de değiştiren kanunla Ceza Muhakemesi Kanunu da tâdil edilmiştir. Ticaret Kanununu yürürlüğe koyan kanun ile de bazı maddeler değiştirilmiştir. Anayasa, Ceza Muhakemesi Kanununu değiştirmiştir. Maddelerin tâdili veya ilgası şeklinde olmasa da “Meşhut Suçların Muhakemesi Kanunu” gibi özel kanunlar da değişiklikler yapmıştır.

3. Yeni kanun için yapılan hazırlıklar.

Yeni bir kanun hazırlama çalışmalarına ilk defa 1946 da başlanmış, fakat bakan değişince arkası gelmemiştir. Daha sonra 1951 de bir tasarı hazırlanarak Meclise sunulmuştur. Adalet Komisyonundan geçerek Genel Kurula kadar gelmesine rağmen, seçimlerin yenilenmesine karar verilince hükümsüz kalmıştır. Ondan sonra hep değişiklik kanunları çıkarılmıştır, 1997 yılında Dönmezer Başkanlığında kurulan komisyonun hazırladığı tasarı yeni bir Ceza Muhakemesi Kanunu doğurmuştur. 2004-5271 numaralı Ceza Muhakemesi Kanunu. Bu Kanun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin açıklamalar için bkz. No. 16, II).

III. Ceza Muhakemesi Kanunu.

Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe girdiği 2005 yılından günümüze kadar 52 kere değiştirilmiştir. En çok değişiklik tutuklama, istinaf ve temyize ilişkin hükümlerde meydana gelmiştir. Değişen maddelerin tekrar değiştiği görülmektedir. Değişiklikler, Devletin yetkilerini genişleten ve sanık haklarını güvence altına alan değişiklikler olmak üzere iki ana grupta toplanabilir.

1. Devlet yetkilerini genişleten değişiklikler.

CMK 3: Görevle ilgili olarak, askeri mahkemede yargılanan kişi ile iştirak halinde suç işleyen sivillerin yargılamasını adli yargıda yapılmasına ilişkin 2009-5918 değişikliği 2018 yılında KHK 159 ile yürürlükten kaldırıldı (CMK 3).

CMK 6: Kanun yürürlüğe girdiği sırada iddianamenin kabulünden sonra alt dereceli mahkemeye görevsizlik kararı verilemiyordu. 2006-5560 sK ile yapılan değişiklikle, madde duruşmada suçun hukuki niteliğinin değiştiğinden bahis ile alt dereceli mahkemeye görevsizlik kararı verilemez şekline dönüştürüldü (CMK 6).

CMK 12: Yer bakımından yetkiyi düzenleyen maddeye (CMK 12) eklenen 6. fıkra ile bilişim sistemlerinin vs araç olarak kullanıldığı suçlarda mağdurun yerleşim yeri mahkemesi de yetkili kılındı (2021-7331).

CMK 19: Davanın nakline ek olarak, duruşmanın başka yerde yapılması kabul edildi (CMK 19: 2016-6763).

CMK 35: Aleyhine kanun yoluna başvurulabilen hâkim ve mahkeme kararlarının hazır bulunmayan kişiye tebliğinde, hazır bulunmamasının nedeninin araştırılmasından vaz geçildi (CMK 35: 2005-5353).

CMK 90: Kollukça yakalanan kişiler doğrudan Cumhuriyet savcısının önüne çıkarılıyor ve gözaltı kararını savcı şüpheliyi görerek veriyordu. İş yükünün artması nedeniyle madde değiştirildi ve gözaltı kararının dosya üzerinden verilmesi kabul edildi (CMK 90: 2005-5353). OHAL döneminde otuz güne kadar çıkan gözaltı gibi geçici hükümler uygulandı (KHK 667 ve 668).

CMK 91: Gözaltına almayı düzenleyen CMK 91 en sık değişen maddelerdendir. Madde 2005, 2014, 2015 ve 2016 yıllarında değiştirildi. 2018-7145 sK ile Terörle Mücadele Kanunu'na eklenen EK 13. madde ile gözaltı kararının Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından verilmesi

kabul edilmişti. Önce üç yıl süreyle yürürlükte kalan, sonra süresi uzatılan bu madde, 2023 yılında yürürlükten kalktı.

2014 yılında 6526 sayılı Kanun ile mülki amirlerce belirlenen kolluk amirlerinin göz altı kararı vermesi kabul edildi (CMK 91/4). 2014 yılında yapılan bu değişiklik aynı zamanda MİT Kanununa da yansımıştır. MİT görevlilerinin sınır dışı operasyon yapma yetkileri ve sınır dışından ülkeye insan kaçırma gibi sisteme yabancı yetkiler o yıllarda verilmiştir.

CMK 94: Yakalama emri üzerine yakalanan kişinin hâkime götürülmesi için yol tutuklaması uygulaması (CMK 94) uzun yıllar Türkiye'yi meşgul etmişti. 2014 yılında 6526 sK ile yapılan değişiklikle zorunlu SEGBIS sorgusu kabul edildi. 2021-7331 sK la eklenen üçüncü fıkra ise, belirlenen tarihte yargı merciinin önünde hazır bulunmayı taahhüt eden kişinin serbest bırakılması kabul edilmiştir. Cumhuriyet savcısı gelmeyen kişiye bin TL idari para cezası uygulayacaktır.

CMK 98: Yakalama emri verilebilen haller genişletilerek tutuklama isteminin reddi kararına itiraz edilmesi halinde itiraz merciinin yakalama emri düzenlemesi kabul edildi (CMK 98: 2005-5353).

CMK 100: Tutuklama ile ilgili CMK 100 en çok değişen maddelerdendir. 2005, 2006, 2012, 2014, 2015, 2019 ve 2023 yıllarında sanık haklarını güçlendiren ve katalog suçları genişleterek verilen hakları geri alan değişiklikler yapılmıştır.

CMK 102: Kanun ilk yürürlüğe girdiği sırada altı ay tutukluluk üst süresi öngörülmüştü (CMK 102). Ağır cezalı suçlarda bu süre iki yıldır. 2006-5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle süre bir yıla indirildi ve zorunlu hallerde gerekçe gösterilerek altı ay daha uzatılması kabul edildi. Terör suçlarında ise 2017 yılında yapılan değişiklikle beş yıllık süre kabul edildi. 2019-7188 sayılı Kanun ise hukukumuzda ilk defa sırf soruşturma evresine ilişkin bir üst tutukluluk süresi öngördü. Asliyelik suçlarda altı ay, ağır cezalı suçlarda ise bir yıl süre öngörülürken terör suçları ve toplu suçlarda bir yıl ve altı aylık uzatma kabul edildi (2019-7188).

CMK 103: Tutuklama kararının geri alınması istendiğinde, sulh ceza hâkimi Cumhuriyet savcısı, şüpheli ve müdafiyi dinledikten sonra üç gün içinde karar veriyordu. 2005 yılında yapılan değişiklikle (5353 sK) görüş alma koşulu maddeden çıkartıldı (CMK 103).

CMK 75: Şüpheli veya sanığın beden muayenesinde iç beden muayenesi kavramı maddeye eklendi ve alkol muayenesini düzenleyen özel kanunlar saklı tutuldu (CMK 75: 2005-5353).

CMK 76: Mağdurun rızasının varlığı halinde karar almadan beden muayenesi yapılmasının yolu açıldı (CMK 76: 2005-5353).

CMK 119: Kanun ilk yürürlüğe girdiğinde arama hâkim kararı ve Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılıyordu (CMK 119). 2005-5353 sK ile yapılan değişiklikle Cumhuriyet savcısına ulaşamayan hallerde kolluk amirinin yazılı emri ile arama yapılması kabul edildi. Kolluk amirinin yazılı emri sadece aleni yerlerde yapılan aramalarda geçerli sayıldı. 2018-7145 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle askeri mahallerdeki aramaların adli kolluk tarafından yapılması benimsendi.

CMK 127: Elkoyma bakımından (CMK 127) Cumhuriyet savcısına ulaşamayan hallerde kolluk amirinin yazılı emri ile elkoyma yapılması kabul edildi (2005-5353) ve 2018 yılında askeri mahallerde yapılan el koymanın adli kolluk tarafından yerine getirilmesi benimsendi (2018-7145).

CMK 129: Postada elkoyma hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararı ile gerçekleştirilir (CMK 129). Kolluk görevlileri gönderilerin içinde bulunduğu zarf veya paketleri açamaz. 2017-696 sayılı KHK'nın aynen kabulüne ilişkin 2018-7079 sayılı Kanun ile bazı suçlarda kolluk memurlarının zarf veya paketleri Cumhuriyet savcısının talimatı ile açması kabul edildi.

CMK 133: Şirket yönetimi için kayyım tayini ancak kanunda sayılan suçlarda uygulanabilir (CMK 133). 2016 OHAL döneminde şirketlere kayyım atanması yaygınlaştığı için, bu maddede 2018-7081, 2018-7083, 2018-7085, 2018-7086 ve 2018-7079 sayılı kanunlarla değişiklikler yapılmıştır.

CMK 149: Müdafî sayısı ile ilgili olarak yapılan değişiklikle örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda yürütülen kovuşturmalarda duruşmada en çok üç avukatın hazır bulunması kabul edildi.

Böylece soruşturma evresinde ifade alma sırasında en çok üç avukat hazır bulunması kuralı duruşmaya da teşmil edilmiş oldu (CMK 149: 2018-7070).

CMK 153: Müdafinin soruşturma dosyasını inceleme yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin CMK 153/2 ve sonraki fıkralar 2014-6526 sK ile yürürlükten kaldırılmıştı. Böylece soruşturma evresinde müdafii hiçbir kısıtlama olmaksızın dosyayı inceleme olanağına kavuştu. Ancak aynı yıl 2014-6542 sK ile yeni bir değişiklik yapılarak müdafinin dosyayı incelemesine kısıtlama geri getirildi ve kısıtlama getirilebilecek suçlar sayma yöntemi ile belirlendi. Böylece yasada sayılan suçlar dışındaki hallerde müdafinin dosyayı incelemesine sınırlama getirilemeyeceği kabul edildi.

CMK 154: Yasa ilk yürürlüğe girdiğinde şüpheli veya sanığın müdafii ile görüşmesinde başkalarının duyamayacağı bir ortamda bulunmaları ve bu görüşmenin denetlenememesi esası benimsenmişti (CMK 154). 2018-7070 sK ile daha önce KHK ile yapılan değişiklik aynen kabul edildi ve kanunda sayılan terör suçları ve uyuşturucu suçlarında şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı hakkının hâkim kararı ile ilk 24 saat kısıtlanabilmesi ve bu süre zarfında ifade alınmaması ilkesi benimsendi.

CMK 161: Cumhuriyet savcısının görev ve yetkilerini düzenleyen CMK 161 de çok değişen maddelerden olup, 2005, 2011, 201, 2017 ve 2018 yıllarında değişiklikler yapıldı.

CMK 178: Sanık veya katılan duruşmaya tanık çağırarak üzere dilekçe verir ve bu dilekçe mahkeme başkanınca reddedilirse, sanık veya katılan o kişileri mahkemeye getirebilip dinletebiliyordu (CMK 178). 2017-7070 sK ile KHK ile yapılan değişiklik aynen kabul edildi ve davayı uzatmak maksadı ile yapılan taleplerin reddedilmesi esası benimsendi.

CMK 188: Duruşmada zorunlu müdafilik hallerinde müdafinin hazır bulunması şarttır (CMK 188). 2018-7070 sK ile aynen kabul edilen KHK müdafinin mazeretsiz olarak duruşmayı terk etmesi halinde duruşmaya devam edilmesi kuralını getirir. Ancak bu hükme duruşmaya gelmemesi kelimeleri de eklendi. Sonuçta müdafii mazeretsiz olarak duruşmaya gelmez veya duruşmayı terk ederse duruşmaya devam edilebilmektedir. Kanun ilk yürürlüğe girdiği sırada sulh ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısının hazır bulunmaması ilkesi kabul edilmişti. 2014-6545 sK ile bu hüküm kanundan çıkartıldı. Sulh ceza mahkemeleri kaldırıldığı için bu hükme ihtiyaç kalmamıştı.

CMK 191: Duruşmanın başlaması *iddianamenin kabulü kararının okunması* ile olur (CMK 191). Bundan sonra yapılacak işlemler arasında *iddianamenin okunması* vardı. Kanun koyucu çok uzun iddianamelerin okunmasının vakit kaybettirdiğini düşünerek, 2016-6763 sK ile maddeyi değiştirdi ve suçlamanın dayanağını oluşturan eylem ve deliller ile suçlamanın hukuki nitelendirilmesinin anlatılması ile yetindi.

CMK 193: Sanık hazır bulunmadan duruşma yapılamaz (CMK 193). CMK ilk yürürlüğe girdiği sırada kural buydu. 2005-5353 sK ile kural gevşetildi ve toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilecek olan hallerde sorgu yapmadan davanın sanık yokluğunda bitirilmesi kabul edildi. Anayasa Mahkemesi bu kuralı iptal etti. CMK 193/2 iptal kararı sonrasında şöyle değiştirilmiştir: *Sanık hakkında toplanan delillere göre mahkûmiyet, ceza verilmesine yer olmadığı ve güvenlik tedbiri dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa dahi dava yokluğunda bitirilebilir.*

CMK 196: Alt sınırı 5 yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar dışında sanığın istinabe yolu ile sorguya çekilmesi mümkündür (CMK 196). 2018-7078 sK ile daha önce KHK ile yapılan değişiklik aynen kabul edilerek sorgunun SEGBİS aracılığı ile yapılmasına karar verilmesi kabul edildi.

CMK 206: Sanığın sorgusundan sonra delillerin ortaya konması başlar (CMK 206). Bu sırada sanığın salonda bulunması ve savunmasını yapması gerekir. Ancak 2005-5353 sK ile tebligata rağmen sanık mazeretsiz olarak gelmezse, sorgusu yapılmamış olsa dahi delillerin ortaya konulmasına başlanması ilkesi getirildi. Ortaya konulan delillerin sonradan gelen sanığa bildirilmesi gerekir.

CMK 216: Duruşmanın sonunda hüküm verilmeden önce son söz hazır bulunan sanığa verilir (CMK 216). 2018-7078 sK ile yapılan değişiklikle daha evvel KHK ile yapılan düzenleme aynen kabul edildi ve zorunla müdafii hazır bulunmadan hükmün açıklanması kabul edildi.

CMK 260: Kanun yollarına başvurma hakkı ile ilgili olan CMK 260'ta 2014 yılında 6545 sK ile yapılan değişiklikle ağır ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcılarının bu mahkemenin yargı

çevresindeki asliye ceza mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yollarına başvurma yetkisi kabul edildi.

CMK 282: 2017 yılında iki defa ve 2019 yılında değişen CMK 282'ye eklenen bent ile sanık, müdafî, katılan ve vekilinin davetiye tebliğ edilmesine rağmen duruşmaya gelmemesi halinde sorgu tutanakları anlatılmak suretiyle davanın yoklukta bitirilmesi kabul edildi. Ancak ceza ağırlaştırılacaksa sanığın dinlenmesi mecburiyeti getirildi (2019-7188).

2. Sanık haklarını güçlendiren değişiklikler.

CMK 44: Tanıkların telefon veya elektronik posta ile çağırılması kabul edildi ama bu durumda çağrı kağıdına bağlanan sonuçların uygulanmaması kuralı benimsendi (CMK 44: 2021-7331).

CMK 62 vd: *Bilirkişilik Kanunu* (2016-6754 sK) yürürlüğe girince, bu kanun ile CMK'nın bilirkişilik ile ilgili hükümlerinde değişiklikler yapıldı: Hukuki konularda bilirkişi görevlendirilmesi ve hukukçuların bilirkişilik yapması yasaklandı (CMK 62). Bilirkişilerin bölge kurulunca tutulan listeden seçilmesi esası benimsendi (CMK 64). Bilirkişinin raporunda sadece çözümü uzmanlığı veya özel bilgiyi gerektiren hususlarda açıklama yapma mecburiyeti getirildi, hâkim tarafından yapılması gereken hukuki nitelendirme ve değerlendirme yapması yasaklandı (CMK 67). Bilirkişi ücretinin Adalet Bakanlığı tarafından her yıl çıkarılan tarifeye göre belirlenmesi sistemi kabul edildi (CMK 72).

CMK 191: Son zamanlarda yapılan değişikliklerden *5 Nisan 2023 tarihinde yürürlüğe giren 7445 sayılı Kanun 7. Yargı paketi* ismiyle anılmaktadır. Bu kanun ile uyuşturucu maddelerle mücadele açısından önemli değişiklikler yapılmıştır. Örneğin; TCK 191/3 değiştirilmiş ve *kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden bulunduran veya kullanan kişiler hakkındaki kamu davasının açılmasının ertelenmesi süresi zarfında şüpheli hakkında asgari bir yıl denetimli serbestlik tedbiri* uygulanması kabul edilmiştir. Hakkında denetimli serbestlik verilen kişi *tedaviye* de tabi tutulabilmektedir. *Şüphelinin uyuşturucu madde kullanıp kullanmadığının tespiti* için yılda en az iki defa kuruma sevk edilmesine Cumhuriyet Savcısı karar verebilmektedir.

CMK 81: Fizik kimliğin tespitinden elde edilen kişisel verilerin yok edilmesi için beraat veya kovuşturmaya yer olmadığı kararının kesinleşmesi gerektiği kanuna açıkça yazıldı (CMK 81: 2005-5353).

CMK 85: Yer gösterme işleminin ayrıntıları maddeye yazılmamıştı. Yapılan değişiklikle bu işlemi savcının bizzat yaptırması gibi ayrıntılar açıklandı (CMK 85: 2005-5353). Bu maddeye halen yürürlükten kalmış olan ve daha sonra seri muhakemeyi düzenleyen CMK 250'ye atıf yapılmakta olması ilginçtir.

CMK 101: Tutuklama kararının gerekçesini güçlendirmek amacı ile değişiklikler yapılmıştır (CMK 101: 2012-6352, 2021-7331).

CMK 108: Tutukluluk durumunun soruşturma evresine 30 ar günlük sürelerle incelenmesine ilişkin düzenleme OHAL döneminde 90'ar günlük sürelerle kişi veya müdafî dinlenerek yapılacak hale getirildi ve bu düzenleme Terörle Mücadele Kanunu'nun 19 uncu maddesine eklendi (CMK 108). Geçici bir madde olan bu düzenleme halen yürürlükte değildir.

CMK 109: Adli kontrol tedbiri (CMK 109) ilk yürürlüğe girdiğinde sadece üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda uygulanabiliyordu. 2013-6352 sk ile yapılan değişiklikle süre koşulu kaldırılarak adli kontrol tüm suçlarda uygulanabilir hale geldi, bununla bağlantılı olarak CMK 101'de 2021-7331 sK ile yapılan değişikle tutuklama kararı verilirken hâkimin adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirlemesi, kuvvetli suç şüphesi, tutuklama nedeninin varlığı ve tutuklama tedbirinin ölçülü olması koşullarının yanına ek bir tutuklama koşulu olarak eklendi. Tutuklamada olduğu gibi adli kontrol bakımından da adli kontrol tedbirinin devamının gerekli olup olmadığı konusunda inceleme yapılması kuralı kabul edildi (CMK 110: 2021-7331). Süresiz adli kontrol uygulamasında vazgeçildi (CMK 110/A): Asliyelik suçlarda en çok iki yıl, ağır cezalı suçlarda 3 yıl üst süreler konuldu ve bunların uzatılması kabul edildi (2021-7331).

CMK 116: Aramada (CMK 116) *makul şüphe* aranırken, 2014-6526 sK ile yapılan değişiklikle "*makul şüphe*" kelimesi kaldırıldı ve "*somut delillere dayalı kuvvetli şüphe ölçütü*" kabul edildi. Aynı yıl 2014-6572 sK ile geri dönüş yapıldı ve "*makul şüphe*" geri geldi.

CMK 128: Taşınmazlar, hak ve alacaklara elkoyma (CMK 128) bakımından somut olarak belirlenen ibaresi fıkraya eklendi, ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu gibi bir makamdan rapor alınması ve elkoyma kararının ağır ceza mahkemesi tarafında oybirliği ile verilmesi esası benimsendi (2014-6526). Daha sonra 2016-6763 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle elkoyma ve kayyum atama kararlarının sulh ceza hâkimi tarafından verilmesi kabul edildi (2016-6763).

CMK 135: İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve tespitini düzenleyen CMK135, önce 2014-6526 sayılı Kanunla değiştirilerek ağır ceza mahkemesi tarafından oy birliği ile karar verilecek hale getirildi. Daha sonra 2014-6572 sK ile soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimi, kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından verilecek şekilde değiştirildi. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesini düzenleyen CMK 139. madde de, 2014-6526 sK ile değiştirilerek ağır ceza mahkemesince oy birliği ile karar verilebilir denmişken, 2016-6763 sK ile yapılan değişiklikle hâkim tarafından verilebilir hale getirildi.

CMK 139: Aynı Kanun uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarında örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi dahi gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kabul edildi. 2018-7078 sK ile KHK ile değişiklik aynen kabul edilerek tanık olarak dinlenen soruşturmacının duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek gizli ortamda dinlenmesi kabul edildi. 2023-7445 sK ile yapılan değişiklikle eklenen 4. fıkraya göre, gizli soruşturmacının delil toplamak üzere koruma tedbiri uygulaması gerektiğinde ayrı bir karar alması gerektiği kuralı güçlendirildi ve konut dışında teknik takip yapma yetkisi sadece uyuşturucu madde suçları ile sınırlandırıldı.

CMK 140: Konutta uygulanamayan teknik araçlarla izleme 2014-6526 sK ile yapılan değişiklikle ağır ceza mahkemesi tarafından oy birliği ile karar verilebilir hale getirildi (CMK 140). Daha sonra 2016-6763 sK ile hâkim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilebilir hale getirildi. 2018-7078 sK ile teknik araçlarla izleme tedbiri ile birlikte gizli soruşturmacı görevlendirilirse, yasadaki sürelerin bir kat arttırılarak uygulanması kabul edildi. Bu düzenleme gizli soruşturma tedbirlerinin yan yana uygulanamayacağı konusundaki Yargıtay içtihadını ortadan kaldırmış oldu.

CMK 140/A: Gizli soruşturma tedbirlerini düzenleyen yönetmeliğin yasal alt yapısı olmaması nedeniyle iptal edilmesinden sonra, kanun koyucu 2018-7079 sK ile 140/A maddeyi yarattı ve yürütmeye yönetmelik düzenleme yetkisi verdi.

CMK 158: Hukukumuzda ilk defa soruşturma açılması için savcının bir karar vermesi veya soruşturmaya yer olmadığını belirtmesi esası kabul edildi (CMK 158/6: 2018-7078).

CMK 170: Kamu davasını açma görevini düzenleyen maddeye (CMK 170) 2021 yılında 7331 sayılı Kanun ile eklenen cümle ile; *iddianamede yüklenen suça ilişkin olmayan olaylara ve suçun delilleri ile ilgisi bulunmayan bilgilere yer verilmesi yasaklandı*. Sanığın lekelenmeme hakkı bakımından önemli olan bu değişiklik sanığın özel hayatına ilişkin medyatik bilgilerin iddianameye girmesini önledi.

CMK 171: Kamu davasının mecburiliği prensibini kabul etmiş olan hukukumuzda savcıya takdir yetkisi veren CMK 171'de 2019-7188 sK ile yapılan değişiklikle üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen kamu davasının açılmasının 5 yıl süre ile ertelenmesi olanağını sağladı. Bazı suçlarda uygulanamayan KADEK alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde biri olarak sistemde yerini aldı.

CMK 172: CMUK döneminde takipsizlik kararından sonra savcı her zaman dosyayı tekrar açabiliyordu. CMK 172/2 köklü bir değişiklik yaparak KYOK verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça aynı fiilden dolayı kamu davası açılmasını yasakladı. 2018-7072 sK KHK ile yapılan değişikliği aynen kabul ederek KYOK verildikten sonra hem yeterli şüphe oluşturacak yeni delil, hem de sulh ceza hakimliğince bu hususta bir karar verilmesi koşunu aradı.

CMK 174: CMUK döneminde savcının hazırladığı iddianame denetlenmezdi. CMK bu konuda da köklü bir değişiklik yaptı ve iddianamenin yasada belirtilen hususlardan incelenmesine, eksik veya hata varsa iddianamenin iade edilmesine ilişkin bir düzenleme yaptı (CMK 174). 2019-7188 sK ile yapılan değişiklikle iade sebepleri arasına suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delilin toplanmaması ve suçun önödeme, uzlaştırma ya da seri muhakeme usulüne tabi olup da bunların

uygulanmaması ile izin veya talebe bağlı suçlarda bunların alınmadan düzenlenmesini iade sebepleri yaptı.

CMK 202: Tercüman bulundurulacak haller 2013 yılında tartışma konusu olmuştu (CMK 202). Bunun üzerine 6417 sK ile yapılan değişiklikle sanığın Türkçe bilse dahi iddianamenin okunması ve esas hakkındaki mütalaanın verilmesi üzerine sözlü savunmasını kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde yapabilmesi kabul edildi. Tercüme hizmeti sanığın listeden seçeceği bir tercüman tarafından yerine getirilmesi ve tercüme giderlerinin devlet hazinesince karşılanmaması kuralı kabul edildi.

CMK 231/5: Hükmün açıklanmasını düzenleyen 231. maddeye 2002-5560 sK ile 5-14'üncü fıkralar eklendi. *Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını* düzenleyen bu yeni fıkralar 2008'de iki kez, 2010'da iki kez ve 2014 yılında değiştirildi ve Anayasa Mahkemesinin iki iptal kararının konusunu teşkil etti. Anayasa Mahkemesinin diğer bir iptal kararı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu da etkilemiştir. CMK 231/12, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itirazı düzenlemektedir. Buna ilişkin 20.07.2022 tarihli K. 2022/88 tarihli iptal kararı sonrasında kanun değiştirilmiş ve *hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilirse itiraz merciinin karar ve hükmü inceleyebileceği, usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılık tespit ederse, gerekçesini göstererek karar ve hükmü kaldıracağı* kuralı öngörülmüştür. 2023 yılında verilen son iptal kararı üzerine kanun koyucunun ne yönde düzenleme yapacağı beklenmektedir.

CMK 233vd: Mağdur ve şikayetçinin haklarını düzenleyen 233, 234 ve 235 inci maddeler CMK'nın yürürlüğe girdiği 2005 yılı itibarıyla hukuk devleti ilkeleri açısından önemli ilerlemeler sağlamıştır. Mağdur haklarını güvence altına alarak büyük ilerlemeler sağlamıştır.

CMK 250, 251, 253: Bazı suçlara ilişkin muhakemeyi düzenleyen 4. bölümde yer alan CMK 250 *seri muhakemeyi*, CMK 251 *basit yargılama usulünü* ve 253 ise *uzlaştırmayı* düzenlemektedir. Alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerini hukukumuzda kazandıran bu yeni müesseseler klasik duruşmaya dayanan ceza muhakemesi hukuku sisteminden duruşmasız ceza verme sistemini kabul eden alternatif yöntemleri hukukumuzda takdim etmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerini birçok kararında ele almış ve hukuka aykırı yönlerine vurgu yapmıştır.

3. Anayasa Mahkemesinin basit yargılamaya ilişkin iptal kararı

CMK 252: Bu konudaki en son karar, Anayasa Mahkemesinin Ceza Muhakemesi Kanununun 252/2 maddesinin iptaline ilişkin olarak verdiği 22.6.2023 tarihli karardır (E. 2020/79, K. 2023/113; RG 11 Ekim 2023). Basit yargılamayı çeşitli yönleri ile ele alan mahkeme, bu hukuk kuralının yapısında bir hukuka aykırılık tespit etmemiştir.¹⁶³⁸ Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı vermesinin nedeni, hükme itiraz edilince, kararına itiraz edilen mahkeme duruşma açarak, genel hükümlere göre yargılamaya devam etmesi ile ilgilidir (CMK 252/2). Hâkimin görmekte olduğu davada tarafsız olabilmesi için, sanığın suçluluğu konusunda daha önceden bir belirleme yapmamış olması gerekir (*Hauschild/Danimarka*, 24.5.1989, §47-49). Basit yargılamada ise, ilk kararı veren ve işin esasına girmiş olan hâkimin itiraz üzerine duruşma açarak davaya devam etmesi, ilk verdiği kararın etkisinde

¹⁶³⁸ Basit yargılama usulünde mahkeme duruşma açmamakta, beraat veya mahkûmiyet şeklindeki hüküm dosya üzerinden verilmektedir. Böyle bir düzenleme sanığın duruşmada tanıklara soru sorma hakkını (aleni yargılanma ve savunma hakkını) ortadan kaldırdığı ileri sürülmüş ve bu konu da ayrı bir itiraz konusu yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi ise, adil yargılanma hakkına getirilen sınırlamaların kanunla yapılması, Anayasada öngörülen sınırlama sebebine uygun, ölçülü ve keyfiliğe yer vermeyecek şekilde gerekli olması gerektiğini hatırlatmaktadır. Anayasanın 13 maddesi uyarınca ölçülülük ülkesi 3 alt ilkeden oluşur: Elverişlilik, gereklilik ve orantılılık. *Elverişlilik*, öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; *gereklilik*, ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını; *orantılılık* ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerektiğini ifade eder. Yargılanacak uyuşmazlık dava dosyası üzerinden tarafların yazı görüşleri alınarak ele alınabiliyorsa, yani söz konusu davada tartışmalı hukuki ve olgusal sorunlar yoksa; davada karmaşık nitelikte teknik meseleler yoksa, basit sayılabilecek suçlarda davaların duruşmasız yapılabilmesi kabul edilebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu yönde karar vermiştir (*Jussila/Finlandiya*, 23.11.2006, § 41-43). Anayasa Mahkemesi de itiraz konusu hukuk normlarının Anayasa'nın 13., 16. ve 141. maddelerine aykırı olmadığını karar vermiştir. İtiraz yoluna başvuran mahkeme basit yargılamanın yaş küçüklüğü halinde uygulanamamasını da itiraz konusu yapmıştır. Ceza davalarında çocuğun iradesine bağlı olmaksızın genel yargılama usulüne göre yurttan bir mahkemede karar verilmesi çocuğun yüksek yararına olduğu için, Anayasa Mahkemesi Anayasanın 10. maddesine aykırılık tespit etmemiş ve itirazın reddine karar vermiştir.

kalması olasılığı yüksek olduğu için, sonuç açısından adalet ve hakkaniyet ölçütleriyle bağdaşan bir düzenleme olarak kabul edilmemiştir. Bu iptal kararı üzerine kanun koyucu itiraz üzerine dosyanın bir başka mahkemeye gönderilmesi ve davanın bir başka hâkim önünde yargılanması yönünde maddeyi değiştirdi (CMK '2024-7499' 252/2) (No. 436).

4. Kanun yolları ile ilgili değişiklikler.

CMK 268: *İtiraz*: Sulh ceza hakimliği kararlarına yapılan itirazların (CMK 268) bir sonraki numaradaki hakimlik tarafından incelenmesi 2014-6545 sK ile kabul edilmişti. Bu düzenlemenin eleştirisi konusu olması üzerine 2021-7331 sK ile tekrar değişiklik yapıldı ve sulh ceza hakimliğinin tutuklama ve adli kontrole ilişkin verdiği kararlara karşı itirazların asliye ceza mahkemesi hakimince incelenmesi yolunda yasa değiştirildi.

CMK 272: *İstinaf*: Kanun ilk yürürlüğe girdiğinde, sonuç olarak belirlenen 2000 TL dahil adli para cezasına mahkûmiyet hükümleri istinaf edilemiyordu (CMK 272). 2011-6217 sK ile yapılan değişiklikle hapis cezasına çevrilen adli para cezaları hariç tutuldu, 2020-7242 sK ile de bu suretle verilen hükümlerin tekröre esas olmaması esası benimsendi.

CMK 273: Ağır ceza mahkemelerinde bulunan C. Savcılarının asliye mahkemelerinin hükümlerine karşı istinaf yoluna başvurabilmesi kabul edildi (CMK 273: 2014-6545).

CMK 278: Kanun yürürlüğe girdiği sırada bölge adliye mahkemesi C. Başsavcılığı dava dosyasını inceleyerek yazılı düşüncesini içeren bir tebliğname hazırlıyordu (CMK 278). 2016-6758 sayılı Kanun KHK ile değişikliği aynen kabul ederek tebliğnameyi kaldırdı. Tebliğnamenin kaldırılması eleştirisi konusu oldu ve geri getirilmesi yoğun bir şekilde talep edilmeye başladı.

CMK 280: Bölge adliye mahkemesinin dosya üzerinden esas incelemesi yapmasını düzenleyen CMK 280 ise, 2014, 2016, 2017 yılında iki defa ve 2019 yılında değişikliğe uğramıştır. Yapılan değişiklikler Yargıtay'ın düzelterek onama kararı verdiği hallerin istinafa yansıtılması ve bozma nedenlerinin çoğaltılmasından ibarettir.

CMK 283: Aleyhe değiştirme yasağını düzenleyen (CMK 283)'de “yalnız” kelimesi eksik kalmıştı. 2017-7035 sK ile değişiklik yapıldı ve istinaf yoluna yalnız sanık lehine başvurulmuşsa cezanın ağırlaştırılması yasaklandı.

CMK 286: *Temyiz*: Temyiz edilebilen ve edilemeyen hükümleri düzenleyen CMK 286 çok karmaşık bir yapıya sahiptir. İstinaf sonrası temyize giden işleri azaltmak isteyen kanun koyucu kazuistik bir metot uygulayarak temyiz edilemeyen hükümleri belirlemiştir. Ancak, özellikle ifade özgürlüğüne ilişkin istinaf kararlarının temyiz edilememesi üzerine 2019-7188 sK ile liste halinde sayılan suçlarda istinaftan sonra temyiz yolu açılmıştır. Bu maddede 2014, 2017 ve 2019 yıllarında başka değişiklikler de yapılmıştır.

CMK 291: Temyiz süresi 7 gün iken 2017-7035 sK ile 15 gün şeklinde değiştirilmiştir (CMK 291).

CMK 299: On yıl ve daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümlerde Yargıtay istem üzerine veya re'sen duruşma açarak yapıyordu (CMK 299). 2018-7079 sK KHK ile yapılan değişikliği aynen kabul etti ve Yargıtay'ın duruşmayı uygun görmesi halinde yapması esası benimsendi. Uygulamada bu değişiklik sonrasında hemen hemen hiç murafaa yapılmadığı görülmektedir.

CMK 304: Yargıtay'ın kararının gönderileceği mercii düzenleyen CMK 304, 2019 yılında 7165 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle bozma kararı istinaf başvurusunun esastan reddi kararına ilişkin ise dosyanın kararı verilen istinaf mahkemesine değil, ilk derece mahkemesine gönderilmesi kabul edildi.

CMK 307: Yargıtay'dan verilen bozma kararını bölge adliye ve ilk derece mahkemesinin direnme hakkı vardır (CMK 307). 2016-6763 sK ile yapılan değişiklikle direnme kararının kararına direnilen daireye gönderilmesi ve bunun kararı düzeltilmesi yolu açıldı. Daire düzeltmeye yer görmediği takdirde dosya Ceza Genel Kurulu'na gitmektedir. 2019-7165 sK ile yapılan değişiklikle de Yargıtay'dan verilen bozma kararına uyulması halinde ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı istinaf yolu kapatıldı, sadece temyiz yolu açık tutuldu. Böylece Almanların atlama yolu ile temyiz sistemi hukukumuzda girmiş oldu.

CMK 308/A: Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin verdikleri kesin nitelikteki kararlarda hatalar olduğu görülünce yeni bir olağanüstü kanun yolu yaratılması istendi. Kanun koyucu 2017 yılında 7035 sK ile bu isteği yerine getirdi (CMK 308/A). Madde 2019-7188 sK ile değişti, Anayasa Mahkemesi'nin 2022/7 sayılı kararına konu teşkil ve 2023-7445 sK ile değiştirildi. Anayasa Mahkemesinin verdiği kararla norm kalitesi adil yargılanma yönünde güçlendirilen maddelerden biri de bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının itirazını düzenleyen CMK 308/A maddenin birinci fıkrasıdır. Bunun birinci cümlesini iptal eden 26.01.2022 tarihli K 2022/7 sayılı kararı doğrultusunda yasa değiştirilmiş ve *BAM C. Başsavcısının sanık aleyhine itiraz edebilmesi için kararı etkileyecek nitelikte esaslı bir hatanın bulunması zorunluluğu aranmış ve itirazın daire tarafından sanık veya müdafine tebliğ edilmesi öngörülmüştür*. Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar ceza hukukunu olduğu gibi ceza muhakemesi hukukunu da şekillendirmektedir. Yukarıda açıklandığı gibi, son yıllarda CMK 193, CMK 231, CMK 308/A maddelere ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararları kanun koyucuyu harekete geçirmiş ve yeni düzenlemeler yapılmıştır.

5. Değerlendirme

Ceza Muhakemesi Kanununda yapılan yukarıda belirttiğimiz değişiklikler ve Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal veya bireysel başvuru da saptanan ihlal kararları dikkate alındığında suç ve ceza siyaseti açısından iki yön izlendiği söylenebilir.

Takip edilen ilk hedef, Devletin suçu önleme ve faileri cezalandırma açısından daha etkin ve güçlü bir yapıya kavuşmak istenmesidir. Bu yönde yapılan ve yukarıda sergilenen değişiklikler olağanüstü hâl dönemlerinden doğal olarak daha güçlü bir şekilde ortaya çıkmıştır.

Kanun koyucunun takip ettiği ikinci yön ise, sanık hakları ve özellikle de mağdur haklarının güçlendirilmesidir.

Çeşitli yıllarda yayınlanan adalet reformu strateji belgeleri bazen çok etkin bir şekilde izlenmiş, strateji belgesinde öngörülen ve yapılması vaat edilen değişiklikler gerçekleştirilmiş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlar doğrultusunda değiştirilmesi gereken maddeler zaman kaybedilmeden değiştirilmiştir. Buna karşılık tutuklama ile ilgili ihlal kararlarının bazıları hiç uygulanmamıştır. Kararların gerektirdiği yasa değişikliklerinin yapılmasına rağmen, uygulamadaki sorunlar sona ermemiştir.

Özgürlük ihtiyacı olduğu zaman özgürlüğü güçlendiren, güvenlik ihtiyacı doğduğu zaman Devletin yetkilerini genişleten yasal değişiklikler systemsiz olduğu için, sonuçta yeni değişiklikler yapılmasını da gerektirmektedir. Bizce, adil yargılanma hakkının bütün yönleriyle eksiksiz olarak uygulanabilmesi için, *günlük ihtiyaçlara göre değişmeyen bir suç ve ceza siyaseti belirlenmelidir*.

308. NORM KAYNAĞI İDARÎ İŞLEMLER.

I. Kanun niteliğindeki idari işlemler.

Bazı idarî işlemler (muameleler, tasarruflar) vardır ki şeklen kanun olmamakla beraber kanun niteliğindedir. Bunlar 3 grupta toplanabilir:

1. Saltanat devrinde yayınlanan muvakkat-kanun ve nizamnameler.

1876 Anayasası, Meclisin açık olmadığı zamanlarda Hükûmete, Meclisin vereceği karara kadar, kanun kuvvetinde, “muvakkat-kanun” adı altında düzenleme yapma yetkisi tanımıştı. O tarihlerde kanun ve nizamname (tüzük) kavramları birbirlerinden iyice ayrılmış değillerdi. Niteliği itibariyle kanun olan pek çok nizamnameye rastlamaktayız. İstanbul'un işgaline yani 16 Mart 1336 (1920) tarihine kadar çıkarılmış olan nizamnameler içinde bugün yürürlükte olanlar da vardır.¹⁶³⁹

2. 1961'den önceki kanun kuvvetinde kararnameler.

1924 Anayasası yürürlükte iken kanunlara dayanılarak çıkarılmış kanun kuvvetinde kararnameler vardır. Kanun hükmündeki kararnamelerden farklı olarak, bunlar geçici değillerdir, yani sonradan

¹⁶³⁹ Meselâ Zabıt-i Saydiye Nizamnamesi (AYM: 3/5/66 RG 11/7/66). Cem'i ianat nizamnamesi (CGK 20/12/76 İKİD 77, 5493).

kanunla kabul edilmeleri gerekmez. Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanununa dayanarak çıkarılanlar en tanınmışlardır. Bu yetkiler kime devredilmişse onun tarafından kullanılır, başkasına devredilemeyeceği gibi ancak kanuna uygun olarak kullanılırsa mahkemelerce geçerli sayılır.¹⁶⁴⁰

1961 ve 1982 Anayasaları yasama yetkisinin devrini yasakladıklarından, 1961'den sonra Hükûmete kanun kuvvetinde kararname çıkarma yetkisinin verilmemesi, verilse de bunların çıkarılmaması, veren kanunla çıkarılan kararnamelerin Anayasa aykırı olduklarının kabul edilmesi gerekir.

3. Kanun hükmünde kararnameler.

1961 Anayasası (m. 5) gibi 1982 Anayasası da (AY 7) yasama yetkisinin devredilmesini¹⁶⁴¹ yasaklamıştır. Ancak kanunların hazırlanışının uzun sürmesi yüzünden, derhal kanun hükmünde (değerinde) bir işlem yapılması da bazı hallerde zorunlu olduğundan, bu kaideye bir istisna tanımak ihtiyacı duyulmuş ve 1971 değişikliğiyle Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin belli konularda kanunla verilebilmesi kabul olunmuştur. 1982 Anayasası da bu yolda yürümüştür (AY 91).¹⁶⁴² Kanun hükmünde kararnameler, kanun kuvvetinde kararnamelerden farklı olarak, geçicidirler. Gerçekten bu kararnameler yayın günü Meclise sunulmazsa o gün, sunulup reddedilirse red kararının yayın tarihinde yürürlükten kalkarlar. Meclis aynen veya gerekli değişikliklerle kanunlaştırırsa KHK, yerine kanun geçtiğinden, yine ortadan kalkar (AY 91/9).¹⁶⁴³ Mülga Sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanacak Bakanlar Kuruluna da Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi tanınmıştı (AY 121/3, 122/2).

4. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri.

AÇIKLAMA YAZ

II. Tüzük, yönetmelik.

Tüzük ve yönetmelikler hem hükümde hem de hüküm vermede kullanılan normların kaynaklarıdır. Hüküm vermede, yani muhakemede kullanılabilmeleri için bu normların, meselâ mahkeme kuruluşu, yargılama usulü gibi, Anayasanın sadece kanunların bıraktığı sahaları düzenlenmemesi gerekir:

1. Tüzükler.

Bakanlar Kurulu kanunun uygulanmasını göstermek veya kanunun emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak şartıyla, Danıştay'ın incelemesinden geçirerek, tüzükler çıkarılabiliyor ve Cumhurbaşkanınca imzalanıp ve kanunlar gibi yayınlanıyordu (mülga AY 115). 2016 Anayasa değişikliği ile tüzükler yürürlükten kaldırıldı.

2. Yönetmelikler.

Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görevlerini ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve onlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelik çıkarabilirler. Hangi yönetmeliğin Resmî Gazete'de yayınlanacağı kanunda belirtilir (AY 124).

Bu idarî işlemlerle kanun veya tüzük yorumlanabilir. Zira kanunun veya tüzüğün nasıl uygulanacağını belirtmek, bazen yorumu gerektirir. Ancak yargılama makamları bağımsız olduklarından, tüzük veya yönetmelikle yapılmış olan yorumla bağlı tutulamazlar.¹⁶⁴⁴

¹⁶⁴⁰ 1930-1567 numaralı TPKKK'nın verdiği yetki dışına çıkan 19 sayılı karara aykırılıklar suç sayılmamıştır (CGK 7/4/75 YKD 75/6 36). Keza Bakanlar Kuruluna verilen kararname yetkisi Bakanlar Kurulunca Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığına bırakılmayacağından, bu makamın tebliğlerine muhalefet suç teşkil etmez (7. CD 2/5/84 YKD 84/8 1274).

¹⁶⁴¹ Yasama yetkisinin devrinden ne anlaşılacak gerektiği hakkında tafsilât için Bk: 4. bası, s. 368.

¹⁶⁴² Tafsilât için Bkz. Çoker (Fahri): Uygulamada kanun hükmünde kararnameler, İKİD Şubat, 1985, s. 3.

¹⁶⁴³ KHK'ların kanunlaşması uzun sürebildiğinden geçicilikleri saltanat zamanının *kanun-u muvakkatlarında* olduğu gibi, çok defa lâfta kalmaktadır.

¹⁶⁴⁴ Bizde bazen bir genelge ile kanunun verdiği yetkinin kısılması yoluna gidilmiştir. Meselâ mahkemelerin belli hususlarda bilirkişi tetkikatı yaptırılmaları menedilmek istenilmiştir. İtalya'da bazı cezaların tecil edilmemesi yolunda genelgeler yapılmış, hattâ faşizmi takip eden ilk yıllarda da bazı özel kanunların uygulanmasında şiddetli davranılmasını isteyen genelgeler çıkarılmış olduğunu belirten *Vannini*, böyle genelgelerin bilhassa demokratik rejimlerde nazara alınmaması

Hangi yönetmeliğin Resmî Gazete yayımlanacağı kanunda belirtilir. Mülga Meşhut Suçların Muhakemesi Kanununa göre, C. Savcılıkları ile zabitanın görevlerini ne suretle yapacaklarını gösteren Yönetmelikten sonra yakalama, gözaltına alma ve ifade alma yönetmeliği ve adli ve önleme aramaları yönetmeliği bunlara örnektir. Ceza Muhakemesi Kanunu, öngörülen yönetmeliklerin, aksine hüküm bulunmadıkça ilgili bakanlıkların görüşleri alınarak Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılmasını emretmiştir (CMK 333). Kanunda sözü geçen Yönetmeliklere örnek olarak gözaltına alınan kişilerin durumunu düzenleyen yönetmelik gösterilebilir (CMK 99).

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün adli konularda genelgeler çıkartması 2005 öncesinde de yapılagelen bir uygulama idi. 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla daha önce yayımlanmış olan bütün genelgeler yürürlükten kaldırılarak yeni ceza adalet sistemine uygun genelgeler yayınlandı. Binlerce sayfa tutan bu genelgeler elektronik ortamda muhafaza edilmekte ise de nedense uygulamada geniş ölçüde tatbik edilmemektedir. Mukayeseli hukuka baktığımızda Alman CMK'nun Adalet Bakanının savcıya araştırma yapması konusunda emir vermesine izin veren hükmüne dayanılarak savcı yönetmeliği çıkartıldığı söylenebilir.¹⁶⁴⁵ Savcılara kanunun çeşitli suçlar açısından nasıl uygulanması gerektiğini detaylı olarak gösteren bu yönetmeliğin çok yararlı olduğu ve geniş ölçüde tatbik edildiği görülmektedir. Türk kanunu Adalet Bakanının savcıya emir verme yetkisini, bizce sisteme aykırı olarak, kaldırmış bulunduğu için, Türkiye'de bugünkü mevzuata göre Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün yayınladığı genelgeler hukuki dayanaktan yoksun bulunmaktadır.

Bununla birlikte, CMK da yönetmeliği yapılabileceği dahi öngörülmüş olmayan "iletişimin denetlenmesi" konusunda, RG 14.2.2007 tarihinde yayınlanan bir yönetmelik yürürlüğe konuldu. İstanbul Barosu Başkanlığı tarafından açılan dava neticesinde, Danıştay 10 uncu Dairesi bu konuyu irdelemek fırsatını buldu. Anayasanın 124'üncü maddesine dayanan Danıştay, bu maddenin "idareyi düzenleyici işlem yapma yetkisini kullanmaya zorlayan bir kurala yer vermediği gibi, bu yetkinin ancak yasalarda belirtilen hallerde kullanılacağına ilişkin bir sınırlama da içermemesi" gerekçesi ile, idarenin yasal zorunluluk olmasa dahi, kendi görev alanlarını ilgilendiren yasaların ve tüzüklerin uygulanmalarını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelik çıkarabileceğine hükmetti.¹⁶⁴⁶ Bütün bu kararlar ve uygulama sonunda kanun koyucu duruma müdahale etti ve CMK 135 ila 140 maddelerde düzenlenen koruma tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenlenebileceğine ilişkin kuralları içeren CMK 140/A maddeyi kanunlaştırdı.

309. YAZILI OLMAYAN HUKUK.

Hukuk normlarının doğrudan doğruya kaynaklarının ikincisi de *yazılı olmayan Hukuktur*. Ferdî ve toplumsal hukukî değerlerin sistematik bütünü olan "Hukuk Düzeni" elbet sadece Yazılı Hukuktan veya geniş manası ile kanundan ibaret değildir. Yazılı Hukuk, daima eksik kalmağa mahkûmdur. Bu boşlukları "Örfî Hukuk" da denilen örf ve âdet doldurur. Ancak, Yazılı Olmayan Hukuk, sadece Örfî Hukuk değildir. Yazılı Hukukun, Yazılı Olmayan Hukuka göre toplumca anlaşılışı ve uygulanışı da vardır.

Gerçekten Yazılı Hukuk ile Yazılı Olmayan Hukukun çatışması mümkündür. Belli bir anda, belli bir toplulukta tarihî ve içtimaî şartlara göre ferdî ve toplumsal değerlerin belli bir şekilde ve en âdil, diğer bir söyleyişle en haklı bir surette uzlaştırılması, Yazılı Olmayan Hukuku meydana getirir. Buna "*Yaşayan Hukuk*" (*diritto vivo*), "*Serbest Hukuk*" (*diritto libero*) denilmektedir¹⁶⁴⁷ "Halkta Yaşayan Hukuk Şuuru", "Müşterek değer ölçüleri" denildiği de vardır¹⁶⁴⁸ Ferdin ve toplumun değer hükümlerini

gerektiğini kaydetmektedir (s. 7). Anayasamız, mahkeme ve hâkimlere genelge göndermeği, tavsiye ve telkinde bulunmağı yasaklamıştır (AY 138/2).

¹⁶⁴⁵ Alman Savcı Yönetmeliğinin Türkçe tercümesi için bkz. *Yenisey/Oktar/Oktar*, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Tercümesi, Beta İstanbul 2015.

¹⁶⁴⁶ Danıştay 10. Dairesi, 22.2.2010, E. 2007/2795, K. 2010/1399.

¹⁶⁴⁷ *Foschini*, I, 478. Yaşayan Hukukun, hukuk sosyolojisi açısından incelenmesi için Bk. *Topcuoğlu* (Hâmide): Hukuk Sosyolojisi Dersleri, c. I, Ankara, 2. bası, 1963, s. 183.

¹⁶⁴⁸ *Gorphe*, 134, 160, 162. Bu müşterek değer ölçülerinin, dar mânâda yazılı hukuka girmemekle beraber, yazılı olması mümkündür. Meselâ Avrupa Konseyinin Bakanlar Komitesinin bazı kararları yazılı hukuk konusunda üye Devletlere tavsiyede bulunur, yol gösterir. Hukukî değerlendirme yapılırken bu kararlardan da yararlanılmalıdır.

telif eden “Yaşayan Hukuk”, bazen “*Hukukun genel prensipleri*”¹⁶⁴⁹ diye adlandırılır. *Hak, Hukuk, Hakkanîyet, nesafet* veya *Adalet* terimleriyle ifade edilmek istenen de çok defa budur. Anayasada, kanundan ayrı olarak gösterilen “hukuk” ile kastedilen de budur. Yazılı Olmayan Hukukun önemi Anglosakson memleketlerinde her yerden daha fazladır. Yazılı Hukuk, her zaman bu Yaşayan Hukuku aksettirmez, haklı olmaz. Kanunların bazen haksız da olması veya öyle sanılması bunu göstermektedir.¹⁶⁵⁰

“Yazılı olmayan” sıfatı dar mânâda alınmamalıdır. Maksat, bir ülkede yürürlüğe konmamış olmaktır. Bu nedenle, milletlerarası belgeler, yazılı olmalarına rağmen, kanun kuvvetinde değilse, yazılı olmayan hukuku gösteren vasıtalarlardır.¹⁶⁵¹

Yazılı Hukukun, Yaşayan Hukuka dayanması lâzımdır. Nasıl kâğıt para üzerindeki rakam, paranın hakikî değerini değil, itibarî değerini gösterirse ve Devletin hakikî zenginliği ile mütenasip olmadan basılan paralar enflasyona sebep olursa, sadece kâğıt paraya, yani onun kanunî kuvvetine dayanan iktisat düzeni nasıl düşünülemezse, toplumda Yaşayan Hukuka, yani fert ve toplumun diyalektik değer hükümlerine dayanmayan kanunlarla da Hukuk düzeni kurulamaz.¹⁶⁵² Bunun içindir ki, Yaşayan Hukuk, Yazılı Hukuku kendisine benzettir. Bizdeki gibi, üyelerin çoğunda hak saygısı ve hukuk şuuru fazla gelişmemiş toplumlarda, kanunlar ne kadar mükemmel olursa olsun Hukuk Düzeninin üstün seviyede olması beklenemez. Yabancı örneklere göre hazırlanan sistemli kanunların tâdillere systemsiz bir hale gelişi, tâdil edilmese de trafikte olduğu gibi, uygulamanın bambaşka oluşu, Yaşayan Hukuka uygun seviyeyi bulmadan başka bir şey değildir.

Hâkim hukukî değerlendirme yaparken, hattâ Yazılı Hukuk sistemini kabul eden memleketlerde, önce “*Hukuk Şuuru*” da dediğimiz müşterek değer ölçüleri makamından bir değer hükmü verir ve verdiği bu hükme göre kanuna uygular, icabında kanuna girenleri girmez, girmeyenleri girer göstermeğe çalışır.

Yazılı Hukuk sistemi hâkimin hukukî değerlendirmede ifrata kaçmasını, bir diğer söyleyişle keyfilîği önler. Bazı normların ancak kanunî olacağını kabulündeki sebep budur. Meselâ “*suçların ve cezaların kanunîliği ilkesi*”ne göre, Yazılı Olmayan Hukuka dayanıp bir eylemi suç saymak mümkün değildir. Bunun gibi, Muhakeme Hukuku bakımından ancak kanunla yapılması lâzım gelen hürriyet sınırlandırılmaları için de Yazılı Olmayan Hukuk normu söz konusu olamaz. Kaldı ki mecburîlik veya diğer söyleyişle bağlayıcılık vasfı sadece kanunî normlar bakımından söz konusu olabilir. Yazılı Olmayan Hukuk normları hâkim bakımından daima ihtiyarî bir vasıttadır.¹⁶⁵³ İçtihatların devamlılığı da hâkimlerin Yaşayan Hukuka göre yaptıkları değerlendirmelerde keyfilîği önleyen tedbirlerden biridir.

¹⁶⁴⁹ Anayasanın 138. maddesindeki *hukuk* tâbiri ile *hukuk prensiplerinin* kastedildiği gerekçede belirtilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi de kanuna uygunluk yanında hukuka uygunluk aramaktadır (*Clerc*, n. 25).

¹⁶⁵⁰ İnsanlar tabiat kanunlarını nazara almamazlık edemediklerinden, tabiat kanunlarını hiçe sayan bir kanun, Hukuk şuuruna aykırı düşer ve haksız sayılır. Mücbir sebebi kabul etmemek bu sebeple haksızlık olur. Halkın Hukuk şuurunu ile çatışma bazen zorunlu olur.

¹⁶⁵¹ *Kunter*: Sanığın yokluğunda yapılan sorsorşturmada uygulanacak Taban Kurallar, İHFM “43”, 1978, s. 340. İsviçre Federal Mahkemesi de hükümlü ve tutuklara uygulanacak Taban Kurallara, önemli neden olmadıkça, aykırı davranılmaz demmiştir (*Poncet*, s. 154).

¹⁶⁵² *Foschini*, I, 472. Toplumun kendisinden fazla gelişmiş olan yazılı hukuku, kendi gelişme seviyesine indirmesinin bir örneği de ceza hadlerinde kendisini gösterir. Toplumun hukuk şuurunun gelişmesi “sabit ceza” seviyesini aşmamışsa, kanunlar aşağı ve yukarı hadler kabul etse de uygulamada, ne yapılır edilir, aşağı haddenden yukarı çıkmalar önlenir ve sanki kanunda sadece aşağı haddenden ibaret tek ceza varmış gibi hareket edilir. Kanuna rağmen bizdeki bocalamaların sebebi burada aranmalıdır. Yazılı olan ve olmayan Hukukun bu şekilde çatışması çok defa zorunludur. Milletler çok defa kalkınma için topluma yeni bir düzen vermek ve eski örf ve âdetlere aykırı kanunlar kabul etmek zorunda kalırlar. Bu kanunların, hattâ ceza müeyyidesiyle, uygulanabilmesini sağlamak çok güçtür. Bizce bunların faydasına bir diğer söyleyişle haklı olduklarına halkı inandırmak, yani müşterek değer ölçüsü haline getirmekten başka çare yoktur.

¹⁶⁵³ *Foschini*, I, 478.

310. İÇTİHADİ HUKUK.

İçtihadî Hukuk¹⁶⁵⁴, benzer müşahhas olaylarda verilmiş kararlardan çıkarılan ve yeni bir hükümde veya hüküm vermede hukukî değer ölçüsü olarak kullanılan normların bütünüdür. İçtihadî Hukuk, bir norm kaynağıdır.¹⁶⁵⁵ Gerçi içtihatlar, bizdeki İçtihat Birleştirme Kararlarındaki istisna hariç, mahkemeleri bağlamazlar. Buna rağmen belli bir zamandaki hukuk anlayışını, hukukî değer ölçülerini göstermek bakımından önemleri açıktır. İçtihadın çok defa kaynak sayılmamasına sebep, Hukuk normları ile, kanun normlarının birbirine karıştırılmasıdır. Kaldı ki kanunî normlar da hâkimler bakımından emredici değildir, bir vasıttan ibarettir. O halde içtihatların emredici olmaması, müşahhas olayların hukukî değerlendirilmesinde ölçü olmasına engel değildir. Hâkimler verdikleri hükümlerin doğruluğunu, bir diğer söyleyişle ve “hak” “doğru” mânâsına da geldiğinden, haklılığını yani bütün hukuk normları bakımından yaptıkları değerlendirmenin isabetini, meslektaşlarının verdikleri hükümlere, yani içtihatlarla uygunluğu ile kontrol ederler.¹⁶⁵⁶

Anglosaksonların “*Case Law*” sistemi bu esasa dayanır. Ancak, evvelce verilmiş olan bir karar, hiç bir zaman haklılık ve haksızlık konusunda son söz olarak kabul edilmez. Hukukun lâboratuvarı olan mahkemelerde eski kararlar, her seferinde ele alınan, değerlendirilen bir faraziye, bir tasarı mahiyetindedir. Eğer evvelce uygulanan normun olaya tatbikinin âdil olmayacağı görülürse, bir tartışma açılır. Birdenbire olmasa da, içtihat yani norm değiştirilir.¹⁶⁵⁷

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ve Mahkemesinin bağlayıcı yetkisini kabul eden ülkeler açısından AIHM kararları “içtihadî hukuk” kaynağıdır. Hâkim iç hukuku uygularken bunları da göz önünde tutar. Yürütme kuvveti ise, kanunla bağlıdır.

Yazılı Hukuk esasını benimseyen memleketlerde de tatbikatta İçtihadî Hukukun kaynak teşkil ettiği görülmektedir. Hattâ bunda ifrata gidildiği, bazı hâkimlerin, kafalarını işletmeden, mevcut içtihadı göre hüküm verip içtihadın doğruluğunu araştırmadıkları da görülmektedir. İçtihadî Hukukun kaynak oluşu dolayısı ile, zira Yazılı olan ve olmayan Hukuku aksettirir. İçtihadî Hukuk, devamlılığı sayesinde, hâkimlerin keyfililiğine de mâni olur, yani Hukuku anlayışta bir örnekliliği sağlar.

Maddi meseleyi de ele alan olay mahkemeleri de asıl derece mahkemeleri, hukukî mesele ile uğraşmaya fazla vakit bulamazlar. Yargıtay, hem en yüksek kanun yolu mahkemesi olması, hem de sadece hukukî meselelerle uğraşmakla görevlendirilmiş bulunması sebebiyle, içtihadî hukuk yaratmada önderlik eder ve içtihatlarla birlik sağlar.

Ancak yetkiler daireler arasında bölüştüğünden ve iş bazen Ceza Genel Kuruluna da gittiğinden, ceza daireleri arasında veya bu dairelerle Ceza Genel Kurulu arasında ve hattâ bunlarla Hukuk Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu arasında içtihat ayrılıkları meydana çıkabilir. Hatta aynı Daire, zamanla eski içtihadını beğenmeyebilir ve yeni bir içtihadı benimseyebilir. Böylece eski ve yeni içtihat arasında da aykırılıktan veya içtihat değiştirmeden söz edilebilir. “*İçtihatların birleştirilmesi*” mekanizması böylece ortaya çıkmıştır.¹⁶⁵⁸ 1953 de yapılan değişiklik, 1973 ve 1983 tarihli Yargıtay Kanunlarına da geçmiş ve artık İçtihat Birleştirme Kararları kanundan da üstün olmuşlardır. İstinaf mahkemeleri 2016 yılında

¹⁶⁵⁴ *Giurisprudenza*, “mahkeme içtihadı” veya sadece “içtihat” diye tercüme edildiğinden, onun yerine kullanılan *Diritto Giudiziale* yerine “İçtihadî Hukuk” demeyi tercih ettik.

¹⁶⁵⁵ *Falchi*, 69; *Carnelutti*: *Teoria generale del diritto*, 107; *Foschini*, I, 482. Yargıtay Birinci Başkanı *Nihat Renda*, içtihadî hukukun norm kaynağı olduğunu şöyle açıklamıştır: “Yasalarda mevcut genel ve soyut nitelikteki kuralların toplum ihtiyaçlarına ve yaşamın türlü evrim ve oluşumlarının gereklerine uydurulabilmesi bu yüce görevi yükümlenen hâkimlere, kural yaratmaya varan geniş bir yetki tanınmasını zorunlu kılmıştır ki hâkimi diğer kamu görevlilerinden ayıran en önemli özellik de budur” (1985-86 Adalet yılı açış konuşması, YD 85/11 362).

¹⁶⁵⁶ *Gorphe*, 162.

¹⁶⁵⁷ *Munroe (Smith)*: *Jurisprudence* (1909), s. 21 (*Gorphe*, 163’den nakil).

¹⁶⁵⁸ İçtihat uyumsuzluğu sadece iki ceza veya hukuk dairesi arasında çıkmışsa, ilgili Ceza veya Hukuk Genel Kurulu bu içtihatları birleştirir. Dairelerden biri yerleşmiş içtihadından dönmek isterse veya birbirine uymayan kararlar vermişse yine ilgili genel kurul karar verir (YK 15 : 2). Bir ceza dairesi ile Ceza Genel Kurulu veya Ceza Genel Kurulu’nun iki kararı arasında görüş ayrılığı çıkarsa, hukuk daireleri üyelerini hakem yapmak demek olan, işi Büyük Genel Kurula götürmek (YK 16: 5) isabetsizdir (*Seçkin*, 174). Nitekim bu isabetsizlik, isabetsiz kararlarda kendisini göstermektedir. Son söz yine Ceza Genelkurulu’nun olmalıdır.

çalışmaya başladıktan sonra bölge adliye mahkemelerinin kesin nitelikteki kararları arasında hüküm uyuşmazlığı doğmuş, bunu gidermek için BAM Başkanlar Kurulunun Yargıtay'a başvurması yolu açılmıştır (No. 525, III).

Gerçekten, kanunlar hâkimlere emretmedikleri yani onları bağlamadıkları halde, bu kararların mahkemeleri bağlaması kabul edilmiştir (YK 45/5). Bu değişiklik bizce hatalı olmuştur. Bir kere normun vasıta oluş ve hâkimlerin bağımsızlığı esaslarına aykırıdır. Diğer taraftan, artık birleştirilmiş içtihadı karşı mahkemeler yeni bir mütalâa, yeni bir görüş belirtmediklerinden içtihatların değişmesi çok güçleşmiştir.¹⁶⁵⁹

Bizce, hukukun kalıplaşmaması ve değişen ihtiyaçlara uydurulabilmesi için, aykırı içtihatlarla her rastlandığında, birleştirmeğe gidilmemeli¹⁶⁶⁰, en iyisi, mümkün olduğunda¹⁶⁶¹, sadece bizde bulunan¹⁶⁶² "içtihat birleştirme" kurumu, yerini "içtihat değiştirme" kurumuna¹⁶⁶³ terk etmelidir.

311. BİLİMSSEL HUKUK.

Hâkimler, belli bir zamandaki hukukî değerlerin bütününi yani Hukuk Düzenine göre bir değer hükmü vereceklerinden, hukuk düzenini bir sistem halinde toplu bir şekilde izaha çalışan bilimden de faydalanacaklardır. Bilimsel Hukuk (*diritto scientifico*) çok defa "doktrin" diye adlandırılmaktadır. Bugün çoğunlukta olan görüşe göre Bilimsel Hukuk, normların kaynakları arasında değildir. Bunun sebebi, bütün normların emredici ve mecburî olması lâzım geldiğinin sanılmasıdır. Halbuki hâkimler bakımından, hiçbir hukuk normu emredici değildir. Emredicilikle karıştırılmaması gereken mecburîlik ise sadece kanunî normlar bakımından söz konusu olabilir. Hâkim hükmünü verirken, doktrini bir değer ölçüsü olarak kullanır. Bilim, hâkimin hukukî değer ölçüsü olarak kullanılır. Bilim, hâkimin hukukî değer hükmü vermesinde en büyük yardımcısıdır.

İçtihadî Hukukun meydana gelmesinde olduğu gibi, Yazılı Hukukun meydana gelmesinde de Bilimsel Hukukun rolü büyüktür. Bilimsel Hukukun dolayısı ile kaynak sayılmasının sebebi budur.

40. § NORMLARIN UYGULANMASI

312. Uygulanabilirlik değerlendirmesinin çeşitleri. 313. Yürürlük. 314. Geçerlik. 315. Zaman bakımından uygulanırlık. 316. Derhal uygulanırlık kaidelerinin istisnası. 317. Yer bakımından uygulanırlık. 318. Mülkîlik kaidelerinin istisnaları. 319. Yorum. 320. Sanık lehine yorum meselesi.

¹⁶⁵⁹ İçBK'larının benzer işlerde mahkemeleri bağlaması özellikle hâkimlerin bağımsızlığı yönünden Anayasaya aykırıdır (k-m: AYM: 12/6/69 RG 29/1/70). *Tosun* da bu görüştedir (II, 274). *Bilge*, nazari bakımdan tartışılabilirliğini kabul etmekle beraber memleket şartlarına uygun bulmaktadır (Yargısal içtihatların bağlayıcı gücü ve İçBK'ları, Seçkin'e Armağan, 1974, s. 275). Erem ise kanundan da ileri giderek Yargıtay'ın bütün kararlarının, cezada bağlayıcı olmasını istemektedir (Yargıtay kararlarının ceza hukukunda bağlayıcılığı, DİB 69, 3). Gösterdiği gerekçeler ya kesinlik otoritesi gibi belli bir olayın çözüm şekline münhasırdır ki konunun dışındadır yahut bir örnekliliği sağlama, tecrübelerden yararlanma gibi faydalarıdır ki bu da, faydalı olmakla zarurî olmak aynı şey olmadıklarına göre, Yargıtay kararlarının bağlayıcı olmaması ile de sağlanabilir. Netekim bizde de başka yerlerde de sağlanmaktadır.

¹⁶⁶⁰ Nitekim bu yolda kararlara rastlamaktayız. Meselâ "İş Hukuku henüz gelişme devresinde olup şimdiden kalıplaştırmanın doğru olmayacağı" gerekçesi ile birleştirme reddedilmiştir (İçBK: 13/1/75 RG 16/2/75).

¹⁶⁶¹ Bu bir imkân meselesidir, zira diğer dairelerin ve genel kurulların içtihatlarını bilmek gerekmektedir.

¹⁶⁶² *Kuru*: İçtihatların birleştirilmesi ile ilgili bazı sorunlar, Ankara, 1977 s. 12.

¹⁶⁶³ Bunun da ana hatlarını şöyle çizebiliriz: Her daire veya genel kurul kendi içtihadından, gerekçe göstererek serbestçe ayrılabilir. Buna karşılık bir daire, diğer bir dairenin veya genel kurulun içtihadından farklı bir karar vermek isterse işi genel kurula veya büyük genel kurula götürür ve o işte artık kararı kendisine iş götürülen makam verir. Böylece kararı yine genel kurul vermekte, fakat Daire aradan çekildiği için, emekten ve zamandan tasarruf edilmekte, daha iyisi Daire kararının kesinliği temeli sarsılmamaktadır. Hatırlatalım ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde benzer bir yol tutulmakta hem işler hızlandırılmakta hem de içtihat aykırılıkları önlenmekte, böylece sonradan birleştirmeğe de ihtiyaç kalmamaktadır. Bu yolu şöyle özetleyebiliriz: Mahkeme adına kaide olarak Daire adı verilen sınırlı sayıda üyeden oluşan kurul karar vermekte, fakat daireler gerekçeye işi Genel kurula götürebilmektedirler.

312. UYGULANABİLİRLİK DEĞERLENDİRMESİNİN ÇEŞİTLERİ.

Somut olayın hukukî, durumu hakkında değer hükmü verirken, hâkimin hukukî değer ölçüsü olarak *kullanacağı* normları araştıracağını gördük. Bu araştırma, bulunan normların *kullanılabilirliğinin* veya âlet olarak kullanılan norm açısından ifade ederek işlerliğinin, teknik adı ile *uygulanabilirliğinin* değerlendirilmesini gerektirir. Normların hukukî değerinin araştırılması demek olan bu değerlendirme, 1) yürürlük, 2) geçerlik, 3) zaman bakımından uygulanma, 4) yer bakımından uygulanma, yorum açılarından yapılır.

313. YÜRÜRLÜK.

Bir normun uygulanabilmesi için ilk değerlendirme, “*yürürlük*” (mer’iyet, *vigenza*) açısından yapılır yani onun yürürlükte olup olmadığı araştırılır. Uygulanabilirliğin ilk şartı olan yürürlük, bir yazılı hukuk normunun uygulanabilirliğinin, onu yürürlüğe koyan Devletçe resmen tanınması demektir. Bir normun yürürlükte olması için, yürürlüğe konmuş olması yetmez, yürürlükten kaldırılmamış olması da gerekir. Bunu, elektrik ile işleyen âletlerde fişin prize takılı olmasına benzetebiliriz. Âletin çalışması için şart olan cereyan (yani norm bakımından Devlet gücü) var demektir.

Kanunlar, metinde yürürlük için gösterilmiş olan tarihte yürürlüğe girerler. Bu tarihin yayım tarihinden¹⁶⁶⁴ önce olmaması mantıkça zorunludur. Bilinmeyen şey kullanılabilir mi? Eğer kanunda yayımdan önceki bir tarihte yürürlüğe girmeden söz edilmişse, yürürlük ile zaman bakımından uygulanırılığın birbirine karıştırıldığı, açıktır. Gerçekten Kanunun yayımından önceki bir olaya uygulanması mümkündür. Buna *geçmişe uygulanırlık* denir. Normun zaman açısından değerlendirilmesini ilgilendiren geçmişe uygulanırlık, yayımdan önce yürürlük sanılmamalıdır. Geçmişe uygulanan kanun da yayımdan önce değil, yayımdan yani yürürlüğe girmeden sonra kullanılıp uygulanmaktadır.

Eğer kanun yürürlük başlangıcını göstermemişse, neşri takip eden günün başlangıcından hesap edilmek üzere, 45 günün hitamından itibaren yürürlüğe girer (1928-1322 m.3).

Yürürlük için Resmî Gazete ile yayım şarttır. Bazı kanunların mahallerinde ilân ettirilmesi, daha iyi duyurulması için bir tedbirdir.¹⁶⁶⁵

Geçici olanları müstesna, kanunlar yürürlükten kalkacakları tarihleri metinlerinde göstermezler. Bu sebeplerdir ki bir kanunun yürürlükten kalkış tarihi, kaide olarak, onu ilga eden bir başka bir kanunun yürürlüğe girmesi tarihidir. Anayasa da bir kanun olduğundan, bir konuyu “açıkça” düzenlemişse, aynı konuyu düzenlemiş olan kanunları zımnen ilga eder.¹⁶⁶⁶ “Açıkça düzenleme” yoksa, Kanun yürürlükte kalır.

¹⁶⁶⁴ Yayım tarihi, Resmî Gazete’nin yayım tarihidir. (5680 sayılı mülga Basın K. 3), yani gösterme, asılma, dağıtma, satışı arz tarihi, hatta saatidir. Gün gece yarısı başlıyor diye yayım tarihi olan 22 eylülde yürürlüğe giren kanun 22 Eylül saat 03’deki olaya uygulanamaz (8. CD 18/3/80 YKD 80, 1178).

¹⁶⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, 1922-1322 numaralı kanunun 11. maddesi ile bu maddeye atıf yapan 1950-5617 numaralı kanunun 18. maddesindeki ilânı, yürürlük şartı saymamıştır (21/11/67 RG 18/6/68). Yargıtay karşı mütalâadadır (CGK 22/12/52, 2127-158).

¹⁶⁶⁶ Keza *Postacıoğlu*, s. 32. Meselâ 1961 Anayasasının 134. maddesinin 2. fıkrası hükmü ile, Emekli Sandığı Kanununun 39. maddesinin b bendini hâkimler bakımından zımnen ilga edilmiştir (CGK 15/1/62, 1-2). “Aykırı hükümler kendiliğinden kalksaydı iptale lüzum görülmezdi” gerekçesi ile zımni ilgayı kabul etmeyen Anayasa Mahkemesinin 22/5/63 tarihli ve 205/123 sayılı, 11/11/63 tarihli, 106/207 sayılı, 3-4/11/66 tarihli, 63/81 - 66/40 sayılı (RG 13/4/67) kararları isabetsizdir. zira, gerekçe hatalıdır. Bütün aykırılıklar kendiliğinden kalkacak diye bir iddia yoktur. Her aykırı hüküm zımnen ilga edilmiş değildir. Sadece Anayasanın bir kanun gibi bir konuyu düzenlediği, meselâ hâkimin emeklilik yaşını tâyin ettiği hallerde aykırı kanunlar ilga edilmiştir. Bunun dışında kalan aykırılıkların iptaline elbet lüzum vardır. Anayasa Mahkemesi 14/11/67 tarihli kararında (RG 29/4/68), Memur Muhakemesi Kanununun soruşturuculara soru hâkimi yetkisi veren hükmünün mutlak olmadığını, zira Anayasaya göre ancak hâkim tarafından yapılması gereken muameleleri yapamayacaklarını söylemekle zımni tâdili kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesinin, yürürlük ile geçerlik ayırmasını yapmadığı için zımni ilgayı kabul etmeyen görüşünde ısrar ettiği anlaşılıyor. Gerçekten, genel müsadere cezasını kabul etmeyen AY 38/7 ile zımnen ilga edilmiş olan (CGK 28/3/88 YKD 88/6 840 İKİD 88 5635) mülga TCK 403/son’u, bu ilgayı kendisi belirleyip iptal gerekmez diyerek yerde, iptal etmiştir (3/6/88 RG 20/8/88).

Yürürlükten kalkış, kanunun bütünü veya madde veya fıkrası şeklinde bir parçası bakımından olabildiği gibi, başka bir kanunla ilga da açık veya “üstü kapalı” (zimmî) olabilir. Gerçekten yeni norm ya açıkça “eski norm ilga edilmiştir” der yahut eskisine aykırı bir kural getirir. Hukuk düzeninin bir bütün, bir sistem oluşu normların birbirine aykırı olmamasını gerektirdiğinden, sonradan çıkan normun -eğer istisna söz konusu değilse-, eskisini üstü kapalı biçimde ilga ettiği kabul olunarak aykırılık yok edilir. İstisnalarda durum farklıdır, zira üstü kapalı ilga, istisna oluş ile bağdaşmaz. Gerçekten üstü kapalı ilganın temelinde, ilgayı kabul ettiğimize göre, aykırılık var demektir.

Halbuki aykırılık ile istisna oluş farklı şeylerdir. Nitekim aynı tarihte kabul edilen bir kanun (veya Anayasa) içinde iki madde birbirine aykırı olamaz. Bunlardan birini *kaide*¹⁶⁶⁷ diğerini *istisna* kabul etmek mantık zorunluğudur.

Şu hâlde iki norm arasında, aykırılık olup olmadığı sorunundan önce, kaide-istisna ilişkisi olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu da istisnanın, hukuk düzeninin bütünlüğüne ters düşmeyecek biçimde anlaşılması ve ölçüsünün tayini demektir ki bir yorum meselesidir. Genel kanun bakımından istisna olan özel kanun sonradan çıkarsa, genel kanunu ilga etmez, sadece kendi dar sınırları bakımından ondan ayrılmış olur. Eski kanun özel ise, yeni genel kanunun eski özel kanuna aykırı olduğu söylenemez. İstisna olduğuna göre, eski özel kanun yürürlükte kalır. Eğer onun da ilga edilmesi isteniyorsa, ilga ediş açık olmalıdır.¹⁶⁶⁸

314. GEÇERLİK.

I. Değerlilik.

Yazılı hukuk normunun uygulanabilmesi için “yürür” olması yetmez, “geçer” olması da aranır. Bu da “geçerlik”¹⁶⁶⁹ (muteberlik, *validité*) açısından bir araştırmayı gerektirir. Bu demektir ki, norm adlı âletin sağlam olup olmadığına da bakılacak, sağlamsa kullanılacaktır. O halde geçerlik ile “sağlamlık” aynı anlama gelmektedir.

Nitekim İslâm Hukukunda da muteber oluşa *sıhhat*, *muteber* kelimesine de *sahih* denilmektedir.¹⁶⁷⁰ Geçerliğe *değerlilik* de diyebiliriz. Zira bir normun hukukî değeri norm olarak kullanılabilmesidir. Kullanılamıyorsa, değeri yok demektir. Sonuç şu oluyor ki, geçerlik (veya sağlamlık veya değerlilik), yürürlükten farklı¹⁶⁷¹ bir kavram olup bir işlemin yapılmasını düzenleyen normlara aykırılığın o işlemi sakat veya değersiz saydıracak bir müeyyideyi gerektirmediğini ifade eder.¹⁶⁷² Yazılı Hukuk normlarının geçerliğine tesir eden müeyyideler, bu normların sevkini düzenleyen normlarda yer alır. Bunlar 1) yokluk, 2) butlan müeyyideleridir. Yokluk, sadece belli bir dâva bakımından yok saymadır. Butlan müeyyidesi, normu belirten hukukî işlemin (meselâ kanunun) iptal edilmesi, yani genel olarak

¹⁶⁶⁷ Burada *kaide* kelimesini *kural* diye Türkçeleştirmedimize dikkat edilmelidir. Burada *kaide* derken, *kaideyi teşkil eden kural*’ı, *istisna* derken de *istisnai kural*’ı kastediyoruz. Bir diğer söyleyişle kaide de istisna da *kural*’dır. Her ikisinden söz ederken, anlamı daha geniş olan “norm” demek mümkündür

¹⁶⁶⁸ k-m: 1. CD 17/8/73 İBD 74, 201 (İlksoruşturma ihtiyarı kılındığında, özel kanunlardaki aksine hükümler saklı tutulmadı diye onlarda da mecburiyetin kalktığı kabul edilmiştir). CGK 2.6.1998 (E. 1998/1998/7-135, 1998/200 YKD 1998, 1688). Bir ceza hükmünün kanun hükmündeki kararname ile yürürlükten kaldırılmasının mümkün olup olmadığı Yargıtay tarafından karara bağlanmıştır. 4250 sayılı kanunun 19 uncu maddesi her çeşit spirtolu içki satmak isteyenlerin ruhsat almasını mecbur kılmış, aksine eylemi 31 inci maddesi ile cezalandırmışken 560 sayılı KHK’nın 21 inci maddesi ile 31 inci madde yürürlükten kaldırılmıştır. Ceza Genel Kuruluna göre kanun kuvvetinde kararname ile suç ve cezayı belirleyen bir kanun maddesinin yürürlükten kaldırılması veya değiştirilmesi mümkün değildir (4250 sayılı yasanın 31 inci maddesi 2004-5179 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.)

¹⁶⁶⁹ Geçmez parada olduğu gibi geçerlik yürürlük ile eş anlamlı olduğundan, muteberlik terimini kullanıyorduk. Hem yaygın kullanışına, hem yürürlük ile karışma sakıncası bulunmadığına bakarak, muteberlik yerine geçerlik demeye uygun bulduk.

¹⁶⁷⁰ *Ebu Zehra, 72.*

¹⁶⁷¹ Geniş anlamdaki *kullanılabilmenin* çeşitli açılardan dar anlamları ayrı ayrı terimlerle ifade edilir. Bunlardan birincisi yürürlük, ikincisi geçerliktir. Her ne kadar bu ayrımların yapılmadığı zamanlarda geçerlik veya geçmezlik geniş anlamda kullanılıyor idiyse de, bugün ayırım yapıldığına göre, geçerlik ve yürürlük birbirine karıştırılmamalıdır. Bunun gibi, meselâ zaman bakımından yürürlük denilmesi de, anlamı dar olan yürürlüğü geniş anlamda kullanmak olduğu için isabetsizdir.

¹⁶⁷² Bu demektir ki, aykırılık önemli değilse müeyyide gerekmez. Aynı yönde: AYM: 12/5/77 RG 18/6/77.

ortadan kaldırılması demektir. Bunun içindir ki butlan ayrı bir muhakemeyi gerektirdiği halde yokluk, nisbî muhakeme ile kabul edilebilir.¹⁶⁷³

II. Anayasa Mahkemesinin denetimi.

Anayasa Mahkemesinin görevi, Anayasaya uygunluğu denetleme (AY 148/1)¹⁶⁷⁴ ve gerekirse, müeyyide uygulamadır. *Yasama yetkisi* Meclise verildiğine göre (AY 7), Anayasa Mahkemesi, kanunkoyucu yerine geçip kanun yapamaz.¹⁶⁷⁵

Anayasa Mahkemesi kanun yapmadığı gibi, kanun koyucunun kanun kabul etmekle açıkladığı siyasi düşünce yerine kendi siyasi düşüncesini koyma sonucunu doğuracak iptal kararı da veremez. Bunun içindir ki Anayasa Mahkemesi “uygunluk yorumu” metodunu uygulamalı ve ancak Anayasa ile bağdaşan bir yorum imkânsız olduğu zaman, iptal etmelidir.¹⁶⁷⁶ Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir (AY 153/1).¹⁶⁷⁷ Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yöntemi ile doğrudan norm denetimi yapılamaz, fakat uygulamadaki hak ihlalleri normun kalitesiz olmasından kaynaklanıyorsa, kanun koyucunun hukuk normunu hukuka uygun hale getirmesi gerekir.

III. Anayasanın değiştirilmesi.

Anayasa değişiklikleri diğer kanunlar gibi Anayasa Mahkemesince denetlenir. Ancak bu uygunluk sadece Anayasa’da gösterilen şekil şartları bakımından aranır (AY 148/1).¹⁶⁷⁸ Zira Anayasa Mahkemesinin varlık nedeni, kanunların Anayasa uygunluğunu denetlemedir. 1972’den önce de Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimine imkân verecek bir hüküm mevcut değildi. Kaldı ki Anayasanın Anayasaya uygunluğunu aramak, Anayasa’nın değiştirilebilmesi kavramına da ters düşmektedir.¹⁶⁷⁹

IV. Normun Anayasaya aykırılığının müeyyidesi: Butlan.

¹⁶⁷³ Tüzük ve yönetmelik gibi idarî işlemler için iptal dâvası varken, mahkemenin yok sayıp sayamayacağı tartışılmıştır. Seçkin (İmran Öktem’e Armağan, 1970, s. 47, 60), aradaki farka dayanarak bunu mümkün görmekte ve uygulamanın da bu yolda olduğunu söylemektedir.

¹⁶⁷⁴ Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında tuttuğu yazılı hukuk metinlerini Anayasa bir bir göstermiştir. (Any, 174; g.m. 15/3). Bunun anlamı, bu metinlerdeki normların Anayasaya aykırı olmayıp onun istisnalarını oluşturduğunun Anayasa tarafından kabul edilmiş olmasıdır.

¹⁶⁷⁵ Anayasa Mahkemesinin, şekli yönünden iptal ettiği istisnalarda yeni kanun çıkarma imkânını Meclise tanımayarak, Meclisin affetmediği suçları affetme sonucunu doğuran kararlarında olduğu gibi kanun koyucu yerine geçtiği olmuştur. Anayasa Mahkemesinin kararında kanun koyucu gibi hareket ettiğini saptamanın mümkün olmadığı tezi (*Duran: Türkiye’de Anayasa Yargısının işlevi ve konumu. Amme İdaresi derneği, 1984*) doğrudur. Ancak her karar gibi hukukçuların bunu tartışabileceğinde tereddüt etmiyoruz.

¹⁶⁷⁶ Alman Anayasa Mahkemesi ile Amerikan Yüksek Mahkemesinin de içtihadı bu yoldadır (*Bachof: Hukuk ve siyaset arasında Anayasa Mahkemesi hâkimi. Timur’a Armağan, 1979, s. 128*). İtalyan Anayasa Mahkemesi de aynı metodu uygulamaktadır (*Ocakçioğlu: Anayasa Mahkemesi Kararları. O. F. Berki’ye Armağan, 1977, s. 569*). Bunun sonucu şu olmaktadır ki mahkemeler, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya uygun bulduğu için iptal kararı vermemesi halinde bu uygun yorum ile bağlı olmalı, artık Anayasaya aykırı düşecek yorumlarda bulunamamalıdır. Anayasa Mahkemesinin kararlarının kesinliği bu durumu da içinde alacak biçimde yorumlanmalıdır.

¹⁶⁷⁷ Bu demektir ki AYM aykırılık iddiasını bir kere esastan reddetti mi, bir daha kendisi de aynı iddiayı ele almamalıdır. Bu ihtiyacı duymayan 82 Anayasası koyucusu, ortalama bir yol tutmuş ve kararın Resmî Gazete’de yayınlanmasından 10 yıl geçmedikçe, aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiası ile tekrar dâva açılmayacağı kuralını getirmiştir (AY 152/4). Biz bunu da kararın kesinliği ile bağdaştıramıyoruz. Keza kanunları Anayasaya uygun yorumlaması da mahkemeleri bağlamalıdır.

¹⁶⁷⁸ Anayasa değişikliği de Anayasa olduğundan bunun esas bakımından Anayasa uygunluğunun denetimi söz konusu olamamak gerekir. Anayasa Mahkemesi, Devlet şeklinin cumhuriyet olması kuralının değiştirilemeyeceği yolundaki 4. (1962 AY 9.) maddeye aykırı diye bu denetimi sürdürmektedir. Meselâ kamulaştırmada vergi değerinin esas tutulmasını, sanki Devlet cumhuriyet olmaktan çıkmış gibi, iptal etmiştir (12/10/76 RG 28/1/77). AYMK, 62 Anayasasının 9. maddesine aykırılık incelemesini, şekli bakımından saymışsa da *Yayla’nın dediği gibi* (Anayasa Mahkemesine göre Cumhuriyetin özü. Timur’a Armağan, 1979, s. 980), esas incelemesi yapıyorum deseydi başka ne yapabilir ki?

¹⁶⁷⁹ Anayasa değişikliğinin esas yönünden iptal edilememesi, Anayasa Mahkemesinin, kararlarında Anayasayı bir bütün olarak ele alıp Hukukun genel prensipleri ışığında yorumlayacağına göre, bu değişiklikleri de bütüne ters düşmeyecek biçimde yorumlamasına ve bu da imkânsızsa onları yorumu dışında tutmasına, bizce, engel olmayacaktır.

Dar mânâda kanunlar bakımından bugün¹⁶⁸⁰ tek müeyyide vardır. O da “*butlan*”dır. Anayasa kanunların nasıl yapılacağını açıklamış (AY 88-90), Anayasaya aykırı kanun olamayacağını belirtmiş (AY 11/2), bu kuralların müeyyidesini de bir karar ile iptal edilme, yani butlan olarak göstermiştir (AY 153/1). Bu butlan, nispidir, zira ilgililerin Anayasa Mahkemesinde dâva açmaları gerekmektedir.

Anayasaya aykırılık, kanunun gerek koyduğu norm, gereke yapılışı bakımından olabilir. Meselâ Anayasanın aradığı yeter sayı olmadan Meclislerin toplanıp karar vermesinde Anayasaya aykırılık vardır.¹⁶⁸¹

“Anayasaya aykırılık” ile “Anayasa ile zımnen ilga” birbirinden ayrı şeylerdir. Birincisi geçerlik, ikincisi yürürlük meselesidir. Birincisinde mahkemeler kaide olarak yetkili değildir. İkincisinde ise yetkilidir.

Bir kanun normunun Anayasaya aykırı olduğunu tespit eden, bir diğer söyleyişle onu iptal eden bir karar verilmesi için yargılama makamına başvurular yani dâvalar iki çeşittir:

1) “*Doğrudan doğruya iptal dâvası*”, bir kanun normunun iptal edilmesi için, yapılmakta olan bir muhakeme ile ilgili olmaksızın, Anayasa Mahkemesine başvurulmasıdır (AY 150). Bu dâvanın belli bir süre içinde açılması lâzımdır (AY 151). Bu süre, kaide olarak yayımdan itibaren 60 gündür.

2) “*Dolayısıyla iptal dâvası*”, yapılmakta olan bir muhakemede uygulanacak¹⁶⁸² bir kanun normunun iptal edilmesi için dâvaya bakan yargılama makamınca¹⁶⁸³ açılır. Başka bir muhakeme ile ilgili olan dolayısıyla iptal dâvası¹⁶⁸⁴ iki şekilde açılır:

¹⁶⁸⁰ 61 Anayasası butlandan ayrı olarak yokluk müeyyidesini de öngörüyordu. Gerçekten, bu Anayasaya göre (m. 152/4) Anayasa Mahkemesi, diğer mahkemelerden gelen Anayasaya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına da karar verebilirdi. Tahminimize göre uygulamada anlamı ve yararı anlaşılmadığından, 1982 Anayasası bu kurala yer vermemiştir. Bizce, Anayasanın adını koymadığı bu ikinci müeyyide, hukuk bakımından yokluk’tu ve bu istisnai kural, iptal edilmiş fakat henüz iptal kararı yayınlanmamış kanunlar bakımından yararlı idi (Tafsilat için Bkz. 7. bası, s. 443).

¹⁶⁸¹ Tapulama Kanunu bu yüzden iptal edilmişti (AYM: 16/1/65 RG 12/1/66).

¹⁶⁸² Normun uygulanmasının söz konusu olması şartı, mahkemenin işi Anayasa Mahkemesine gönderme kararı verebilmesi için aranmaktadır. Böyle bir şart varken verilen karar üzerine, sonradan bu şart meselâ zamanaşımı veya genel af ile ortadan kalksa bile Anayasa Mahkemesi yargılama yapmaya mecburdur (AYM: 8/4/63, RG 9/7/63; *Dönmezer*: Kronik, İHFM 1963, 780). Aynı şekilde, mahkemenin dâvaya bakmakta olması yeter. Meselâ sonradan ilân edilen sıkıyönetim dolayısı ile mahkemenin yetkisi kalmasa bile, görev yönünden yetkisizlik kararı vermediği sürece mahkeme, dâvaya bakan mahkemedir (k-m: AYM: 30/3/79 RG 10/6/79). Anayasa Mahkemesinin dâvaya bakıp bakamaması, sıkıyönetim ilânı ile değişmemelidir. Yetki sorunu ile Anayasa Mahkemesinin uğraşması, Anayasaya aykırı kanunların iptalini yokuşa sürmek olur ki amaca ters düşer. Diğer taraftan, uygulanacak tâbirini genişçe almak doğru olur. Meselâ ilksoruşturmada uygulanan bir norm Anayasaya aykırı ise, iş mahkemeye geldikten sora artık o norm uygulanmayacak denirse bu normların Anayasaya aykırılığı hiç bir zaman ileri sürülmeyecek demektir. Mahkeme, ilksoruşturmaya ait bir muamele dolayısıyla bir kanuna dayanacaksa, o kanunu uygulayacak sayılmalıdır (AY 11/1/65 RG 29/3/66, 14/11/67 RG 29/4/68; k-m: AYM: 20/11/63, RG 25/12/63; 23/7/63, RG 19/10/63).

¹⁶⁸³ Anayasanın 152. ve 83-2949 numaralı Anayasa Mahkemesi Kanununun 28. maddesindeki “dâvaya bakan mahkeme” sözlerindeki “mahkeme” tâbirini dar mânâda almamak lâzımdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de İcra Tetkik Mercii, “hâkim niteliğinde kişilerden kurulu yargı yetkisine sahip” ve uyuşmazlığın esasını çözen merci olması sebebiyle, mahkeme olarak kabul etmiştir (30/5/60 RG 4/11/67). Uyuşmazlığın esasını çözme şartını aramak, mahkeme tâbirini yine dar mânâda anlamak demektir. “Sorgu hâkimliği mahkeme değildir ve dâvaya bakmaz” diyerek, sorgu hâkiminin uygulayacağı kanun hakkında Anayasa Mahkemesine başvurusunu kabul etmemek (AYM: 12/1/65 RG 16/10/65) ve sorgu hâkiminin kararını tasdik eden asliye hâkimine müracaat yetkisi tanımamak (AYM: 13/2/68 RG 8/6/68) kanunların Anayasaya uygunluğunun kontrolü müessesenin gayesine aykırı ve hatalı bir yorumdur. Kanunkoyucu mahkeme derken hâkimlik ve mahkeme makamları arasındaki farkı düşünmüş değildir. Dâvaya bakmak ise, muhakeme kollektif faaliyetinde yargılama görevi yapmak mânâsındadır ve sorgu hâkiminin yaptığı da yargılamadır. Anayasa Mahkemesi vergi temyiz komisyonunu da eski 151. (82 Anayasasının 152.) maddesindeki mahkeme tâbirine sokmamış, gerekçe olarak da bağımsız olmamasını ve eski 114. madde gerekçesinde bunların kaza organı sayılmadığını belirtmesini göstermişti (27/6/66 RG 2/1/67). Bu karar da Anayasaya uygunluğun kontrolü müessesesine aykırıdır. Eski 114. (yeni 128.) madde idare işlemlerine karşı yargılama yolu aramakla teminat sağlamak istediğinden orada mahkeme tâbirini dar tutmak teminata uygun düşer. Ama eski 151. (yeni 152.) maddedeki mahkeme tâbirini dar tutmak, teminata zarar verir ve Anayasaya aykırı kanunların himayesi sonucunu doğurur. Anayasanın vergi temyiz komisyonunu eski 114. madde bakımından mahkeme saymaması, başka bakımlardan mahkeme saymasına engel değildir. Nitekim bunlar şimdi resmen bu niteliğe kavuşmuşlar ve mahkeme adını almışlardır.

¹⁶⁸⁴ Anayasa, birinci çeşit dâva için doğrudan doğruya iptal dâvası tâbirini kullandığı halde ikinci çeşit için dolayısı ile iptal dâvası tâbirini kullanmamıştır. Bir muhakeme sırasında taraflardan birinin kendi aleyhinde uygulanması istenilen bir kanunun

a) Herhangi bir muhakemede taraflardan biri, aleyhindeki bir iddiayı cevaplandırmak için, aleyhinde kullanılması istenen bir kanun normunun Anayasaya aykırı olduğu yolunda bir karşı-iddiayı ileri sürer. Mahkeme, karşı-iddianın ciddi olduğu kanısına varırsa¹⁶⁸⁵ Anayasa Mahkemesince bu konuda verilecek karara kadar muhakemeyi durdurur (AY 152/1)¹⁶⁸⁶ ve dosyayı Anayasa Mahkemesine gönderir.

b) Mahkeme, herhangi bir muhakeme faaliyeti sırasında, tarafların bir iddiası olmasa dahi, kullanacağı kanun normunu Anayasaya aykırı görebilir. Bu takdirde bu konuda bir karar verilmesi için dosyayı Anayasa Mahkemesine gönderir (AY 152/1, AYMK 28). Burada iptal dâvasını açan ve Anayasa Mahkemesini harekete geçiren mahkeme olmaktadır.

Dolayısı ile iptal dâvasının sadece esas bakımından açılması, şekil bakımından aykırılıkların doğrudan doğruya iptal dâvası yolu ile ele alınmış olacağından hareket edilerek, kabul edilmiştir (AY 148/2).

Anayasa Mahkemesi için kendisine gelişinden itibaren 5 ay içinde karar verip yayımlamazsa, mahkeme, dâvayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır.¹⁶⁸⁷ Ancak Anayasa Mahkemesinin kararı, asıl dâva hakkındaki son karar yargı halini alıncaya kadar gelirse, mahkemeler ona uymağa mecburdurlar (AY 152/3).

Anayasa Mahkemesi, dolayısıyla iptal dâvası üzerine, Anayasaya aykırılık görürse, iptal kararı verir. İptal edilen kanun, kararın yayınlandığı tarihte ortadan ve dolayısı ile yürürlükten kalkar. Yani, başka bir kanunla o tarihte ilga edilmiş olur.¹⁶⁸⁸ Mahkeme, gerekirse, yani derhal ilgayı sakıncalı bulursa kararın yayınlandığı günden başlayarak bir yılı geçmemek şartıyla yürürlükten kalkma tarihini ileri alabilir. Bu demektir ki iptali ertelenen kanunun, o süre içinde iptali istenemez ve bu kanun süreli iptal kararı verilmesine yol açmış olan dâvada da uygulanır.¹⁶⁸⁹

muteber olmadığını iddia etmesi, karşı-iddiadır, yani bir çeşit davadır. Bu dâvanın asıl dâva olmaması, tali bir dâva olması, onun dâva mahiyetini değiştirmez ve ona dâva adı vermemeği haklı göstermez. Türk Hukukunda karşı-iddiaya “defi yolu ile dâva” denildiği ve böylece dâva mahiyetinin kabul edildiği vardır. Sadece “defi” tabiri kullanıldığı yahut Anayasada olduğu gibi (AY 152) “iddianın ileri sürülmesi” denildiği hallerde de dâva mahiyeti kabul edilmiş sayılabilir. Ancak “itiraz” denildiği de vardır ki, itiraz ceza muhakemesinde bir kanun yolu dâvası olduğuna ve iptal dâvası ise kanun yolu dâvası mahiyetinde bulunmadığına göre hatalıdır. Anayasada bulunmayan itiraz terimine maalesef 1983-2949 numaralı Anayasa Mahkemesi Kanununda rastlamaktayız (AYMK 28).

¹⁶⁸⁵ Varmazsa, yargılamaya devam eder. Devam kararı Yargıtayca denetlenir (AsYTDK: 25/1/73 İKİD 74, 2878; 9. CD 10/7/74 İKİD 74, 3000).

¹⁶⁸⁶ Anayasa, muhakeme faaliyetinin durdurulmasını “dâvanın geri bırakılması” şeklinde ifade etmiştir. Geri bırakılan, daha doğrusu durdurulan dâva değil dâvanın hep birlikte görülmesi yani kolektif olarak yapılan muhakeme faaliyeti olduğuna göre, muhakemenin durdurulmasından bahsedilmesi daha doğru olur. Kaldı ki Türk muhakeme sisteminde durma kararı varken, sanki farklı bir şeymiş gibi, geri bırakma kararından söz edilmesi de terim kargaşası yaratan sistemsizlikten başka bir şey değildir.

¹⁶⁸⁷ 1982 Anayasasının 1961 Anayasasını değiştirerek, Anayasa Mahkemesinin süre içinde karar vermemesi halinde mahkemeleri yürürlükteki kanunu uygulamaya mecbur tutması ve yürürlükten farklı olan geçerlik konusunda onların elini kolunu bağlamak istemesi, çok isabetsiz olmuştur. Mahkemelerin uyumsuzlukları çözerken kullandıkları vasıtalar olan normları değerlendirebilmeleri, vasıta oluşlarının doğal sonucudur. Eline âlet verdiğimiz kişiye, sağlığını kontrol etmeden onu kullanacağını diyebilir miyiz? Anayasa Mahkemesini süresi içinde karar vermeğe zorlayacağından yararlı da olabilirdi. Biz bu isabetsiz değişikliği, iptal varken tüzük ve yönetmeliklerin mahkemelerce yok sayılabilmesini kabul etmiyen görüşe benzetmekteyiz. Burada da mahkeme zaten iptal kararı vermeyecek, o dâva bakımından yok sayacaktı. Kanuna aykırı kararlamaların o dâvada yok sayılması gibi. Anayasaya aykırı görülen kanunların da - Anayasa Mahkemesi süre içinde karar vermemek şartı ile - o dâva bakımından yok sayılmasını kabul etmemek için hiç bir hukukî engel görmemekteyiz. Anayasa Mahkemesinin kararlarının saygınlığını korumak istiyorsak süresinde karar vermelerini sağlamalıyız. Süre az geliyorsa uzatılabilir.

¹⁶⁸⁸ İptal edilen kanun ilga edilen kanun gibi olduğundan, iptal edilen kanunla yürürlükten kalkmış olan hükümler, iptal üzerine tekrar, kendiliğinden yürürlüğe girmez (AYM: 11/11/63, RG 29/1/64; CGK 15/3/71 48-81). İptal edilen kanunla ilga edilmemiş maddeler elbet geçerliğini koruyacaklardır (8. CD 6/12/77 YKD 78, 139).

¹⁶⁸⁹ Süreli iptal etmek, kanuna geçici nitelik vermektir. Süre sonunda, yenisi çıkarılmazsa kanun yürürlükten kalkacaktır. İptaline karar verilen kanun o süre içinde yürürlükte olduğundan elbet uygulanacaktır (CGK 26/1/76 YKD 76/3, 380); K-m: *Aliefendioğlu* (Yılmaz): Anayasal denetimin kimi sorunları YD 88/1/55). Bu süre içinde bir dâva sırasında Anayasaya aykırılık iddiasında bulunabilmesi tezi kanun boşluğu bırakmama amacına ters düşer. Biçim yönünden iptalde de durum aynıdır, zira mümkün olsaydı Anayasa Mahkemesi fazla olarak esas da incelirdi.

İptal, kanunu yürürlükten kaldırmakla kalmaz. Zaman bakımından uygulanmasına da yürürlük sonrası uygulanmasını önleyerek, tesir eder. Ancak iptal kararı, yürürlükten kaldırılmadan önceki zamanlara dokunmaz. Anayasa bunu “iptal kararı geriye yürümez (doğrusu, geçmişe uygulanmaz)” diye ifade etmiştir (AY 153/5).¹⁶⁹⁰

Kanunların iptali sebebi, Anayasaya aykırılıktır. Bu sebep, normal olarak, kanunun hukuk bakımından varlığının kabul edildiğini gösterir. Ancak dar manada Anayasaya aykırı olmamakla beraber, hukuk bakımından yok saymayı gerektirecek sebepler de olabilir. Hukuk bakımından var gibi gözükken kanunun var olmadığı genel olarak yani herkes tarafından belirlenmesini Anayasamız kabul etmediğinden, Anayasa Mahkemesi bu durumlarda, Anayasaya aykırılık kavramını genişleterek iptal kararı vermelidir. Zira yok sayılması gereken bir kanunun, dar manada Anayasaya aykırı değil diye ortada tutulması, hukukun temeline aykırı düşer. Yokluk sebebi ile de olsa verilen karar, iptal kararı olduğundan geneldir yani olayla sınırlı değildir.

Anayasanın açıkça düzenlediği bir hükme aykırı olarak yapılan kanunlar da kendisi de bir kanun olan Anayasa hükmünün mü, yoksa Anayasa'nın açık hükmüne aykırı olan yeni kanunun getirdiği hükmün mü uygulanacağı sorunu ortaya çıkabilir. Bizce bu gibi durumlarda Anayasa'nın koyduğu kural uygulanmalı ve açıkça Anayasa'ya aykırı olduğu belli olan kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi beklenmemelidir. Örnek olarak Anayasanın 19 uncu maddesindeki “kişinin yakalandığı veya tutuklandığı yakınlarına derhal bildirilir” hükmünü gösterebiliriz. Anayasada yer alan bu hükme aykırı olarak, derhal bildirmeyi önleyecek bir kanun çıkartıldığında bizce Anayasanın maddesi uygulanmalı fakat kanun uygulanmamalıdır. Benzer bir düşünceyi Anayasanın 145 inci maddesi açısından ileri sürmek de mümkündür. Asker kişilerin askeri olan suçlarına ... ait davalara bakmakla görevli olan askeri yargının bu suçları yargılayamayacağını söyleyen bir kanunun, Anayasa değiştirilmedikçe uygulanamayacağı görüşündeyiz. Bu düşünce tarzı uluslararası sözleşmeler için de geçerlidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesindeki mesela duruşmada kullanılan dili anlamadığı takdirde meccani tercümanın yardımıyla meccanen faydalanma hakkı doğrudan uygulanabilen bir haktır, iç hukukta farklı bir düzenleme de olsa hâkim in bu ayrıntılı hükmü doğrudan doğruya uygulaması gerekir.

V. KHK'ların denetlenmesi.

Artık yürürlükten kaldırılmış olan kanun kuvvetinde kararnamelerin geçerliği iki bakımdan denetlenebiliyordu. Mahkeme, usulü dairesinde neşir ve ilân edilmemişlerse veya verilen yetkiye aykırı veya yetki dışı iseler hukuk bakımından yok sayıyordu.¹⁶⁹¹ Anayasa Mahkemesi de, yetki veren

¹⁶⁹⁰ İptal kararının geçmişe uygulanmamasından maksat, kanunun iptal tarihine kadar muteber olduğunu ve o kanuna dayanılarak yapılan muamelelerin muteber sayılacağını ifade etmektir. Butlan, Hukukun ve Hukuk mantığının kabul ettiği bir müessese olduğuna göre, *geriye yürümemenin* mantığına dayanmadığı tezi (*Erem*, n. 184.ç) doğru değildir. Kanun o tarihte başka bir kanunla ilga edilmiş gibidir. Meselâ tutuklama hakkında valiyeye yetki veren normun iptal edilmesi, o kanuna dayanılarak verilmiş olan tutuklama kararının hükümsüz sayılmasına sebep olmayacaktır. Bununla beraber ilga durumunu düzenleyen bazı normlar varsa, onlar uygulanabilecektir. Meselâ kanunun ilga edilmesi, nasıl cezanın çektirilmesine engel oluyorsa (TCK 2), iptal edilmesi de cezanın çektirilmesine engel olacaktır.

¹⁶⁹¹ Tatbikatta bu kontrole, Millî Koruma Kanununa dayanılarak çıkarılan Koordinasyon kararları bakımından çok rastlanmıştır. Meselâ mobilyaların kira bedeli hakkındaki 166 sayılı koordinasyon kararı ile konan tahdidin Hükümetin 4648 sayılı kanundan önce bu hususta yetkisi olmaması bakımından hükümsüz” olduğuna karar verilmiştir (Hususi Daire: 6/6/1945). “Fiyat Kontrol Komitesi” kuran 19 sayılı karar, TPKKK'nun verdiği yetki dışında görülerek “uygulanamaz” sayılmıştır (7. CD 14/11/74 YKD 75/1, 139; CGK 7/4/75 YKD 75/6, 36). Keza, 5/10/77 tarihli karara aykırılık, “1705 numaralı kanun böyle yetki vermiyor, mülga CK 526 ya da girmiyor” diye (CGK 21/1/80 YKD 80, 419); 14/9/78 tarihli kararname ile kurulan fiyat saptama ve kontrol komitesi kararlarına aykırılık da “Hükümetin yetkisini devredemeyeceği” gerekçesiyle (CGK 18/2/80 YKD 851) suç sayılmamıştır. Buna karşılık, Bakanlar Kuruluna tanınan yetki, bazı eylemleri suç saymak ve gerektiğinde bunları suç olmaktan çıkarmaktan ibaret bulunduğu ve ikinci halde lehte kanun durumu (mülga CK 2, 7) söz konusu olduğu halde, suç olmaktan çıkarılmamış olduğu yolunda bir açıklama yapan tebliğ de değer tanınmıştır (CGK 2/6/80 YKD 80, 1543). Yasamaya verilmeyen yorum yetkisi yürütmeye nasıl verilir? Kaldı ki Hükümete kovuşturmaları geri alma yetkisi verilmediğine göre bu yoldaki tebliğleri genel af niteliğinde saymak (7. CD 3/7/80 YKD 81, 250) da yersizdir (*Erman*: Döviz suçları, Ek II, 1980, s. 23). Son zamanlarda, Bakanlar Kuruluna af yetkisi verilmediği gerekçesi ile, 30 sayılı kararın geçici 1. maddesinin 2. fıkrasındaki hükmün af niteliğinde olmadığına ve Bakanlar Kurulu kararı kanun niteliğinde değil diye de mülga CK 2 uygulanamayacağına karar verilmiştir (CGK 1/10/84 YKD 84/12 1837). Af niteliğinde olmadığına katılıyoruz. Fakat kanun niteliğinde olmama tezi isabetli değildir. Bir fiili suç yapan da suç olmaktan çıkaran da kararname adını taşımaktadır. Bu doğru. Fakat ad başka, nitelik başka şeydir. Suç saymak, suç olmaktan çıkarmak kanun işidir. O halde bu kararnameler kanun niteliğinde sayılmalıdır. Burada olsa olsa “nasıl olsa bu yasak bir süre sonra kalkacak, o zaman cezadan kurtulurum” düşüncesi

kanunları ve dolayısı ile bu kararnameleri Anayasaya aykırı görerek iptal edebiliyordu (AY 152). Anayasa Mahkemesi Türk Parasını Koruma Kanununun yetki veren hükümlerini ve çıkarılan kararnameleri, bizce hatalı olarak, iptal etmemiştir.¹⁶⁹²

VI. Denetim mercii.

Kanun hükmünde kararnamelerin (AY 91, 121 ve 122) Anayasaya uygunluğunu Anayasa Mahkemesi denetliyordu (AY 148/1).

VII. İçtüzük.

TBMM içtüzükleri geçerlik bakımından kanunlar gibidir (AY 150).¹⁶⁹³

VIII. Tüzük, yönetmelik.

Tüzüklerin ve yönetmeliklerin geçerliği meselesi ise, butlan veya yokluk müeyyidelerini gerektirip gerektirmediği bakımındandır. Genel olarak butlana Danıştay karar verir. Belli olaya ilişkin yokluğa ise yargılama makamları karar verebilirler. Anayasanın aradığı şartlardan biri yoksa bu işlemler olayla sınırlı ve sadece tarafları bağlayıcı olarak yok sayılmalıdır.

315. ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMA.

I. Yürürlükten farkı.

Bir normun uygulanabilmesi için yürürlük ve geçerlik açılarından değerlendirme yetmez. Zaman bakımından uygulanırlık da aranır. Zira yürürlük ile zaman bakımından uygulanırlık farklı şeylerdir.¹⁶⁹⁴ Uygulanırlık, yürürlük süresi, yürürlük öncesi ve yürürlük sonrası diye zaman bakımından üç bölümde ele alındığında bu farklar iyice görülür:

1) Yürürlükte olan normun uygulama zamanını belirtmenin yasa ile yürütmeye bırakıldığı ve yürütmenin, ihtiyaca göre, normu uygulamaya koyduğu veya uygulamadan kaldırıldığı vardır. Buna *yürürlükte iken uygulamadan kaldırılma* meselesi diyeceğiz. Meselâ Millî Korunma Kanunu bu durumdadır. Yürürlükten kaldırılmamıştı, fakat uygulanmamaktadır. Çünkü uygulamadan kaldırılmış bir daha da konmamıştır.¹⁶⁹⁵ Fişin prize takılmasına rağmen âlette cereyan bulunmamasına benzetebileceğimiz bu durum çok istisnâidir. Nitekim fişi prize sokmak her zaman yetmez. Cereyanın bir başka noktada kesilmemiş olması da lâzımdır. Kaide, yürürlüğe giren kanunun derhal uygulanmağa başlaması ve yürürlükten kalkıncaya kadar uygulanır olmasıdır. Yürürlükten kalkan kanunun uygulanmaya devam edilmesinin uygulanmasının sakıncalarına yukarıda değinmiştik. Derhal

ile suçların işlenmesini önlemek için, belli bir süre ile veya niteliği itibarıyla geçici olan olağanüstü durumlar göz önünde tutularak çıkarılmış kanunlarda yürürlük sonrası uygulanırlığın kabul edilmemesi, yani mülga CK 2 deki kaideye istisna tanınması düşünülebilirdi. Nitekim belli süreli ve olağanüstü olmasalar da malî kanunlarda malî siyaset böyle bir uygulama gerektirebilir (*Battaglini (G.)*: Diritto penale. Padova, 149, s. 75). Ancak Ceza Kanununun uygulama alanının genişletilmesi söz konusu olduğundan kıyas edici yorumlama caiz olmadığından, böyle bir istisna gerekli görülürse bunu kanunlaştırmaktan başka çare yoktur. Nitekim İtalya’da durum böyledir ve geçici veya istisna, kanunlarla vergi kanunları bakımından istisnalar kanunla kabul edilmiştir. Bununla beraber demokratik rejimli memleketlerin çoğunda (meselâ Avusturya, İspanya, Fransa, Hollanda, Portekiz, Federal Almanya ve İsviçre de) lehe kanunun geçmişe uygulanması kaidesi istisnasız uygulanmaktadır. Sadece Belçika Yargıtay’ı kararnamelerle yaratılan suçlar bakımından bir istisnayı yorumla kabul etmiştir (*Erman*: Ekonomik suçların tespitinde suç siyaseti. İstanbul, 1984, s. 29). İlâve edelim ki *Erman* suç yaratma yetkisi verilen iradeye af yetkisi tanınmamasını mantığa aykırı bulmaktadır (Döviz suçları. Ek VI, İstanbul 1984, s. 15). En sonunda Türk Parasını Koruma Kanunu ile mülga 32-1918 numaralı Kaçakçılık Kanununa eklenen maddeler sayesinde kararname değişikliklerinin CK 2 ye girmediği yolundaki hatalı içtihadın yarattığı sorun çözülmüştür: Bakanlar Kurulunca alınan kararlarda lehe değişiklik yapılması veya bu kararların yürürlükten kaldırılması hallerinde, değiştirilen veya kaldırılan kararlara aykırı davranışta bulunanlar hakkında, fail lehine olan kararlar ve kanun hükümleri tatbik ve infaz olunur (TPKKK “1985-3196” ek m.; KaçK “1985-3217 ek m. 7). (Bu çapraşık ifade yerine, kısaca, “CK 2 uygulanır” dense daha iyi olmaz mıydı?).

¹⁶⁹² Anayasa Mahkemesi, 1971 değişmesinden önce TPKKK’nun verdiği yetkiyi teferruattan sayarak, yasama yetkisinin devri olarak kabul etmemiştir (Bu kararın eleştirisi için Bk. 4. bası, s. 368).

¹⁶⁹³ Meclisin İçtüzüğü niteliğindeki kararları da iptal edilmektedir (AYM: 18/2/79 RG 11/5/80).

¹⁶⁹⁴ Yürürlük, uygulanırlığın sadece bir yönü olduğuna göre “zaman bakımından uygulanırlık” yerine “zaman bakımından yürürlük” denilmesi (*Bilge/Önen*, s. 7) doğru değildir.

¹⁶⁹⁵ Millî Korunma Kanunu, kanunun aradığı şartlar varsa, Hükümet tarafından uygulanmaya konur, şartlar kalkınca yine Hükümetçe uygulanmadan kaldırılır. Bugün yürürlükte olduğu halde uygulanmamaktadır.

uygulanırlık (*immediata applicabilit , application immediate*), derhal yani y r rl ge girer girmez ortaya çıkan olaylara uygulanabilmesidir. Bu olay, işlenecek bir suç olabildiği gibi, yapılacak bir işlem, mesel  muhakeme işlemi de olabilir.

2) Yürürlük normun yürürlükte olduğu süre içindeki olaylara uygulanması demek olduğu halde, normun yürürlükten önceki olaylara uygulandığı da vardır. Buna *geçmişe uygulanırlık* (makable şumul), *retroattività*¹⁶⁹⁶ denilir. Buna *yürürlük öncesine uygulanırlık* da denilebilir. Mesel  ceza verildiği sırada yürürlükte olan kanun suç tarihindeki kanuna göre lehte ise, yeni kanun yürürlükte olmadığı sırada işlenmiş olan suça da uygulanır (TCK 7).

3) Nihayet, yürürlükten kaldırılan normun yine de uygulandığına rastlanmaktadır. Mesel  lehte olan eski kanuna göre ceza verilmesinde (TCK 7) durum böyledir. Buna da *yürürlük sonrası uygulanırlık* (*ultraactivit *) denilir. Bu uygulama, unutulmamalıdır ki, yine yürürlükteki norm sayesinde ve yenisi ile karşılaştırmadan eskisini uygulamak imk nsızdır. Bu durum, yürürlükte normda mevcut ‘‘cerayan’’ın, kontakt açılarak eskisine geçirilmesine benzetilebilir.

Bununla birlikte, 2005 sonrası kurulması  ng r len Bölge Adliye Mahkemeleri kurulmadığı için, CMK’nun istinaf ve temyize ilişkin hükümleri uygulanamaz hale gelmiştir. Halbuki 1412 sayılı CMUK, CMK ile yürürlükte kaldırılmıştı. Son anda farkedilen bu durum karşısında acil fakat hukuken izahı g  bir Şekilde yürürlükten kaldırılan CMUK’un temyize ilişkin maddelerinin Bölge Adliye Mahkemeleri kuruluncaya kadar uygulanmasına ilişkin bir yasal düzenleme yapıldı. Temmuz 2010 tarihi itibariyle Türk ceza muhakemesi hukuku yürürlükten kalkmış kanunun temyize ilişkin hükümlerini uygulamakla meşgul d r. Bu hukuka aykırılığın bir an evvel giderileceğini umuyoruz.¹⁶⁹⁷

II. Muhakeme dışı kanunlar ve muhakeme kanunları.

Zaman itibariyle uygulanırlık meselesi, muhakeme-dışı kanunlarda ve muhakeme kanunlarında farklı Şekillerde  z l r:

1. Muhakeme-dışı kanunların zaman bakımından uygulanırlığı.

Muhakeme-dışı Hukukun ilgili dallarında bu mesele ele alındığı için, Muhakeme Hukukunu ilgilendirmesine rağmen üzerinde durmayacağız. Hatırlatalım ki, İçtihat Birleştirme Kararları, daha önce kesin hale gelmiş kararlara tesir etmemekte kesin karar aleyhine yeni İçtihat Birleştirme Kararlarına dayanılarak karar düzeltmesi yoluna gidilmektedir.¹⁶⁹⁸

Diğer taraftan, bir muhakeme kanununda muhakeme-dışı normların da bulunabileceği ve bunların genellikle, temyiz edilemeyen mahk miyet kararlarının tekerrüre esas olmayacağını belirleyen muhakeme-dışı normda olduğu gibi, muhakeme normlarından bağımsız olmadıkları da hatırlanmalıdır. Bu nedenle bu normların zaman bakımından uygulanmaları genellikle bağımlı oldukları muhakeme normlarından farklı olamayacaktır.¹⁶⁹⁹

¹⁶⁹⁶ Makable şumul yerine biz de herkes gibi ‘‘geriye yürüme’’ demiştik. Yürüme yürümekten geldiğinden, yürürlükten ayrılığını belirtmek için 5. basıdan beri geçmişe uygulanırlık diyoruz.

¹⁶⁹⁷ 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanunun 8. maddesi. Bu hükme göre, 2004.5235 sayılı Mahkemeler Teşkilatı Kanununun geçici 2. maddesi uyarınca Resm  Gazetede ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar Bölge Adliye Mahkemeleri ile ilgili olarak temyiz hükümleri (CMUK 322/4, 5, 6 hariç 305 ila 326. maddeler uygulanacaktır. Bu düzenlemeye göre Bölge Adliye Mahkemeleri kurulduktan sonar da kurulmadan önce açılmış temyiz davaları mülga hükümler uyarınca görülmeye devam edecektir. Bizce yapılan bu hukuki düzenleme birçok sakıncayı beraberinde getirmiştir. Öncelikle yazılı hukukta mevcut olan kanun yolu istinaftan bireyin yararlanamıyor olması insan hakkı ihlalidir. 7 no’lu ek protokol maddi meselenin de incelenebileceği kanun yolundan yararlanmayı hak olarak düzenlemiştir. Diğer taraftan bir kanunla yürürlükten kaldırılan bir kanunun bazı hükümlerini başka bir kanun ile tekrar y r rl ge sokmak sadece Türkiye’de 1992 değişikliğinde CMUK 135a açısından rastlanan bir uygulama idi. Nihayet Bölge Adliye Mahkemeleri kurulup Resm  Gazete ilan edilip göreve başladıkları andan itibaren Türk hukukçularının uygulayacakları yeni temyiz hükümleri ile istinaf hükümlerini iyice öğrenmeleri gerekecektir. Türkiye’nin yeni bir hukuk sarsıntısı ile karşılaşmamasını umarız.

¹⁶⁹⁸ İBK: 15/6/49, 4/11. Bu kararın tahlili için Bk. *Kunter*: Tevhidi İçtihat kararlarının karar tashihi m sesesine tesiri, İBD 49, 693.

¹⁶⁹⁹ Para cezasının temyiz edilemezlik sınırını koruyan ve 1983 de değişen normun (CMK 305/2) muhakeme normu olmasına karşı, temyiz edilemez olarak verilen hüküm tekerrüre esas olmadığını belirten normun ise (CMK 305/3) muhakeme-dışı norm olduğu da - temyiz edilemezliğin sonucu olduğu gözden kaırılmamak kaydı ile - şüphe g ttirmez. Fakat bunlardan,

Muhakeme-dışı normların zaman bakımından uygulanırılığı konusunda önemli nokta, Yeni Ceza Kanunumuzun 7 inci maddesinde düzenlenen “yürürlük öncesine uygulanırlık” ile “yürürlük sonrası uygulanırlık” hallerinde ya eski ya da yeni kanunun uygulanacağıdır. Bir diğer söyleyişle suçun hangi kanuna göre cezalandırılacağıdır. İki kanunun lehte noktalarını toplayıp ceza verme bu nedenle kanuna aykırıdır.¹⁷⁰⁰

Yeni Ceza Kanunlarındaki hükümler, mülga Ceza Kanunlarındakilerle karşılaştırılıp “lehe kanun” tespit edilirken “bağlayıcı seçenek ilkesi” (*Prinzip der strikten Alternativität*) uygulanmalıdır. Buna göre, farklı ceza kanunlarından sadece biri uygulanabilir. Yani iki Kanundan biri seçilirse, bu seçim kesindir. Hem eski Kanunun bazı maddeleri ile yeni kanunun bazı maddelerini, birlikte uygulamak, ilkeleri olmayan bir Kanun yaratması olurdu. İki Almanya’nın birleşmesinden sonra eski Doğu Alman Hukuku ile yeni Federal Almanya Hukukunun lehe hükümlerinin belirlenmesinde önce bizdekine benzer karma uygulama yapıldı. Sonra mesele Yargıtay tarafından çözüldü: Hukuk sisteminin bir bütün olarak karşılaştırılması yapılır: eski hukuk ile şimdi yürürlükte olan hukukun karşılaştırması toplam olarak yapılır. Bir Kanundan lehe ceza, diğerinden lehe erteleme veya lehe şartla salıverilme alınamaz.¹⁷⁰¹

1983 değişikliğinden önce verilmesi nedeniyle temyiz edilebilir olduğu halde temyiz edilemediği için kesinleşen meselâ 3000 liralık para cezasının tekrerrde esas olamayacağı (CGK 8/10/84 İBD 84/10112, 712; YKD 85/3 409) sonucu çıkarılmasına katılmıyoruz. Şöyle düşünüyoruz: 1) Üçüncü fıkraya dokunulmamıştır ki bunu tekrerrle ilgili normdaki değişiklik olarak kabul edebilelim. 2) Bu iki farklı durum, aynı fıkroda yer almış olsaydı dahi, tekrerr konusunda bir değişiklik olduğu sonucu çıkarılmamak gerekirdi. 3) Nihayet, böyle bir ayırım yapılmasa ve tekrerrle ilgili bir değişiklik yapıldığı kabul edilse dahi, kararın temyiz edilemez olarak verilmesi yüzünden tekrerrre esas tutulmadığından hareket edilince, lehe değişiklik ancak bu şartla yapıldığından kararın temyiz edilebilir olarak verilmesi halinde lehe değişiklik de söz konusu olamayacağı ve bu nedenle TCK 2 nin uygulanamayacağı sonucuna varmak gerekir. İlâve edelim ki, asıl cezanın çevirme sonunda verilen ceza olduğunun mülga CİK 4/4 ün 1987-3355 numaralı kabulünde de durum aynıdır ve bizce CK 2/2 uygulanamaz (6. CD 28/1/88 YKD 88/7 1000; k-m: 4. CD 7/9/87 İKİD 87 5249; CGK 18/5/87 YKD 88/1 99; 20/6/88 YKD 88/11/1572). Tekerrür konusu elbet suç ve ceza hukuklarını ilgilendirir. Bu konuda bir değişiklik, TCK 2/2 deki şartlar çerçevesinde olmak kaydı ile elbet yürürlük öncesine de uygulanabilecektir. Bu maddedeki şartlara dikkat edildiğinde görülecektir ki gerek suç olmaktan çıkma, gerek cezada azalma kayıtsız şartsızdır. Olayımızdaki tekrerrre esas olmama ise, sonkararın temyiz edilemez olmasının bir sonucu olarak kabul edildiğinden bağımsız, bir diğer söyleyişle kayıtsız şartsız değildir. Bu özellik dolayısı ile, ceza hukuku normu olmasına rağmen CİK 4/4 deki değişiklik, kayıtsız şartsız suç olmaktan çıkarma veya cezayı azaltma ile bir tutulamayacağından mülga CK 2/2 alanı dışında kalıyordu. Bu da demektir ki verildiği tarihte temyiz edilebilir olan bir sonkarar o tarihte de temyiz edilemezmiş gibi kabul edilemez ve dolayısı ile tekrerrre esas olmakta devam eder.

¹⁷⁰⁰ Uygulamada iki kanunun lehte olan noktalarından oluşan âdetâ yeni bir karma kanun varmışçasına karar verildiği vardır. Bir misal olarak Ceza Genel Kurulunun 14/10/85 tarihli kararını gösterebiliriz (YKD 86/5 721). Bizce bu hatalı görüşün temelinde, lehte kanun yerine lehte ceza denilerek TCK 2/2 de “lehte olan cezanın tatbik ve infaz olunacağı kaidesinin yer aldığı” sanılması yatmaktadır. Eski kanun zamanında işlenen suça hangi kanunun uygulanacağı araştırıldığına göre ya eski ya da lehte ise yeni kanun uygulanacaktır. Bu sonuncu halde suç, yeni kanun zamanında işlenmiş gibi sayılmaktadır. O kadar. Yeni kanun zamanında işlenen suçlarda böyle karma bir kanun uygulanmadığı halde yeni kanun zamanında işlenmiş gibi sayılanlarda uygulanması, hukukî esaslara aykırıdır ve bunun “merhamet” ile, “insanlık” ile de bir ilgisi yoktur. Sözü geçen kararda 23/2/38 tarihli İçtihat Birleştirme Kararının, konular farklı diye, göz önünde tutulmaması da isabetsizdir. Konuların farklı olması, dayanılan temel farklı olması demek değildir. Nitekim bu İçBK’da aynen “Fiilin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşrolunan kanun hükümleri birbirlerinden farklı ise hükümleri maznunun daha lehinde olan kanunun tatbiki lâzım geldiğini gösteren Ceza Kanununun 2. maddesinin ihtiva ettiği kati esaslar nazara alınarak mütalâa etmek iktiza eyleyeceğine ve metni maddede yazılı fiilin “işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşrolunan kanun hükümleri” cümlesindeki “kanun hükümleri” bütün şüml ve vüsatî mânâsı ile hüküm ifade edip yeni ve eski kanun hükümlerinin birbirleri ile karşılaştırılması lâzım geldiğine ve tatbikat sahasında her iki kanunun mukayesesini..... (için) evvelâ meriyetten kaldırılmış olan kanuna nazaran tatbiki iktiza edecek ceza tayin ve ondan sora o fiilin yeni kanunda gösterilen cezası hesap olunmak suretiyle hasil olacak neticeye göre hangisi lehte ise onun tatbiki şekli ile mümkün olduğuna.....” denilmiş olması da bunu açıkça göstermektedir. Demek ki iki kanun ayrı ayrı uygulanacak ve neticeler karşılaştırılacaktır. Genel kurulun bu içtihadı (8/10/84 tarihli kararında da belirttiğini biliyorduk. 15/12/80 tarihli, 339/430 numaralı ve 22/4/85 tarihli, 559/236 numaralı kararlarının da bu yolda olduğunu eleştirdiğimiz karardaki S. Kanadoğlu’nun azınlık gerekçesinden öğreniyoruz. Yargıtay 1992 yılında verdiği kararında (10 CD E. 92/10823, K. 92/10609; zikreden: *Dönmezer-Erman* I, 12. Bası, n. 248); “lehte ve aleyhteki hükümler ile birlikte ayrı ayrı ele alınarak somut olaya göre suçlarının karşılaştırması sanığın lehine sonuç doğuran kanunun bütün halinde uygulanması gerekir”, demiştir. Karşılaştırılan iki sonuç cezadan hangisinin sanık lehinde olduğunda tereddüt edilirse bu sanığa sorulmasını öneririz. Nitekim 1946/1952 yıllarında Ceza Hukuku dersini okuturken, Kunter de bu yolu tutmuştu.

¹⁷⁰¹ Somut olaya, bütün özellikleriyle, en hafif cezayı öngören “hukukun” uygulanması gerekir. Bu ilkeye göre, bir kanundan ceza ve diğer kanundan bir başka ceza hükmünü almak mümkün değildir. Kararların özetleri şöyledir: *BGH 2 StR 545/01 -Beschluss vom. 6. Februar 2002 (LG Mühlhausen) Grundsatz strikter Alternativität; milderes Gesetz (Gesamtvergleich); Aussetzung zur Bewährung (zulässiges Verteidigungsverhalten)§ 2 Abs. 3 StGB; § 56 Abs. 2 StGB; Die Rechtsprechung des Bundesgerichtssofs verlangt einen Gesamtvergleich des früher und des derzeit geltenden Strafrechts (vgl.*

2. Muhakeme kanunlarının zaman bakımından uygulanırlığı.

Muhakeme kanunlarının geçmişe uygulandığı kanaati oldukça yaygındır.¹⁷⁰² Muhakeme normlarında geçmişe uygulanma yoktur. Zira bunlar suça değil, muhakeme işlemlerine uygulanır.¹⁷⁰³ Eski kanun zamanında yapılmış işlemler değerini yeni kanun zamanında da korur. Bunlara da yeni kanun uygulanacak değildir ki geçmişe uygulanırlıktan bahsedilebilsin. Her muhakeme işlemi, işlem tarihinde yürürlükte olan muhakeme kanununa göre yapılır.¹⁷⁰⁴ Meğerki kanunda aksine sarahat olsun. Bu takdirde de söz konusu olan, eski kanun bakımından “yürürlük sonrası uygulanırlık”dır.

Görülüyor ki, muhakeme kanunları *derhal uygulanır* kanunlardır.¹⁷⁰⁵ Muhakeme henüz kesin olarak bitmemişse, nerede kalmış olursa olsun, yeni kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren yapılacak muhakeme işlemlerinde kaide olarak yeni kanun uygulanmağa başlar.¹⁷⁰⁶ İşte bu hakikatın anlaşılması üzerinedir ki muhakeme kanunları bakımından geçmişe uygulanırlık tâbiri yerine son zamanlarda, derhal uygulanırlık tâbiri kullanılmaktadır.¹⁷⁰⁷

Muhakeme kanunlarının eskiden işlenen suçların muhakemesinde de derhal uygulanmağa başlanmasının sebebi, bazılarınca¹⁷⁰⁸, yeni kanunun eskisinden daha mükemmel olması, bazılarınca da¹⁷⁰⁹ aynı anda bir memlekette iki muhakeme kanununun birden uygulanmamasıdır. Bunun sebebi, bizce, kanunların yürürlükte buldukları süre içinde, düzenledikleri sahalarda uygulanacağı yolundaki

BGHSt 37, 320, 322, 38, 18, 20). Dabei hat der Tatrichter die Strafraumen der unter Zugrundelegung einer konkreten Betrachtungsweise der besonderen Umstände des Einzelfalles (vgl. BGHSt 20, 22, 25) in Frage kommenden Strafvorschriften zu vergleichen und den Grundsatz der strikten Alternativität zu beachten. BGH 4 StR 357/00 -Beschluss v. 19. September 2000 (LG Halle) Gesamtstrafenbildung; Zäsur; Doppelverwertungsverbot (Eigennützigkeit als Strafschärfungsgrund bei räuberischem Angriff auf Kraftfahrer in Tateinheit mit schwerem Raub); Grundsatz strikter Alternativität (Gesamtvergleich)§ 55 StGB; § 316a StGB; § 46 Abs. 3 StGB; § 2 Abs. 3 StGB. BGH 4 StR 390/01 -Beschluss vom 4. Oktober 2001 (LG Essen)BGH 4 StR 390/01 Milderer Gesetz (Untreue, besonders schwerer Fall, Gesamtwürdigung); Grundsatz strikter Alternativität; Gewerbsmäßigkeit § 2 Abs. 3 StGB; § 266 Abs. 2 i.V.m § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB n.F.

¹⁷⁰² *Taner*: Ceza, 185, CGK 4/2/74 RKD 74, 54. Hattâ Medenî Muhakeme Kanunu (m. 573).

¹⁷⁰³ *De Marsico*, 7; *Sabatini*, I, 180.

¹⁷⁰⁴ Meselâ dâvanın zamanında açılmış olup olmaması, açıldığı tarihteki kanunun süresine göre tâyin edilir (Danıştay İçBK: 2/12/67 RG 26/468).

¹⁷⁰⁵ CGK 13.6.2006, 2006/122-162: Ceza yargılamasında yapılan işlemler, yapıldıkları tarihte yürürlükte bulunan kanun hükümlerine göre geçerlilik kazandıklarından, daha sonra yapılan değişikliklerin geçerlilik üzerinde etkisi yoktur. Fakat dikkat edilmesi gereken nokta, yapılan değişikliğin, değişikliğe uğrayan normun standardında bir yükselme meydana getirip getirmediğidir. Standart bakımından bir yükselme meydana gelmişse bu durumda eğer işlemin tekrar edilme ihtimali varsa, işlem tekrar edilmelidir. Ceza Genel Kurulu 13.6.2006, 122-162 sayılı kararında, sanığa bozmaya karşı diyecelerinin sorulmasını teknik anlamda sorgu kapsamında değerlendirmemiştir. Bizce sorgu teknik anlamda bir müdafaa vasıtasıdır ve olayda Kurulun “teknik anlamda sorgu değildir” şeklinde kabul ettiği işlem, TCK 67/2 bakımından zamanaşımını kesen bir haldir.

¹⁷⁰⁶ Meselâ madde yönünden yetki (9. CD 16/12/83 İKİD 84/2826) yeni kanuna göre tâyin edilir. Temyiz edilebilirlik de, Yargıtayın yargılama işlerini yapabilmesi söz konusu olduğundan, bu işlemlerin yapılacağı zamandaki kanuna göre tâyin edilmelidir (CGK 28/1/74 RKD 74, 62). (Bizce, sonucu doğru olan bu kararda, kamu düzeni gerekçesine değil, derhal uygulanırlık kaidesine dayanılmalı idi). Ceza Genel kurulunun, sonuç bakımından karşı-görüşü benimseyen 2/5/83 tarihli kararı (YKD 83, 1226) bizce isabetli değildir. Bu karar, muhakeme kanunlarının derhal uygulanırlığı kaidelerini yerinde olarak vurgulamakla beraber, temyiz edilebilir kararlar sonradan temyiz edilebilir olmaktan çıkarılmışlarsa, Yargıtayın yine eski kanuna göre temyiz yargılaması yapabileceği sonucunu, kaidenin bir istisnası olarak kabul etmiştir. Bizce bu istisnayı haklı gösterecek bir neden yoktur. 1929 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunununun muvakkat B maddesine derhal uygulamaya ait hükümler sıralandıktan sora “mahkemelerdeki işlerde, hukuku âmmeye dâvasının açılması zamanındaki muhakeme usulü caridir” denilmiştir. Eski ve yeni kanunun uygulanması için dâva açılması tarihi esas tutulmuş oluyor ki, aynı zamanda aynı mahkemede birbirinden farklı muhakeme kanunlarının uygulanması neticesini doğuran bu hükmü yersiz ve mantıksız bulmaktayız.

¹⁷⁰⁷ *Dönmezer/Erman*, I, No. 352; *Leone*, I, 86; *Manzini*, I, 178; *Postacioğlu*, 14; *Ranieri*, 44; *Üstündağ*, I, 62. *Yurtcan* (s. 19) buna “hemen uygulama” demektedir.

¹⁷⁰⁸ *Manzini*, I, 180; *Taner*, Ceza, 185.

¹⁷⁰⁹ *Ranieri*, 45; *Üstündağ*, I, 62.

prensiptir. Kaldı ki, iyi diye yeni kanun uygulanacak olsaydı, eski işlemlerin de yenilenmesi gerekirdi.¹⁷¹⁰

Derhal uygulanırlığın bir sonucu olarak, eski kanun zamanında yapılmış işlemlerin tekrarlanmaması, bazılarınca¹⁷¹¹ kazanılmış (müktesep) hak ile¹⁷¹² izah edilmiştir. Bu konuda kazanılmış haktan bahsedilememelidir. Zira kazanılmış hak deyince, daima lehte bir durum akla gelir. Halbuki evvelce yapılmış olan işlem, lehte de olsa, aleyhte de olsa geçer sayılacak ve yeni kanuna göre tekrarlanmayacaktır.

Muhakeme kanunlarının derhal uygulanırlığı, her işlemin yapıldığı tarihteki kanuna göre yapılmasını gerektirir. Meselâ yeni kanun kolluğa sözle başvuracağı kabul etse de yazılı şikâyet arayan eski kanun zamanında süresi içinde yapılmış yazılı şikâyet yoksa, süreden sonra kolluğa başvurma yazılı şikâyet yerine geçmez.¹⁷¹³ Buna karşılık şikâyet önce yazılı veya sözlü olabilirken yeni kanun sadece yazılı şikâyeti kabul etmiş olsa, eski kanun zamanında yapılmış olan sözlü şikâyetler yeni kanun zamanında da geçer. Evvelce hiç şikâyet yapılmamış ise, yani kanun yürürlüğe girdikten sonra, velev eski kanun zamanında işlenmiş bir suçta ait olsun, bütün şikâyetlerin yazılı olması gerekecektir. Keza yeni kanun temyiz yolunu kapamışsa, eskiden verilen hüküm için de temyiz yolu söz konusu olmayacaktır.¹⁷¹⁴

Muhakeme Hukuku normlarının zaman itibariyle uygulanırlığında dikkat edilecek nokta, yeni kanun yürürlüğe girdiği tarihte muhakemenin sona ermiş olup olmamasıdır. Eski kanuna göre yargı ile muhakeme sona ermiş ise, yeni kanun zamanında bu kanunun yargılar hakkında kabul ettiklerinden gayri yapacak bir şey yoktur. Eğer muhakeme böylece sona ermemişse, yeni yapılacak işlemleri yeni kanun gösterecektir. Eski kararın kesinleşmiş olup olmaması, eski kanuna göre tâyin edilecektir. Yeni kanunun yürürlüğe girdiğinde karar kesin idiyse, yeni kanun, kanun yolu kabul etse de, eski karara uygulanmayacaktır. Çünkü Muhakeme hukuku normları geçmişe uygulanmazlar.

Yeni kanun duruşma sırasında suçun kovuşturulmasını şikâyete bağlı kılmışsa, şikâyet süresini suçun işlenmesinden başlatmak¹⁷¹⁵ haksızlığa yol açacağından, yeni kanunun yürürlüğe girmesinden başlatılmalıdır.

Kanun yoluna gidilmesi veya cezanın ertelenmesi imkânının genişletilmesinde olduğu gibi lehde yeni durumların eski kanunun zamanında kesinleşmiş muhakeme işlemlerinde dahi uygulanmasının adalet sağlamak amacı ile kaidenin istisnası olarak kabuledildiği vardır. Bunun son örneklerine 1988-3506 numaralı kanunun geçici 1-4. maddelerinde rastlamaktayız. Ancak dikkat edilmelidir ki bu istisna ancak yeni kanun sayesinde mümkün olabilmektedir.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bir suç işlendikten sonra çıkan kanun, bu şartı artık aramıyorsa, bu yeni hüküm, eski kanun zamanında işlenen ve şikâyet süresi henüz geçmemiş suçta da uygulanacaktır.¹⁷¹⁶ Şikâyet süresi geçmiş ise, eski kanuna göre muhakeme yapılamayacaktır ki yeni kanuna göre yapılması da söz konusu olabilsin.

¹⁷¹⁰ Dönmezer/Erman, I, n. 353.

¹⁷¹¹ Meselâ *Taner*: Ceza, 185. Medeni Muhakeme Kanunumuzda da 573. maddesinde hakkı müktesibi ihlâl etmemek şartı ile makable şümulden bahsetmektedir.

¹⁷¹² “Kazanılmış Hak” kavramı, 18. yüzyıl sonlarında ortaya çıkmıştır. Bu nazariye, Özel Hukuk sahasında dahi tenkidlere uğramış, modern medenî hukukçulardan Ripert, Planioi, Capitant kazanılmış haktan bahsetmez olmuşlardır (*Roubier*: Les conflits de lois dans le temps, 1929, c. I, n. 4). Geniş mânâda Ceza Hukukunda ise kazanılmış hak kavramına hiç yer olmamak lâzım gelir. Suçlunun kazanılmış hakkından bahsedilmesi, bir diğer söyleyişle, suçun hak kazandıran bir vasıta olması ahlâkla, hukukla bağdaşamaz. Kazanılmış hak kavramı, ceza adaletinin hukukî, ahlâkî ve içtimâî esaslarına aykırıdır (*Ferri*: Principi di diritto criminale, 1929, s. 149; *Roubier*: Les conflits de lois dans le temps, s. II, s. 933, n. 131).

¹⁷¹³ 2. CD 10/10/85 YKD 86/3 426.

¹⁷¹⁴ CGK 28/1/74 RKD 74, 87; k-m: CGK 2/5/83 YKD 83/8 1226.

¹⁷¹⁵ 9. CD 10/10/36 YKD 87/1 146.

¹⁷¹⁶ Dönmezer/Erman, artık bu görüştedir (I, n. 347).

Mahkemelerin çeşitli bakımlardan yetkilerinin¹⁷¹⁷ değişmesinde de durum aynıdır, yani yeni kanun, geçici maddelerle aksi kabul edilmedikçe derhal uygulanır. İstisna sadece yer bakımından yetkidedir, zira yer bakımından yetkisizlik kararı ancak duruşmanın başında verilebilir.

Eski Kanun zamanında yapılan usul işlemleri Yeni Kanuna göre tekrarlanmaz ve geçerlidir. Ancak, eski kanuna göre yapılan geçerli işlem yeni Kanunun koyduğu standartlara uygun değilse, derhal uygulanma kuralı gereğince, görülmekte olan davalarda kullanılamaz. Mesela, yeni CMK kollukta (Savcı emri ile) müdafî olmadan alınan ifade, mahkemede sanık tarafından kabul edilmezse, tutanağın duruşmada okunmasını yasaklamıştır (CMK 213).

316. DERHAL UYGULANMA KAİDESİNİN İSTİSNASI.

I. İstisnalar.

Muhakeme Hukukunda kabul edildiğini gördüğümüz *derhal uygulanma kaidelerinin* “yürürlük sonrası uygulanma” biçiminde istisnaları da vardır. Bir iki örnek verelim:

1) Meselâ sırf yüksek mahkemenin işlerini azaltmak için kabul olunan yetki normlarının, yüksek mahkemede açılmış dâvalarda, hatta duruşma başlamadan da olsa, derhal uygulanmaması, yani yürürlükten kalkan normun uygulanmasına devam edilmesi, devamlı olmayacağı ve yetkisizlik kararları ile işler uzayacağı için geçici maddelerle kabul olunabilir.¹⁷¹⁸

2) Keza derhal uygulama bazen haksızlıklara¹⁷¹⁹ yol açabilir. Meselâ eski kanuna göre kanun yoluna müracaat için daha uzun bir süre tanınmış iken yeni kanun bu süreyi kısaltmış olabilir. Yeni kanunun kısa süresini eski kanun zamanında daha vaktim var diye bekleyip kanun yoluna gitmemiş olanlara uygulayıp, evvelki kanuna göre düşmemiş olan “kanun yoluna başvurma hakkı”nı onlara tanımamak haksızlık olacağından yeni kanunu derhal uygulamamak gerekir. Ancak bu halde, yeniden tanınacak süre, yeni kanunun süresinden uzun da olmamalıdır.

Meselâ temyiz yoluna başvurma için 30 günlük süre tanıyan kanun zamanında bir mahkûmiyet kararı verildikten 10 gün sora süreyi 10 güne indiren yeni bir kanun çıksa, yeni kanuna göre süre doldu diye temyiz yoluna başvurma imkânını ortadan kaldırmak doğru olmadığı gibi, eski kanuna göre daha 20 günü vardı diye kanun zamanında 20 gün içinde temyiz edilebilmesi kabul edilmemeli, yeni kanun zamanında geri kalan kısım en fazla 10 gün olmalıdır. En iyisi bu halleri yeni kanunların *geçişci*¹⁷²⁰ hükümlerle düzenlenmesidir. Hele yeni kanunda aynı kanun yolu tanınmamış ise, nasıl hareket edileceğini ancak kanun koyucu tâyin edebilir. Nitekim Medenî Muhakeme Kanununda, noksan ve geçmişe uygulanırlıktan bahsettiği için hatalı da olsa şöyle intikalî bir hüküm vardır (HMK 578): “İşbu kanun, müktesep hakları ihlâl etmemek şartı ile makabline şâmildir. Bu kanunda tâyin edilmiş olan müddetler içinde istimal edilmeyen haklar artık istimal olunamaz. Şu kadar ki henüz müddeti içinde

¹⁷¹⁷ Madde yönünden yetki için İçBK: 15/2/60; CGK 4/2/74 RKD 74, 54.

¹⁷¹⁸ Meselâ ağır cezalı veya asliyelik olmaktan çıkarılan suçlar bakımından 1979-2248 numaralı kanun geçici m. 1. Toplu Basın Mahkemelerinin kaldırılmasında da bu yol tutulmuştur (1983-2950 No. K.g.m.).

¹⁷¹⁹ Haksızlık olup olmadığı iyice araştırılmalıdır. Ceza Genel Kurulu, temyiz edilebilir bir mahkûmiyet kararının sanık tarafından temyiz edildikten sonra kanun değişikliği ile temyiz edilemez hale gelmesi durumunda “temyiz yargılaması yapılmalıdır” sonucuna varırken, kazanılmış hakkın ihlâlinin haksızlık olacağı gerekçesine dayanmıştır (CGK 2/5/83 YKD 83/8 1226). Temyiz edilebilir bir hüküm vermekle sanığa gerçekten bir “hak” mı verdik ki onu elinden almış olalım? O kararı savcı da temyiz edebilirdi. Hattâ sadece o temyiz etmiş olabilirdi. O zaman savcının kazanılmış hakkından mı söz edecektik? Elbet hayır. Zira savcıya da bu imkân bir hak olarak değil, bir görev ve dolayısı ile yetki olarak verilmiştir. “Savcı temyiz etmişse yeni kanun, sanık temyiz etmişse eski kanun uygulansın” demek de var ama normların genelliğine ters düşeceğini de göze almak lâzım. Hele hem sanık hem savcı temyiz etmişse ne olacak? Bütün bunlar gösteriyor ki gerekçe de bir terslik var. Sanık aleyhinde sonuç veren her durumu haksızlık olarak görmemek gerek. Suçlu olduğu sabit olan sanığın mahkûm olması da sanık aleyhindedir ama elbet haksızlık değildir. Bu nedenlerle, işlemin yapıldığı tarihteki kanuna bakmak demek olan “derhal uygulanırlık” kaidesine bu durumda bir istisna tanımak gerekmediğini düşünüyoruz (K-m: Tosun: Suç muhakemesi hukukunda eski muhakeme kanununun uygulanmasına bir örnek. YD 85/1-2 157). Tosun “temyiz edilmiş mahkûmiyet kararlarından bir kısmını inceleyip bir kısmını incelememekle bir ayırım yapmağa hakkımız olmamalı” demektedir. Yargıtay nasıl olsa bir ayırım yapacak. Meselâ dün temyiz edilmişlerle bugünkülerini yahut dün verilmiş kararlarla bugünkülerini ayıracak. Eşitlik çok dikkatli kullanılması gereken bir ölçü. Hiçbir noktada fark olmamalı ki eşitlikten söz edebilelim. Bir tek noktadaki fark gözden kaçırılırsa hemen eşitsizlikten yakınmak işten değil. İtiraf edelim ki, çok sempatik bir koz. İnsanı ilk bakışta büyüleyebiliyor.

¹⁷²⁰ Bkz. No. 317.

bulunan alâkadar bu kanunun neşri gününden itibaren bu kanundaki müddetler içinde haklarını istimal edebilir”. Bunun mânâsı yeni kanunun tekemmül etmiş işlemlere dokunmayacağı, yeni işlemlerin ise yeni kanuna göre yapılacağıdır.¹⁷²¹ Bu kanunun sürelerle ilişkin normları kıyas yolu ile ceza muhakemesinde de kullanılmalıdır.¹⁷²²

II. Milletlerarası andlaşmalar.

Türk mahkemelerini yetkili veya yetkisiz kılan milletlerarası andlaşmalar da, hilâfına sarahat olmadıkça, derhal uygulanmalıdır. Ana kaideden ayrılmak için¹⁷²³ bizce, ciddî bir sebep yoktur.

317. YER BAKIMINDAN UYGULANMA.

Dünya yüzünde birden fazla Devlet olduğu için birden fazla Devletin kanunları vardır. Bu yüzden bir yerde hangi Devletin kanununun uygulanacağı yani millî kanunun mu, yabancı kanunun mu uygulanacağı meselesi ortaya çıkar: Muhakeme-dışı Hukukun ilgili dallarında tetkik edildiği için, bu mesele üzerinde durmayacağız.

Ceza muhakemesi kanunlarının yer yönünden uygulanması, ülkeler bakımındandır. Bir diğer söyleyişle mülkî (ülkeci, *territorial*) dir. Bu demektir ki ceza muhakemesi kanunlarının yer yönünden uygulanırılığı, millet yönünden yetki meselesidir. Millet yönünden yargılama yetkisi hangi Devletin ise, sanık yabancı da olsa¹⁷²⁴ yargılama işlemleri baştan sona o Devlet tarafından ve o Devletin kanunlarına göre yapılır. Kaide budur. Ancak bu kaidenin, yargılama ve dolayısı ile muhakeme işlemlerinin o kanunu çıkaran Devlet ülkesinde dahi uygulanmadığı, buna karşılık bir Devletin başka ülkelerde yapılmış muhakeme işlemlerine hukukî değer tanıdığı biçiminde özetleyebileceğimiz istisnaları da vardır.

318. MÜLKİLİK KAİDESİNİN İSTİSNALARI.

Ceza Muhakemesi kanunlarının mülkîliği kaidesinin istisnaları iki grupta toplanabilir:

I. Mülkîlik kaidesinin müspet yönünün istisnaları.

Kanunların, neşreden Devlet ülkesinde uygulanacağı şeklinde ifade edilebilen müspet yönünün istisnaları dokunulmazlık¹⁷²⁵ halleridir. Meselâ dokunulmazlığı kalkmadıkça milletvekili aleyhinde bazı muhakeme işlemleri yapılamamaktadır. Diplomatik dokunulmazlığın, yabancı asker dokunulmazlığı da müspet yönün istisnaları arasındadır.

II. Mülkîlik kaidesinin menfî yönünün istisnaları.

Ceza muhakemesi kanunlarının onu neşretmeyen Devlet ülkelerinde uygulanamayacağı ve sonuç olarak, başka Devlet ülkelerinde yapılmış işlemlerin geçer sayılmayacağı yolunda ifade edilebilen menfî yön bakımından istisnaları vardır. Ulaştırma vasıtalarının büyük hızla gelişmesi sonunda Dünyanın küçülmesi, egemenlik esasına dayanan mülkîlik kaidesinin menfî yönünün istisnalarının artmasına yol açmaktadır.

Diğer taraftan, Devletlerin, bölgeler içinde, meselâ kuzey memleketleri arasında, Benelux'te veya Avrupa Konseyi içinde olduğu gibi, birliğe doğru gitmeleri de bir memlekette yapılan muhakeme işlemlerinin ve özellikle verilen kararların diğer üye memleketlerde, kendi makamlarınca

¹⁷²¹ Postacıoğlu, 15; Üstündağ, I, 62.

¹⁷²² İçBK: 8/11/42, 13/10.

¹⁷²³ 4. CD 9/7/59, 5702-9263 (Çağlayan, I, 42).

¹⁷²⁴ “*Transitoire*” (intikali) karşılığı olarak son zamanlarda “geçici” denilmektedir. Halbuki geçici “*provisoire*” karşılığıdır. Eski kanundan yenisine geçişi (intikali) düzenleyen normlara neden geçici olduklarını da belirtmek ve dilimizi zenginleştirmek için “geçişçi” denilmesi uygun olacaktır. Kaldı ki yürürlüğü önceden belli bir zamanla sınırlanmış olan “geçici kanun” kavramı “yürürlük” ile ilgilidir. “Geçişçi kanun” kavramı ise “zaman bakımından uygulanırılık” açısından söz konusudur. İki farklı terim kullanılması, yürürlük ile zaman bakımından uygulanırılık farkını belirtmesi bakımından da isabetli olacaktır.

¹⁷²⁵ Çok defa kanunlarda kullanılan “ülkedışılık” anlamına gelen “*extraterritorialité*”den maksadın bu yerleri ülke dışında saymak olmadığı, bu terim yerine “dokunulmazlık” (*inviolabilité*) denilmesinin uygun olacağı Ceza Hukuku Milletlerarası 12. Kongresinde belirtilmiştir (RIDP 1980, s. 243).

yapılmışçasına, geçer sayılması cereyanını kuvvetlendirmektedir.¹⁷²⁶ Bu yönde olmak üzere Avrupa Birliği içerisinde Avrupa Yakalama Emri Direktifi yayınlanmış ve Birliğe dahil bir ülkede verilen tutuklama kararının diğer AB ülkesinde doğrudan uygulanmasının yolu açılmıştır. Devletler arasında iade prosedürünü ortadan kaldıran bu gelişme delillerin müşterekliği konusunda da görülmüştür. AB Direktifine göre bir devlette toplanan deliller diğer AB devletinde toplanmışçasına geçerli kabul edilmektedir. Muhakeme makamlarına bizimkiler kadar güvенеbileceğimiz Devletlerin muhakeme işlemlerini ve bu arada yargularını, bizimkilerle eş değerli¹⁷²⁷ saymamak için sebep yoktur.

İstisnaların başlıcaları şunlardır:

1) Türkiye’de yapılan bir muhakemeye ait bazı işlemlerin başka Devlet ülkesinde yapılmasına lüzum hâsıl olursa, bunlar o Devletin memurları tarafından kendi kanunlarına göre yapılır.

Meselâ yabancı memleketteki bir tanığın istinabe ile dinlenmesi, o memlekette tanık dinlemeğe yetkili makamlar tarafından kendi muhakeme kanunlarına¹⁷²⁸ göre olur. Yabancı memlekette yapılacak elkoyma, arama, tutuklama gibi işlemlerde de durum aynıdır. Aynı şekilde, başka bir ülkede yapılan muhakeme dolayısı ile bir tanığın dinlenmesi veya o ülkedeki muhakeme işleminde hazır bulunmaya çağırılması gibi belli muhakeme işlemlerinin Türkiye’de yapılmasında da Türk kanunları uygulanır.¹⁷²⁹

Devletlerin Muhakeme Hukuk alanında birbirlerine yardım etmesi, her birinin ve milletlerarası topluluğun menfaati icabıdır. Bu yardımlaşmalar için “adli yardımlaşma sözleşmeleri” akdedilir.¹⁷³⁰ İstenen sanıkların ve hükümlülerin iadesini düzenleyen *Suçluların Geri Verilmesi Sözleşmeleri*¹⁷³¹ de bu arada sayılmalıdır. Önceden yapılmış bir anlaşma olmadan da Devletlerin adli sahalarda da birbirlerine yardım etmesi daima mümkündür ve temenniye şayandır.

2) Başka ülkelerde yapılmış fakat ora kanununa göre değersiz işleme dahi liberal millî kanuna göre değer tanınabilir.¹⁷³²

3) Ceza kovuşturmalarının, en iyi yapabilecek Devlete aktarılmasında, bir Devlette yapılmış işlemler kovuşturmaya devam eden diğerinde eşdeğerli sayılmaktadır.¹⁷³³

¹⁷²⁶ 1964 yılında La Haye’de toplanan Ceza Hukuku Milletlerarası 9. Kongresi bu yolda karar vermiştir. Kuzey Devletleri arasında birbirlerinin ceza kararlarını infaz konusundaki anlaşma üzerine paralel kanunlar Finlandiya, İsveç, Norveç ve Danimarka’da 1963’te kabul edilmiştir. Benelux Devletleri ise aralarında bir sözleşme yapmışlardır. Avrupa Konseyi de ceza mahkemesi kararlarının infaz dahil her bakımdan diğer üye Devletlerde hüküm ifade etmesi için sözleşmeler hazırlamıştır. Bu sözleşmelerin metinleri için Bk., *Yenisey*, Milletlerarası Ceza Hukuku.

¹⁷²⁷ Değer bakımından eş olmaya eşdeğerlilik (équivalence) denir. İşlemlerin eşdeğerliliği ile sonuçların eşdeğerliliği ayrı şeylerdir (*Kunter*: Le problème de l’équivalence en matière d’interruption et de suspension de la prescription. Aktuelle probleme des Internationalen Strafrechts, Hamburg, 1970, s. 76. Türkçesi için Bk. İHF 1971 (36), s. 15.

¹⁷²⁸ İsteyen Devlet kanununun uygulandığı vardır. Meselâ Bern kantonu bu kanuna göre tanığa yemin vermektedir (*Clerc*, n. 31). Alman, Milletlerarası Yardım Kanunu ile, şarta bağlı tutularak istenen işlemlerde şarta uyma mecburiyetini getirmişlerdir (*Yenisey*: II, n. 619). Yeni Görüşler için Bkz.: *Karl-Friedrich Nagel*, Beweisaufnahme im Ausland, Freiburg 1988.

¹⁷²⁹ İstinabeye dayanılarak yapılan bu işlemlerde ilgili kişiler (yani taraflar) ile isteyen Devletin yetkilileri (yani hâkimleri) hazır bulunabilirler. Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardım Avrupa Sözleşmesi bu imkânı sağlamaktadır (CİK 4). Netekim Papa’ya suikast dâvası dolayısı ile 1985 kasımında tanıkların Türk mahkemelerin düzenlenmelerinde İtalyan hâkim ile savcı da hazır bulunmuştur. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu üyeleri Türkiye’ye gelerek insan hakları ile ilgili tanıklar dinlemektedirler. Bu uygulamada da Türk mahkeme hukuku kuralları tatbik edilmelidir.

¹⁷³⁰ Avrupa Konseyi üyeleri arasındaki yardımlaşma için Bkz. “Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardım Avrupa Sözleşmesi” (RG 16/10/68) ve ona eklenen Protokol (RG 26/5/87). Ceza konusunda yardımlaşma çerçevesinde yabancı memleketlere yapılacak bildirmeler için Bk. AdB tebliği (RG 20/2/73, s. 24). Keza Bkz: *Yenisey*: Milletlerarası Ceza Hukuku Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuatı, İstanbul, 1988, s. 57.

¹⁷³¹ Bizim de kabul ettiğimiz (RG 26/11/59) “Suçluların Geri Verilmesi Avrupa Sözleşmesi”nin 15/10/75 ve 17/3/78 tarihlerinde imzaya açılmış ve bugün yürürlükte bulunan 1. ve 2. ek protokollerinden Türkiye 2. sini 16/7/87 de imzalamıştır. İkincisini 1/1/88 de 9 devletle birlikte imzalamamıştı. Birincisi de bu tarihte onaylanmış değildi.

¹⁷³² Meselâ şikâyetle yazılılık şartını aramayan Zürih kantonunda bu şartı arayan bir kantonda yapılan yazılı olmayan şikâyet kabul edilmiştir (*Clerc*, n. 30).

¹⁷³³ Türkiye bu sözleşmeyi (26/4/74 de (a) ve (f) bentlerindeki sakıncaları kullanarak imzalamıştır. Onaylanması ve uygulanması 1/3/77 tarihli kanunla (RG 13/3/77) kabul edilmiş olan sözleşme 19/9/77 de onaylanmış (RG 27/12/77) ve

4) Türkiye’de yabancı Devlet mahkemesinin faaliyette bulunduğu hallerde, yabancı muhakeme kanunları istisna olarak uygulanır.

III. Ceza yargılarının milletlerarası değeri.

Yabancı ceza mahkemesi *yargılarının değerinin* Türkiye’de de kabul edildiği vardır.¹⁷³⁴ Bu değer, a) Yerine getirme ve b) Göz önünde tutma değerleridir. Milletlerarası değer söz konusu olduğundan, bu sonuncu değer *üç çeşit sonucun* gerçekleşebilmesini ifade eder: *Ne bis in idem* sonucu, rastlantılı sonuç ve ekleme sonuç.

1. Yerine getirme değeri.

Yabancı mahkemelerce Türkler hakkında verilen mahkûmiyet kararları Türkiye’de, Türk mahkemelerinin yabancılar hakkında verdikleri mahkûmiyet kararları da yabancı memleketlerde yerine getirilebilir (1984-3002 numaralı K.).

Yabancı mahkemelerce verilen ve Türk kanunlarına uygun bulunan ceza yargılarının ehliyetsizlik cezaları Türkiye’de yerine getirilebilir (TCK 17).

Avrupa Konseyinin şu üç Sözleşmesi de yerine getirmeyi ön görmektedir: 1) Trafik Suçlarının Cezalandırılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi¹⁷³⁵, 2) Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi¹⁷³⁶, 3) Şartla Mahkûm Edilen veya Şartla Salıverilenlerin Gözetimi Konusunda Avrupa Sözleşmesi.¹⁷³⁷ Yerine getirme konusunda ikili sözleşmeler de söz konusu olabilmektedir.¹⁷³⁸

2. Göz önünde tutma değeri.

Yabancı yargıların göz önünde tutulma değeri, özel olarak sözleşmelerde, genel olarak kanunlarla düzenlenir:

Ne bis in idem sonucu bakımından en önemli sözleşme Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri konusunda Avrupa Sözleşmesidir (CYMDAS 53-55). Kanunumuz ise suç çeşitlerine göre tekrar muhakeme yapılması ihtiyarı, tekrar muhakeme yapılması mecburiyeti ve tekrar muhakeme yapılmaması mecburiyeti olarak üçlü bir sistem kabul etmiştir.

Bir yargıya başka bir olayın yargılanması ile bağlanan sonuç demek olan “rastlantılı sonuç” da sözleşmelerle ve kanunlarla düzenlenir. Meselâ Milletlerarası Değer konusundaki Avrupa

Konseye 27/10/78 de bildirilmiştir. Bk. *Kunter*: Ana çizgileriyle Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi, MHAD 74, Kubalı’ya Armağan sayısı, s. 11. Türkçe metin için Bk. *Kunter*: İHFM 74 (40), 643; CEPC: explicatif sur la Convention européenne sur la transmission des procédures, Strasbourg, 1972. 30/3/78 de yürürlüğe giren Sözleşme bugün (8/11/96) Türkiye ile Avusturya, Danimarka, İsveç ve Norveç arasında yürürlükte. Türkiye’de yapılan bir muhakemeyi ilgilendiren bazı işlemlerin başka bir devlette yapılması gerekirse, bu işlemler o devletin yetkilileri tarafından o Devletin kanunlarına göre yapılabilir. Ceza kovuşturmalarının aktarılmasında da, aktaran devlette yapılan işlemler geçerlidir (Toroslu 1998, 18).

¹⁷³⁴ Bizde ve yabancı memleketlerde yabancı yargıya ve özellikle Avrupa yargısına tanınan değer ve bu konuda çeşitli ülkelerde çıkarılan kanunlar için Bkz. *Yenisey*: Milletlerarası Ceza Hukuku. Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuatı. İstanbul, 1988.

¹⁷³⁵ *Kunter*: Trafik Suçlarının Cezalandırılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi, Türkiye Trafik Problemleri Semineri, 1967, s. 333 ve 352. Sözleşme 18/7/72 de yürürlüğe girmiştir. Türkiye 13/9/65 de imzalamışsa da henüz onaylamamıştır (8/11/96)

¹⁷³⁶ Onaylanması ve uygulanması 1/3/77 tarihli kanunla uygun görülen bu sözleşme 19/9/77 de onaylanmış ve bu Konseye 27/10/78 de bildirilmiştir (RG 14/12/77). 8/11/96 tarihinde sözleşmeyi 14 devlet imzalamış ancak şu dokuzu onaylamıştır: Avusturya, Danimarka, Hollanda, İspanya, İsveç, İzlanda (Güney) Kıbrıs, Norveç ve Türkiye, Bk. *Kunter*: Ana çizgileriyle Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi, İHFM 70 (36), 79; Türkiye’de uygulanması önhazırlığı, MHAD 71, 7; Türkçe metin İHFM 70, 391; *Breukelaar*: La reconnaissance des jugements répressifs étrangers, RIDP 74, 565; CEPC: Aspects de la valeur internationale des jugements répressifs, Strasbourg, 1968. Rapport explicatif sur la Convention Européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, Strasbourg, 1970.

¹⁷³⁷ *Kunter*: La transmission de la surveillance, RIDP 74, 639; Gözetim aktarılması, İHFM 75 (41), 3-4, 11; Türkçe metin, İHFM 75 (41), 3-4, 349. 22/8/75 de yürürlüğe giren bu sözleşmeyi Türkiye 13/9/1965’te imzalamıştır.

¹⁷³⁸ ABD ile bu konuda yapılan sözleşmenin onaylanması ve uygulanması hakkındaki 80-2314 numaralı kanuna bakınız (RG 11/10/80 ve 20/10/80).

Sözleşmesinde bu yolda hükümler vardır (CYMDAS 56). Türk Ceza Kanunu yabancı yargının tekerrürde sadece kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, parada ve kıymetli damgada sahtecilik suçlarında göz önünde tutulmasını kabul etmiştir (TCK 58/4).

3. Ekleme sonuç.

Yargıya yeni bir olay ve yargılaması söz konusu olmadan bağlanan sonuç demek olan *ekleme sonucu* kanunumuz yabancı yargılar bakımından düzenlememiştir. Bu konu Milletlerarası Değer konusundaki Avrupa Sözleşmesinde ele alınmıştır (CYMDAS 57).

319. YORUM.

Hüküm veren makam, normun manasını da araştırır, ona göre kullanır veya kullanamaz. Buna “yorum” (tefsir) denir: *Bir hukuk normunun yorumlanması, hukukî müşterek değerlerin sistematik bütünü olarak Hukukî Düzenin bir parçasının bütünüle karşılaştırılması*, tefsir demektir. Böylece, lâfza bakmak veya kanun koyucunun iradesini belirtmek gibi esaslar tek başlarına kabul edilemeyecektir. Ayır ayrı veya bir arada olmak üzere çeşitli vasıtalarla, bir bütün olarak Hukuk Düzeni içinde normun manası tayin edilmelidir.¹⁷³⁹ Diğer bir söyleyişle, yazılı hukukun Hak veya Adalet de denilen yazılı olmayan Hukuka dayanması gerektiğinden, kanunlar hak ve adaleti sağlayacak şekilde yorumlanmalıdır. Bu arada, hukukun duyulan ihtiyaca göre ilişkileri düzenlediği, ihtiyaçlar değiştikçe normların başka türlü anlaşılabilmesi unutulmamalıdır. Kanunların yanlışlıklarından veya yeni ihtiyaçlara cevap veremeyişlerinden doğan sakıncalar ancak böyle önlenebilir.

Yorum konusunda gözetilmesi gereken bir nokta vardır. O da kaide-istisna ilişkisinin aykırılık kavramı dışında kaldığıdır. Gerçekten aykırı olmak başka şey, istisna olmak başka şeydir. Hukuk Düzeni bir sistem, bir bütün olduğundan onu oluşturan normlar muhakkak birbirleri ile uyuyacaklardır. Bunun aksini düşünmek mümkün değildir.

Eğer iki norm birbirine aykırı gibi gözüküyorsa, iki ihtimal vardır:

1) Ya gerçekten aykırılık vardır. Bu takdirde bu aykırılık şu iki yolla muhakkak giderilir: a) Ya yenisinin eskisini üstü kapalı biçimde ilga ettiği kabul olunur, b) Yahut Anayasa normunun sıradan bir kanunla değiştirilememesinde olduğu gibi, üstü kapalı ilga mümkün değildir. Bu takdirde de aykırılık gereği, iptal edilir veya yok sayılır.

2) İkinci ihtimal, gerçekten aykırılık olmayıp, kaidenin bir istisnasının söz konusu olmasıdır. Gerçekten aykırılık olmadığı açık olan hallerde birbirine aykırı gibi gözükken normlar arasında kaide-istisna ilişkisi olduğunda tereddüt edilmemelidir. Meselâ aynı kanun içinde aykırı iki norm bulunmasına, üstü kapalı ilga söz konusu olamayacağına göre, mantık müsaade etmez. O halde bunların birbirlerine aykırı olduklarını değil, birinin kaide, diğerinin istisna olduğunu kabul etmek mantık yönünden zorunludur.¹⁷⁴⁰

Muhakeme kanunlarının yorumu, hemen hemen muhakeme-dışı kanunların yorumları gibidir. Ancak konu, Ceza Muhakemesi Hukuku ile Suç Hukuku açısından ele alındığı zaman, muhakeme-dışı olan Suç Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukuku arasında önemli bir fark olduğu görülür. Bu da kısaca *kıyas (analogie)* de denilen *kıyas edici yoruma* taallük eder. Kıyasta kelimenin mânâsı genişletilmekle kalınmaz, norm, benzer durumda da uygulanır ve boşluklar doldurulur. Bu sebeple kıyası yorum şekli saymayanlar da vardır.¹⁷⁴¹

¹⁷³⁹ Foschini, I, 495.

¹⁷⁴⁰ Meselâ bir af kanunu bir maddesinde “bütün suçlar affedilmiştir”, diğerinde de “falan suç affedilmemiştir” demişse, belli ki falan suç bakımından bir istisna koymuştur. Kanunlar çok defa kolaylık olsun diye kaide maddesinde “şu ve şu istisnalar dışında” diye bir açıklama yaparlar. Fakat bunun yapılmış olması, kaideye uymayanın istisna olmasına elbet engel değildir. İstisnaları göstermeksizin “istisnalar saklıdır” demek ise havanda su dövmektir.

¹⁷⁴¹ Dönmezer/Erman, I, n. 259; Erem: Ceza, I, 93.

Suç Hukukunda şahsî hürriyetin korunması kaygısıyla kıyas kabul edilmez. Kıyas, ceza koyan veya cezayı ağırlatan metinlerde caiz değildir.¹⁷⁴² Bu yasağın sınırına girmediği için, Muhakeme Hukukunda kıyasın mümkün olduğu¹⁷⁴³ genellikle kabul edilmiştir.¹⁷⁴⁴

“İstisnâ ve sınırlayıcı normlarda kıyasın caiz olmaması”, yorumun prensiplerindedir. İtalyan Kanununda da yer almıştır. Şu halde, muhakeme kanunlarında kıyas yoluna gitmeden önce, kıyas yolu ile uygulanacak olan normun istisnâ veya sınırlayıcı olup olmadığına bakmalıdır. Meselâ Ceza Muhakemesi Kanununun boşluğunu doldurmak için şahsî hürriyeti sınırlayan tutuklama hakkındaki hükümler kıyas yolu ile genişletilemez.

320. SANIK LEHİNE YORUM MESELESİ.

I. Sanık lehine yorum yoktur.

Ceza muhakemesi normlarının sanık lehine yorumlanacağı sanısı yaygındır. Bu sanı, ceza muhakemesinin gayesinin münhasıran sanığın korunması olduğu devrin kalıntısıdır.

Sanık lehine yorum diye bir yorum kuralı, bir yorum çeşidi yoktur. Zira yorum kanunun mânâsını bulup çıkarmaktır. Kanunun mânâsı ise mantıken tek olmak icap eder. Kanuna verilen mânâ ya doğrudur; bu takdirde sanığın lehinde de olsa, aleyhinde de olsa uygulanmak lâzımdır. Yahut bu mânâ doğru değildir; bu takdirde sanığın lehinde de olsa nazara alınmamak icap eder. Yumuşak ve sert diye bir yorum çeşidi yoktur, yumuşak veya sert olan bizzat kanundur.¹⁷⁴⁵

II. Yorumda şüpheden sanığın faydalanması.

Sanık lehine yorumlamak diye bir yorum metodu olmamakla beraber, “şüpheden sanık faydalanır” kaidesi, *yorumda şüphe* halinde kabul edilebilir.¹⁷⁴⁶ Gerçekten, yorum metotları kullanıldığı halde bir yorum yapılamaması da mümkündür. Yorumda şüphe budur.

Burada dikkat edilecek nokta, birden fazla yorum ihtimalinin her zaman yorum şüphesini yaratmayacağıdır. Yorumlamak mecburiyetinde olan kişi, bunlardan birini seçmek zorundadır. Bu seçim de akıl ve mantık terazisinde birinin ağır basmasına göre yapılacaktır. Sadece ihtimallerin aynı ağırlıkta olması takdirindedir ki yorum şüphesinden bahsedilebilecek ve aslında delil bakımından söz konusu olan “şüpheden sanık faydalanır” kaidesine norm bakımından da başvurulacaktır.

¹⁷⁴² 1937 yılında Paris’te toplanan Ceza Hukuku Dördüncü Kongresi bu yolda bir karar vermiştir. *Taner*: 4. Beynelmillel Ceza Hukuku Kongresi, İHFM 37, 405.

¹⁷⁴³ Kıyas, Anayasadaki “yargılama usullerinin kanuniliği” ilkesine aykırı görülmemelidir (k-m: *Akmut (Akdemir)*: Yargılama usullerinin kanuniliği sorunu. YD 85/3, s. 253). Anayasanın, dünyanın her yerinde muhakeme hukukunda kabul edilen kıyası önlemek için bu ilkeyi kabul ettiği söylenemez (Erem, n. 12). Kanunilikten maksat, bizce, hak ve hürriyetleri kısıtlamanın idarece düzenlenmesine imkân vermemektir. Her ne kadar *Akmut* “1924 Anayasası yürürlükte iken yargılama usullerinin idarî işlemlerle düzenlenmesi yoluna gidilmemiştir” demektedir ise de 1936 tarihli meşhur suçlar yönetmeliğini unutmaya benzemektedir. Anayasadaki kanunilikten maksat, kısıtlayıcı işlemlerin sadece kanunlarda gösterilmesi olduğundan tutuklama gibi kişi hürriyetini kısıtlayan işlemlerde kıyas elbet kabul edilemez. Zaten kimse bunu iddia etmemiştir. Bu istisna dışında, kanunda boşluk var diyen hâkim yargılama işlemlerini yapmaktan elbet geri durmayacak, boşluk yokmuşçasına hareket edecektir. İsviçre Federal Mahkemesi boşluk halinde kıyasa cezası verdiği gibi, benzer norm yoksa, hâkime norm yaratma yetkisi veren ilkeyi (MK 1) uygulamaktadır (*Clerc*, n. 26). Unutmayalım ki artık Ceza Hukukunda bile dar mânâda kanuna uygunluk anlamında tek bir kanunilik kavramı yoktur ve hattâ kanunilik ilkesinden değil, ilkelerinden söz edilmektedir (*Delmas saint Hilaire*: Les principes de la légalité des délits et des peines. in *Mélanges en l’honneur du Doyan Pierre Bouzat*, Paris, 1980, s. 149).

¹⁷⁴⁴ *Taner*, 7; *Erem*, 24; *Tosun*, I, 129.

¹⁷⁴⁵ *Sabatini*, I, 177; *Erem*, I, 94.

¹⁷⁴⁶ *Foschini*, I, 497.

ALTINCI BÖLÜM. DELİLLER

41. § DELİLLER: 1. MUHAKEME HUKUKU BAKIMINDAN GÖREVİ

321. Hüküm vasıtası olarak deliller. 322. Delillerin niteliği. 323. Vicdanî delil sistemi. 324. Delillerin özellikleri. 325. Bilimsel deliller. 326. İspatın nisbiliği. 327. Şüpheden sanığın faydalanması. 328. Delil ve şüphe sebebi; şüphenin kuvvet dereceleri. 329. İspat konusu. 330. Hâkimin ve savcının delil araştırması; ispat külfeti. 330-1. Sınır aşan ceza kovuşturmasında kullanılan deliller.

321. HÜKÜM VASITASI OLARAK DELİLLER.

I. İspat kavramı.

Muhakeme makamlarının ve özellikle yargılama makamlarının görevlerini yaparken kullandıkları bir diğer vasıta (veya âlet) de *delildir*. Deliller olayın belirlenmesine yararlar. Bu makamlar, kolektif bir hüküm ile çözdükleri uyuşmazlığın maddî ve hukukî iki kısmından birincisi olan maddî meseleyi çözebilmek için, hakikati araştırıcılardır. Yargılama makamının bir çeşidi olan mahkeme adli makâmı işgal eden hâkim, bu araştırması sonunda belli hususlarda bir hükme varacaktır.

Hâkimin hükme varışı, o maddî hususu “sabit görmesi veya görmemesidir”. Hâkimin hükme varışı, taraflar bakımından o hususun *ispat edilmesi veya edilmemesidir*. Gerçekten eğer hâkim maddî meseleyle ilgili belli bir iddia veya müdafaanın hakikate uygun veya aykırı olduğu hükmüne varmışsa, taraflar iddia veya müdafaalarını ispat etmiş veya edememiş olmaktadır. Hâkimin hükme varması o husus bakımından ele alındığında, o hususun *sübut bulunduğu veya bulunmadığı* söylenir.

Taraflar bakımından “ispat”, hâkim bakımından “sabit görme”, maddî husus bakımından “sübut” denilen faaliyetler için kullanılan vasıtalara “ispat vasıtası” veya “sübut vasıtası” veya kısaca “delil” denilir. Delil teriminin, dilimizde de, “ispat gayesi ile yapılan faaliyet” yahut kısaca “ispat faaliyeti” mânâsına gelen¹⁷⁴⁷ “*prova, preuve*” karşılığı kullanıldığı varsa da “delil nazariyesi” yerine “ispat nazariyesi” denilmeli ve “delil” sözcüğü ispat vasıtası mânâsına kullanılmalıdır.¹⁷⁴⁸

İspat konusunda hüküm verme, realitenin bir parçası olan olay hakkında hüküm vermedir. Delillere dayanarak şüphesini yenebilen kimse, olayın şöyle veya böyle olduğu hakkında bir hüküm verir. Bu hüküm, onun kafasındaki bir tasavvurdan, olaya verdiği şekilden ibarettir. Şüphesi kalmamışsa, olay onca *belirli (constant)* olmuştur. Onun için, delillere dayanılarak olayın şu veya bu şekilde olduğu yolunda hüküm verme faaliyetine *olayın belirlenmesi (constatation du fait)* denilir.¹⁷⁴⁹

II. Delil kavramı dışında kalan hususlar.

Delil tâbirinin, hatalı olarak, delil muhtevasının öğrenilmesi ve değerlendirilmesi vasıtalarını, meselâ bilirkişi incelemelerini ve keşfi de içine alacak şekilde kullanıldığı vardır. *Şüphe sebepleri* henüz *delil* olmamıştır. Ceza soruşturmasını başlatan veya tutuklama kararı verilirken kullanılan *şüphe sebeplerinden* önemli ve hukuka uygun olanlar ayıklanarak iddianamede *delil* olarak gösterilecek ve bunlar duruşmada ikame edilerek tartışılacaktır.

Keza delil kaynağına meselâ beyanda bulunacak tanığa da delil denildiğine sıklıkla rastlanmaktadır.

¹⁷⁴⁷ Manzini, III, 165.

¹⁷⁴⁸ Postacıoğlu da “isbat teorisi” tâbirini kullanmış ve “delil”i, ispat ameliyesinde başvuru vasıtası diye tarif etmiştir (s. 527).

¹⁷⁴⁹ Deschenaux. 19. *Constatation* karşılığı belirtme demiştik. Belirtmeyi *relever* karşılığı kullanıp *Constater* için “belirlemek” demeyi uygun bulduk.

322. DELİLLERİN NİTELİĞİ.

Hâkim, muhakeme sonunda maddî meseleyi çözmek için bir tarihçi gibi, eski olayı yeniden yaşatacak, geçmişin bulutları arasından hakikati, görmeğe çalışacaktır.¹⁷⁵⁰ Gerçekten hâkim geçmişte ne olduğunu, nasıl olduğunu bilmeğe mecburdur. Bunun için elindeki imkân “bugün”dür. “Bugün”den maksat, bugün var olan ve varlığını duyularımızla öğrenebildiğimiz şeylerdir. İşte “delil” budur.

Delillerin muhakeme sonunda maddî meseleyi çözmeye, hâkimin (daha doğrusu mahkemenin) elinde bir vasıta olmasının mantıkî sonucu şu olmaktadır ki, delil ancak kovuşturma evresinde söz konusu olabilir. Daha önce, kanunlarımızda yersiz olarak delilden veya onun bir çeşidi olan belirtiden söz edilse de, sadece “şüphe sebebi” vardır.

Hakikate ulaşmak ve hatadan sakınmak yollarını bize “mantık” gösterdiğinden, hâkim ispat konusunda mantık kuralları ile bağlıdır.¹⁷⁵¹

“Delil kaynağı” başka şey, “delil” yine başka şeydir. Birincisinde statik ve bünyevî, ikincisinde görevsel (*fonctionnel*) bir nitelik vardır. Ahmet ve Mehmet tanıklık ederse, buna “delil”, “*tanık beyanı*” veya *şahadet* denir. Ahmet ile Mehmet yani tanıklar ise delil kaynaklarıdır.

“Delil” ile “delilin muhtevası” da aynı şeyler değildir. Bir tehdit mektubu “belge” olarak delildir. Bu mektubun muhtevası ise, delilin kendisi olmayıp muhtevasıdır. Delillerin muhtevasını öğrenmek veya değerlendirmek için başvuru olan şeyler de delil değildir. Zira delil maddî olayın öğrenilmesinde vasıta olduğu halde, bunlar o vasıtanın muhtevasını veya değerini öğrenmede vasıtadırlar.

323. VİCDANÎ DELİL SİSTEMİ.

Ceza muhakemesinde maddî hakikat arandığı için, şeklî hakikati aramakla yetinebilen medeni muhakemeden farklı olarak, ceza hâkimi ne tarafların ileri sürdüğü delillerle bağlı olmalı, ne de kanun belli hususların belli delillerle ispat edileceğini göstermelidir.¹⁷⁵² Ceza muhakemesinde her şey delil olabilmeli ve delil diye ortaya çıkanların delil olabilme yani ispat değerini hâkim serbestçe tâyin edebilmelidir. Ceza hâkimi, belli bir hususun sabit olduğu hakkındaki hükmünü, tam bir inanışla, bir kanya (kanaate) vararak¹⁷⁵³ vermelidir.

“*Vicdanî delil sistemi*” tâbiri ile ifade edilmek istenen hem delil serbestliği hem de delillerin değerlendirilmesi serbestliği dir.

Bu serbestlikler, hâkimlerin keyfî hareket edebileceği, mânâsına gelmez. Delillerin değeri mücerret olarak önceden tâyin edilemediği içindir ki kanun koyucunun değerlendirmesinden vazgeçilmiş ve her hâdisede hâkimin değerlendirmesi istenmiştir. Delillerin bugünkü akılcı anlayışına göre hâkimin “kanaatı”, ispat edilmesi istenen olayların tahlilî bir tetkiki ile lehte ve aleyhte bütün şartların tenkidi bir değerlendirilmesinin mahsulü olmak gerekir.¹⁷⁵⁴

Bugün medenî memleketler, ceza muhakemesinde¹⁷⁵⁵ vicdanî delil sistemini benimsemişlerdir. Delil hukuku dört safhadan geçmiştir: İlkel safha: akıl dışı deliller, *ordel* dini deliller (jüri), kanuni deliller ve

¹⁷⁵⁰ Foschini, I, 404.

¹⁷⁵¹ De Marsico, s. 174.

¹⁷⁵² Trafik Kanununa göre düzenlenmiş tutanaktan başka tutanağın kabul edilmemesi (7. CD 10/6/64, AdD 65, 993) kanunî delil sistemine dönmek olacağından hatalıdır.

¹⁷⁵³ Hâkimin bu inanışına, sadece “kanaat” demek kâfidir. Kanunî delillerin hâkimi bağlamasının zıddını ifade için Fransızlar “intime conviction” demişlerdir. Lévy-Bruhl, “intime conviction” tâbiri ile, hâkimin bir delil ile bağlı olmadığını kasdedildiğini belirtmektedir (La preuve judiciaire, Paris, 1964, s. 40). Bu terim “vicdanî kanaat” diye çevrilemiştir. İtalyanlar ise hâkimin taraflarca ileri sürülen delillerle bağlı olmadığını ifade etmek üzere “libero convincimento” (serbest kanaat) dan söz açmaktadırlar. “Vicdanî kanaat” yerine sadece “kanaat” dediğimiz halde “vicdanî delil sistemi” terimini kullanışımız yadigarınmamalıdır. Zira burada “moral” karşılığı kullanılagelen “vicdanî” kelimesi, “kanunî”nin zıddı olarak, serbestçe yani şahsî bilgileri nazara alarak kabul edilen ve değerlendirilen mânâsına gelmektedir.

¹⁷⁵⁴ Gorphe, 116, 119.

¹⁷⁵⁵ Anayasada “hâkimler, vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler” denilmektedir (AY 138/1). Bu maddenin gerekçesinde “delillerin takdirinde ve bunun sonunda hükme varışında vicdanî kanaate göre hareket edecektir” sözlerine bakıp burada delillerin serbest takdirinin Anayasa prensibi haline getirilmek istendiği sonucuna varmamalıdır. Bugüne kadar sadece ceza sahasında kabul edilen vicdanî delil sisteminin Anayasa tarafından medeni muhakemeye de teşmil edilmek istendiğini gösteren

vicdani delil sistemi. İnsanlar vicdanî delil sisteminden önce, uzun müddet, *kanunî delil sistemini* uygulamışlardır.

Kanunî delil sistemi, belli hususların kanunlarda gösterilen belli delillerle ve hâkimi bağlayacak şekilde ispat edilmesi demektir.¹⁷⁵⁶ Bu sistemle, hâkimlerin akıl dışı delillere başvurması önlenmek istenmiştir.

Ancak bu sistem de daha önceki “dinî delil sistemi” gibi, tam hakikate varacağı mümkün kılınmamıştır. Uydurma kanunî delillere başvurulduğu, özellikle, yalancı tanık tedarik edildiği çok görülmüştür. İlk önceleri, hakların kaybolmaması için hâkimler bunlara göz yummuşlar, fakat sonraları suiistimaller almış yürümüştür. Bunun içindir ki kanunî delil sistemi, yerini vicdanî delil sistemine bırakmak zorunda kalmıştır.

324. DELİLLERİN ÖZELLİKLERİ.

Ceza muhakemesinde maddî hakikat ve serbest kanaat arandığından, hâkime hakikati, yani gerçeğe uygun olanı gösterecek her şey delil olabilir. Ancak bu da sınırsız değildir.

Bugünün Ceza Muhakemesi Hukuku delillerde, daha doğrusu delil olabilecek şeylerde şu özellikleri aramaktadır:

I. Deliller gerçek olmalıdır.

Bu demektir ki delil olabilecek şey, iç dünyamızın değil, elle tutulabilen dış dünyamızın bir kelime ile gerçeğin (realitenin) bir parçasını oluşturmalı ve böylece beş duyumuzla öğrenilebilmelidir.¹⁷⁵⁷ Beyan ve belge adlı şeylerin varlığı ve dolayısı ile delil olabileceği su götürmez. Belirti (emare) adlı şeylerin de dış dünyada varlığı nedeniyle aranılan özelliğe sahip olduklarında tereddüt edilmemelidir. Bunun içindir ki hayvanların kendi kendilerine ahırlarını bulmaları olayı, hırsızlıkta delil olarak kullanılmıştır.¹⁷⁵⁸ Belirtilerin yargılanacak uyuşmazlık konusu olaydan daha fazla olarak, daha başka olayları da temsil etmesi, kısaca, genel nitelikte olması, sadece onların değerlendirilmelerinin farklı olmasını gerektirir, yoksa delil olmalarına engel olmaz. Kaldı ki beyan ve belge delilleri de değerlendirmeden geçirilir ve gerekirse delil olarak kabul edilmezler. Görülüyor ki bir şeyin delil olabilmesi ile delil olarak kabul edilmeleri farklı şeylerdir.

II. Deliller akılcı olmalıdır.

Hâkime hakikati gösterebilecek mahiyette şeylerin delil olabilmesi demek, ispat bir hüküm olduğuna veya hakikati araştırması yolunu *mantık* gösterdiğine göre, ancak hakikati akla uygun olarak ifade edebilecek şeylerin delil olabilmesi demektir.

Bu itibarla delil olabilecek şeylerin akılcı (rasyonel) olmaları, bilimce kabul edilmeleri zarurîdir.¹⁷⁵⁹ Meselâ hâkim, kanaatini bir falcının kehanetine dayandıramaz. Keza şeklî deliller, ancak şeklî hakikati gösterdiklerinden maddî hakikati araştıran ceza muhakemesi bunlarla yetinemez. Nitekim kanun, yüklenen suçun ispatının, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı olması halinde, bu sorunla ilgili olarak da bu Kanun hükümlerine göre karar verebileceğini yani “nisbî muhakeme” ile çözeceğini açıklamıştır (CMK 218/1).

hiç bir belirti yoktur. Medenî muhakemecilerimiz, takdiri delillerin yanında yer alan “kanunî deliller”in kaldırılmasını teklif etmiş değillerdir. Hattâ *Postacıoğlu* (s. 568) kanunî delil sistemini övmektedir. Anayasa koyucunun medenî muhakeme hukukuna da tesir edeceğini düşünmeden genel bir norm kabul ettiği açıktır. Yorum yolu ile bu hatayı düzeltmek için, gerekçenin hatalı yazıldığını ve “vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler”den maksadın, İstanbul Üniversitesi Tasarısının 161. maddesinde yer alan “Hâkimler her türlü müdahaleden masundurlar ve görevlerini yalnız vicdanî kanaatlerine göre yerine getirirler” cümlesindeki gibi, hariç tesir ve müdahale altında olmaksızın hüküm verirler” mânâsında kullanıldığını kabul etmekten başka çare görmemekteyiz.

¹⁷⁵⁶ Fark ve temyiz için hekim raporunun şart sayılması, kanunî delil sistemine dönüşür.

¹⁷⁵⁷ *Carnelutti*: Lezioni, II, 204; *De Marsico*, 175.

¹⁷⁵⁸ *Frosali*, IV, 243.

¹⁷⁵⁹ *Falschi*, 179; *Manzini*, III, 175. Tabiat kanunlarını bilmeyen ilkel toplumlar, oyunağı olduklarını sandıkları yüksek kuvvetler tahayyül etmek zorunda kalmışlar ve karşılaştıkları güçlükleri yenmek için rasyonel olmayan delillere başvurmuşlardır (*Lévy-Bruhl*, *Le preuve judiciaire*, 1964, s. 42).

O halde, hukuk muhakemesinde işlenen yalan yere yemin suçundan dolayı yapılan ceza muhakemesinde her şey delil olabilmelidir. Medenî muhakemede yazılı delil zarurî ise ceza muhakemesinde de yazılı delil aranacağı yolundaki İçtihat Birleştirme Kararı hatalıdır¹⁷⁶⁰ ve nisbî muhakeme müessesesinin göz önünde tutulmasının sonucudur.¹⁷⁶¹

Delillerin akılcı olmaları aranınca, yeminin delil olamayacağı sonucuna varmak gerekir.¹⁷⁶² Bu hususu mülga Kanun sadece hâkimin reddi muhakemesinde açıklamış (CMUK 25) iken Ceza Muhakemesi Kanununa alınmamıştır.

Delillerin rasyonel olmasının kabul edilmesi, insanlık tarihinde bir ilerlemenin ifadesidir. Gerçekten insanlar uzun zamanlar rasyonel olmayan delilleri kabul etmişlerdir. İnsanlık, delil bakımından çeşitli safhalardan geçmiştir.¹⁷⁶³

İspat vasıtalarının hiçbir düzene bağlanmadığı “*ilkel safha*”dan sonra gelen “*dinî delil safhası*”nda, hukuk ve din henüz ayrılmadığından, dinlerin gösterdiği delillere başvurulmuştur. Bu delillerin başında “ilâhî imtihanlar” gelir. İlâhların mâsumu kurtaracağı inancı ile, sanıklar kaynak su, kızgın demir, ateş, zehir gibi öldürücü maddelerle imtihana tâbi tutulmuşlardır. Meselâ kızgın demir sanığın elini yakarsa, onun suçlu olduğu sonucuna varılmıştır. İtham edenle sanık düello ettirilmiş, kazananın haklı olduğu, zira ilâhlar tarafından korunduğu söylenmiştir.¹⁷⁶⁴ “Halkın sesi, Hakkın sesidir” denilerek “jüri” vasıtası ile suçluluğun tespit ettirilmesi de bu safhanın başvurduğu dinî mahiyette bir tedbirdir.

Daha sonraları, din ve hukuk ayrıldığından, delilleri dinler değil, kanunlar tâyin etmiş ve böylece “*kanunî delil safhası*”na geçmiştir. Bu safha da yerini “*vicdanî delil safhası*”na terketmiştir.

III. Deliller olayı temsil edici olmalıdır.

Olayın bir parçasını da temsil etmiyorsa, bir diğer söyleyişle aksettirmiyorsa, o şeyin delil değeri yok demektir, delilden söz edilmemek gerekir. Mülga Kanunda “maksada elverişlilik” (CMUK 238: d) ile kast olunan da bu husus idi. Temsil edici olmanın¹⁷⁶⁵ ilk şartı, delilin sağlam yani güvenilir olmasıdır. Kaide olarak, bunu hâkim araştırır, sağlam görmediğini kabul etmez. Fakat kanun koyucu da

¹⁷⁶⁰ *Taner*, 161; *Dönmezer*: Kronik, İHFM 43, I-II, s. 431.

¹⁷⁶¹ İçBK: 2/4/41, 19/12. “CMUK da açıklık yok. HMK daha genel” diye onun 287 ve 445. maddelerine dayanan bu kararın pratik gayesi, “hukuk”ta tanıkla ispat edilmeyen bir hususun, ceza davası açılarak ceza mahkemesinde tanıkla ispatına imkân vermemektir. Anlaşıyor ki bu karar, yeminle hukuk dâvasını kaybeden tarafın yalan yeminden savcıya dâva açtırması üzerine yeminin yalan olduğu ve meselâ sanığın borçlu bulunduğu her türlü delille ispat edilince, bu kanun hukuk hâkimini bağlayacağı sanısına dayanmaktadır. Bu da iki şekilde düşünülebilir: Ya borcu tespit eden bu karar, hukukta muhakemenin iadesine yol açacak ve ceza hâkimi, müdahilin kaybını zarar sayıp tazminata hükmedecektir, yani iki halde de hukuk dâvası her türlü delille ispat edilmiş duruma düşecektir. Bizce bu düşünce varit değildir. Bir kere, yalan yemin konusunda iade için, karar veya yazılı delil aranmaktadır (HMK 445:6). Ceza muhakemesi kararı ise “yazılı delil değildir. Tazminata gelince, maksat bunun ceza mahkemesince kararlaştırılmaması olduğuna göre, sadece bu yolda karar vermek gerektirmez, suçlunun cezalandırılmaması sonucunu doğuran bir yol tutmağa yer yoktur. Ceza da hukuktaki delille bağlı kalmak, ceza dâvasının da hukuk dâvası gibi kaybedilmesine sebep olacaktır. Hukuk mahkemesinde dâvayı kaybetmeden doğan zararın ceza mahkemesince ödetilemeyeceğine karar verilmeyle yetinilmeliydi. Zira ceza mahkemesi, tazminat dâvası ile ceza dâvasını birleştirecektir. Bu demektir ki, ceza mahkemesi hukuk mahkemesi gibi, yani oradaki usule göre çözecektir. Borcu her türlü delille ispat ise, medenî muhakemenin ispat sistemine ters düşer. Görülüyor ki ceza mahkemesi, ceza davasında sanığı mahkûm etse de tazminat dâvasını reddedecektir. Tereddütleri büsbütün yenmek için kanunî bir norm kabulü de mümkün iken, iki hatalı esasa dayanmaya mahal yoktu. Gerçekten, HMK daha genel olmadığı gibi, CMK’da da sarahat yok değildir ve 254. madde vicdanî delil sisteminin kabul edildiğini açıkça göstermiştir. Bu hatalı görüşün değişmediğini ve suçlulara prim verilmekte devam edildiğini üzülmeye başlıyoruz. Meselâ boş çekin alacaktan fazla olarak doldurulmasının emniyeti kötüye kullanma suçunu oluşturması için hâlâ yazılı delil aranmaktadır (9. CD 24/9/85 YKD 86/1 141). Diğer örnekler: CGK 17/3/86 YKD 86/8 1195; 9. CD 17/2/87 İKİD 87/8 5058). Suç ve ceza siyaseti bakımından artık bir an önce değişmesini istediğimiz bu isabetsiz içtihadı kanun değişikliği ile son verilmekten başka çare görmüyoruz.

¹⁷⁶² Çekinen tanıklara verilen yemin delil olmayıp (k-m: *Tosun*, I, 748) “tanık beyanı” delilinin doğru olmasını sağlamak için başvuru bir çaredir. Hattâ yeminin medenî muhakemede dahi delil olup olmadığı tartışmalı bir meseledir. Meselâ Fransız hukukunda yemin, delil olarak değil, sulh şartı olarak kabul edilmiştir (*Postacıoğlu*, 638).

¹⁷⁶³ *Ferri*: Sociologia criminale, II, 348; *Garraud*, I, 497; *Taner*, 157.

¹⁷⁶⁴ Bugün ileri toplumlarda da uygulanan hususî af ve sığınma hakkı müesseseleri, tabiat üstü kuvvetlerin müdahalesinin kabul edildiği ilâhî imtihan sistemlerinin kalıntılarıdır (*Lévy-Bruhl*; *La preuve judiciaire*, 1964, s. 67).

¹⁷⁶⁵ *Tosun* (I, 711) buna suçla ilgili demektir.

güvenilemeyeceğini kestirebildiği şeylerin delil olmayacağını önceden belirtebilir. Meselâ, *iyi hal belgelerine* mülga kanun koyucu güvenmemiştir (CMUK 249). Ancak yeni Kanun adli sicil özetleri ve diğer belgelerin duruşmada okunacağını kabul etmiştir (CMK 209). Elde edilmesinin imkânsız olmamasına ilişkin düzenleme (CMUK 238'e) yeni Kanuna alınmamıştır.

IV. Deliller ispat bakımından önemli olmalıdır.

Ancak ispatına ihtiyaç duyulan hususlarla ilgili deliller ispat bakımından önemlidir. *Önemli*, bir diğer söyleyişle *faydası olmayan* delillerle uğraşmanın anlamı yoktur. Delil ile ispat edilmek istenen olay karara etkili bir olay olmalıdır (CMK 206).

V. Deliller hukuka uygun olmalıdır.

Deliller kanuna aykırı olarak elde edilmiş olmamalıdır (CMK 206/2-a). Hukuka aykırı deliller konusu mülga Kanunumuzda 1992 yılında tekrar düzenlenmişti. 135a ve 254/2 maddelere yapılan eklemelerle yasak yöntemlerle alınan ifadeler, rıza olsa dahi delil olarak kullanılamaz hale getirilmiş (CMUK “92-3842” 135a), hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin de hüküm verirken kullanılması yasaklanmış (CMUK “1992-3842” 254/2), ayrıca temsil edici de olsa bazı deliller yasaklanmıştır (Any “2001-4709” 38/6). Ceza Muhakemesi Kanunu 148/3 ve 217/2. maddeleri ile aynı esasları kabul etmiştir.

Aşağıda (43-1. §) ayrıntılı olarak açıklanacak olan hukuka aykırı delillerin çeşitleri vardır: a) Bazıları konu bakımından yasaklanmıştır. Kanunlar, temsil edici de olsa, bazı delillerin kullanılmasını çeşitli nedenlerle istemezler. Meselâ çekinme hakkı olan tanık bu hakkını sonradan kullanırsa beyanı delil olamaz (CMK 210/2). Delilin hukuka aykırı olarak elde edilişi yüzünden ortaya konulmaması ihtimali var oldukça, CMK 148/3 ve 217/2’de olduğu gibi kanunla düzenleme yapmalı, insan hakları çiğnenerek elde edilmiş olanlar ise, bu çiğnenmenin tekrarlanmasını önlemek için, hatta içtihatla yok sayılmalıdır.¹⁷⁶⁶ Meselâ alt sınırı 5 yıl ve daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda Devlet memurları Devlet sırlarında tanıklık yapamaz (CMK 47/3). b) İnsan haklarını ve anayasal temel hakları korumak için yapılmış yasaklar da vardır. Meselâ çekinme hakkı olan tanık bu hakkını sonradan kullanırsa beyanı delil olamaz (CMK 210/2), c) Elde edilmesindeki metot dolayısı ile yasaklananlar da vardır. Zor kullanarak, hile, tehdit ve işkence ile elde edilenler gibi.¹⁷⁶⁷

Hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil vasıtası ile ortaya çıkan delillerin de yasaklanmasına *uzak etki* denilmektedir. Anglosakson hukukunda *fruits of a poisoned tree* deyimini tanımlanan ve kullanılmayan bu tür deliller Kıta Avrupa’sında hüküm verirken kullanılmaktadır.

VI. Deliller müşterek olmalıdır.

Delil muhtevasını sadece hâkimin öğrenmesi yetmez. Taraflar da öğrenmeli ve mütalâa niteliğindeki hükümleri ile kolektif hüküm verme faaliyetine katılabilmelidir.

Delillerin müşterekliği prensibi ile¹⁷⁶⁸ ifade edilmek istenen budur. Delillerin müşterekliği, ortaya konulup tartışılması ile sağlanır. Hâkimin olay hakkındaki şahsî bilgisine dayanarak karar vermesi, bu prensibe aykırı düşeceğinden, kabul edilemez. “*Hâkim in olay hakkındaki şahsî bilgisine dayanmaması prensibi*”, delillerin müşterekliğinin bir sonucudur.

Hâkimin olay hakkındaki şahsî bilgisine dayanarak karar vermesi, müdafaa hakkına da dokunur. Zira bu bilginin serbest bir şekilde tartışılmasına imkân yoktur. Olay hakkında şahsî bilgisi olan hâkim,

¹⁷⁶⁶ Tosun, I, 816. Almanlar 1950 de sorguyu bu yönden düzenlemişler ve şüphelinin ifadesinin alınması sırasında yorma, kötü davranma, vücuda müdahaleler yapma, zorla ilâç verme, işkence, aldatma veya ipnotize etme gibi irade ve idraki zayıflatan metotları, şüpheli razı olsa bile, yasaklamışlar ve yasak metotlarla elde edilen beyanların delil olarak değerlendirilemeyeceğini açıkça göstermişlerdir (Roxin, s. XXII) (StPO 163a). Tafsilat için Bkz: Tosun: Hukuka aykırı elde edilmiş delillerin ispat kuvveti. 1976, s. 40. Yurıcan, s. 216, 225. Yenisey: II, n. 662. Özellikle ABD’deki bazı durumlar için Bkz. Sokullu Akanı, s. 183, 215, 243.

¹⁷⁶⁷ Yasağın konmasındaki amaca uygunluk aranmasını isteyenler vardır. Tafsilat için Bkz. Yenisey: II, n. 622.2.

¹⁷⁶⁸ Foschini, delillerin müşterekliği adını verdiğimiz prensibe, “ispat kaynağının müşterekliği” (communanza delle fonti di prova) demektedir (I, 412). CMK 47/2 deki düzenleme delillerin müşterekliği ilkesi bakımından tartışılabilir.

hâkimlikten çekinmeli, tanık olmamalıdır.¹⁷⁶⁹ Kanun, kanaatin duruşmadan edinilmiş olması ve delillerin ortaya konulması şartlarını aramakla (CMK 217)¹⁷⁷⁰ bu iki prensibi dile getirmiştir. Oysa CMK 47/2 maddede, devlet sırrına ilişkin tanıklıkta, tanığın sadece mahkeme hâkim i veya heyet tarafından, zabıt kâtabi dahi olmaksızın dinlenmesi kabul edilmiş, daha sonra bu tanık açıklamalarından sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgilerin tutanağa kaydettirilmesi, bu prensibe aykırıdır.

Olay hakkında şahsî bilgidен maksat herkesçe bilinmeyen¹⁷⁷¹ hususlara ait bilgilerdir. Herkesçe bilinen, maruf ve meşhur şeylere ilişkin bilgilerini hâkim şu iki şartla nazara alabilir¹⁷⁷²: 1) Bilginin mefruz hüküm ve soyut kaide olmayıp somut olması, 2) Hakikat olduğunun tartışılmayacağıının yerleşmiş, yayılmış bulunması.¹⁷⁷³ Bunları Yargıtay hâkimleri de bilebileceklerinden, kontrol mümkündür.

325. BİLİMSEL DELİLLER.

Bugün vicdanî delil sistemi sayesinde ceza hâkimi rasyonel olan her delille başvurabilmekte ve bilhassa bilim ve tekniğin yardımına müracaat etmektedir.

Bir gün gelip vicdanî delil sisteminin yerini objektif de denilen bilimsel delil sistemine bırakacağı söylenmiştir. Vicdanî delil sisteminin sakıncalı olduğu, hâkimlerin takdir namı altında keyfi hükümler verebildikleri doğrudur. Bilimsel delilin bu mahzurları önlediği de doğrudur. Yanlış olan, her bilimsel delilin objektif olduğu fikridir.

Bugün bilimsel diye adlandırılan delillerin büyük çoğunluğu, meselâ laboratuvar deneyi yapan kimseninki gibi, bilimsel mütalâadır ve bu itibarla sübjektiftir. Yanılmalar daima mümkündür. Bu sebeple hâkimlerin bunlarla da bağlı olmaması doğrudur. Tamamen objektif olan ve sübjektif kalmak mahzurundan âzade kalabilen bilimsel delil mevcut olduğu zaman, bunun hâkimi bağlamasını kabul etmek de bilimsel bir zarurettir. Bütün mesele böyle bir delili bulabilmektir. Meselâ kan tahlillerinin menfî netice vermesi bilimce bir mânâ ifade eder. Kanlar aynı gruptan değilse o iki kimse arasında irsiyet bahis konusu olamaz. Bunda ilmen tereddüt caiz değildir. Fakat hâkim tahlil sırasında kanların karıştırıldığından, başka tüpteki kanın alınarak tahlil edildiğinden, böyle olmasa da, yanlış sonuca varıldığından şüphe edebilir. Mümkünse şüphe duymayınca kadar tahlile devam edilmeli ve netice hep aynı çıkarsa bu bilimsel neticeye boyun eğmelidir.

Bilimsel delillerin diğer bir türü “veri” (*data*) şeklindeki delillerdir. Veriler, açık veya kapalı elektrik devreleri taşıyan ve bir cihaz tarafından okunduğunda anlamlandırılabilen sonuçlar çıkartan bilimsel delillerdir. Gerek iletişimin denetlenmesinden ve gerekse bilgisayarlarda yapılan aramalardan elde edilen bu tür “veri” şeklindeki bilimsel delillerin uzmanı tarafından yapılan değerlendirmeden sonra duruşmaya taşınabileceği aşıkardır. Bu nedenle elektrik yüklü devrelerden oluşan verilerin, bilirkişi incelemesinden geçirildikten sonra ceza muhakemesinde kullanılması mukayeseli hukukun kabul ettiği zorunluluklardandır.

326. İSPATIN NİSPİLİĞİ.

Hâkim, bugüne dayanarak dün öğrenir. Dün hakkındaki şüphesi deliller sayesinde yenilecek ve yerini belliliğe terkedecektir. *Bellilik* (*certezza*, *certitude*, *yakîn*) mutlak veya nisbî olur. Muhakeme Hukukundaki bellilik nisbîdir. Buna *tarihî bellilik* veya *pratik bellilik* de denilir.

Muhakeme Hukukunda bellilik, sübut konusunda kanaatten başka bir şey değildir. Görülüyor ki tarihî bellilikte “kuvvetli imkân” demek olan ihtimal, *nisbî bellilik* mânâsına olup, ceza sahasında süje

¹⁷⁶⁹ *Taner*, 171.

¹⁷⁷⁰ 254. maddede İstanbul Tasarısındaki “mürafaat ve münakaşat” tâbiri yerine Ankara Komisyonunca “duruşma ve tahkikat” denilmesi hatalı olmuştur. Aslında olduğu gibi sadece duruşma denilmeli idi.

¹⁷⁷¹ “Uzmanlık isteyen” denildiği vardır (CGK 2/7/62, *Çağlayan* “66” I, 502).

¹⁷⁷² *Foschini*, I, 414.

¹⁷⁷³ Alman doktrini de herkesçe maruf ve malûm bir olayın ispatına lüzum olmadığı kanaatindedir (*Kantar*, 304). Medenî muhakemede maruf ve meşhur hususların ispatı için delile ihtiyaç görülmemesi (HMK 238, 239) de bu esastan gelmektedir.

bakımından değil, sadece obje bakımındandır. Süje, objektif de denilen maddî hakikati aradığına tamamen inanacak, kuvvetli veya makul de olsa, hilâfını imkânsız kabul etmediğine göre, ihtimal ile yetinemeyecektir.

Muhakemede deliller hiçbir zaman objektif muhakkaklığı yani mutlak belliliği göstermez. Delillerin gösterdiği objektif bakımdan bir “ihtimal”dir. Buna rağmen, imkân belli bir dereceye varınca ihtimal olduğu gibi, ihtimal de belli bir dereceye gelince kanaat (kanı, *conviction*) olur. Yani şüphe yenilir ve yerini kanaata bırakır. İşte ispat hükmü için aranan bellilik budur. Cildin hassasiyetini ölçmek için *Weber*'in kullandığı iki ucu da sivri olan pergeli konumuza tatbik edelim.¹⁷⁷⁴ İki uç çok aralıklı iken iki batış hissettiğimiz halde uçlar birbirine yaklaşıp belli bir aralığa inince tek batış duyarız ve batışın tek olduğuna inanırız. Bunun gibi, iki imkândan biri çoğalıp diğeri azalınca, bir nokta gelir ki - bu noktaya *inanış* veya *kanaat noktası* denir- şuurumuz artık tek bir realite hisseder. Başka bir realitenin imkânsız olduğunu sanırız.

Bir hususun hilâfının da mümkün olduğunun kabul edilmesi, o hususun sabit olmaması demektir. O halde *bir hususun sabit olması için o hususun hilâfının mümkün olmadığı kabul edilmesi zarurîdir*. Bir hususun % 99 mümkün görülmesi de sabit olması demek değildir. Zira geriye % 1 imkân kalmış, yani şüphe ortadan kaldırılamamıştır. Bu şüpheden sanık yararlanır. Derhal ilâve edelim ki geriye kalan “imkân”, akla gelebilecek mücerret herhangi bir ipotez mânâsına değildir ve ancak mevcut delillere dayanan bir şüphe imkân olarak kabul edilecektir.¹⁷⁷⁵ Bir kimsenin şüphesini % 100 yenerek sübut hükmü vermesi, o kimsenin şahsi bir görüşü ve kanaati olmaktan ileri gidemez. Hakikatte kabul edilenin hilâfının vârit olması, pek az da olsa, mümkündür.¹⁷⁷⁶ İki batışı bir batış olarak hissettiğimizi ve inanış noktasının herkeste aynı olmadığını gözden uzak tutmamalıyız. Bunun içindir ki hemen her işte lehte vealeyhte de deliller vardır ve aynı işte bir hâkim kanaat getirdiği halde, bir diğeri getirmeyebilir. Yine unutmamalıyız ki insanlar, ellerindeki imkânlara, yani mevcut delillere göre geçmişteki hattâ gelecekteki olmaları keşfedebilirler. Bu, bir imkân meselesidir. *Carnelutti*, hâkimi mağaraya girmiş, sırtını kapıya vermiş bir adama benzetmektedir. Bu adam, mağaraya giren bir başkasını onun karşı duvara akseden gölgesinden tanımaya, bilmeye çalışmaktadır. Hâkimin elindeki deliller, duvardaki gölgelerden başka bir şey değildir.¹⁷⁷⁷ İmkânların azlığı ve ispatın nisbiliği yüzündendir ki her beyanı kabul olunmayan tanık, yalan beyandan cezalandırılmaz. Yine bunun içindir ki hâkimin bu kanaati Yargıtay'ın denetimine tâbi tutulmamıştır. Muhakemenin yenilenmesinin sınırlı olarak kabul edilmesi de bunun içindir.¹⁷⁷⁸ Bir kelime ile, ispatın gayesinin hakikat değil, *hakikat konusundaki kanaat oluşunun nedeni budur*.¹⁷⁷⁹

Kanaatin meydana gelişi, delillerin tek tek değerlendirilişi kadar hep birlikte değerlendirilmesinin mahsulü olup irade ve muhakemenin yanında bir inanış meselesidir.¹⁷⁸⁰ Kanaat denmesinin sebebi budur. Ancak bu kanaat, toplumsal ihtiyaçları da karşılamalıdır. Zira delilin toplumsal amacı da vardır. Hâkimin vardığı kanaat, toplumca da kabul edilmelidir.¹⁷⁸¹ Samimi de olsa, her çeşit vasıta ile böyle bir inanışa varmak toplumsal ihtiyaçları karşılamaz. Faraza fala inanan bir hâkimin tereddüt halinde fala

¹⁷⁷⁴ *Saraceno*: La decisione del fatto incerto nel proceso penale. Padova, 1940 (*Foschini*, I, 406 dan nakil).

¹⁷⁷⁵ Bu şüpheye İngiliz hukukunda “makul şüphe” denilmekte ve bununla jürinin keyfi karar vermesi önlenmektedir (*Gorphe*: *Appréciation*, 37).

¹⁷⁷⁶ *Foschini*, I, 406; *Carnelutti*: *Lezioni*, I, 204.

¹⁷⁷⁷ *Carnelutti*: *Lezioni*, I, 206.

¹⁷⁷⁸ *Foschini*, I, 407.

¹⁷⁷⁹ *Lévy-Bruhl*: La preuve judiciaire, Paris, 1964, s. 21; *Gorphe*: *Appréciation*, 471. Adli ispat ile bilimsel ispat arasında fark olmaması, yani hâkimin de bilimsel gerçeği araştırması tezi gerçekçi değildir. Mümkün olsa dahi, pek uzun sürebilecek bilimsel araştırmalara muhakemenin tahammülü yoktur. Bilimsel gerçeğe varamayan hâkimin “suç sabit olmadı” diye beraat kararı vermesini istemek de pek çok suçlunun cezasız kalmasına yol açacağından isabetsizdir. Muhakeme hukukunda nisbî bellilikle yetinmek zorunludur. *Tosun* 2. basıda ileri sürdüğü bu tezi (I, 537) artık tekrarlamamakta, onun yerine adli ispatın gittikçe bilimsel ispata yaklaştığını, buna rağmen kamu düzeni amacı ile bazen maddî hakikatın görmezlikten gelindiğini söylemektedir (I, 710).

¹⁷⁸⁰ *Foschini* (I, 407) kanaatin akıl ve irade dışında oluştuğunu, bir inanç (iman, fede) işlemi olduğunu belirtmektedir. Erem (s. 375) ise “delillerle inanma sadece mantıktır” demektedir.

¹⁷⁸¹ *Lévy-Bruhl*: La preuve judiciaire, Paris 1964, s. 21.

bakarak vardığı kanaat toplumu tatmin etmez. Muhakeme Hukukunda makbul ve muteber olan kanaat, toplumsal ihtiyaçlara cevap veren kanaattir.

Bunun için de bazı çarelere başvurulur: a) Delillerin münakasasına imkân verilmesi, ferdî kanaatin kolektif kanaat haline getirilmesini sağlar. b) Toplu hâkim sistemi, çoğunlukla karar verme usulü yine bunun için kabul edilmiştir. c) Derece sistemi de bunu sağlar. ç) Hâkim in şahsî bilgisinin kullanmasının kabul edilmemesinin sebebi de kanaati ferdî olmaktan çıkarmaktır. d) Keyfiliğe mani olacak şu tedbirler alınmıştır: aa) Mahkemelerin kararları gerekçeli olacaktır. bb) Hükümlerin gerekçeli olmaması bozma sebebi sayılacaktır (CMK 289). cc) Hâkim, ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delilleri nazara alıp değerlendirecektir (CMK 217/1). Mahkeme de delil ikame edebileceğine göre, bu hüküm, hâkimin elini kolunu bağlamaz. Bu hükümden maksat, duruşmada ortaya konmayan, tarafların tartışmasına arz edilmeyen delillere dayanarak karar verilmesini önlemektir.

327. ŞÜPHEDEN SANIĞIN FAYDALANMASI.

I. Sübut bakımından şüphe.

Hâkim sübut bakımından bir kanaate varamazsa, yani şüphesini % 100 yenemezse, o hususu sabit olmamış addedilecek ve sabit olmamanın sonuçlarına karar verecektir. Bu prensip ceza mahkemesinde *şüpheden sanık faydalanır (in dubio pro reo)* şeklinde ifade edilmektedir.¹⁷⁸² Doktrinde çoğunlukla olan¹⁷⁸³ mütalâaya göre, bu prensip, ancak delillerin takdiri bakımındandır. Eski devirlerde, mahkûmiyete yeter delil bulunmaması halinde, sanık bazı hallerde beraat ettirilmez, kâfi delil olsaydı verilecek cezadan daha hafif bir ceza ile cezalandırılır veya daha fazla soruşturma yapılmak üzere müddetsiz olarak sanık durumunda tutulurdu.¹⁷⁸⁴ Bu görüşün kalıntısı olarak bugün de kuvvetli ihtimali mahkûmiyet için yeterli sayanlar vardır. Çağdaş Hukuk, tam inancı ve dolayısı ile mahkûmiyete yeter delil bulunmaması halinde beraat kararı verilmesini kabul etmiştir (CMK 223/2-e). Sonradan aleyhte yeni deliller çıkarsa, bazı memleketlerde muhakemenin yenilenmesi cihetine gidilmektedir. İşte, mahkûmiyete yeter delil olmaması sebebi ile beraata karar verilmesi prensibi, şüpheden sanığın faydalanması şeklinde ifade edilmektedir. Bu prensibin kabulüne sebep, bir suçlunun cezasız kalmasının bir masumun mahkûm olmasına tercih edilmesi ve suçluluğu sabit oluncaya kadar sanığın masum sayılmasıdır.

CMK'nun beraat kararı verilebilen halleri sayarken, bu ihtimali artık açıkça düzenlemiş ve “yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması halinde” beraat kararı verileceğini belirterek “yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması” (CMK 223/2-b) ile CMK 223/2-e arasında bariz bir fark yaratmıştır.

Mahkemenin bu tespitini hükümde belirtmesi, beraat eden sanığın “tam anlamıyla mı” beraat ettiğini, yoksa isnat edilen suçun ispat edilememesi nedeniyle mi beraat ettiğini ortaya koyacaktır. Bu tespit temyiz hakkı açısından önem taşıyabilir. Isnat edilen suçun sabit olmaması nedeniyle beraat etmek, hala toplum nazarında kuşku bırakabilecek niteliktedir. Şüpheden sanığın faydalanması prensibi, sadece beraat kararı verilmesine münhasır değildir. Meselâ gece ağırlatıcı sebebi sabit olmazsa, suç gündüz

¹⁷⁸² Şüphe edilemeyen hallerde, şüphe ve dolayısı ile, şüpheden faydalanma söz konusu olamayacağından, şüpheden sanığın faydalanmadığı veya zarar gördüğü söylenemez (k-m: *Tosun*, I, 383). Meselâ CK 127'deki “isnat olunan maddenin ispatı ödevi” yerine getirilmezse, bu bir yük olduğundan, sanık sonuca katlanmak zorundadır. Kanun “ispat edemeyeceğin şeyi isnat etme” demek istiyor. Keza sağlamlığını kanunun önceden kabul ettiği belgeler çürütülmedikçe, şüpheli durum yoktur. Hâkimin şüphesi karine sayesinde yenilmektedir.

¹⁷⁸³ *Bettiol*: La regola dubjo pro reo nel diritto e nel proceso penale, RIDPt 37, 241: *De Marsico*, 5; *Kantar*, 304; *Leone*, I, 68; *Sabatini*, I, 476; *Taner*, 157.

¹⁷⁸⁴ *Sabatini*, I, 476; *Garraud*, I, 481.

işlenmiş sayılır.¹⁷⁸⁵ Bu prensip daima sanık lehinedir.¹⁷⁸⁶ Zira bu prensip, sanığın ancak ispat edilen hususlardan sorumlu tutulabileceği manasındadır.¹⁷⁸⁷

II. Şüpheden sanığın faydalandığı diğer haller.

Şüpheden sanık faydalanır prensibi, delillerin takdiri halinden başka, şu hallerde uygulanır:

1) *Yorumda şüphe hali*. Bu takdirde yorum yapılamayacağından, bu prensibin yorumda uygulandığı söylenemeyecektir.

2) *İnfazda şüphe hali*. Aynı sanık hakkında aynı eylemden dolayı iki mahkûmiyet kararı varsa, lehte olanı yerine getirilmelidir. İtalyan Kanununda bu yolda bir sarahat vardır (CPPI 579).

III. Wahlfeststellung Meselesi.

Maddi olayın belirlenmesinde belirsizlik bulunabilir. Bu belirsizlik (a) tek yanlı veya (b) alternatif belirsizlik şeklinde ortaya çıkabilir (istintaç).

a) *Tek yanlı belirsizlikte şüpheden sanık faydalanır kuralı* uygulanır. Buna göre şüpheli kalan husus sanık lehine gerçekleşmiş gibi kabul edilir. Hukuki meseledeki şüphe yorum yolu ile çözülürken, maddi meseledeki şüpheden sanığın faydalanması kuralı adil yargılanma hakkı gereğidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1. maddesi konuyu belirlenmiştir.

Örneğin yağma suçunda; somut olayda teşebbüs mü, yoksa gönüllü vazgeçme durumundan hangisinin gerçekleştiği konusunda şüphe varsa, sanığın lehine olan çözüm kabul edilir. Bunun gibi, failin tehdit sırasında kullandığı silahın dolu olup olmadığı belli değilse, silahın boş olduğu kabul edilecektir.¹⁷⁸⁸

b) Şüpheden sanık faydalanır kuralı *basamak ilişkisi içinde bulunan fiiller* açısından da söz konusu olabilir. İspat edilebilen fiil daha hafif bir suç ise failin lehine karar verilebilir. Örneğin ambulanstaki doktor kaza yerine geldiğinde yaralının nefret ettiği ve öldürmek istediği bir kişi olduğunu görür ve kimseye fark ettirmeden kazazedenin kafasını asfalt zemine sert bir şekilde vurur. Ancak somut olaydaki ölüm neticesinin hastanın kafasına aldığı darbenin mi, yoksa kazada aldığı yaranın sonucu mu olduğu konusunda şüphe vardır. Bu gibi hallerde doktor tamamlanmış insan öldürme suçundan mahkûm edilemez. Fakat doktora yaralı kişiyi öldürme kastı bulunduğu sabittir. Yaralının kafasını bu nedenle yere vurmıştır. Bu somut olayda teşebbüs ile tamamlanmış suç arasında mantıksal basamak ilişkisi oluşmuştur. Şüpheden sanığın faydalanması kuralı uygulanarak, doktorun kasten insan öldürmeye

¹⁷⁸⁵ Keza teşebbüs halinde kalan hırsızlıkta, çalınmak istenen eşyanın belirlenmemesi halinde pek hafif kıymette olduğu kabul olunmuştur (6. CD 30/10/85 10714-10524; 16/12/86 YKD 87/4 635). Eskiden doğum ayı ve günü bilinmezse hangisi lehte ise yıl başında veya sonunda doğdukları kabul edilirdi. Nüfus Kanunu (No. 1972-1587) artık bunları 1 Temmuz'da doğmuş saymaktadır (6. CD 23/10/75 YKD 76, 1077; CGK 19/6/78 YKD 79, 722).

¹⁷⁸⁶ Sanık tahrik edildiğini iddia etse ve bunu ispat edemese, tahrikin kabul edilemeyeceğini ve şüpheden sanığın değil, toplumun faydalanacağını söyleyen *Forsali*'nin (IV, 252) fikrine iştirak edemiyoruz. Zira burada müdafaanın ispatı istenmektedir, halbuki müdafaanın ispata ihtiyacı yoktur. Burada tahrikin sanık tarafından iddia edildiği sanılabilir ve iddianın da sübutu gerektiği düşünülebilirse de, sanığın tahriksiz olarak, yani tam ceza ile cezalandırılması için, mahkemece tahrikin olmadığını sabit olması gerekeceği şüphesizdir. Bu da savcının iddiaları arasında "tahrik yoktur" tezinin de zımnen bulunduğunu ve bu itibarla sanığın "tahrik vardır" demesinin hakikatte bir iddia değil, bir müdafaa olduğunu gösterir. Diğer taraftan, meselenin ortaya konusu hatalıdır. Sanığın ispat edememesi, tâbiri, hiçbir delil bulunmadığı, hâkimin bu duruma göre karar verdiği mânâsını ifade ediyor ki yersizdir. Hiçbir hâkim "sanık tahriki ispat edemedi, şüpheden toplum faydalanır, onun için tahriki sabit görmedim" demez. Sanık beyanı da bir delildir. Hâkim kendi de deliller toplamakta, bütün bu delilleri serbestçe değerlendirerek neticede sübut konusunda bir karar vermektedir. Eğer hâkim, çok defa olduğu gibi, "tahrik olduğu veya olmadığı sabit oldu" diyebiliyorsa mesele yoktur. Bu hallerde şüphe kalmamıştır. Sadece "tahrik olduğunun sabit görülmemesi" halinde şüpheden bahsedilebilecek, burada da müdafaanın sübuta ihtiyacı olmadığı prensibi uygulanacaktır. Sanığın hukuka uygunluk sebebi ileri sürmesi halinde de durum aynıdır. Bu sebepleri, suçun kanunî unsurunu ortadan kaldıran istisnai haller sayan *Gölcüklü* (Suçun kanunî unsurunun ortadan kalkması, SBF 68, 213), "bunlardan faydalanmak isteyen iddiasını ispatla mükelleftir" demekle, bambaşka bir sebeple kabul ettiği nazari esastan hareketle "ceza ispat külfeti" olduğu sonucuna varmıştır. Yargıtay bir kararında, sanki savunmanın ispatı külfeti sanığa aitmiş gibi, "savunmanın aksinin ispatı külfeti müştekiye yükletilemez" demiştir (CGK 18/12/67 ABD 68, 315). Bereket, o işte suç sabit görüldüğünden, bu gerekçenin bir rolü olmamıştır.

¹⁷⁸⁷ *Ranieri*, 250.

¹⁷⁸⁸ *Hilgendorf/Valerius* 2021, 356.

teşebbüs ettiği ve bu fiilin tamamlanmış yaralama suçu ile tek bir fiil oluşturduğu kabul edilmektedir. Benzer şekilde, somut olayda örneğin, faillik ile iştirak; azmettirme ile yardım; icrai hareket ile ihmal suretiyle icra örneklerinde olduğu gibi, normatif açıdan belirsizlik varsa, lehe olan norm uygulanmaktadır.¹⁷⁸⁹

Basamak ilişkisi, *fiil öncesi ve fiil sonrası belirsizlik şeklinde* de ortaya çıkabilir. Fiil öncesi belirsizliğe, çalıntı malın satın alınması ile ilgili bir örnek verilebilir: (A), (B)'den çalıntı mal satın alır. Fakat (A)'nın hırsızlık suçuna iştirak ettiği konusunda da bir şüphe vardır ve bu şüphe giderilememiştir. Önceki fiil ispat edilmediği için, bu fiil bakımından şüpheden sanık faydalanır ve sadece sonradan eklenen hırsızlık malı satın alma suçundan mahkûm edilebilir (*postpendenz*).

Buna karşılık, *fiil sonrası belirsizlik* hali söz konusu olabilir. Yani, önceki fiilin oluş şekli ispatlanabildiği halde, sonraki fiilin ispatlanamaması da mümkündür (*präpendenz*). Örneğin, üç kişinin yağma suçu işlemek üzere anlaştıkları ispat edilmiş, fakat içlerinden biri olan (A)'nın yağma suçunun işlenmesi sırasında suça iştirak edip etmediği belirlenememiştir. Bu durumda onun da yağma suçundan cezalandırılabilmesi kabul edilmektedir.¹⁷⁹⁰

328. DELİL VE ŞÜPHE SEBEBİ.

Hükümde sübut konusunda vasıta olan deliller, daha önce sadece *şüphe sebepleridir*.¹⁷⁹¹ Bizce şüphe biraz kuvvetlenip sanı (zan) halini aldığı zaman, kovuşturma başlar yani bir kimseye bir suç isnat edilir. İsnat, böylece ilk şüphenin kuvvetli şüphe haline gelmesi demektir. Kuvvetli şüphe isnada yeterse de kuvvetli isnat demek değildir. İsnadın kuvveti başka şüphenin kuvveti başkadır. İsnadın kuvveti muhakeme boyunca artar. Zayıf bir isnat ile sadece soruşturma başlatılabilir. Kuvvetlice, yani orta kuvvette bir isnada varılınca, kovuşturma evresine geçilir. Kuvvetli bir isnat ile kovuşturma evresinin duruşma hazırlığı aşaması da atlanarak doğrudan duruşma yapılır. Çok kuvvetli isnat ceza vermek için aranan isnattır. Görülüyor ki, şüphe sebeplerinin doğurduğu şüphenin muhakemenin daha ileri evre ve aşamalarına geçmek için kuvvetlenmesi, artması gerekmektedir. Her evre ve aşama için aranan kuvvet derecesi elde edilemeyince, daha ileri gidilemeyecektir.

Koruma tedbirlerinin uygulanmasında da şüphe sebeplerinin, daha doğrusu bu sebeplerin doğurduğu şüphenin kuvvet derecesine bakılmaktadır. Meselâ elkoyma için aranan şüphe, tutuklama için aranan şüphe kadar kuvvetli değildir. Birincisi için az da olsa bir suç şüphesi yettiği halde, ikincisi için sanığın suçu işlediğine dair kuvvetli şüphe sebepleri aranmaktadır (No.).

329. İSPAT KONUSU.

I. İspat edilmesi gereken hayat olayı.

İspat konusu meselesi, neyin ispat edileceği, neyin ispata ihtiyacı olmadığı meselesidir. Ceza muhakemesinin gayesi, bir hayat olayına ilişkin hakikatin araştırılmasıdır. Hatta bir hukuk normunun mevcudiyetini ispat da bahis konusu olsa, yine mevcut bir hayat olayı ispat edilmektedir.¹⁷⁹² Medenî muhakemede sadece tarafların uyuşmadıkları olaylar ispata konu teşkil ettiği halde, ceza muhakemesinde tarafların uyuştukları hususlar da ispata konu teşkil edebilir. Belli bir dâvada ispat konusuna ilişkin olmayan delillerle hâkimler uğraştırılmamalıdır. Karara tesiri olmayan olaylara ait delillerin reddedilebilmesi (CMK 206/2-b) bunun içindir.

İspat edilmesi gereken olay, şüpheli olaydır. *Besbellilik* (bedahet, *evidanza*, *évidence*) ispata muhtaç değildir. Meselâ bir adam konuşuyorsa, canlı olduğunu ispat lüzumsuzdur.¹⁷⁹³ Besbelli (bedihî, aşikâr) olan hususlarda hâkimin delilleri takdir hakkı yoktur. Hâkimin takdir hakkı şüpheli hususlardadır. Bunun içindir ki besbelliliğin nazara alınmaması Yargıtay tarafından kontrol edilebilir.

¹⁷⁸⁹ Hilgendorf/Valerius 2021, 357.

¹⁷⁹⁰ Hilgendorf/Valerius 2021, 358.

¹⁷⁹¹ Centel/Zafer aksi görüştedir (Centel/Zafer 2005, 182).

¹⁷⁹² Manzini, III, 170.

¹⁷⁹³ Manzini, II, 171.

“İddianın sabit olması”. İddianın sabit olması Muhakeme Hukukunun prensiplerindedir. Ceza Muhakemesinde de bu prensip geçerlidir. Bulunabilen delillerin bütünü, sanığın mahkûm olması için gerekli şartların bulunduğu kanaatini hâkime verirse, hâkim sanığı mahkûm eder. Sanığın beraat etmesi için gerekli şartların bulunmasının sabit olması mümkündür, fakat beraat için şart değildir. Sanığın mahkûm olması için gerekli şartların bulunmadığı kanaatine vardığı takdirde dahi hâkim sanığı beraat ettirecektir. Görülüyor ki, müdafaanın sabit olması şart değildir.¹⁷⁹⁴ Zaten suçsuzluğun ispatı, her olumsuz olayda olduğu gibi¹⁷⁹⁵, “alibi” (suç anında başka yerde olmaklık) gibi pek nadir istisnalar hariç, mümkün de değildir.¹⁷⁹⁶

Müdafaanın ispata ihtiyacı olmaması prensibinin istisnası vardır: Sanık aleyhine kabul edilmiş kanunî karine varsa, beraat için, bu karine çürümeli, yani müdafaa sabit olmalıdır.¹⁷⁹⁷

II. İspatına ihtiyaç olmayan hususlar ve istisnaları.

Daha önce ispat edilmiş¹⁷⁹⁸ bir hususun ispatına da kaide olarak ihtiyaç yoktur. Bu kabul, yargı otoritesinin sonuçlarından biridir. Fakat bazı istisnalar da gerekebilir:

a) Diğer mahkeme ceza mahkemesi değilse, bir istisna gerekir. Gerçekten şekli hakikat ile yetinen bir muhakeme (meselâ medenî muhakeme) sonunda verilen kararın olayı, maddî hakikat arayan ceza hâkimi gibi belirlemiş olacağı muhakkak değildir. Zaten ceza muhakemesi, diğer mahkemece belirlenecek olay hakkında, kaide olarak, nisbî muhakeme yapmakta, cezadaki kaidelere göre olayı belirlemekte, istisna olarak birleştirerek muhakeme cihetine gitmektedir.

Şu hâlde daha önce verilmiş kararda da aynı şekilde hareket eder.¹⁷⁹⁹ Hukuk veya idare¹⁸⁰⁰ mahkemesinin olayı tam belirlediğine kanaat getirirse artık o konunun ceza mahkemesinde ispatına ihtiyaç duymaz. Meğerki daha önce karar verilmemiş olsaydı, birleştirme mecburiyeti olan bir muhakeme söz konusu olsun. Bu takdirde, kendisi de muhakeme yapsa idi, aynı ispat, kaidelerine başvuracağından, diğer mahkemenin kararı ile bağlı olması gerekecektir. Böyle bağlılık hallerinde, öteki mahkeme işe daha önce elkoymuşsa, ceza muhakemesinin sonucunu beklemesi lâzımdır. İstisna olarak bekletici mesele sayma mecburiyeti olan hallerde de, nisbî muhakeme yapması kabul edilmeyen ceza hâkiminin, ceza-dışı hâkimin kararı ile bağlı olması istenilmiş demektir.

b) Diğer mahkeme ceza mahkemesi de olsa, sabit olan durum sanık aleyhine ise, yine bir istisna kabul edilebilir. Gerçekten ortada yeni bir dâva vardır. “Ne bis in idem” nedeniyle bu dâva reddedilmedikçe, görülmesi ve sanık aleyhine sabit oluşun isabetli olup olmadığının araştırılması gerekir.¹⁸⁰¹

¹⁷⁹⁴ 4. CD 21/4/50 (Add 50, 1720), 1. CD 13/2/70 (RKD 70, 77); 6. CD 13/5/76 YKD 78, 1225; Gürelli, 3,

¹⁷⁹⁵ Menfi vakaların ispatı çok defa imkânsız olduğundan, Medenî Muhakemede özellik tanınmaktadır (*Postacioğlu*, 551; *Üstündağ*, I, 520).

¹⁷⁹⁶ *Manzini*, III, 167.

¹⁷⁹⁷ Kanunî karine, delillerin sağlamlık derecesini tâyin bakımından kabul edildikçe, ortada şüpheli durum bırakmamakta ve bu nedenle “şüpheden sanık yararlanır” prensibine ters düşmemektedir. Buna karşılık, meselâ mülga CK 578 de, sanığa meşru surette malik olduğunu ispata mecbur bırakan karine, bu prensibe ve dolayısı ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine (İHAS 6, 2) aykırıdır (k-m: İtalyan Anayasa Mahkemesi: 30/10/75 Poncet’den nakil, s. 78). Alman Ceza Kanununun 247. maddesi bu yüzden ilga edilmiştir (*Poncet*, 78).

¹⁷⁹⁸ “Daha önce ispat edilmiş olmak”, kesinleşmiş mahkeme kararının delilleri tartışarak olayı belirlediği kısma bırakılarak tâyin edilir. Mahkeme sabit gördüğü olaya açıkça ters düşen bir maddeyi uygulayarak ceza vermişse, olayın sübutu konusunda elbet bu hatalı sonuca bakılmamalıdır. Meselâ tehditte silâh kullanıldığı belirlendiği halde mahkeme silâhsız tehditten ceza vermişse, tehdidin silâhsız olduğu sabit olmuştur denilmemelidir (CGK 23/6/86 YKD 86/10 1532).

¹⁷⁹⁹ Meselâ İş Mahkemesinin lokavt olarak tespiti ceza mahkemesini bağlamaz (CGK 21/4/80 YKD 80, 1413).

¹⁸⁰⁰ Almanya’da çevrenin kirlendiğine dair idarenin aldığı tedbir kararının ceza mahkemesini bağlayacağı kabul edilmiştir (*Yenisey*: II, n. 684.5).

¹⁸⁰¹ Meselâ Ceza Genel Kurulunun 30/3/81 tarihli kararında olduğu gibi (*Çağlayan* “81” III, 321-330) 15 yaşını bitirmeyen kızın ırzına geçti diye sanığı mahkûm eden ceza mahkemesi, bu arada hukuk mahkemesinin kızı 16 yaşında gösterecek şekilde verdiği ve hatalı olduğu ilk bakışta anlaşılabilir bir kararla elbet bağlı tutulmamalıdır. Birleştirilerek muhakeme kabul edilirse, ceza mahkemesi hukuk mahkemesi yerine geçerek yaş düzelttiği kabul edilecek ve ceza mahkemelerinin hukuk mahkemesi kararları ile bağlı olmamaları kaidesine bir istisna tanımak gerekecektir. Nitekim biz de tanımiştık, Karardaki olay bunun

c) Daha önce ispat edilmiş bir hususun tekrar ispat edilmesi gereği, gizli soruşturma yöntemleri ile elde edilen deliller bakımından söz konusu olur. Örneğin, gizli soruşturmacının elde ettiği deliller sadece o ceza davasında kullanılabilir (CMK 139).

III. Aynı davadaki durum.

Daha önce sabit görülmemiş hususun ispata ihtiyacı olmaması kuralı, aynı mahkeme ve aynı dâva bakımından da söz konusu olabilir. Bu demektir ki, mahkeme bir hususu sabit görmüşse, geri kalan ve önemini kaybeden delillere başvurmayabilecektir.¹⁸⁰²

Şüpheli olay ispat edilir. Belli olan şey ispat edilmez (CMK 206). İddia sabit olmalıdır. Müdafaa ispata muhtaç değildir. Kanuni karine kabul edilebilir. Daha önce ispat edilmiş şey ispat edilmez.

330. HÂKİMİN ve SAVCININ DELİL ARAŞTIRMASI; İSPAT KÜLFETİ.

I. Re'sen delil araştırma.

Savcı soruşturma evresinde delil toplamakla hem lehte hem aleyhte araştırma yapmakla maddi gerçeğin araştırılmasına yardım etmekle ödevlidir (CMK 160/2). Toplumsal iddia makamını işgal eden savcı da sadece sanığın aleyhine olan delilleri değil, fakat sanığın lehine olanları da arayıp bulup ikame etmekle, böylece hakikatin araştırılmasına yardım etmekle ödevlendirilmiştir (CMK 160). Bunun sebebi, savcının iddia makamını işgal etmesi, taraf veya tam taraf olmaması veya müdafaa makamını da işgal edip sanığın müdafii olması¹⁸⁰³ değil, iddia görevini tam olarak yapabilmesidir. Gerçekten, savcının kamu dâvasını açmaya lüzum gördükten ve iddianamede lehe delilleri belirtip, ceza dâvası açıldıktan sonra mütalâa mahiyetinde hükümleri ile sentezin gerçekleşmesine çalışması için, soruşturma evresinde lehte ve aleyhte bütün delilleri toplaması lâzımdır.

Ceza muhakemesinin gayesi maddi hakikatin araştırılması olduğu için hâkim tarafların delilleriyle bağlı tutulamaz. Kanun soruşturma evresinde sulh ceza hâkimine de delil araştırma ödevini vermiştir (CMK 163). Buna karşılık kanun kovuşturma aşamasında mahkemeye re'sen delil toplama hakkını vermemiştir (CMK 206). CMUK 237/son fıkra mahkemenin re'sen delil toplaması hususunu düzenlemişken bu fıkra Ceza Muhakemesi Kanununa alınmamıştır. Gerçekten, mahkemelerin tarafsız olması gerekir. Mahkemenin iddia makamı gibi hareket edip, geniş kapsamlı delil araştırması yapması, iddia görevi ile yargılama görevini birleştirir ve bizi tahkik sistemine (No. ??) geri götürür. Bu nedenle mahkemenin kendiliğinden araştıracağı delil sınırlı tutulmuştur: mahkeme sadece iddianamede gösterilen fiil ve delilleri takdir ederken vicdani kanaat oluşturmak üzere re'sen araştırma yapabilir. (Dn yazalım, Alman hukukuna atıf)

II. İspat külfeti.

İspat külfeti meselesi, kimin ispat edeceği meselesidir. Böyle bir mesele medenî muhakemede vardır. Bu külfet kendisine yüklenen şahıs, delilleri ile bu hususu ispat edemezse, o hususu ispat edilmemiş sayılır ve uyuşmazlık o şahsın aleyhinde çözülür.¹⁸⁰⁴ İspat külfeti meselesi, tarafların ikame ettikleri

isabetsizliğini bize gösterdi. O halde birleştirerek muhakemeyi kabul ettiğimizde bir hata vardı. Biz bu nedenle 8. basıda bu hatadan döndük. İki kardeş arasında sadece 6 gün bırakacak şekilde yaş düzelten hukuk mahkemesi kararına da rastlıyoruz (3. HD: 1/7/86 AdD 86/4 191). Böyle bir kararla ceza hâkimini nasıl bağlarız? Bu kararı olağanüstü temyizle bozdursanız bile bu bozma sonucu değiştirmeyecektir (HMK 427). Bu nedenle, artık, yaş düzeltilmesi bakımından bir istisna söz konusu olmadığı görüşündeyiz. Ceza mahkemesi hiçbir delille bağlı olmadığı gibi, hukuk mahkemesinin kararı ile de bağlı olmayarak kararını verecektir. Nitekim Ceza Genel Kurulu da sözü geçen kararında kaideyi tekrarlamakta ve "mağdurenin gerçek yaşına göre suç vasfının tâyini gerekir" demektedir.

¹⁸⁰² Nitekim Fransa'da bu yolda içtihat edilmiştir (*Merle et Vitu*, n. 922). Bizde kanunun 1973'ten beri bu kuraldan sadece sanık lehine yeni olay iddiası dolayısı ile söz etmesi (CMUK 238:c), diğer hallerde de bu kuralın içtihatla kabulüne engel değildir. Bütün delillerin birlikte değerlendirilmesi, ortaya konulmuş delillerin birlikte değerlendirilmesi demek olup bundan, ileri sürülen bütün delilleri mahkemenin kabule mecbur olduğu manası çıkmaz (k-m: CGK 24/5/65, Ç. I, 381) (Bu kararda mahkemenin ret sebebinin haklı olup olmadığı tartışılacak yerde, haklı sebeple de olsa ret olunamaz manasına gelen bir gerekçeye dayanılmıştır.)

¹⁸⁰³ *Dönmezer*: Kronik, İHFM 62, 785.

¹⁸⁰⁴ Postacıoğlu, 533; Bilge/Önen, 498; Kuru, 360.

delillerle eli kolu bağlı bir hâkimin mevcudiyeti halinde söz konusu olabilir.¹⁸⁰⁵ Bu sebeple ve hâkim delil araştırabildiği için, ceza muhakemesinde “ispat külfeti” diye bir mesele yoktur.¹⁸⁰⁶

Ancak bu kaidenin de istisnaları vardır. Gerçekten kanun, bazen, “bir olayın doğruluğunu önceden ve mücerret olarak kabul eder. Bu demektir ki hâkim, şüphesini yenmek için bu karineye dayanacak ve başka araştırma yapmayabilecektir. Meselâ aksi veya sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli, yani *değerli* olduğu kabul olunan bir belgenin doğru olmadığı veya sahte olduğu iddia olunursa, bunu iddia eden ispat edecektir. Hakaret suçunda isnat olunan maddenin doğruluğunun ispatı kabul edilen hallerde ispat yükü de bunu iddia edene düşmektedir.¹⁸⁰⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde görülen kötü muamele davaları açısından da ispat külfeti öngörülmüştür. Kötü muamele gördüğünü iddia edenlerin kolluğun kendilerin yaptığı kötü muameleyi ispat etme yükümlülüğü vardır. Ancak bu kişinin kötü muamele gördüğü konusunda bir emare mevcutsa, bu takdirde ispat külfetinin yer değiştirdiği kabul edilmekte ve Devletin kötü muamele yapılmadığını ispat etme yükümü ortaya çıkmaktadır.

Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu'nun 4 ve 13. maddelerini, bu suç bakımından ispat külfeti getirmesi ve sanığın susma hakkını elinden alması nedeni ile tenkit edilmektedir. *Dönmezer*^{201.1} bu düzenlemenin «suçsuzluk karinesini» ihlal ettiğini, haklı olarak belirtmektedir. Sanığa açıkça susma hakkını tanıyan CMK 147 ile çelişki dikkat çekicidir.^{201.2}

330-1. SINIR AŞAN CEZA KOVUŞTURMASINDA KULLANILAN DELİLLER.

Gless (Sabine) 2006 YAZILACAK

42. § SÜBUT KONUSUNDA HÜKÜM

331. Mantık bakımından sübut hükmü. 332. Delillerin değerlendirilmesi (takdiri). 333. Sübut konusunda hüküm faaliyeti. 334. Karine. 335. Bilirkişi mütalâası. 336. b) Bilirkişinin ödevleri. 337. c) Bilirkişinin yetkileri. 338. ç) Bilirkişi incelemesinin yapılması. 339. Uzmanın (teknik müşavirin) mütalâası. 340. Keşif. a) Genel olarak. 341. b) Ölünün adli muayenesi ve otopsi.

331. MANTIK BAKIMINDAN SÜBUT HÜKMÜ.

Doğru düşünme kurallarını öğretilen hakikati bulma yollarını gösteren *mantık* bilimine göre, hüküm verme, zihnin doğruyu yanlışlıktan ayırt etme işlemidir. Hükmün ne olduğunu değil, nasıl olması lâzım geldiğini araştırarak mantık, psikolojinin hüküm dediği şeyin sözle ifadesine *önerme* (kaziye, *propositio*) adını verir.

Doğruyu yanlıştan bazen sadece düşünerek, bazen deneyler yapmak suretiyle düşünerek ayırt ederiz. Gerçekten, bazen hiçbir deneye lüzum görmeden aklımız doğruyu yanlıştan ayırır. *Aristo*'nun temellerini attığı klâsik mantık kuralları bu çeşit akıl yürütmeleri gösterir. Bazen da faraza dünya dönüyor diyebilmekte olduğu gibi deneye ihtiyaç vardır.

Akılla doğruyu bulmağa *akıl yürütme* (istidlâl, *raisonnement*) denir. Bunun da biri “*tümdengelim*” (ta'lil, *déduction*), diğeri tümevarım (istikra, *induction*) olmak üzere iki çeşidi vardır: a) Tümdengelim “*sonuç çıkarma*” veya “*sonuçlama*” da denilmektedir.¹⁸⁰⁸ Sonuçlama da ya vasıtalı ya vasıtasız olur. “Her insan canlıdır” önermesinden “bazı insanlar canlıdır” önermesine varmak, vasıtasız bir

¹⁸⁰⁵ *Manzini*, III, 168.

¹⁸⁰⁶ *Leone*, II, 327; k-m: *Sabatini*, I, 473 ve *Frosali* (IV, 250) ispat külfetinin savcıya ve hâkime terettüp ettiğini söylemektedirler.

¹⁸⁰⁷ Hakaretin ispatı ile isnat olunan hususun doğruluğunun ispatının farklı şeyler olduğuna dikkat edilmelidir. İsbat yükü sadece ikincisinde vardır (TCK 127). Birincisinde hâkim, kaide gereği, delil araştırabilecektir.

^{201.1} *Dönmezer*, Suçsuzluk karinesi üzerine düşünceler, Kunter'e Armağan, 1998, 67.

^{201.2} *Öztürk/Erdem/Özbek* 1999, 435.

¹⁸⁰⁸ *Ülken (Hilmi Ziya)*: Felsefeye Giriş, Ankara, 1957, s. 97, 146.

sonuçlamadır. Vasıtalı sonuçlamaya tasım¹⁸⁰⁹ (kıyas, *sylogisme*) denilir. Her tasımda üç önerme vardır. Meselâ “Bütün insanlar ölümlüdür”, “*Sokrat* insandır”, “O halde *Sokrat* da ölümlüdür” bir tasımdır. Önermelerden genel mahiyette olana “büyük önerme” (kübra, *majeure*), özel mahiyette olana da “küçük önerme” (suğra, *mineure*) denir. Üçüncü önerme ise “sonuç” (netice, *conclusion*) adını alır. Tasımda sonuç zorunludur. Tabiat ilimlerindeki sebebiyet ilişkisine benzeyen bu zorunluk ilişkisine “mantıkî zorunluk” denilir. Mantıksızlığa düşmeden, sonuç inkâr edilemez. Tasım yeni bir şey buldurmaz fakat zihnimizi kontrol etmemize yarar ve bizi yanılmaktan kurtarır.¹⁸¹⁰ Tümevarımda birçok ihtimaller arasından ipotez denilen bir tanesi seçilir ve deneyle kontrol edilir. Görülüyor ki tümevarımda genel olan kanunları elde etmek için deneye ihtiyaç vardır. Tümevarım, uzun süren bir çözümleme (analiz)¹⁸¹¹ sonunda bir senteze varılmasıdır.

Muhakeme Hukukunda, tarihte olduğu gibi, tasım yoluna yani tündengeline başvurulduğu kanısı yaygındır. Ancak belirlenen olaylar her zaman düne ait değildir. Meselâ suçlu bulunan sanığın kişilik yapısının tanımda olduğu gibi, bugünkü bir olay veya durum da söz konusu olabilir. Diğer taraftan geçmişteki olayın belirlenmesinde de büyük önermeyi teşkil eden tecrübe kaidelerinin (No. 333, III) elde edilmesi için deneylere ihtiyaç olabilir ki bu da muhakemede tümevarım metodunun da kullanıldığını gösterir.

Muhakeme Hukukundaki tasımda, büyük ve küçük önermeler her zaman hazır değildir. Bunları meydana çıkarmak, tarihte olduğu gibi, çok defa uzun süren bir analize ihtiyaç gösterir. Evvelâ deliller toplanacak, bunların muhtevaları öğrenilecektir. Bu suretle küçük önerme meydana gelecektir. Sonra büyük önerme hazır değilse, elde edilecek, hatta bunun için, gerekiyorsa, deneylere başvurulacaktır. Ancak ondan sonradır ki sentez yapılabilecektir, yani bir hükme varılacaktır. Tarihçilerin söyledikleri¹⁸¹² *bir gün sentez yapabilmek için yıllarca analiz yapmak gerekir* sözü muhakemelerde olayların belirlenmesi bakımından da doğrudur.

332. DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ (TAKDİRİ).

Olay bir bütün olup, mozaik tablosunda olduğu gibi, birçok parçalardan yani küçük olaylardan meydana gelir. Mevcut deliller çok defa olayın bütünü değil, bu parçaların bir veya birkaçını temsil eder. Her parça içinde birden fazla temsilci yani delil bulunması mümkündür. Olay belirlenirken, bu delillere dayanılacak yani onlar vasıta olarak kullanılacaklardır. Değerlendirme faaliyeti, iki çeşittir:

I. Delillerin sağlamlık bakımından değerlendirilmesi.

İlk iş, bir delilin sağlam mı, çürük mü olduğunun araştırılması ve bir değer hüküm verilmesidir.¹⁸¹³ Delilin sağlamlığından maksat, olayın bütünü veya parçalarından bir veya birkaçını hakikaten temsil edip etmediğidir. Sağlamlık bakımından değerlendirme de iki çeşittir.

1. Sağlamlığın tek başına değerlendirilmesi.

¹⁸⁰⁹ Kıyas üretimini “*analogie*” karşılığı kullandığımızdan, “*sylogisme*” karşılığında tasım demeye tercih ettik.

¹⁸¹⁰ Bunun içindir ki *Aristo*’nun şekli diye sıfatlandırılan mantığı 17. ve 18. yüzyıllardan sonra ihmale uğramışsa da modern felsefe zarurî olan akıl hakikatlerini unutmamıştır. Lojistik adını alan yeni mantık, yine *Aristo* tarafından temelleri kurulmuş olan mantıktır. Son yarım yüzyıl içinde gelişen yeni mantık hareketleri, eski şekli mantığın genişlemesinden başka bir şey değildir (*Ülken*: a.g.e., s. 104, 107).

¹⁸¹¹ Türkçemizde çözmek sözcüğü varken halletmek karşılığında kullanılmasını doğru bulmadığımız “çözümlemek”, sadece analiz etmek anlamında kullanılmalıdır.

¹⁸¹² *Sarp (Hatemi Senih)*: Mantık, İstanbul, 1958, s. 96

¹⁸¹³ Sağlamlık (sıhhat) yerine “hilâfi sabit oluncaya kadar muteber” teriminde görüldüğü üzere, muteberlik denildiği vardır. Ancak “muteberlik” normlarda “geçerlik”, burada “inanırlık” veya “güvenirlik” karşılığıdır. Diğer taraftan, sağlam ve çürük yerine, delilin çeşidine göre ayrı ayrı adlar da verilmektedir. Meselâ sağlam yerine beyan delilinde “doğru”, “gerçek” (*vrai*), belge delilinde “sahih” ve “hakiki” (*authentique*) denilmektedir. Çürük yerine beyan delilinde kasta göre “yalan” veya “yanlış”, belge delilinde, kast olsa da olmasa da “sahte” denilmektedir. Muhtevanın hakikî olmaması da sahtelik olduğu halde, sahtelikten bahsedilmediği de vardır. Bunun sebebi, resmî belgelerin kanunî sağlamlığını çürütmede bir kısım belgelere kolaylık sağlamaktır. Ancak hilâfi ve sahteliği sabit olma ayırımı hem güçtür hem de isabetli değildir (*Erman*: Sahtekârlık suçları. 4. bası, İstanbul, 1981, No. 261, s. 356).

Bu da önermelerle ilgili üç faaliyeti gerektirir: a) Her delilin muhtevası öğrenilecektir. b) Bu muhtevanın sağlamlığını kontrole yarayacak tecrübe kaidesi aranıp bulunacak ve muhteva ile karşılaştırılacaktır. c) Sonuç çıkarılıp açıklanacaktır.

2. Sağlamlığın diğer delillerle birlikte değerlendirilmesi.

Her delilin tek başına değerlendirilmesi yetmez. Tek başına sağlam gibi gözükene hakikaten sağlam olup olmadığı, ancak diğer delillerle birlikte ele alındığında ortaya çıkar. Deliller canlı varlıklarda olduğu gibi, bir bütün teşkil ediyorlarsa, bir diğer söyleyişle, bir bütünün birbirleri ile uyuşan ve birbirlerini tamamlayan parçaları ise hakikaten delildirler.¹⁸¹⁴ Bir delil bütün ile bağdaşamıyorsa o olayı temsil etmiyor demektir.

Delillerin sağlamlığının birbirleriyle kontrolü de üç faaliyeti gerektirir: 1) Bütün delillerin muhtevaları bir araya getirilir. 2) Olayı tasvir eden bir mozaik tablosu meydana getirmek için tecrübe kaidesi aranıp bulunur ve muhtevalarla karşılaştırılır. 3) Sonuç çıkarılıp açıklanır.

II. Delillerin bütün olarak değerlendirilmesi.

Olayın bütün parçalarının mevcut delillerle sabit olması, yani mozaik tablosunun tamamlanması pek enderdir. Özellikle karar, amaç ve benzeri iç olaylarda olduğu gibi, çok defa bazı mozaikler elde edilemez ve tabloda boşluklar kalır. Boşluklar bazen o kadar önemli olur ki tablonun bütünü hakkında bir hükme varamayız. Buna karşılık, boşlukları, sabit olan olay parçalarına dayanarak, yani dolayısı ile, sabit görmemiz de mümkündür. Bir diğer söyleyişle, boşlukların da sabit olmasına ihtiyaç duymayabiliriz. Meselâ meyvesinden ağacı tanıyabiliriz. Boşlukların sabit olmasına ihtiyaç duymamamız, bir diğer söyleyişle, küçük olayların sabit oluşundan diğer bir küçük olayın sabit oluşunu çıkarmamız, delillerin tek tek değerinden fazla olan ve bir araya gelmelerinden, bütün teşkil etmelerinden doğan ek değerini kabul etmemiz demektir.¹⁸¹⁵

Bütün olarak değerlendirme de üç faaliyetten meydana gelir: 1) Bütün delillerin muhtevaları bir araya getirilecek ve boşluklar ortaya çıkarılacaktır. 2) Boşluklarda hangi mozaiklerin bulunacağını kestirmek için tecrübe kaidesi aranıp bulunacak ve muhtevalarla karşılaştırılacaktır. 3) Sonuç çıkarılıp açıklanacaktır.

III. Delillerin “hukuka uygunluk” bakımından değerlendirilmesi.

Sanığa yüklenen suçun “hukuka uygun” bir şekilde elde edilmiş delille (CMK 217/2) ispat edilebilmesi mümkündür. “Hukuka aykırı” delil kullanılamaz. Bu konu delillerin elde edilmesi ile ilgili olduğu için, ikinci kitapta incelenecektir.

333. SÜBUT KONUSUNDA HÜKÜM FAALİYETİ.

I. Hüküm verme mekanizması.

Delillerin çeşitli değerlendirilmesinde yapılan üç hüküm verme faaliyetinin müşterek mekanizması şöyledir: A) Önce küçük önerme ile yani delilin muhtevası ile ilgili bir faaliyet vardır. B) Bundan sonra, sıra, büyük önermeyi teşkil eden tecrübe kaidesi ile ilgili faaliyete gelir. C) En sonda, büyük ve küçük önermelerin karşılaştırılmasının sonucu çıkarılır ve açıklanır (No. 331).

II. Delil muhtevası ile ilgili faaliyet.

¹⁸¹⁴ *Gorphe*: appréciation, s. 163.

¹⁸¹⁵ Delillerin bütün olarak değerlendirilip, yani olayın parçalarına ilişkin asıl değerlerinin dışında kalan ek değerlerin bir araya getirilip, tek tek delillerle ispat edilmeyen parça veya parçaların ispat edilmiş sayılmasına, bir çok Hukukta olduğu gibi, İslâm Hukukunda da, kesin karine (karine-i katia) denilmesine rağmen, burada karine söz konusu değildir. 1973'te kabul edilen CMUK ek 2'ye göre, belli hareketleri yapanlar, aksi ispat edilmedikçe, üye sayılmaktaydı. Gerekçede karine sözü geçmesine rağmen, bu da karine değildi. Delillerin bütünü ile değerlendirilmesine ise kanun karışamazdı. Karışırsa kanunî delil olur ve sistemimize ters düşer. Burada maksat, belli hareketleri yapmanın suç sayılması ve yapmanın üye gibi cezalandırılmasıydı ki bu da Ceza Kanunu değişikliği ile sağlanabilirdi (*Kunter*: Düşünceler, Ek m. 2). Bu normun ispatla ilgiliymiş gibi düzenlenmesi, onun ispatla ilgili olması demek değildi. Bu nedenle bu yüzden iptal edilmesine (29/1/80 RG 15/5/80 sebep olmamalı idi. Bizce Ceza Kanununda yer alabilecek bir norm, Ceza Muhakemesi Kanununda yer aldı diye Anayasaya aykırı olamaz.

Sağlamlığın tek başına değerlendirilmesinde “muhtevanın öğrenilmesi”, sağlamlığın diğer delillerle birlikte değerlendirilmesi ile delillerin bütünü olarak değerlendirilmesinde ise “muhtevanın bir araya getirilmesi” şeklinde kendisini gösterir. Hâkimin bir hususu sabit görmesi için, ilk önce, delilin muhtevasını öğrenmesi gerekir. Ancak delilin muhtevasını öğrenecek olan sadece hâkim değildir. “*Delillerin müşterekliği prensibi*” ve onun bir sonucu olarak “*hâkimin olay hakkındaki şahsî bilgisini kullanamaması prensibi*” gereğince taraflar da delillerin muhtevalarını öğrenmelidirler.

Delil muhtevasının öğrenilmesi bazen bilimsel ve teknik bilgiyi gerektirir. Şahsî bilgisi olsa da hâkim bu hallerde bilirkişiye başvurur.

Delil muhtevasını öğrenen hâkim, kaide olarak, her türlü delillerle karşı karşıya gelen esas mahkeme hâkimleridir. Onların muhtevayı belirleyişi, bu sebeple, kaide olarak, Yargıtay’ı bağlar. Bir diğer söyleyişle, muhtevayı belirleme yetkisi “serbest yetki”dir. Ancak yazılı belgede olduğu gibi, dosya vasıtası ile delil muhtevasını öğrenmesi mümkün olan istisnâ hallerde muhtevanın belirlenmesini Yargıtayın kontrol edememesi için sebep yoktur.

III. Tecrübe kaidesi ile ilgili faaliyet.

Delilleri değerlendirip hüküm vermede büyük önermeyi teşkil eden “tecrübe kaidesi”nin bulunması ve küçük önerme ile karşılaştırılması faaliyetidir. Bu faaliyet, çok defa, olay hakkında hüküm verilirken yapılır. Buna “*hüküm sırasında karşılaştırma*” (*subsumption, sussunzione*) denilir. Bazen da, sağlamlığın tekbaşına değerlendirilmesinde çok rastlanıldığı gibi, daha önce benzer olaylarla karşılaştırma yapılmış ve gelecekteki olaylara uygulanacak bir sonuç çıkarılmıştır. Bu da “*önceden yapılan karşılaştırma*” veya kısaca “karine” (*présomption, presunzione*) dir.

“*Tecrübe kaidesi*” (veya kuralı) (*Règle d’expérience, massima di esperienza*), tabiat kanunları, matematik ve mantık kuralları gibi, genel mahiyette, soyut ve tahmine dayanan hükümlerdir.¹⁸¹⁶(9) Bunları çeşitli bilim dallarından veya hayat tecrübelerimizden öğrenmişizdir. Kişi, mihenk taşı olarak kullanacağı tecrübe kaidelerini, bilgi dağarcığından seçip çıkarır. Tecrübesi, yani bilgisi ne kadar fazla ise seçimi o kadar isabetli olur. Bilgi mevcudunu artırmanın da yolları vardır. Hâkimlerin keşif yapmalarının, bilirkişilere başvurularının sebebi çok defa budur.

Tecrübe kaidesine, delilleri değerlendirmenin her çeşidinde başvurulur. Sağlamlığın tek başına değerlendirilmesinde her delilin muhtevası tecrübe kaidesi ile karşılaştırılır ve sağlamlık hakkında bir hüküm verilir. Gerçekten delil muhtevasını öğrenmemiz, meselâ bir belgeyi incelememiz veya bir tanığı dinlememiz yetmez. Muhtevayı bilgilerimizin mihenk taşına vurmalyız ki değer konusunda bir hükme varabilelim. Meselâ fotoğraf hakkındaki bilgilerimiz hileli olmadıkça, fotoğraftaki bir sahnenin realitede mevcut olduğunu, fakat yağlı boya ile yapılmış bir tablonun realiteyi muhakkak aksettirmediğini göstermektedir. Keza tanıklar hakkındaki tecrübeler, tarafsız ve menfaati olmayan kimselerin söylediklerinin doğru olduğunu, buna karşılık, taraflardan biri ile yakınlığı bulunanların hattâ ceza tehdidine rağmen doğru söyleyebileceğini bize öğretmiştir.

Bir delilin sağlamlığının diğer delillerle kontrolünde de tecrübe kaidesi şarttır. O delilin diğer delillerle uyuşup uyuşmadığını, bütünü parçalarından biri olup olmadığını, yani hakikaten olayı temsil edip etmediğini tecrübe kaidesine başvurarak söyleyebiliriz.

Delillerin bütün olarak değerlendirilmesinde de tecrübe kaidesiyle karşılaştırma vardır. Gerçekten sabit olan kısımlara dayanıp sabit olmayanları da sabit saymamız ancak tecrübe kaidesi ile mümkündür.¹⁸¹⁷

Tecrübe kaidesi, sübut hükmünün nedenini, niçinini gösterir. Bu itibarla sübut meselesini çözen hükmün “gerekçe”sini teşkil eder.

¹⁸¹⁶ *Tosun* “doğa kuralları” demektir (I, 703). Halbuki tabiat (doğa) kanunları, tecrübe kurallarının sadece bir çeşididir.

¹⁸¹⁷ Meselâ A’nın, elinde kana bulanmış bıçak olduğu halde, korku ve telâş içinde, boş bir evden çıktığı, derhal eve girildiğinde henüz boğazlanmış bir şahsın görüldüğü sabittir. Boş kalan nokta kimin boğazladığıdır. Hâkim bu suçu işleyenin A olduğu sonucunu mevcut delillerden çıkarabilir. İslâm Hukukunda kesin karine denilen bu müşahhas sonuç çıkarış, müstakil bir delil (hüküm sebebi) sayılmış ve misalimizde intihar ihtimali, tevehhüm sayılarak, kabul edilmemiştir (*Mecelle*, 77, 1740, 1741).

Mücerret ve genel olduğu için tecrübe kaidesini Yargıtay hâkimleri de bilebileceklerinden, kontrol, kaide olarak, mümkündür.

IV. Sonuçla ilgili faaliyet.

Mantıkî olan sonucu bulup çıkarmak ve bunu açıklamaktan ibarettir. Her tasımda olduğu gibi, küçük ve büyük önermelerden belli bir sonucun çıkması mantık bakımından zorunludur. Çıkarılan serbest değildir. Mantığın gerektirdiği sonucu çıkarmamak “mantıksızdır”, bir diğer söyleyişle “çelişiklik” olur. Sonucun mantık bakımından Yargıtay’ca kontrolü mümkündür.

334. KARİNE.

I. “Karine” kavramı.

Karine (présomption, presunzione) bir hüküm vermek için *tecrübe kaidesi ile karşılaştırma* dediğimiz faaliyetin daha önceden benzer olaylar dolayısı ile yapılması ve gelecekteki bütün olaylarda uygulanacak soyut sonucun önceden çıkarılmasıdır. Çıkarılan sonuca da karine denilmektedir. İspat konusunda karineye delillerin sağlamlık bakımından değerlendirilmesinde başvurulur. Sağlamlığa doğruluk da denildiğinden, karine “bir olayın doğruluğunun önceden ve soyut bir surette kabul edilmesi” diye de tarif edilir.¹⁸¹⁸

Karine bir ihtimal hükmüne dayanır. Daha iyi bir tecrübe kaidesi bulmak ve dolayısı ile daha iyi bir sonuca varmak mümkün değilse, “çok defa böyle olur” denilerek karine kabul edilir.

Karine mahiyeti itibariyle daima müspettir, yani bir delilin sağlamlığını, muhtevasının doğruluğunu ifade eder. Menfî ihtimal, yani sağlam olmamak da hesapta vardır. Bu takdirde delilin sağlam olmadığı ispat edilebilecektir. Buna “karinenin çürütülmesi” denilmektedir.

Karine, bir delil olan “belirti” (emare) ile çok defa karıştırılmaktadır. Halbuki karine, başlı başına bir delil değildir¹⁸¹⁹ ve bir delilin muhtevasının doğruluğunun önceden kabul edilmesidir.

Karine, delillerin bütün olarak değerlendirilmesinde açıkça ispat edilememiş kısımların edilmişler sayesinde ispat edilmiş sayılması ile de karıştırılmıştır. Meselâ İslâm Hukukunda bu son duruma “karine-i katia” (= kesin karine) denilmiştir. Gerçi burada da hem de, kesin bir ihtimal hükmü vardır. Ancak, karine gibi soyut değil, somuttur. Önceden değil, olay hakkında hüküm verilirken yapılan faaliyet sonucudur.

Karineler iki çeşittir: 1) Kanunî karine, 2) Basit karine.

II. Kanunî karine.

Tecrübeye dayanarak benzer olaylarda uygulanacak sağlamlık değeri soyut hükmünü bazen kanun koyucu da önceden verilebilir. Bu takdirde hâkim sağlamlık değeri bakımından hiçbir araştırma yapmayacaktır. Kanun koyucunun sağlamlık değerini, aksi veya sahteliği sabit oluncaya kadar muteber diye derecelendirmesi de mümkündür.

Kanunî karine, her karine gibi, daima nispidir.¹⁸²⁰ Çürütülemeyen mânâsına mutlak karine olamaz, çünkü çürütülme, ihtimal kavramının gereğidir. Eğer çürütülme kabul edilmiyorsa, karine değil, kanunî delil söz konusu demektir. Bu ise vicdanî delil sistemine aykırı düşer. Ancak çürütme imkânının sınırlandığı vardır. Bazı belgelerin aksinin, bazılarının sahteliğinin sabit olması aranır. Çürütme

¹⁸¹⁸ Foschini, I, 418.

¹⁸¹⁹ Sabatini, I, 465.

¹⁸²⁰ Sabatini, I, 567; k-m: Erem (s. 395), 11 yaşından küçüklerin temyiz kudreti bulunmadığını, ırza geçmede 14 yaşından küçüğün rızasının mevcut sayılmadığını mutlak kanunî karineye misal vermektedir. Bunlar, Tosun’a göre de karinedir (I, 775). Kanun bu hallerde temyiz kudreti veya rıza var mı yok mu meselesini ele almamıştır ki sübut meselesi ortaya çıksın ve yokluğu karinesi (veya kanunî delili) kabul edilsin. Kanun “ben bu hallerde temyiz kudretini veya rızayı aramıyorum. Siz de aramayın” diyor. O kadar.

imkânının kanunla sınırlandırılması, karineyi kanunî delil haline getirmez. Hâkimler suçun maddî unsurunu sabit görseler bile diğer unsurlar bakımlarından serbesttirler.¹⁸²¹

Kanunî karine ile kanunî faraziye (*fiction, finzione*) ayrı şeylerdir. Kanunî karine, tecrübelerin verdiği ihtimal hesabına dayandığı halde, kanunî faraziyede böyle bir ihtimal yoktur. Kanunî faraziyenin taallük ettiği durum ne gerçekleşmiştir ne de gerçekleşecektir. Buna rağmen kanun onu bir hakikat olarak farz ve kabul etmektedir.¹⁸²² Mutlak karineyi kabul etmeyen çağdaş Ceza Muhakemesi Hukuku, mahiyeti itibariyle mutlak olan kanunî faraziyeyle elbet kabul etmez.

III. Basit karine.

Kanun koyucu her zaman soyut sonucu kendisi önceden tespit edemez. Bu hallerde hâkimler, daha iyi bir tecrübe kaidesi bulmak mümkün değilse, “çok defa böyle olur” diyerek karineye başvururlar. Hâkimin basit karine kabulü yetkisi kaide olarak serbesttir, zira delillerle karşı karşıya olan odur. Ancak dosyada mevcut bir belgenin değerlendirilmesinde olduğu gibi, maddî imkân varsa, Yargıtay kontrol edebilir. Mesela Türkiye’den yurt dışındaki bir alıcıya uyuşturucu madde veya tarihi eser gönderildiği durumlarda alıcının gönderiyi beklemesinin “hayatın olağan akışına uygundur” olduğu kabul edilerek, belli olaylar karşısında mahkemece sonuç çıkartılması “karine” ile karar vermek anlamına geleceğinden bizce hukuka aykırıdır.

Her delil basit karineyi gerektirir. Zira her delilin sağlamlığını yani muhtevasının doğruluğunu ispata ihtiyaç yoktur. Zaten doğruluk aranmasına kalkılırsa, doğruluğu gösterenin de doğruluğunu araştırmak gerekir ki bunun sonu gelmez. Onun için kaide, doğruluk karinesi kabûlüdür. Meğerki şüphelenmek için sebep olsun. Meselâ fotomontaj şüphesi yoksa, böyle bir iddia da mevcut değilse, fotoğrafta görülenler doğru kabul edilir.

335. BİLİRKİŞİ MÜTALÂASI.

I. Hâkimin teknik sahada uzman olmaması.

Delilleri değerlendirip ispat konusunda karar mahiyetinde hüküm verecek olan hâkim, tasım yolu ile küçük ve büyük önermeler vasıtası ile bir karara varacaktır. Büyük önermeyi teşkil eden tecrübe kaidesi, çok defa bilimsel ve teknik bilgileri gerektirir. Hatta küçük önermeyi teşkil eden “delil muhtevasının öğrenilmesi” de bazen karar verecek kimsenin imkânları dışında olabilir. Meselâ bir parmak izini hâkim görse de bir şey anlayamaz.

Hâkimlerin teknik sahalarda uzman olmalarına imkân yoktur. Kaldı ki olsalar bile bundan faydalanmaları muhakeme için faydadan çok zarar getirir. Çünkü bu bilgiyi tartışma imkânı yoktur. Bilirkişiden sadece hâkim değil, kolektif hükme katılan her süje yararlanmalıdır. Muhakeme Hukukunda teknik bilgidan faydalanma için çeşitli çarelere başvurulmuştur: (a) Bazı defa mütehasıs hâkimler hukukçu hâkimlerle birlikte yargılama makamını işgal etmektedir. Çocuk mahkemelerinde bu sistem tercih edilmektedir. (b) Çok defa, hukukçu hâkimlerin muhtaç oldukları teknik ve bilimsel

¹⁸²¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bizim yaptığımız maddî unsur ve diğerleri ayırımını yapmadan aynı sonuca varmıştır. *Salabiaku* dâvasında oybirliği ile verilen 26/9/88 tarihli kararı şöyle özetleyebiliriz: *Salabiaku*, uyuşturucu madde ile yakalanmıştır. Bu nokta tartışmasızdır. Fransa’ya onun soktuğu şüpheli olduğundan uyuşturucu madde sokmak suçundan beraat etmiş, ancak Fransız Gümrük Kanunu, sokulması yasak eşya ile yakalananları böyle eşyanın gümrük kaçakçılığı suçundan sorumlu tuttuğundan, bu suçtan mahkûm olmuştur. Ortada bir kanunî karine vardır. Hatta kanun, sanığın kastı olmadığı sabit olsa da gümrük kaçakçılığında beraat ettirilemeyeceğini o tarihte kabul etmişti. Her hukuk sistemi ispat konusunda karineye başvurur. Bu nedenle İHAS ilke olarak karineyi reddetmez. Ancak masumluk karinesi, sadece yargılama boyunca hâkimlerin Sözleşme ile teminat altına alınmış olan haklara saygı göstermeleri anlamına alınmamalıdır. Kanun koyucu istediği sınırları koymakta serbest kalırsa, masumluk karinesinin içi boşalır, anlamı kalmaz. Sözleşme masumluk karinesi kabul etmekle, Devletlere suçluluk (veya Fransa’da görüldüğü gibi sorumluluk) karinelerinde belli bir sınırı aşmamaları, karineleri makul sınırlar içinde tutmaları ödevini de yüklemiştir. Bu sınırlar içinde mahkemeler delilleri serbestçe değerlendirebilmeli ve varacakları sonuca göre, meselâ, irade dışı veya önlenemeyen zorlayıcı (mücbir) neden veya cezayı hafifleten koşullar (circumstances) kabul edilebilmeli veya cezayı erteleyebilmelidirler. *Salabiaku*’yu mahkûm eden Fransız istinaf mahkemesi, kanuna rağmen fakat içtihadı uygun olarak, duruşmada ortaya konan delilleri serbestçe değerlendirip, sanığın sokulması yasak maddeyi “bulundurma eyleminde iradesi dışında veya önleyemeyeceği zorlayıcı bir neden görmediği ve dolayısı ile karineyi çürütecek bir neden bulunmadığı sonucuna vardığı yani makul sınırlar içinde kaldığı içindir ki Fransa masumluk karinesini düzenleyen İHAS 6.2 yi ihlal etmemiştir.

¹⁸²² *Sabatini*, I, 470.

bilgileri¹⁸²³, uzmanlardan sorup öğrenmeleri yoluna gidilmiştir. Uzmanların rolü, sadece istişari yardımdır.¹⁸²⁴

Bilirkişi tanık olmadığından, olay hakkında bilgi sahibi değildir. Onun teknik bilgisi delil muhtevasının öğrenilmesi ve tecrübe kaidesinin bulunması bakımındandır. Teknik sahadaki istişari yardım, neticede hâkimi aydınlatmak amacını gütsede de teknik yardımın hüküm verme anında sadece hâkime yapılması hiçbir yerde kabul edilmemiştir.¹⁸²⁵, zira hâkim, teknik bilgiye sahip olsa da onu kullanmamalıdır. Buna “*hâkimin teknik konudaki şahsî bilgisini kullanamaması prensibi*” denilebilir. Bu prensibin sebebi, hâkimin bu özel bilgisinin taraflarca tartışılmaması, tarafların tutacağı ışıklardan hâkimin faydalanamamasıdır. Gerçekten, hâkim bu özel bilgisini ya delil muhtevasını öğrenmede ya tecrübe kaidesini bulmada kullanacaktır. Her ikisinde de taraflar bu bilgiyi tartışma imkânını bulamayacaklardır. Fazla olarak, birinci halde, delillerin müşterekliği prensibi de çiğnenmiş olacaktır.¹⁸²⁶

II. Bilirkişi mütalâası delil değildir.

Bilirkişi mütalâası¹⁸²⁷, yaygın mütalâa¹⁸²⁸ hilâfına, bir delil değil, delillerin değerlendirilmesi vasıtasıdır.¹⁸²⁹ Bir belgeyi okumamıza yardım eden gözlük nasıl delil değilse, bilirkişi ve onun mütalâası da delil değildir. İspat vasıta olan delil, parmak izi veya belge gibi, muhtevasının öğrenilmesi küçük önermeyi teşkil eden şeydir. İspat konusunda hüküm verebilmek için hem delil muhtevasının öğrenilmesi hem de büyük önermeyi teşkil edecek tecrübe kaidesinin bilinmesi gerekebilir. Bunu sağlayan bilirkişi mütalâası elbet delilden farklıdır.

Bilirkişi, hüküm veren müşaviri olduğundan, istişarenin mahiyeti icabı olarak, hüküm verenler, özellikle hâkimler, bilirkişinin mütalâaları ile, Adlî Tıp Genel Kurulunun teknik ihtisas alanındaki kararları istisnası dışında bağlı tutulamazlar.¹⁸³⁰ Bilirkişinin de yanılması mümkündür. Böyle bir şüpheye düşen hâkim, bir başka bilirkişiye inceleme yaptırmalıdır. Hâkim, bilirkişinin mütalâasını

¹⁸²³ Bilirkişinin faydalı olabilmesi için, muhakeme makamlarını işgal edenlerin anlayacağı dille konuşması gerekir. Bu ise güçtür. Bunun içindir ki ceza hukukçuları, bilirkişilerin dillerini anlayacak şekilde yetiştirilmelidir. Hukuk Fakültelerinde normatif bilimler dışında iktisat, maliye, kriminoloji, adlî tıp gibi derslerin okutulmasının sebebi budur (*Gürelli*, 15).

¹⁸²⁴ İlmî ve teknik bilgiden maksat, herkesçe bilinmeyen bir diğer söyleyişle uzmanlık isteyen bilgilerdir. *Gürelli* (s. 23), bunu, lisede öğrenilmeyen, öğrenilse de akılda kalması beklenmeyen bilgi olarak kabul ve teklif etmektedir.

¹⁸²⁵ *Foschini*, I, 377.

¹⁸²⁶ AİHM *Bönisch v. Austria* (1985); *Brandstetter v. Austria* (1991).

¹⁸²⁷ Kanunlarımızda çok defa “bilirkişiyi rey ve mütalâasından söz edilmekte ise de ortada iki farklı şey yoktur. Tek bir sözcük kullanılmalıdır. Tek olarak “rey” demek de (CMUK 70) isabetli değildir. Söz konusu olan *kararın* karşıtı olan *mütalâadır*, daha doğrusu *mütalâa niteliğindeki hükümdür*.

¹⁸²⁸ *Kantar*, 87. Bilirkişi mütalâası hüküm verilmesinde, değerlendirildiği delil kadar müessir olduğundan, tatbikatta da delil sayılmaktadır. Bilirkişi mütalâasının delil olmadığını kabul eden *Erem*, ispat vasıtaları bahsinde A – İtıraftan sonra B – Bilirkişilik diye sıralamakta sakınca görmemektedir (n. 232). Kanunumuz bilirkişi mütalâasını açıkça delil olarak kabul etmemiş, fakat tanıkların ve bilirkişilerin dinlenmesini birlikte düzenlemiştir.

¹⁸²⁹ *Foshini*, I, 377; *Erem*, n. 232; *Tosun*, I, 610. *Gürelli* (s. 17) ise, bir ayırım yapmakta, eser ve izlerin ancak bilirkişi mütalâası ile öğrenilmesi halinde, eser ve izlerin kendisi imiş gibi, bu mütalâayı delil saymaktadır.

¹⁸³⁰ Kanunun resmî bilirkişi tayin etmesi, hattâ bazı mercileri son merci sayması, bu bilirkişilerin mütalâası ile hâkimin bağlı olduğu mânâsına gelmez. Netekim, adlî tıp sahasında verilen ve kanaat verici görülmeyen veya birbirine mübayin bulunan raporlar hakkında ilmî ve teknik mütalâasını bildiren Adlî Tıp İşleri Meclisinin kararı “nihaî” olmakla beraber, bu mütalâa mahkemeyi bağlamaz deniliyordu (53-6119, m. 10). Nihai demek, elbet, kesin demek değildir (AYM: 28/3/72 RG 13/7/72). 82-2659 numaralı Adlî Tıp Kurumu Kanununda durum farklıdır. Adlî Tıp İhtisas Kurulları ve Dairelerinin kararları çelişik görülürse veya kanaat verici delili bulunmazsa Adlî Tıp Genelkurulu inceler ve kesin karara bağlar (m. 15). Ancak uygulamada genelkurulun meslekî kanunun filân maddesine giren yollu verdiği kararların teknik olmadığı için mahkemeleri bağlamayacağı haklı olarak kabul edilmiştir (CGK 19/3/84 YKD 85/5 923).

kabule mecbur olmamakla beraber, niçin kabul etmediğini bilimsel olarak¹⁸³¹ izah etmeğe mecburdur.¹⁸³² Bu izahın kolay olmadığı açıktır.

III. Bilirkişiye başvurulabilen haller.

Bilirkişiye hangi hallerde başvurulacağını kanunumuz göstermemiştir.¹⁸³³ İtalya’da olduğu gibi (CPPI 314), belli bir bilim ve tekniğe ilişkin özel bilgiyi gerektiren hallerde ve sadece maddî mesele bakımından¹⁸³⁴ bilirkişiye başvurulacağı bizce açıktır. Uygulamada yanlışlar yapıldığı için olacak ki kanun “çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin rey ve mütalâasının alınmasına karar verilir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez” demek ihtiyacını duymuştur (CMK 63/1).

Belli bir bilim ve tekniğe ilişkin özel bilgiyi gerektiren her halde, hele herhangi bir muhakeme makamı ihtiyaç duyduğunda hâkim o konuda bilgili olsa dahi, bilirkişiye başvurmalıdır.¹⁸³⁵ Zira hâkimin özel teknik bilgisi ile delil muhtevasını öğrenmesi, delillerin müşterekliği prensibine ters düştüğü gibi tecrübe kaidelerini tayin etmesi ve uygulaması da tarafların mütalâa bildirmelerine ve hâkimin özel bilgisini tartışmalarına imkân vermez. Bilgisayarlar da yer alan verilerin, yani verilerin bilirkişi incelemesinden geçtikten sonra “delil” olarak kullanılması mümkündür. Burada da bilirkişiye başvurmanın zorunlu olduğu düşüncesindeyiz.

2004 kanun koyucusu mülga CMUK 66/1’deki “bilirkişiyi başvurma mecburiyetini, yerinde bir şekilde, terk etmiş ve görevlendirilmesini takdire bırakmıştır.

63’üncü madde dışında belli bazı konularda bilirkişiye başvurma hususu ayrıca belirtilmiştir¹⁸³⁶: (1) Gözlem altına alınma (CMK 74), (2) Beden muayenesi (CMK 75), (3) Moleküler genetik incelemeler (CMK 78), (4) Ölünün adli muayenesi (CMK 86), (5) Otopsi (CMK 87), (6) Zehirlenme şüphesi üzerine inceleme¹⁸³⁷ (CMK 89).

¹⁸³¹ Sadece bilirkişinin şahsı ile ilgili hususlar, onun mütalâasının aksini haklı göstermez (CGK 15/12/58, Ç. I, 508).

¹⁸³² Her ne kadar tecrübe kaidelerini seçmekte hâkim serbest ise de niçin başkasını değil de onu seçtiğini göstermesi de, sabit olayı gösterme mecburiyetinin (CMK 230) zarurî bir neticesidir. Gerçekten, hangi olayın sabit addedildiğini göstermek demek, neden sabit addedildiğini göstermektedir.

¹⁸³³ Uygulama için Bkz. *Çağlayan*: Yargıtay İçtihatlarının ışığı altında bilirkişi incelemesi (AdD 84/3 487). Yargıtay’a göre, “Soruşturma evresinde maddî olgu ile ilgili bulgular veya emareler mevcut bulunduğu hallerde savcısının teknik veya özel bilgiyi gerektiren bütün araştırmaları yaptıktan sonra iddianame düzenlemesi gerekir. Bilirkişi incelemesi gerekli görülüyorsa bu incelemelerin soruşturma evresinde yaptırılması ve daha soruşturma evresinde iken sonuçlarının savunmaya verilerek karşı görüşlerini oluşturmaları için imkân ve vakit sağlanması, iddianamenin ancak bundan sonra düzenlenmesi yerinde olacaktır” (11 CD, 2005/6429-10112, www.adalet.org).

¹⁸³⁴ Suç unsurlarının olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin sübutu, maddî mesele olduğundan, bilirkişi incelemesine konu teşkil edebilir. Bu sebeple, meselâ bir yazının hakaretâmiz veya müstehcen mahiyette olup olmadığını bilirkişiye tetkik ettirmekte kanuna aykırılık yoktur. *Gürelli* de (s. 29) bunun hukukî mesele teşkil etmediği görüşündedir. *Tosun*’a göre (I, 534), hukukî meselelerde de başvurulabilmelidir ve bunun büyük bir zararı yoktur. Bizce vardır. Eski veya yabancı hukuk gibi bilmemenin mazur sayılacağı haller dışında, hukukî meselede bilirkişiye başvurmak, hâkimin şahsının ve makamının itibarını sarsar. Hâkimleri tembelliğe teşvik eder. Yargıtay da “bilirkişiye ancak özel ve uzmanlık isteyen işlerde başvurur. Bunun dışında olursa, hâkimin görevini yapamaması ve başkasına yaptırması mahiyetini taşır ki kabul edilemez” demektedir (9. CD 16/1/75 YKD 75/5, 163).

¹⁸³⁵ *Gürelli*, 26.

¹⁸³⁶ Kanunda bir açıklık olmaması ve belli konularda mecburiliğin belirtilmesi nedeniyle ihtiyariliğin kaide olduğu görüşünde idik. 1985 değişikliğinde “Bilirkişinin mütalâasının alınmasına karar verilir” denilmesinden mecburiliğin benimsendiği anlamını çıkarıyor ve eskiden kaidenin istisnası saydığımız halleri, mecburiliğin açıkça belirtildiği haller olarak kabul ediyoruz. Mecburiliğin sonradan kabulü dolayısıyla CMK 84 de kalpazanlık ve paralarda sahtecilik suçlarında bilirkişiye başvurmaya lüzum görülürse kaydı da silinmişçesine, hakikisini yürürlüğe koyan makamın yani Merkez Bankasının mütalâası (karardaki tâbirle, kesin görüşü) alınmalı denildiği vardır (8. CD 10/6/88 YKD 88/10 1454).

¹⁸³⁷ 1985-3206 s.K. zehirlenme şüphesi olan hallerde organlardan parça alınırken organın görünen şekli ile tahrifatın tarif edilmesi gerektiğini de 83. maddeye ilâve etmiştir.

Diğer kanunlarda da mecburiliğin belirtildiği vardır.¹⁸³⁸ Bu belirtmenin içtihatla yapıldığına da rastlanmaktadır.¹⁸³⁹

IV. Bilirkişinin belirlenmesi.

1. Bilirkişi bölge kurulları.

AÇIKLAMA YAZ

2. Bilirkişi görevlendirme kararı verme yetkisi.

Bilirkişi incelemesi yaptırılması kararı, tarafların isteği üzerine verilebileceği gibi resen de verilebilir. İncelemeyi yapacak bilirkişilerin sayısının¹⁸⁴⁰ ve şahsının tâyini, kaide olarak, bu kararı verme yetkisi olan makama aittir. 1985'ten beri bilirkişi sayısı 3 ile sınırlanmıştı (CMUK "85-3206" 66/1).¹⁸⁴¹ Ceza Muhakemesi Kanunu bu sınırlamayı kaldırmıştır. Bu kaidenin şahsa ve sayıya ilişkin istisnaları vardır:

a) Bilirkişinin şahsının istisna olarak kanunlarla belirtildiği vardır. Belli hususlarda mütalâa beyanı ile kanun tarafından görevlendirilmiş olanlara *resmî bilirkişi* denilmektedir.¹⁸⁴² Resmî bilirkişi kabul

¹⁸³⁸ Meselâ Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair 1928.1219 no.lu K 1975.1964 de adam öldürme ve müessir fiil suçlarının taksirle işlenenlerini düzenleyen mülga TCK 455 ve 459'a eklenen birer fıkra ile cezalarda sekizde bire kadar indirme yetkisi hâkim tanıırken "taksirin hafifliğine göre" denecek yerde, "kusurun derecesine göre" denilmesi, taksirden söz edilmeyerek haksız fiil söz konusu imişçesine kusur denmesinin yanında, derecenin tespiti için bilirkişiye başvurma mecburiyetini de getirmesi bakımından isabetsiz olmuştur. Ayrıca kanun yanlış anlaşılabilir, her trafik kazasında bütün ilgililerin taksirleri toplamı 8 olacak biçimde derecelendirilmeğe yani Güreli'nin de belirttiği üzere (Trafik kazalarında kusur derecesinin uygulamada doğurduğu sorunlar. 1. Ulusal Adli Tıp Günleri (Adana 84), 1985, s. 82) bölüşülmeğe başlanmıştır. Halbuki kanunun amacı, suç tipi karşılığında cezayı normal ve ağır taksir hallerine hasretmek, taksir hafif ise cezadan ayrıca indirim yapabilmektir. Taksir gibi onun hafifliğini de hâkim, elbet bilirkişi raporu ile bağlı olmadan tâyin edecek (CGK 5/4/82 YKD 82/10 1463) ve cezayı suçlunun kişiliğine ve suçuna uyduracaktır (CGK 3/5/82 YKD 82/10 1457). Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesi, 13/3/85 tarihli içtihat kararında (Adli Tıpla ilgili Bakanlık Tamimleri. Kurum yayını, tarihsiz, s. 110) kusur oranlarının ceza dâvalarında 8, hukuk dâvalarında 100 üzerinden gösterilmesi gerektiği, oranlar toplamının hukukta 100'ü aşmayacağı, fakat cezada 8'den aşağı veya yukarı olabileceği sonucuna varılmıştır. Bu içtihat kararı isabetlidir. Taksir cezada kişi başına hesaplanacağına göre toplama bakmanın anlamı yoktur. Hukukta ise toplam 100'den aşağı düşmemelidir. Görülüyor ki Trafik Kanununa göre verilecek raporlarda hukuk ve ceza sorumlulukları dereceleri ayrı ayrı tespit edilmeli, mülga TCK 455 ve 459'daki kusurlar ise taksir olarak kabul olunmalıdır. Diğer taraftan hâkimin temel cezayı aşağı haddin üstünde göstermesinin mantıksız olacağı görüşüne (*Dönmezer*: Kişilere ve mala karşı cürümler, 14. bası 1995, n. 74) bu cezanın sadece taksir oranına göre tâyin edilmediği gerekçesiyle katılmıyoruz.

¹⁸³⁹ Meselâ mülga Çocuk Mahkemeleri Kanunu, 11 yaşını bitirmiş fakat 15 yaşını bitirmemiş küçükler hakkında "işlediği suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilme" yetkisinin bilirkişilerce tespit edilmesini mecburi kılmıştı (ÇMK 20). İyonlaştırıcı radyasyonlarla yürütülen çalışmalarla ilgili olarak idare mahkemelerinde açılan davalarda mahkemelerce seçilen bilirkişilerin Türkiye atom enerjisi kurumundan seçilmesi duyurulmuştu (Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün 8.10.1998 tarihli Genelgesi: YMB 63, 36).

¹⁸⁴⁰ Tek olması kaide olmalıdır. Önemli veya tekrarı mümkün olmayan işlerde istisna kabul edilmelidir. Sayının tek olması şart değildir. Zira teknik bilgede sayı değil, ağırlık önemlidir (*Clerc*, n. 153). Mahkemenin kararı, ehliyet bakımından Yargıtay kontrolüne tâbidir (2. CD 19/10/62 *Çağlayan* "66" I, 466; *Gürel*, 39; k-m: *Kantar*, 89), zira bağlı değerlendirme yetkisi söz konusudur. Resmî bilirkişi bakımından da ehliyet haklı olarak kontrol edilmektedir (2. CD 27/1/49 *Çağlayan* "66" I, 481).

¹⁸⁴¹ Bu sınırlama önce 3 kişilik bir kurula yaptırılan incelemeden sonra gerekirse hattâ yine 3 kişilik bir kurula karşı-inceleme (*contre-expertise*) yaptırılmasına elbet engel sayılmamalıdır.

¹⁸⁴² Resmî bilirkişilerin başlıcaları şunlardır: a) Adli Tabipler, b) Adli Tabiplerin olmadıkları yerlerde, Sağlık Ocağı, Hükümet veya belediye tabipleri, bunların da olmadıkları yerlerde sair resmî hekimler, bunların da olmadıkları yerlerde diplomalı serbest hekimler resmî bilirkişidir (1336 (1920) - 38 numaralı Tababeti Adliye K. m. 4), c) Adli Tıp Kurumu, Adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere Adalet Bakanlığınca kurulmuştur. Gerekli görülen yerlerde Kuruma bağlı ihtisas daire veya şubeleri de kurulabilir. Kurum, mahkemeler, hâkimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmeğe mecburdur (1982-2659 numaralı Adli Tıp Kurumu K. 2), ç) Tababet ve şubeleri sanatlarını ifadan mütevellit adli meselelerde Yüksek Sağlık Şurası ekspertiz ile mükelleftir (Umumi Hıfzısıhha Kanunu, m. 10). d) İlaç fiyatlarındaki ihtikârî tetkikle Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı mükelleftir (6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkındaki Kanun m. 30), e) Medenî paralarda kalpazanlık, kâğıt paralarda sahtecilik suçlarında bunların sahihlerini tedavüle çıkararak makam, yani birincilerde darphane, ikincilerde Merkez Bankası (CMK 84). f) Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanununa aykırılıklarda mahkeme veya savcılık, dokuz kişiden az olmamak üzere, Türkiye Ticaret Odaları, Sanayi Odaları ve Ticaret Borsaları Birliğinin mütalâası alınmak suretiyle Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından tespit olunan listedeki kişiler arasından seçmeğe mecburdur (TPKKK "1985-3196" 4). Bu norm, resmî bilirkişinin kanunla görevlendirilmesi kaidelerinin (CMK "73-1699" 66/2) bir istisnasını oluşturmaktadır, zira bu bilirkişileri kanun değil, kanunun gösterdiği makam seçmektedir. CMK 63 ile bilirkişi seçme yetkisinin sanığa ve müdafie de tanınması önemlidir (*Özbek* 2005, 216).

edilmişse, görevini yapmasını engelleyen özel sebepler¹⁸⁴³ olmadıkça, yerine başkası tayin edilemez (CMK 64/3). Resmî bilirkişilerin görevlerini yapmasını engelleyen özel sebepler varsa, yerlerine başkaları seçilebilir (CMK 64/3).

b) Bilirkişinin sayısını istisna olarak kanunun tayin ettiği vardır. Meselâ otopsi bir hekim tarafından yapılır (CMK 86/3).

Bilirkişiye başvurma yetkisi, kaide olarak, mahkeme ve hâkimlik makamlarına verilmiştir. Kanun kısaca hâkim demektir (CMK 63/2). Bu makamlar hazırlık soruşturmasında sulh hâkimliği, duruşma hazırlığında mahkeme başkanlığı ve duruşma mahkemesidir.

Mülga Kanun ilk şekli berî, gecikmede tehlike varsa (No. 361), yani istisna olarak, savcılığa da bilirkişi incelemesi yaptırma yetkisi vermişti (CMUK 66/2).¹⁸⁴⁴ Ceza Muhakemesi Kanunu ise istisnayı kural haline getirmiş ve “soruşturma evresinde C. Savcısının bilirkişi atamasını düzenlenmiştir (CMK 63/3). Bu veri hâkimin yetkisine tesir etmez.¹⁸⁴⁵ Bu istisna, inceleme resmî bilirkişilerde yapıldığında sakıncalı değildir. Gerçekten hâkim de yaptırsa aynı resmî bilirkişiye başvuracaktır. Keza yemin söz konusu olmadığında da sakınca yoktur. Savcının taraf olarak bilirkişi incelemesi yaptırması, hattâ o kişiyi duruşmaya getirebilmesi mümkündür (CMK 179/2).

Bizce savcıya bilirkişiye başvurma bakımından tanınan bu istisnanın, ona istisnanın (CMK 63/3) yemin de verdirebilmesi şeklinde genişletilmesi esaslara ters düşmektedir. Bu yetkinin savcıya istisna olarak tanındığı unutulmamalıdır. Bu istisnayı ancak bilirkişinin tayinindeki gecikmenin tehlikesi haklı gösterebilir. Yemin listede yer almamış bilirkişilere görevlendirildiklerinde verdirildiğine göre (CMK 64/6), yemin bakımından gecikmede tehlike söz konusu olamamak gerekir.

3. Bilirkişinin nitelikleri.

Bilirkişinin belli nitelikleri olmalıdır. Bunların başında aranan sahada uzmanlık gelir. Kanun bunu sağlamak amacıyla uzman bilirkişilerin listelerinin oluşmasını öngörmüştür. Her yıl adli yargı adalet komisyonları tarafından bir liste düzenlenecek ve bilirkişi listedekilerden seçilecektir. Diğer illerde oluşturulmuş listelerden de yararlanma kabul edilmiştir (CMK 64/1).

Diğer taraftan, bilirkişi, hâkimin yardımcısı sıfatıyla, onun gibi, objektif de olmalıdır. Bu vasfi sağlamak için, bilirkişinin, hâkim gibi¹⁸⁴⁶, aynı sebeplerle reddi ve çekinmesi kabul edilmiştir (CMK 69, 70). Asıl dâvaya bakan makam, ret dâvasına da bakar. Ret sebebi ispat edilmelidir. Reddi kabul edilen bilirkişi mütalâa bildirmeyecek, bildirmişse nazara alınmayacaktır. CMUK 76/2. maddede bu hususta açık bir hüküm mevcut iken, Ceza Muhakemesi Kanununda yoktur.¹⁸⁴⁷ Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenmeyen diğer bir husus, *tanığın bilirkişi olmasına* ilişkindir. Mülga Kanunda tanıklık ile bilirkişilik aynı hususa taallük ediyorsa, tanıklık tercih edileceği (CMUK 68/3) hükmü mevcuttu.¹⁸⁴⁸ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 70 inci maddesi sadece tanıklıktan çekinmeyi gerektirecek sebepleri düzenlemiştir.

Kanunumuz bilirkişilik için başka vasıflar da aramıştır. Kamu hizmetlerinden yasaklılık veya belli bir meslek ve sanatı icranın tatili cezasına mahkûm olanlar, bu süre içinde bilirkişilik edemezler. Keza tanık olmağa mâni haller de (CMK 45, 46, 48) bulunmamalıdır.

¹⁸⁴³ AİHM, yiyeceklerin kontrolü hakkındaki Avusturya kanununa göre rapor veren Enstitü müdürünün dâvada bilirkişi gibi görev yapmasını ve reddi dâvasının kabul edilmemesini, tarafsızlığı şüpheli görüleceği ve müdafaanın gösterdiği uzmanın tanık gibi dinlenmesine karşın Enstitü müdürünün bilirkişi olarak sanığa ve tanıklara soru yöneltmesini eşitlik ilkesine ve dolayısı ile hakkaniyete uygun bulmadığından İHAS 6'ya aykırı bulmuştur (*Bönisch* dâvası, 6/5/85 n. 28-34).

¹⁸⁴⁴ İstanbul Komisyonu tasarısında “keşif-i adli” diye adlandırılan bu keşfi sadece hâkimler yapabiliyordu. Savcı istisnasının Ankara’da ilâve edildiği anlaşılıyor.

¹⁸⁴⁵ 4. CD 26/10/65 (*Çağlayan* “66” II, 93).

¹⁸⁴⁶ Hâkimin reddi sebepleri arasında görev yapamama halleri de vardır. Bilirkişilerin de hâkimler gibi objektif olmaları şart olduğundan, benzerliği tam olarak kabul edip, hâkimlerin görev yapamadıkları hallerde bilirkişilerin de yapamayacakları sonucuna varmak doğru olur. Bu demektir ki bilirkişi reddedilmemişse dahi ilerde bozma sebebi sayılabilecektir.

¹⁸⁴⁷ Katılan da CMUK 67 de açıklanmamışsa da, reddi isteyebilir (k-m: Gürelli, 57), zira şahsi davacının haklarını haizdir.

¹⁸⁴⁸ *Gürelli*, 58.

336. b) BİLİRKİŞİNİN ÖDEVLERİ.

Bilirkişilerin mecburî ödevleri, yani mecburiyetleri şöylece sınırlanabilir: 1) Bilirkişiler için *kabul mecburiyeti* kaide olarak yoktur. İstisna olarak, şu kişiler kabule mecburdurlar (CMK 65): a) Resmî bilirkişiler, b) İncelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen ve sanatla iştigali meslek edinenler veya meslek edinmeğe mezun olanlar, c) İncelemenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlar.

2) Belli bilirkişiler için *çekinme mecburiyeti* vardır: a) Kamu görevlileri, bağlı buldukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak atanamazlar (CMK 64/3), b) Meslek sırrı gerektirdikçe müdafiler, hekimler, ebeler (CMK 46)¹⁸⁴⁹, c) Belli koşullarda devlet sırları gerektirdikçe, Devlet memurları (CMK 47).¹⁸⁵⁰

3) Bilirkişi kabul ettiği görevi *dürüstlikle* yapmak mecburiyetindedir. Kasten hakikat hilâfına mütalâa beyan etmek suçtur (CK 276).

Mahkemeye sunulan bilirkişi raporunun maddi olgu ve fiili gerçeklerle bağdaşmadığı yönünde kuvvetli olgu ve şüphelerin bulunduğu kanaatine ulaşıldığı takdirde, 1990.3628 numaralı Kanun uyarınca işlem yapılırdı (CMUK “2003.5020” 76/4). Bu hüküm yeni Kanuna alınmamıştır.

4) “Mütalâa beyanı ile mükellef olan” (CMK 71), yani görevi isteyerek veya mecburiyet dolayısı ile kabul eden bilirkişi için¹⁸⁵¹ kabulden sonra usulü dairesinde davet edilince¹⁸⁵² *gelmek mecburiyeti* vardır.

Gelmezse, tanıklar gibi zorla getirilir¹⁸⁵³ ve bu hareketinin sebebiyet verdiği masrafları ödemekle beraber üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsine mahkûm edilir (CMK 71, 60/1).¹⁸⁵⁴ Gelmek mecburiyetinden kurtulmak için asılsız sebep ileri sürmek mülga TCK’nun 282. maddesinde ayrıca suç olarak düzenlenmişken, Yeni TCK da bağımsız suç olarak düzenlenmemiştir.

Yemin etmekten çekinen bilirkişi hakkında tanıklara ilişkin hüküm uygulanır (CMK 71), yani bundan doğan masraflar ödettirilir, ayrıca üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilir (CMK 60).

5) Mütalâa beyanı ile mükellef olan bilirkişi için, gelince, mütalâasını söylemeden veya raporunu vermeden önce¹⁸⁵⁵, *yemin etmek mecburiyeti* vardır (CMK 64/5). Kanun bilirkişilerin listeye kaydedilirken İl Adli Yargı Adalet Komisyonları huzurunda Kanunda (CMK 64/5) öngörülen sözlerin tekrarlanması suretiyle yapılır. Listeye kaydedilen bilirkişilerin görevlendirildikleri her işte yeniden yemin verilmesi söz konusu değildir. Sadece listede yer almamış bir bilirkişi görevlendirildiğinde kendisini atayan merci huzurunda yemin eder ve bu tutanağa bağlanır (CMK 64/6).¹⁸⁵⁶ Yemin,

¹⁸⁴⁹ Mehaz kanununun 85. maddesinden alınarak Ankara Komisyonunca 80. maddeye eklendiği anlaşılan 3. fıkra, hakikate muğlaktır (*Kantar*, 71, not 63). Maksat, *Gürelli’nin* (s. 55) de belirttiği gibi bir olayın kavranmasının özel bilgelere ihtiyaç gösterdiği hallerde, ancak bu bilgisi sayesinde olayı öğrenebilen kimsenin hem tanık hem bilirkişi olduğunu, fakat bu takdirde yerine başkası konamayacağı için bilirkişi gibi reddedilmeyeceğini, tanıklık sıfatının ağır bastığını ifadedir. Bu kimse tanık olarak dinlenirken, özel bilgisinden faydalanarak öğrendiği olayı anlatacak, bu arada bilirkişi gibi mütalâa da beyan edecektir.

¹⁸⁵⁰ Kanunda “çekinebilir” denilmek suretiyle bir yetki olarak ifade edilmiş ise de bunun mecburiyet olduğu açıktır.

¹⁸⁵¹ Mütalâa beyanı ile mükellef olup olmamak çok defa hâkim önüne çıkmadan anlaşılmaz diye çağrılan her bilirkişiyi gelmeğe mecbur tutmak (*Gürelli*, 60), müeyyideleri yüklemeye de gerektirir ve haksızlıklara yol açar. Gelmeyen ve mükellef olmadığını bildiren kimseye neden ceza vermeli? Ceza verilmeyecekse (*Gürelli*, 60) neden gelme mecburiyetinden söz etmeli?

¹⁸⁵² Mülga Kanunda bilirkişi daveti hakkında hüküm olmadığından 65. madde uyarınca tanıkların daveti hakkındaki CMUK 45 uygulanmakta idi.

¹⁸⁵³ 1985 değişikliğinde, gelmeyen bilirkişi hakkında gelmeyen tanıklara ilişkin normların uygulanacağı belirtilmekle bilirkişilerin de zorla getirilmesi kabul edilmiş, böylece kanunun 55 yıldan beri bilirkişi ve tanık arasında gözettiği bu esaslı fark tartışılmadan bir çırpıda ortadan kaldırılmıştır. Gereğince dâvaları geciktirmemekten, maddenin gayesine aykırı düşmemekten söz edilmekte ise de bilirkişiliğin mecburî olmadığı hallerde zorla getirme, bilirkişilik müessesesinin temeline aykırıdır.

¹⁸⁵⁴ Bu para cezalarının ödenmemesi halinde hafif hapse çevrileceği hükmü CİK 5 ile zimnen ilga edilmişti. 1973 de mülga CİK 5 değişiklikleri ile bu ceza da hafif hapse çevrilebilmekte idi.

¹⁸⁵⁵ Yeminin, hatta inceleme başlamadan önce verilmesi daha uygundur (*Gürelli*, 72).

¹⁸⁵⁶ 2. CD 18.3.1937, 3233-4042 (TK 1937, 327).

bilirkişilerin taraf tutmadan, tamamen ilim ve tekniğe uygun olarak mütalâa beyan etmeleri için kabul edilmiş bir tedbirdir. Bilirkişilerden yerine başkasını koymak mümkün olduğundan, yeminsiz dinlenmesi mecburî bilirkişi yoktur.¹⁸⁵⁷

6) Bilirkişiliği kabul eden bilirkişi, çekinmesi kabul edilmedikçe, *mütalâa beyanı mecburiyetindedir* (CMK 71). Aksi takdirde bu hareketinin sebebiyet verdiği masrafları ödemekle beraber disiplin hapsine çarptırılır (CMK 71 yollamasıyla 60/1).¹⁸⁵⁸ Asılsız sebepleri ileri sürerek beyan mecburiyetinden çekinmek ise mülga TCK'nin 282. maddesinde suç olarak düzenlenmişti.¹⁸⁵⁹

7) Bilirkişiliği kabul eden bilirkişi, çekinmesi kabul edilmedikçe, tayin edilen süre içinde yazılı mütalâasını bildirmeğe mecburdur. Süre içinde raporunu vermeyen bilirkişi hakkında 66/2. madde uygulanır. 64. maddede öngörülen listelerden çıkarılabilir, gecikme dolayısıyla uğranılan zararların ödetilmesine karar verilebilir.

8) Birden fazla meselâ üç bilirkişi tâyin edilmişse, maksat üç ayrı mütalâa elde etmek değil, üç bilirkişiden müşterek mütalâa almak olduğuna göre, bilirkişiler için müzakere mecburiyeti de vardır. Üç kişinin birbirleri ile konuşup danışmadan ayrı ayrı mütalâa vermeleri başka şey, bir araya gelerek, birbirlerinden faydalandıktan sonra mütalâa vermeleri yine başka şeydir. Bu mütalâalar, danışılmadan verilene nazaran çok daha değerlidir.

337. c) BİLİRKİŞİNİN YETKİLERİ.

Bilirkişinin yetkileri şunlardır:

1) Bilirkişinin *çekinme yetkisi* vardır. Bilirkişinin objektif olması gerektiğinden, objektif kalamayacağından korkan bilirkişi çekinebilmelidir. Bilirkişi tanıkların çekinme sebeplerine veya makbul diğer sebeplere dayanarak mütalâa beyanından çekinebilir (CMK 70). Sebebin makbul olup olmadığını hâkim takdir edecektir.

2) Bilirkişi, lüzum görürse ve bu da kabul edilirse, *tanıkları dinlemek ve sanığı sorguya çekmek yetkisi*'ni de haizdir (CMK 66/4).

3) Bilirkişi, lüzum görürse ve bu da kabul edilirse, *dosyayı tetkik etme*, tanıkların dinlenmesinde ve sanığın sorguya çekilmesinde hazır bulunma ve bunlara *sual sorma yetkileri*'ne maliktir (CMK 66/6).

4) Bilirkişi, kaybettiği vakit için bir "*tazminat*" ile *inceleme ve seyahat masraflarını* ve çalışması ile uygun bir "*ücret alma hakkı*"'nı haizdir (CMK 72).

338. ç) BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNİN YAPILMASI.

"Bilirkişi incelemesi" (expertise) şu safhalardan geçerek yapılır:

1) Bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verildikten sonra, bilirkişiye çağrı kâğıdı çıkarılır. Bilirkişi müeyyideler bakımından da artık tanıklara benzetildiğinden (CMK 62), davet üzerine gelmemenin kanunî sonuçlarının bu çağrı kağıdında gösterilmesi gerekir (CMK 43). Gösterilmemişse bu sonuçlar uygulanamayacaktır.

¹⁸⁵⁷ Güreli, 66; k-m: Taner (s. 210) ve Kantar (s. 91), tanıklar gibi bilirkişilerin de yeminsiz dinlenebileceği kanaatindedir.

¹⁸⁵⁸ Bilirkişi memur sayılmadığından, mülga TCK 230 uygulanmamakta idi (4. CD 10/9/74 İKİD 75, 3718). Bu cezalar, 1979-2248 m. 23 ile artırılmıştı.

¹⁸⁵⁹ 2. CD 22/10/85 YKD 86/1 126.

2) Gelen bilirkişi, inceleme konusu hakkında aydınlatılır¹⁸⁶⁰ ve inceleme yapıp mütalâasını rapor halinde bildirmesi için süre tâyin edilmelidir. Bu süre, duruma göre değişir fakat üç ayı geçemez.¹⁸⁶¹ Uygulamada bilirkişiye yemin bu safhada verdirilmektedir.¹⁸⁶²

Taraflar evvelce bu safhada ister hazırlık soruşturmasında ister ilk soruşturmada olsun, hazır bulunabilirlerdi. İlk soruşturma kaldırılınca 162 inci madde 1985 de yeniden düzenlendi ve hazırlık soruşturmasında, bilirkişinin duruşmada hazır bulunamaması ihtimaline karşı erken dinlenmesinde sanık, suçtan zarar gören (kanunun hatalı tâbiri ile mağdur) ve müdafilerinin (doğrusu sanık müdafii ile suçtan zarar görenin avukatının) hazır bulunabileceği kabul olunmuştu.¹⁸⁶³ Aynı hüküm aynı hatalarla yeni Kanunun 84/2. maddesinde kabul edilmiştir.

Bu safhada bilirkişi hemen mütalâa beyan edemeyecek, yani dinlenemeyecek olsa da, inceleme konusunu tespit bakımından tarafların mütalâalarını almakta yarar olduğundan onların bu safhada da hazır bulunmaları kabul edilmelidir.

3) Üçüncü safha, asıl inceleme safhasıdır. İncelemeyi, lüzum görürse, hâkim sevk ve idare edeceğine dair mülga CMUK 71. madde Ceza Muhakemesi Kanununa alınmamıştır. Bunun yerine 66/3. fıkrada, bilirkişinin görevini, kendisini atamış olan merci ile ilişki içinde yerine getireceği, gerekirse gelişmeler hakkında bilgi vereceği hüküm altına alınmıştır. İnceleme sırasında hâkimin huzuru şart değildir.¹⁸⁶⁴(44) İnceleme aynı zamanda keşif¹⁸⁶⁵ suretiyle oluyorsa, keşifte hazır bulunma yetkisi ve ödevi olanların, inceleme safhasında da hazır bulunma yetki ve ödevi vardır (CMK 87). Bilirkişinin keşif sırasındaki istekleri kabul edilmezse, red kararı gerekçeli olarak tutanağa geçirilmelidir (kıyasla CUMK 188/3).

4) Dördüncü safha, mütalâanın oluşması safhasıdır. Bilirkişinin mütalâasını oluşturabilmesi için bazı deneyler yapması, kitap karıştırması gerekebilir. Bu safhada taraflar hazır bulunmazlar.¹⁸⁶⁶ Birden fazla bilirkişinin yapmağa mecbur oldukları müzekkerede de tarafların hazır bulunma yetkisi yoktur.

5) Sıra artık mütalâanın bildirilmesi safhasına gelmiştir. Bilirkişi yaptığı işlemleri ve vardığı sonuçları açıklayan raporu ilgili mercie verecektir (CMK 67/1). “Ancak hemen mütalâa verilmesi

¹⁸⁶⁰ Hâkim bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verirken, incelemenin konusunu tâyin etmek, cevaplandırılmasını istediği soruları hazırlamak mecburiyetindedir. Tatbikatta soruların çok defa sarih olmaması muhakemelerin uzamasına sebep olmaktadır.

¹⁸⁶¹ Mülga Kanunumuzda süre hakkında sarahat yoktu. Tatbikatta aylarca rapor vermeyen bilirkişilere rastlanmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanununun bu süreyi 3 ay olarak kabul etmiş ve en çok 3 ay daha uzatılabileceğini kabul etmiştir (CMK 66/1).

¹⁸⁶² 72. maddeye göre bilirkişi mütalâasını bildirmeden veya raporunu vermeden önce yemin eder. İncelemeden önce yemin bu maddeye aykırı düşmemektedir. Sadece, hâkim işi olduğundan, yemini savcının verdirmesi bizce doğru değildir. 1985 de süre kabul edilmesi çok yerinde olmuştur.

¹⁸⁶³ Duruşmada taraflar hazır bulunabileceklerine göre, duruşmada olduğu gibi yapılan “erken dinleme”de de hazır bulunabileceklerin taraf sıfatını taşımaları gerekmektedir. Sanık bakımından pek mesele yoktur. Dâva açılmadan önce onun sanık sıfatını alması mümkündür. Böyle olmasa da ortada bir şüpheli vardır ve onun hazır bulunabilmesi için onun da sanık sıfatını aldığı kabul olunabilir. Nitekim CMUK madde ayırım yapmadan erken dinlemede sanığın hazır bulunmasından söz etmiştir. Öteki taraf savcı olduğuna göre onun da hazır bulunması gerekeceğinden, erken dinleme işlemini hâkimin yapması gerektiği sonucunu çıkarıyoruz. Suçtan zarar görenin de hazır bulunması için taraf olması, yani katılan sıfatını alması gerekmektedir. CMUK 162. madde “mağdur”un doğrusu suçtan zarar görenin de hazır bulunabileceğini bildirmekle, onun katılan sıfatı aldığını zimnen kabul etmiş olmaktadır. Bütün bunlar göstermektedir ki katılma hazırlık soruşturmasında artık açıkça düzenlenmelidir. Sanık ile birlikte veya onu temsilen müdafinin de erken dinlemede hazır bulunması sorun yaratmaz. Suçtan zarar görenin, katılan sıfatını almışçasına hazır bulunması kabul edildiğine göre, onun avukatının hatta bilirkişisinin hazır bulunmaları kanunla düzenlenmelidir. Maddede bu avukattan “müdafii” diye söz edildiğini tahmin ediyoruz. Gerçi kanun açıkça katılanın müdafii dememiştir ama sanık ve mağdur dediği halde müdafii değil de müdafileri demiş olması, müdafii sanıktan hemen sonra değil de mağdurdan sonra sayması, mağdurun müdafii denilmesi isabetli olmayan “avukat”ının da hazır bulunmasını istediğini gösterse gerekir.

¹⁸⁶⁴ CGK 14/1/35, 40/13.

¹⁸⁶⁵ *Gürelli* (s. 77), kanundaki “keşif ve muayene” tâbirinin, her türlü bilirkişi incelemesini içine alacak şekilde yorumlanmasını haklı olarak istemektedir.

¹⁸⁶⁶ Soruşturma evresindeki hâkim işlemlerine savcı, sanık ve müdafii iştirak edebilir (CMK 162, mülga 186). Ancak bu hüküm, bilirkişi incelemesinin her safhasında tarafların iştirak edebileceği mânâsına alınmamalıdır.

mümkün işlerde sözlü mütalâa ile yetinilebileceği ve bu mütalâanın tutanağa geçirilerek imza ettirileceğine ilişkin CMUK 75/1 hükmü yeni Kanuna alınmamıştır.

Kovuşturma evresinin duruşma aşamasında, sözlülük kaide olduğundan, rapor vermiş olan bilirkişinin dinlenmesi de kaideyi oluşturur.

Ancak, dinlemeğe ihtiyaç yoksa, raporun okunması ile yetinilebilir.¹⁸⁶⁷ Mülga Kanunda raporun okunabileceğinin açıkça belirtildiği CMUK 244/1, 244/2, 249 yeni Kanunda düzenlenmemiştir.

Duruşma hazırlığı sırasında erken dinlenme söz konusu olduğu takdirde, ilerde yani duruşmada ihtiyaç duyulsa da hazır bulunmaması tehlikesi bulunduğundan bilirkişi rapor verse de duruşmadaki gibi dinlenmeli ve hazır bulunabileceklerin sorularına cevap vermesi böylece sağlanarak konuya aydınlık getirmelidir. Bu erken dinlemede sanık, müdafii, suçtan zarar gören ve avukatı hazır bulunabilir.

6) Altıncı safha, mütalâanın bildirilmesinden sonraki safhadır. Rapor üzerine bazı noktalarda izahat alınmağa lüzum görülürse, bilirkişilerin sözlü veya yazılı olarak bu noktalar hakkında mütalâaları alınır. Ceza Muhakemesi Kanununun 68. inci maddesinde, mahkemenin her zaman bilirkişinin duruşmada dinlenmesine karar verebileceği, ilgililerden birinin istemesi halinde de bilirkişinin duruşmaya çağrılabilmesi hükmü altına alınmıştır. Dinlenme suretiyle sözlü olarak mütalâanın bildirilmesinden sonra taraflar bu mütalâaya karşı diyeceklerini diyebilirler ve bilirkişiye sorular sorabilirler (CMK 215). Bilirkişi mütalâalarının tartışılması, hâkimin bir kanaate varması hususunda çok faydalıdır. Hâkim, mütalâayı yeterli görmezse, başka inceleme yaptırabilir.

Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulları ve İhtisas Daireleri mütalâaları kanaat verici görülmezse, Adli Tıp Genel Kurulunun mütalâası da istenebilir.¹⁸⁶⁸

339. UZMAN GÖRÜŞÜ.

UZMAN GÖRÜŞÜNÜ GENİŞLET

Ceza Muhakemesi Kanunu kolektif hüküm verilmesinde rolü olan taraflara da *uzman seçmek* yetkisini vererek, onların da teknik istişareden faydalanabilmesini kabul etmiş ve bunu düzenlemiş (CMK 67/6) ise de İtalyan Kanunundaki “uzman” (consulente tecnico, *teknik müşavir*) tabirini kullanmamıştır. Kanunumuza göre bunlar da bilirkişilerdir. Fakat hâkimin tayin ettiği bilirkişiden farklı tarafları vardır. Onun için ayrı bir ad taşımaları uygun olmuştur.¹⁸⁶⁹ Biz “bilirkişi”¹⁸⁷⁰ tâbirini re’sen tayin edilenlere hasredip, tarafların seçtiklerini “uzman” (teknik müşavir) adı altında inceleyeceğiz. Bizce taraflara bilimsel konularda mütalâa veren uzmana “teknik müşavir” denilmeli idi. Ancak kanun “uzman” terimini benimsemiştir.

¹⁸⁶⁷ Daha önce rapor vermiş olan bilirkişinin duruşmada dinlenmesi gerektiği görüşünü, 6. basıda, muhakemeyi çabuklaştırmak ve bilirkişiliği kolaylaştırmak üzere terk ettik. Rapor okunmakla da sözlülük sağlanabileceği gibi, bilirkişi raporunun da şahadetnameler gibi okunmasını sağlamak için kullanılan (CMUK 249/1) “veya” kelimesi “ve” diye yorumlanmağa elverişlidir. İlâve edelim ki Almanlar takometre kayıtları hakkındaki belgelerin, kan gruplarına veya kandaki alkomiye ilişkin raporların okunabileceğini de maddede açıklamışlarsa da (StPO 256, I), bizce, bu sonuca yorumla da varmak mümkündür.

¹⁸⁶⁸ Bu istek üzerine Adli Tıp Genel Kurulunun işi inceleyip bir görüş belirtmesi kanun gereğidir (1982.2659 m. 15a) (1. CD 8/4/86 İKİD 86 4172).

¹⁸⁶⁹ *Gürelli* (s. 21), ödev ve yetkilerin hiç olmazsa kovuşturma evresinde farklı olmadığına, farklı ismin durumu değiştirmeyeceğine dayanarak, her ikisine de bilirkişi denmesine taraftardır. Tosun (I, 253) teknik müşavir ile sanığın seçtiği bilirkişinin farklı olduğunu, birincisinin teknik alandaki işlerde savunma yaparak sanığa, ikincisinin hâkime yardım ettiğini söylemektedir. Bizce önemli olan, tarafın seçmesidir. Biz bunun için hâkimin tayin ettiği bilirkişiden ayırmak üzere ayrı bir ad verilmesini önerdik. Yoksa İtalya’daki teknik müşavir statüsünü benimsemedik. Hâkimin tayin etmediği bilirkişinin rolü elbet her memlekette farklı düzenlenebilir. Kaldı ki muhakemenin kolektif olduğu, bilirkişinin sadece hâkime yardımcı olmadığı bugün anlaşılmalıdır. Yine kaldı ki teknik müşaviri sadece savunma yönünden açıklamak yetersizdir, zira savcı da taraf olarak bilirkişi seçebilmektedir.

¹⁸⁷⁰ CMK, ilk şeklinde “ehlihibre” tâbirini kullanmıştı. MHK ise “ehlivukuf” demişti. İkisi de “expert” karşılığıdır. Son zamanlarda kanunlarda bilirkişi tâbiri kullanılmaktadır. Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundaki bütün “ehlihibre” terimleri 1985’ten beri artık “bilirkişi” olmuştur (1985-3206 No. K. m. 84). CMK bilirkişi tabirini kullanmaktadır.

Uzmanın yargılama konusu olayla ilgili olarak bilimsel görüş bildirmesi kabul edilmiştir. Bunun dışında bilirkişi raporunun hazırlanması için veya bilirkişi tarafından hazırlanan bir raporun değerlendirilmesinde kullanılmak üzere uzman görüşü alınabilir.

Bizim *teknik müşavir* adını vermeyi önerdiğimiz fakat Kanunun “uzman” adını verdiği süje (CMK 67/6), hâkimin tayin ettiği bilirkişiden farklıdır; mesela Cumhuriyet savcısı bu uzmana yemin verdiremez. Sanık da taraf olarak seçtiği uzmanına yemin verdiremez.¹⁸⁷¹

Uzmanın bilimsel mütalaasını istemek yetkisi katılan, vekiline, şüpheli, sanık, müdafî veya kanuni temsilciye verilmiştir. CMK’nun 67/6. fıkrasında Cumhuriyet savcısının da uzmanından bilimsel mütalaa alabilmesi imkânı sağlanmışsa da, soruşturma evresinde kendisi bilirkişi atayabilen Cumhuriyet savcısının (63/3) kendi atadığı bilirkişinin verdiği raporu değerlendirmek üzere uzman görüşü istemesi maksadı aşar niteliktedir. Bu nedenle biz Cumhuriyet savcısının mahkeme tarafından atanan bir bilirkişi raporu hakkında CMK 67/6. maddeye dayanarak uzman görüşü alabileceği düşüncesindeyiz. Bilirkişi ile “uzman” arasındaki fark, kendilerini atayan veya görevlendiren makam bakımındandır, yoksa yaptıkları iş arasında temelde bir fark yoktur. Her ikisi de çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilimsel mütalaa hazırlarlar. Ancak uzmanın durumu mahkemenin atadığı bilirkişiden biraz farklıdır: Fark silahlarda eşitlik ilkesinden doğmaktadır. Bilirkişinin yaptığı teknik incelemenin bir başka uzman tarafından irdelenmesi maddi gerçeğin ortaya çıkartılması açısından faydalıdır. Uzman görüşü bilirkişiden bir yönden daha farklıdır. Bilirkişi sadece maddi mesele konusunda görüş bildirip, hukuki meseleye girmesi yasak iken, uzman bilimsel mütalaa başlığı altında hukuki görüş de sergileyebilir. Zira CMK 67/6. maddede maddi meseleye girip girmeme konusunda bir açıklık yoktur.

Kovuşturma evresinde taraflar uzmanlarını “*doğrudan doğruya davet*” ettirebilirler¹⁸⁷² (CMK 68/3). Doğrudan doğruya davet edilen kimse, tazminatı celpname ile birlikte verilirse veya mahkeme kalemine yatırıldığı bildirilirse, hazır bulunmağa mecburdur.¹⁸⁷³ Bu bilirkişinin mütalâası, hâdisenin tenvirine yararsa, bu tazminatı Devlet öder (CMK 177). Sanık duruşma aşamasında, uzmanını, davet için müracaat etmeden de¹⁸⁷⁴ *getirebilir* (CMK 178). Uzmanların isimleri ile adresleri karşı tarafa münasip bir zaman önce bildirilmelidir (CMK 179). Bundan maksat, karşı tarafın bu kimseler hakkında bilgi edinebilmesidir.

Kovuşturma evresinde uzmanın ödev ve yetkileri, bilirkişininkilerden farklı değildir. Bu itibarla, tanıklara ilişkin hükümlerin bilirkişi incelemesine ilişkin ikinci bölümdeki hükümlere tatbik edilmesinden dolayı, uzman da yemin eder.

Soruşturma evresinde bilirkişi iştiraki ile bir keşif ve muayeneye lüzum görülmesi halinde sanık uzmanının davet edilmesini isteyebilmelidir. İsteği reddolunursa, doğrudan doğruya davet ettirebilir (CMK 178). Bundan maksat, sanığın duruşmada davet ettirmek niyetinde olduğu uzmana, mütalâası için gerekli müşahedeleri bizzat yapabilmek imkânının sağlanmasıdır.¹⁸⁷⁵ Sanık hakkındaki bu norm, uzmanını duruşmaya getirebilen savcı ve müdahile de uygulanır.¹⁸⁷⁶ Uzman doğrudan doğruya davet

¹⁸⁷¹ Hazırlık soruşturmasında bilirkişi incelemesi yaptırılmasının dâva sayısını azaltan bir süzgeç olduğu doğru, fakat bundan, bilirkişiye savcının başvurmasının Türkiye realitelerine uygun olduğu sonucunun çıkarılması (*Dönmezer*: Semp. I, 139) yanlıştır. Süzgeç, savcının bilirkişi tayinini hâkimden istemesi halinde, bağımsız hâkim tayin ettiğinden, daha iyi işleyecektir.

¹⁸⁷² Mahkemenin bilirkişiye başvurmasını şart koşmak sanığın müdafaasını kısıtlayacağı için isabetli değildir.

¹⁸⁷³ Teknik müşavirler hakkında, muhakemenin her safhasında, sadece “beraberinde getirme” sistemi uygulanmalı, kanun değiştirilmelidir. Gerçekten, masrafını vermek suretiyle bir kimseyi teknik müşavir olarak mecbur edip getirmekte ne zorunluk ne de uygunluk vardır.

¹⁸⁷⁴ *Gürelli*, 50.

¹⁸⁷⁵ *Löwe*: m. 195, no. 1.

¹⁸⁷⁶ *Gürelli*, 48.

ettirilebildiği gibi, duruşma hükümlerine kıyasla, birlikte de getirilebilir.¹⁸⁷⁷ Uzman isterse, kaide olarak, müşahedeleri tutanağa geçirilmelidir.¹⁸⁷⁸

340. KEŞİF. a) GENEL OLARAK.

I. Keşifin hukuki niteliği.

Muhakeme Hukukunda “keşif” muhakemenin gayesine erişmek için hâkimin, beş duyusu vasıtası ile yaptığı teftiştir¹⁸⁷⁹, yani meydanda olanı dikkatle incelemesidir.

Keşif, bilirkişi incelemesi gibi, delil muhtevasının öğrenilmesine ve tecrübe kaidesinin bulunmasına ve dolayısı ile mevcut delillerin değerlendirilmesine meselâ bir tanığın doğru söyleyip söylemediğinin öğrenilmesine yarar. Keşfin çok defa delil olarak kabul edilmesinin¹⁸⁸⁰ sebebini delil ile değerlendirilmesinin ayırt edilmesinde aramak lâzımdır.

Keşif suç belirtilerinin tespitine de yaradığından (CMK 83), suç kolluğunun ve savcının yaptığı, aslında araştırma muamelesi olan teftişte olduğu gibi, dolayısıyla, meydana çıkarılan delillerin kaybolmamasını sağladığı, bu itibarla suç işlendiği zamandaki durumu muhafazaya çalıştığı için, bir bakıma da koruma tedbiri niteliğindedir. Bunun içindir ki olay yerinde yapılan keşif olaya ne kadar yakın zamanda yapılırsa o kadar değerli olur.¹⁸⁸¹ Ancak bu talî mahiyet, keşfin, suç yerinde eser ve izlerin araştırılması ve korunması için kolluğun aldığı acele tedbirlerden olan teftiş ile bir sayılmasına sebep olmamalı ve hâkimlerin sübut konusunda hükme varmaları için bilgi edinmek maksadı ile başvurdukları bir çare olduğu gözden kaçmamalıdır.

Keşif için yer şartı yoktur. Olay yerinde olduğu gibi meselâ duruşma salonunda da¹⁸⁸², şahıs üzerinde de yapılabilir. Şahıs üzerindeki keşfe “hâkim muayenesi” (*examen judicarie*) denilir. Mağdurun yaralarının hâkim tarafından incelenmesinde durum böyledir.

Keşif, bir kararla yapılır. Keşif kararını yargılama makamları verir. Keşif, olayın yer, zaman, hava gibi şartlarına uygun olarak yapılmalıdır.¹⁸⁸³

Keşfi hâkim veya mahkeme yapar. Bu hâkim keşfe karar veren yargılama makamını işgal eden hâkim veya hâkimlerdir. Gerektiğinde keşfi naip hâkim veya istinabe olunan hâkim de yapar. Keşif, bir bakıma koruma tebiri de olduğu için, gerektiğinde soruşturma evresinde de yapılır. Fakat aslında deliller bakımından kovuşturma hâkimlerinin işi olduğundan, duruşmada hazır bulunabilecekler bulundurulur, kovuşturma evresinde yapılmışçasına, yapılır.

Kanunumuza göre, gecikmede sakınca varsa, savcı da keşif yapabilmektedir (CMK 83). Halbuki mehzaz kanun hâkimden başkasının bu işlemi yapmasını kabul etmemiştir.¹⁸⁸⁴ Gerçekten, olay hakkında sübut bakımından bir karar verecek olan hâkim, delilleri değerlendirebilmek için yapacağı mantık ameliyesinde kullanacağı küçük önerme için delil muhtevasını, büyük önerme için de tecrübe kaidesini öğrenmeye mecburdur. Bunları da ya bilirkişiler vasıtası ile yani bilirkişi incelemeleri yaptırarak, ya bizzat yani keşif yaparak öğrenecektir. Bu da keşfi kendisinin veya kendisi için hâkim olan bir kimsenin

¹⁸⁷⁷ Gürelli (s. 47) de, bilirkişiyi hâkimin veya savcının tayin etmiş olması bakımından bir fark görmemektedir.

¹⁸⁷⁸ Löwe: m. 195, no. 6. İlk soruşturma ile birlikte ilga edilen hükümlere göre, uzman, bilirkişinin işini güçleştirmezdi (CMUK mülga 188/2). Uzmanın keşif ve muayene sırasındaki isteklerinin reddi kararları gerekçeli olarak tutanağa geçirilirdi (CMUK mülga 188/3).

¹⁸⁷⁹ Hâkimin teftişine (*ispezzione giudiziale, constat judiciaire*) türkçede bugün sadece “keşif” denildiğinden, hâkimden başkalarının, meselâ savcının veya kolluğun yaptığı teftişe keşif denilmemelidir.

¹⁸⁸⁰ Erem, n. 249.

¹⁸⁸¹ Doğrudanlık ilkesinin sonucu olarak hâkim duruşmaya getirilemeyecek delilleri keşif yoluyla tetkik eder (*Şahin* 2005, 259).

¹⁸⁸² Meselâ tanığın yaralamada kullanıldığını gördüm dediği silâhın duruşmada hâkim tarafından incelenmesi bir keşif olduğu gibi suç sırasında çekilmiş bir filmin mahkemede veya bir sinemada oynatılarak görülmesi veya tanığın gördüğünü beyan ettiği olayın, bulunduğu yerden görülüp görülemeyeceğinin olay yerinde araştırılması da bir keşiftir.

¹⁸⁸³ CGK 16/3/51 (AdD 51, VI, 953); 2/6/80 İKİD 81/4, 204.

¹⁸⁸⁴ *Daguin*, m. 86, not 2. Bu farka, İstanbul Komisyonu tasarısında da rastlamıyoruz. Ankara’da ilave edildiği anlaşılıyor.

yapmasını gerektirir. Bunun içindir ki mehz kanunun sistemini doğru bulmakta, kanunumuz da savcıya da bu yetkinin tanınmasını keşifin özüne aykırı görmekte ve keşif yaptırmak için hâkim kararı aranmasında lüzum olmadığı zannını verdiren, hâkim teftişi ile savcı teftişini ve dolayısı ile, hâkim ile savcıyı birbirine karıştıran bu normu sakıncalı bulmaktayız. Hemen bir hâkim bulmak kabil değilse ve gecikmede tehlike varsa, savcı veya kolluk hemen bir teftiş yapabilir. Fakat buna, keşif adı verilmemelidir.¹⁸⁸⁵

II. Keşifin yapılması.

Keşif esas hakkında hüküm verecek olan hâkim in maddi olgunun mahkeme salonuna getirilemeyen kısımları hakkında beş duyusu ile bizzat bilgi edinmesini sağlayan bir kurumdur. Hâkim in keşif yapmasını düzenleyen CMK 83 aslında delillerin doğrudan doğrualığını garanti altına almıştır. Bu nedenle C. savcısının keşif yapması istisnadır ve sadece “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” kabul edilebilir. Gerçekten Yargıtay 9 CD’nin isabetli olarak belirttiği gibi, gecikmede tehlike yoksa C. savcısının keşif yapma yetkisi yoktur. Yetkisi bulunmadığı halde C. savcısının keşif yapması kanuna aykırıdır. Bu keşiften elde edilen delilin kanuna aykırı delil olduğunu iddia etmek ve duruşmada ortaya konmasını önlemek (CMK 206) müdafie düşen bir görev sayılmalıdır. Başkan da ortaya konulması istenilen bir delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olduğunu saptarsa, kendiliğinden bu delilin ortaya konulmasını reddedebilir. CMK 206/2 de re’sen reddetme düzenlenmemişse de, biz tahkik sisteminin bir uzantısı olan işbirliği sistemindeki Türk hâkim inin duruşmada maddi gerçeği kendiliğinden araştırabileceği görüşüdeyiz.¹⁸⁸⁶

Keşif sırasında tekniğe ve ihtisasa taallük eden meselenin de halli gerekiyorsa, bilirkişi de hazır bulundurulur. Bu şekilde yapılan tetkiklerde, bilirkişi incelemeleri hakkındaki normlar uygulanır.

Keşifte, zabıt kâtibi de bulundurulur. Soruşturmada acele hallerde, hariçten bir kimse de zabıt kâtipliği yapabilir (CMK 169).

Keşif sonunda, bir tutanak düzenlenir (CMK 169) ve bunda mevcut olan hal ve vaziyet ile olayın özel mahiyetine göre bulunması düşünülen eser ve izlerden hangilerinin mevcut bulunmadığı yazılır (CMK 83/2. Tutanak, keşifte hazır bulunan sair kimselerce de imzalanır (CMK 169).¹⁸⁸⁷

Soruşturmadaki keşiflerde savcı, sanık ve müdafisi hazır bulunabilir. Buna şimdi, yanlış olarak mağdur denilen suçtan zarar gören de eklenmiştir (CMK 84). Bu ekleme, suçtan zarar görenin, bugün sadece hazırlık soruşturmasından ibaret hale gelmiş olan soruşturmada da kamu dâvasına katılmayı istemesi kapısının aralanması demektir. Fakat ona bu sıfat resmen verilmeli, avukatının da, teknik müşavirinin yani kanunun tâbiri ile uzmanının da hazır bulunması sağlanmalıdır. Kovuşturma evresinin duruşma hazırlığı aşamasında yapılan keşiflerde, işin gecikmesine sebebiyet vermeyecekse, keşif gününden savcıya, sanığa¹⁸⁸⁸ ve müdafieye haber verilir. Bunların bulunması şart değildir. Tutuk olan sanık, ancak tutuk bulunduğu mahaldeki mahkeme binası içinde yapılan keşiflerde hazır bulunma hakkını haiz olup (CMK 84), mahkeme zorunlu hallerde diğer yerlerdeki keşiflerde de bulundurulabilir. Sanık hazır bulundurulmamış ise, müdafisi mutlaka hazır bulundurulmalıdır. Bu «dürüst yargılanma hakkı» gereğidir. Diğer hallerde de müdafinin hazır bulunması gerekir (StPO 168 c/4, 224/2).¹⁸⁸⁹ Hazır bulunanlar, tanıklara ve bilirkişilere sorulabilirler.¹⁸⁹⁰

¹⁸⁸⁵ Kantar, 96; Erem, n. 249. Uygulamada bu teftişe, “kaza tespit raporlarında olduğu gibi, tespit de denilmektedir.

¹⁸⁸⁶ Yargıtay’a göre, “gecikmesinde sakınca bulunan hal ortadan kalkmış veya hiç gerçekleşmemiş ise hâkim tarafından keşif yapılması gereklidir (9 CD 2005/6128-578, www.adalet.org)

¹⁸⁸⁷ CGK 21/1/35, 90/25 (TK 1935, 75).

¹⁸⁸⁸ Meselâ keşif yerinin olay yeri olup olmadığı sanıktan sorulup öğrenilmelidir (CGK 20/2/66, Çağlayan “66 I, 516).

¹⁸⁸⁹ Tasarıdan farklı olarak, keşfe katılma hakkına sahip olanlar kendilerine ait bir mazeret öne sürerek işin geri bırakılmasını isteyebilirler (Şahin 2005, 261).

¹⁸⁹⁰ Kantar, 97.

341. b) ÖLÜNÜN ADLİ MUAYENESİ VE OTOPSİ.

“İnsan teftişi”, ayrı bir tabirle ifade edilmekte ve *beden muayenesi* diye adlandırılmaktadır. İnsan ölmüş ise, muayeneyi hekim huzurunda hâkim yapacaktır. Canlıların da muayenesi gerekebilir.

Parmak izi alma ve fotoğraf çekme de kişisel veri elde etmeğe yarayan basit muayene kavramına girer. Basit muayenede arama hükümleri kıyas yolu ile uygulanmalıdır. Bunun dışındaki muayeneler teknik ve ihtisas işi olduğundan, muayene bilirkişiye yaptırılacak ve bu işi de *keşif* hükümlerine göre hâkim yapacaktır. Ceza Muhakemesi Kanunu “beden muayenesini” ayrıca düzenlemiştir (CMK 75).¹⁸⁹¹

I. Adli muayene.

“Ölünün Cumhuriyet savcısı tarafından muayenesi” (CMK 86)¹⁸⁹² de bir çeşit keşiftir. Keşfe dair normlar burada da uygulanır.¹⁸⁹³ Bu muayene iki çeşittir: Birincisi, “adli muayene” diye adlandırılan ve hekim¹⁸⁹⁴ tarafından Cumhuriyet savcısı¹⁸⁹⁵ huzuru ile yapılan *dış muayene*’dir. Bu muayenede ölünün kimliği, ölüm zamanı ve ölüm sebebini tâyin için haricî bulgular, tıbbi belirtiler tespit edilir (CMK 86). Ancak tıbbi belirtiler ölüm sebebini tam olarak göstermeyeceğinden, otopsi de yapılmalıdır.

II. Otopsi.

Ölünün muayenesinin ikinci çeşidi olan otopsi, cesedin¹⁸⁹⁶ hem dışardan hem içerden muayenesidir.¹⁸⁹⁷ Ceza Muhakemesi Kanunu otopsinin Cumhuriyet savcısı huzurunda yapılmasını tercih etmiştir (CMK 87/1). Mülga Kanun döneminde otopsi hâkim huzurunda¹⁸⁹⁸ (CMUK 79), tehirinde zarar umulan hallerde ise C. savcısı huzurunda yapılırdı.¹⁸⁹⁹ Otopside C. savcısı hazır bulunur, savcı dışında, biri adli tıp, diğeri patoloji uzmanı veya diğeri dallardan birisinin mensubu veya biri pratisyen iki hekim tarafından yapılır. Raporda açıkça belirtilecek zaruret halinde, bir hekim tarafından da yapılabilir. Müdafî veya vekil tarafından getirilen hekim de otopside hazır bulunabilir. Ölen kimseyi

¹⁸⁹¹ Ancak, eski Kanun zamanında, zaruretler muayene için hâkime başvurmağa çok defa imkân bırakmadığından, bilirkişiyi de kanun tayin ettiğiinden, muayenelerin savcı talebi ile yapılması kabul edilmişti (CMUK 66/6). Tatbikatta savcıya dahi başvurmağa çok defa imkân olmadığından, kolluk başlangıç soruşturmasında insan muayenesini “teknik bulgu elde etme” faaliyetleri arasında yaptırmakta idi.

¹⁸⁹² Maddedeki adli sıfatının aslı “richterlich, judiciaire” olup hâkimin yaptığı muayeneyi ifade eder. Ancak ölünün hâkim tarafından muayenesi yani “keşif” her zaman gerekmiyebilir. Onun için bu yetki savcıya verilebilir. Netekim 1975 Alman reformunda verilmiştir. Savcı hâkimin de katılmasını isteyebilmektedir (*Grauhan*, 392).

¹⁸⁹³ Kantar, 97.

¹⁸⁹⁴ Mülga 79. maddede muayenenin hâkim tarafından yapılacağıının açıklanmamış olması, hekim tarafından yapılacağı anlamına gelmez. Zira adli denmesi “judiciaire” karşılığı olup bu da hâkim işlemi mânâsındadır. Kaldı ki maddede tabip huzuru ile yapılır denmesi, hekimin yapmayacağını, muayenede bilirkişi olarak hazır bulunup hâkime yardım edeceğini göstermektedir. Diğer taraftan resmî bilirkişi söz konusu olduğunda muayeneyi, gecikmede tehlike olmasa da, savcının yapmasında (CMUK “85-3206” 162/1) bir sakınca yoktur, çünkü o da aynı bilirkişiye başvuracaktır.

¹⁸⁹⁵ Hekim bulunamazsa, sağlık memuru da olabilir. Ancak Yargıtaya göre, sağlık memurunun raporu, merciine tasdik ettirilmelidir (1. CD 29/10/53, 4. CD 17/1/67; *Çağlayan*, AdD 71/257). Olayın aydınlanması için hekimin hazır bulunması gerekli değilse, 1975 Alman reformunda olduğu gibi, bundan vazgeçilebilmelidir.

¹⁸⁹⁶ Otopsinin başarılı olması için ölenin giysilerinin de incelenmesi çok defa gerekir. Bu nedenle savcılar bu giysileri muhafaza altına almalıdırlar (*Saatçioğlu* (Cemil): Hâkimlerin bazı sorunları üzerine. 1. Ulusal Adli Tıp Günleri (Adana 84), 1985, s. 108).

¹⁸⁹⁷ Otopsinin biri tıbbî, diğeri adli olmak üzere iki çeşidi vardır. Bizi ilgilendiren sadece adli otopsi olduğundan, kısaca otopsi demekle sakınca görmüyoruz. Otopsi konusunda tafsilât için Bk. Adaletin oluşumunda otopsinin yeri paneli. 1. Ulusal Adli Tıp Günleri (Adana 84), İstanbul, 1985, s. 1-26.

¹⁸⁹⁸ Otopsinin hekim tarafından yapılması her şeyin hekim tarafından yapılması demek değildir. Meselâ kafatasını hekim sıyrır ama kemiği bir teknisyen kesebilir. Savcılar hâkime yardımcı vermekte tereddüt etmemelidir (*Gök* (Şemsi): not 286 da sözü geçen panel, s. 25).

¹⁸⁹⁹ Otopside hazır bulunmak başka, otopsi kararı vermek başkadır. Otopsi ne kadar erken yapılırsa o kadar faydalı olduğundan, gecikmede daima tehlike bulunduğuından savcı karar verebilir. Çağrılan sulh hâkimin otopsi yer ve saatinde hazır bulunamaması halinde otopsi geciktirilemeyeceğinden, savcı huzuru ile yapılır. (*Şahin* 2005, 269); Kovuşturma evresinde otopsi kararı mahkemece, soruşturma evresinde savcılığa verilir.

son hastalığında tedavi eden hekimin otopsi yapması yasaktır. Bununla beraber bu hekim, hastalığın seyri hakkında bilgi vermek üzere otopside hazır bulunmağa davet olunabilir (CMK 87/3).

Gömülen ölünün dıştan muayenesine veya otopsisine lüzum görülürse, cesedin mezardan çıkarılmasına (*feth-i kabir*) soruşturma evresinde savcılık, kovuşturma evresinde mahkeme karar verir (CMK 87/4).¹⁹⁰⁰

Otopsi yapılırken cesedin görüntüleri kayda alınır (CMK 87/5). Teknik kayıt imkanlarının gerekli yerlerde kullanıldığı, fakat duruşma sırasında ve mahkeme binaları içerisinde yetkisiz kişiler tarafından ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasaklanmıştır (CMK 183). Teşhiste (PVSK ek m. 6), ifade almada (CMK 147/1-h) ve mağdur çocukların tanık olarak dinlenmesinde (CMK 52/3), görüntü ve ses kaydı yapılmasını zorunlu kılan hükümleri yerinde buluyor, fakat uygulamada kanuna uygun bir şekilde kayıt yapılmamasını eleştiriyoruz.

Otopsi, bilhassa ölüm sebebinin tayini için yapılır. Yeni doğmuş çocuğun otopsisinde, bilhassa, doğumu müteakip yahut doğum sırasında çocuğun yaşayıp yaşamadığı, vaktinde doğup doğmadığı yahut vakitsiz doğmuşsa yaşayabilecek bir halde olup olmadığı araştırılacaktır (CMK 88). İnsan öldürme olaylarının hepsinde otopsi kaide olarak yapılmalıdır, zira belli kabul edilen sebebin değişmesi ihtimali daima vardır.

Otopsi yapılmadan önce, mâni sebepler olmadıkça, ölünün hüviyeti her suretle ve bilhassa kendisini tanıyanlara gösterilerek tayin olunur. Ortada bir sanık (CMK 86/1) hatta şüpheli varsa, ölü ona da gösterilmelidir. Otopsi ölünün durumu müsait oldukça, mutlaka baş, göğüs ve karnın açılmasını gerektirir (CMK 87/2).

43. § DELİLLER: 3. ÇEŞİTLERİ

342. Delillerin sınıflandırılması. 343. Tanık beyanı: a) Niteliği. 344. b) Tanık beyanının temsil değeri. 345. c) Tanığın ödevleri. 346. ç) Tanığın yetkileri. 347. d) Tanığın çağırılması. 348. e) Tanığın dinlenmesi. 348-1. Küçük ve kırılğan guruptaki tanıkların dinlenmesi. 348-2. Tanıkların korunması. 349. Sanık beyanı: İfade alma ve sorgu. 350. Sanık dışındaki tarafların beyanı. 351. a) Belge delilleri. 352. b) Belgelerin sınıflandırılması. 353. c) Yazılı belge. 354. ç) Yazılı belgelerin sağlamlık bakımından sınıflandırılması. 355. d) Şekil tespit eden belge. 356. e) Ses ve görüntü tespit eden belge. 357. Belirti. 358. Hukuka aykırı deliller.

342. Delillerin sınıflandırılması.

Delillerin çeşidi çoktur ve bunlar doktrinde farklı şekillerde sınıflandırılmışlardır.¹⁹⁰¹ Biz bütün delillerin ispat edilecek hususu temsil ettiklerini kabul ediyoruz ve bu sebeple delilleri “temsili olan ve olmayan” diye ikiye ayıran görüşe katılmayanlarız.¹⁹⁰² Temsil bakımından deliller: 1) Somut olaya münhasır temsili deliller, 2) Genel mahiyette temsili deliller diye ikiye ayrılır.

¹⁹⁰⁰ 79. maddede ilk günden beri müsaadeden söz edilmesi isabetsizdi. Zira burada savcının bir emri söz konusu idi. 1985 değişikliğinde nedense müsaade terimine dokunulmamış, gerekli işlemlerden ve bunların kararı veren mercice yerine getirilmesinden söz edilmiştir. Maksat, gerekçede belirtildiği üzere, mezar açtırma kararını verenin otopside hazır bulunmasıdır. Bu demektir ki hazırlık soruşturmasında mezardan çıkarılan ölünün otopsisinde hep savcı hazır bulunacaktır. Bu sonuç, savcının ancak gecikmede tehlike bulunan hallerde otopside hazır bulunacağını belirten ikinci fıkraya ters düşmektedir. Mezar açma kararını hâkimden almak için geçecek bir kaç saatlik gecikmede tehlike olduğunu kabul etsek bile, ölü mezardan çıkarılıp otopsi yapılincaya kadar hâkime haber verip otopside onun bulundurulmasını sağlamak mümkün olduğuna göre, otopsi bakımından gecikemez durumdan söz edilemez. Son fıkra, sadece mezar açma kararının verilmesini düzenleyecek biçimde yeniden değiştirilmelidir.

¹⁹⁰¹ Tafsilat için Bk. *Sabatini*, I, 480.

¹⁹⁰² *Foschini*, I, 428, k-m: *De Marsico*, 176.

Somut olaya münhasır temsili deliller, ancak ispat olunacak olayı doğrudan doğruya ispat eden delillerdir. Bunlara “*tarihî deliller*” de denilir.¹⁹⁰³ Bunlar da iki çeşittir: a) Beyan, b) Belge. Gerçekten geçmişteki bir olayı hâkimin hayalinde canlandırmaya yarayan temsil görevi ancak iki şekilde ifa edilebilir. Ya geçmişteki olayın yerine geçip hâkiminin huzurunda ve daimî olayın gıyabında olur. Bu takdirde olay hakkında bilgileri ihtiva eden beyan delili vardır. Meselâ tanık, hâkime olayın nasıl cereyan ettiğini anlatır. Geçmişteki olayın yerine geçiş, yani temsil hâkimin gıyabında ve çok defa olayın huzurunda da olabilir. Bu takdirde olayın temsil eden delile, belge (vesika) denir.

Genel mahiyette temsili deliller, sadece ispat edilecek hususu değil, o hususu da dahil olmak üzere, başka hususları da ispat edebilecek delillerdir. Genel mahiyetleri dolayısı ile bu delillerden faydalanmak için tenkidi bir araştırma yapmak, ispat edilecek hususu da temsil edip etmediklerini, bir diğer söyleyişle sağlamlıklarını (No. 332) araştırmak lâzımdır. Bunun içindir ki bu delillere “*tenkidi deliller*” de denilir.¹⁹⁰⁴ Bunlar *belirti* (emare) olup, tabîi ve sun’i diye ikiye ayrılırlar.

Belirti, gerçek (*realite*) dediğimiz dış dünyada varlığı olan bir olaydır (No. 67) ve mahkemeler dâva konusu olayı belirlemede bunlardan da yararlanabilirler, bir diğer söyleyişle onları vasita olarak kullanabilirler. Bu nedenledir ki belirtinin bir delil çeşidi olduğunda tereddüt edilmemelidir. Mahkûmiyet hükmünde suçun unsurlarını oluşturan olaylardan başka olaylara delil olarak dayanabilmesinin, mülga kanunun tâbiri ile, delilin başka olaylardan (vakılardan) çıkarılmasının (istintaç edilmesinin) kabul edilmiş olması (CMUK 260/1) bunu açıkça göstermektedir.¹⁹⁰⁵ Mahkemeler belirtilerin muhtevalarının doğruluğunu önceden “çok defa böyle olur” diyerek, bir diğer söyleyişle “karine” olarak kabul ederler. Belirti ile karinenin çok defa karıştırılması bundan ileri gelmektedir.

Deliller eskiden beri biri de değerleri bakımından ikiye ayrılır. Bir kısmına *dar manada delil* veya *doğrudan doğruya delil* denilmiştir. Bunlar tek başlarına bir hususu ispat edebilecek kuvvette sayılmışlardır. Çünkü ispat edilecek olayı doğrudan doğruya gösterirler. Meselâ tanık olayı anlatır. Bir kısım delillere de *dolayısı ile delil* veya *belirti* (emare) adı verilmiştir. Bunlar ispat edilecek olayı dolayısı ile gösterirler. Meselâ fren izlerinden otomobilin hızını öğrenebiliriz. Bunların tek başına ispat kuvvetini haiz olmadığı, birlikte, birbirlerini tamamladıkları takdirde delil sayılabilecekleri söylenmiştir. Bu sınıflandırma ilk zamanlarda delillerin kanunda yer alıp almadıkları bakımından yapılmakta idi. Kanunun gösterdiği ve çok defa hâkimi bağlayacağını kabul ettiği ispat vasıtaları delil sayılmakta, bunların haricinde kalanlara emare denilmekte ve bunlar ancak birbirlerini takviye ettikleri takdirde, hepsi birlikte kanunî delil mahiyetini almakta idi.¹⁹⁰⁶

Meselâ İslâm Hukukunda belirti tek başına hüküm sebebi, yani delil değildir.¹⁹⁰⁷ Ancak *haddi yakin’e vasil olan* belirti, “*karine-i katua*” adı altında delil sayılıyordu (Mecelle 1741). Vicdanî delil sistemi kabul edildikten sonra bu sınıflandırmanın kıymeti azalmıştır. Bugün tanık beyanı delili de eski mânâdaki belirtiler gibidir. Hâkim bugün bir tanığın beyanını kabule mecbur olmayıp, tanık itimat telkin etmiyorsa yahut tanık beyanı diğer delillerle takviye edilmiyorsa, bunu bir delil saymamaktadır. Diğer taraftan bugün belirti, meselâ tanık beyanından farklı bir şey değildir; delilin bir çeşididir. Yalnız belirti, genel mahiyette olduğundan, somut temsil kabiliyeti diğer delillerle sabit olmalıdır. Bunun gibi, tarihî delillerin de tek başına mahkûmiyet için yeter sayılmamasını kanun kabul edebilir.¹⁹⁰⁸ Bir hususun delil

¹⁹⁰³ *Carnelutti*: Lezioni, I, 214; Principi, 163.

¹⁹⁰⁴ *Carnelutti*: Lezioni, I, 226.

¹⁹⁰⁵ Löwe, istintaç (*Wahrunterstellung*) kavramını oluşturan bu *başka olaya* örnek olarak, sanığın hırsızlık suçu işlediğini kabulde “suç yerinde görülmüş olması” ve “daha sonra durumuna uymayacak şekilde para harcamasını” göstermiştir (*Kantar*’dan nakil, s. 313). Bizde de meselâ trafik polisinin durması için verdiği işareti dinlemeyerek sanığın durmayıp kaçmış veya haczedilecek eşyayı kamyonla kaçırması olaylarına dayanılarak ve “nüfuz ve müessir kuvvetin kişiye karşı işlenmesi şart değildir, memurun yapmağa çalıştığı işleme karşı kullanılması yeterlidir” denilerek mülga TCK 260 daki nüfuz ve müessir kuvvet sarf etme unsuru sabit görülmüştür (CGK 3/6/85 YKD 85/11 1719).

¹⁹⁰⁶ Alman hukukunda bugün de yer alan sıkı ispat ve serbest ispat ayrımı bu yönde sayılabilir. Zira sıkı ispatta deliller ancak kanunda delil olarak düzenlenmiş olanlardır. Bunlar doğrudan doğruyadır. Yeni ancak mahkeme önünde sözle ortaya konabilir. Serbest ispatta ise bu kayıt aranmaz (Tafsilât için *Yenisey*, II, n. 658).

¹⁹⁰⁷ *Erem* (n. 206), emareleri delil saymamakta, delili sadece tarihî delillerden ibaret kabul etmektedir.

¹⁹⁰⁸ Meselâ sanığın suçlu olduğunu ikrar etmesi, artık tek başına onun muhakkak suçlu olduğunu göstermemektedir. Anglosakson hukukundaki “önsoruşturmadan sonsoruşturmaya geçilip geçilmeyeceğini belirlemek üzere yapılan duruşmada

olarak kabul edilip edilmemesi başka şeydir, tek başına delil sayılıp sayılmaması yine başka şeydir. Doğrudan doğruya ve dolayısı ile delil ayrımı bugün ancak bu manada kabul edilebilir.

Bu açıklamalardan çıkan sonuç şu oluyor: Bütün ispat vasıtaları *delildir* ve delillerin üç çeşidi vardır: 1) *Beyan*, 2) *Belge*, 3) *Belirti*. Bunlardan *beyan* ve *belge* çeşitleri, *somut olaya münhasır delillerdir*.

Doktrinde bazen “*attestazione*”, bazen “geniş mânâda tanık” beyanı mânâsına “*testimonianza*” diye tarif edilen beyan delilini de üçe ayıracağız: 1) “*Tanık beyanı*”, 2) “*Sanık beyanı*”, 3) “*Sanıktan gayrı tarafların beyanı*”. Belgeleri de 1) “*Yazılı belgeler*” 2) “*Şekil tespit teden belgeler*” 3) “*Ses tespit eden belgeler*” olarak üçe ayıracağız. Delillerin üçüncü çeşidini oluşturan “belirti”ler ise, “genel nitelikte temsilî delil”lerdir. Bunlar da ikiye ayrılır: 1) Tabîî belirti, 2) Sun’î belirti.

343. Tanık beyanı: a) Niteliği.

Ceza muhakemesinde yargılanan uyuşmazlığın objesi olan fiili doğrudan doğruya beş duyusu ile algılamış olan kişinin hafızasında kalan hususları kovuşturma evresinde mahkemede anlatmasına tanıklık denilir. Aşağıda tanık beyanının özelliklerine değinilecektir.

I. Tanıklık hakkında genel bilgiler.

1. Tanık olmak, tanıklık etmek.

İspat konusunda karar vermede tek yetkili olan mahkemenin bu kararı vermede kullandığı vasıtaların üç çeşidinden biri olan ve somut olayı temsil eden “*beyan*” (*attestation*) delilinin birinci çeşidi de “*tanık beyanı*” (*déposition du témoin, tèmoginage*) dır.

Tanık beyanı, taraflardan olmayan¹⁹⁰⁹, fakat olayın tanığı olmuş bir kişinin o olay hakkında beş duyusu ile edindiği bilgileri sübut konusunda karar verecek olan mahkeme veya onun yerine duruşma yaparak tanık dinlemeğe yetkili kılınmış bir mahkeme veya hâkim huzurunda tanıklık ederken yaptığı sözlü beyandır. Görülüyor ki “olayın tanığı olmak” veya kısaca “tanık olmak” başka şey, sübut konusunda karar verebilecek veya onun adına hareket edebilecek bir hâkim önünde “tanıklık etmek” yine başka şeydir.

Tanık beyanının sözlü olması gerektiği içindir ki kanun tanığın “dinlenmesinden” (*audition*) bahseder (CMK 52). Maksat okunanı değil, konuşulanı dinlemektir. Bu sebeple tanık yazdıklarını okuyamaz. Ancak olayın mahiyetine ve tanığın vasıflarına göre, hatırlamasına yardım etmek üzere, notlarına bakmasına müsaade edilmelidir (CPPI 138).

Sözlü beyanın istisnası, dilsizler hakkındadır. Dilsiz tanık yazabiliyorsa, yazarak ve imzalayarak, yazamıyorsa, işaretinden anlayan biri vasıtası ile beyanda bulunur.¹⁹¹⁰

Tanık beyanı ile hâkimi bağlamayan çağdaş hukuk, tanıklar için ehliyet şartını aramamaktadır.¹⁹¹¹

2. Tanık beyanı - ifade tutanağı.

Tanık beyanı, Muhakeme Hukukunda, özellikle Ceza Muhakemesi Hukukunda delil olarak kabul edilegelmiştir. Delil, yargılama görevini yapıp bir uyuşmazlığın ispat konusu da denilen maddî yönü hakkında karar verecek olan mahkemeye hakikati gösterme vasıtası olduğundan, “tanık beyanı” adlı delilin de kovuşturmada mahkemeye beyanla bilgi verme niteliğinde olması gerekir. Bu demektir ki,

sanığın kendisine yapılan isnatları ve aleyhindeki delilleri öğrendikten sonra “suçu kabullenmesi” demek olay “*guilty plea*” üzerine, artık bu konunun ispatına gerek duyulmayarak soruşturma yapılmadan karar verilmesi sistemi, bizce, ancak onların itham sitemlerinin tarihî gelişmeleri ile açıklanabilir. Bu yolla soruşturmadan tasarruf edildiği ortadadır ama başkasını kurtarmak için suçu üstüne alanlar veya yanılarak kendilerini suçlu sananlar da bulunduğuna göre, biz bu sistemi ülkemiz için yararlı görmüyoruz ve AKBK’nın R(87)18 numaralı, 17/9/87 tarihli kararında “Anayasa ve hukuk geleneklerinin müsaadesi” şartının koşulmuş olmasına (III.a.7) dayanarak, bu tavsiyeye uymamamızın mümkün olduğunu düşünüyoruz.

¹⁹⁰⁹ Şikâyetçi, bizde makam itibarıyla taraf olmasa da kişi olarak taraftır ve onun beyanı, tanık beyanı değil, sanıktan gayrı tarafın beyanıdır.

¹⁹¹⁰ Mecelleğe göre meselâ dilsizin ve körün şahadeti makbul değildi (m. 1686). Şahidin âdil olması şarttı ve âdil de hasenatı seyyiatına galip olan kimse diye tarif edilmişti (m. 1705) Bu yüzden meselâ yalancılığı ile maruf kişilerin şahadeti makbul olmazdı.

¹⁹¹¹ *Manzini*, III, 208.

huzurunda beyanda bulunulan makam, ispat konusundaki kararı verecek olan mahkeme veya onun yerine geçme hususunda yetkili kılınan bir organ (meselâ o mahkemenin naip hâkimi veya o mahkemenin istinabe suretiyle yardıma çağırıldığı diğer bir mahkeme) olmalıdır. Olayın tanığı olan kişinin sözleri ancak tanıklık ederken “tanık beyanı” adını alır. Bunun dışındakilere “ifade” denilir ki o da tutanağa geçince “belge” delilini oluşturur.

Soruşturma evresinde hatta ara soruşturmada¹⁹¹², erken dinleme dışında, savcıya hatta sulh ve sorgu hâkimlerine verilen ifadeler tanık beyanı delilini oluşturmaz. Çünkü bu kişiler ya hâkim bile değildir ya da kovuşturma yapacak mahkeme adına harekete yetkili değildir.¹⁹¹³ Bu nedenledir ki mahkemenin kovuşturma evresinde “tanık beyanı” deliline dayanabilmesi için, soruşturma evresinde, hatta yeminle ifade vermiş olan kişinin mahkemeye gelip beyanda bulunması, bir kelime ile tanıklık etmesi gerekir. Bu kişinin meselâ ölüm gibi bir sebeple mahkemeye gelememesi halinde, önce alınmış olan ifadesini havi tutanağın okunması ile yetinilmesi durumunda, mahkemenin dayandığı “tanık beyanı” delil değil, tutanak yani “belge” delilidir.¹⁹¹⁴

Mahkemede bile beyandan çekinme yetkisi olan tanığın, polise ve savcıya da ifade vermeme yetkisi olacağı açıktır. Bu nedenle bu kişilere bu yetkileri, mahkemede olduğu gibi hatırlatılmalıdır.

3. Tanığın zorla getirilmesi istisnadır.

Tanık, tanıklık etmek veya ilerde tanıklığı sırasında diyecekleri hususunda ifade vermek üzere çağrı kâğıdı ile çağırılır (CMK 43).

Usulü dairesinde çağırıldığı halde, mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanık: a) zorla getirilir, b) gelmemenin sebep olduğu giderlere mahkûm edilir. (Hafif para cezasına çarptırılacağına ilişkin CMUK 46/1 hükmü yeni Kanuna alınmamıştır). Bu kanunî sonuçların çağrı kâğıdında gösterilmesi gerekir (CMK 44).

Mazereti kabul olunarak yeniden çağrı kâğıdı ile çağırılan tanığa masraf hükmolunamaz. Zorla getirilen tanık, önce gelmemesini mazur gösterecek sebepleri sonradan bildirir ve bu mazeretin doğruluğunu ispat eden delilleri gösterirse, hükmolunmuş masraflar kaldırılır (CMK 44). Verilmişse, zorla getirtme kararı da geri alınır.

Gelmemeye sonuç bağlama yetkisi istinabe olunan mahkemeye, naip hâkime ve soruşturma evresinde sulh hâkimine ve savcıya da tanınmıştır (CMK 43/5).

Tutuklu işlerde tanıklar için zorla getirme kararı verilebilir. Karar yazısında bu yoldan getirmenin nedenleri gösterilir bu nedenle çağrı kâğıdı ile gelen tanıklar hakkındaki işlem uygulanır (CMK 43/1).

Çağrının telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanılmak suretiyle de yapılması kabul edilmişse de çağrı kâğıdına bağlanan zorla getirme kararı verilmesi sonucu, bu tür çağırılarda uygulanmaz (CMK 43/2).

Görülüyor ki, tanığın zorla getirilmesi, tutuklu işler dışında, önceden usulüne uygun olarak çağırılıp, mazeretini bildirmediği takdirde olanaklıdır. Zorla getirme hâkim kararı ile olur.

Savcının durumuna gelince, kaide olarak, gelmemenin müeyyidesi olan zorla getirtme yetkisi ancak hâkimlere tanınmıştır, savcılar bu konuda yetkili değildir. Ancak 2006 yılında 5560 sayılı kanunla yapılan

¹⁹¹² İlk soruşturma sırasında tanığın sorgu hâkimince dinlenirken söylediklerini, önceki basılarda, sadece sorgu hâkimi açısından da olsa, tanıklık olarak kabul etmiştik. Tanığın ilksoruşturmada, Almanya’da farklı olarak yeminle dinlenmesi bizi bu görüşe sevk etmişti. Sorgu hâkimi bakımından bir istisna kabulü için haklı bir sebep olmadığı düşüncesiyle bu görüşten vazgeçtik.

¹⁹¹³ Önsoruşturmada ancak erken dinleme durumunda “tanık beyanı”ndan söz edilebilir. Zira bu erken dinleme için bir çeşit duruşma yapılmakta, taraflara hazır bulunma imkânı sağlamakta ve dinleyen makam, ilerde dinleyecek olan mahkemenin yerine geçerek tanığı dinlemektedir. Kaldı ki erken dinlenen tanığın sonsoruşturmada tekrar dinlenmesi elbet mümkündür.

¹⁹¹⁴ Bazı kişiler, algılanması özel bilgi gerektiren geçmiş olaylar veya durumların ispatı için dinlenir. Alman Kanunu (§ 85) bunlara “tanık bilirkişi” adını vermekte ve bunları tanık gibi kabul etmektedir. İstanbul Komisyonu “bu kabul ile bu kişileri zorla getirmek mümkün olur, sayısı bizde az olan bu kişiler mahkeme mahkeme dolaştırılır” diye bu maddeyi almamıştır (Hazırlık çalışmaları, 84, 100 ve 102). 2002 Ceza Muhakemesi Kanunu Komisyonu ise, bu müesseseyi benimsemiş bulunmaktadır.

değişiklikle C. savcısının da şüpheli veya sanığı zorla getirme yetkisi kabul edildi. Aynı yasa değişikliği ile, çağrıya rağmen gelmeyen tanık, bilirkişi, mağdur ve şikayetçi ile ilgili olarak da zorla getirme kararı verilebilmesi kabul edilince (CMK 146/7), savcıya da çağrı yaptıktan sonra tanığı zorla getirme yetkisi verilmiş oldu.

Savcı ayrıca şu hallerde tanığı şöyle zorla getirebilir.¹⁹¹⁵ Tutuklu işlerde tanıklar için zorla getirme kararı verilebilir (CMK 43/1). Bunun dışında usulüne uygun olarak çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanıklar da zorla getirilir (CMK 44/1).

Yukarıda belirtilenlerin dışında, bizde örgüt suçlarındaki tanıklar da zorla getirilebiliyordu. Bazı suçlara ilişkin muhakeme kapsamına giren suçların (eski CMK 250) soruşturmaları ve kovuşturmaları bakımından kolluk soruşturma ve kovuşturma sebebiyle şüpheli veya sanığı, tanığı, bilirkişiyi ve suçtan zarar gören şahsı, ağır ceza mahkemesi veya başkanının, Cumhuriyet savcısının, mahkeme naibinin veya istinabe olunan hâkim in emriyle belirlenen gün, saat ve yer de hazır bulundurmaya mecburdu (eski CMK 251/6). Böylece mülga DGMK 14 ve CMUK 394/c'deki yetki, Ceza Muhakemesi Kanununa da aktarılmıştı. Bu kurallar, özel yetkili ağır ceza mahkemeleri kaldırılırken CMK 250 ve devamı maddeler de yürürlükten kaldırıldı. Sonradan tekrar düzenlenen CMK 250 artık seri muhakemeyi düzenlemektedir.

4. Tanığın “olayı” anlatması.

Tanığa önce *anlattırıcı sorular* sorulur. Buna “doğrudan soru” denir (CMK 201). Beyanın belli bir olaya taallük etmesi ve tanığın beş duyusu ile öğrendiklerini söylemesi lâzımdır. Nitekim, kanun “*tanık, tanıklık edeceği konulara ilişkin bildiklerini söylemeye davet olunur, tanıklık yapacağı olaylarla ilgili olarak kendisine bilgi verilir*” der (CMK 59/1 ve 2). Tanık sadece gördüğünü, hatta duyduğunu söylemez. Koku hakkında, lezzet hakkında, sertlik veya yumuşaklık hakkında da beyanda bulunur. “*Tanık beyanının objektifliği prensibi*” ile ifade edilmek istenen şey, tanığın beyanının duyularla elde ettiği bilgilere inhisar etmesidir. Tanıktan aranan da budur. Tanığın duyuları ile olay hakkında edindiği bilgilerden kendisinin aklı ile çıkardığı sonuçlar olan sübjektif intibaları, kanaatleri tanık beyanı kavramına dahil değildir¹⁹¹⁶, meğerki objektif bilgi ile sübjektif intibayı ayırmağa imkân olmasın.¹⁹¹⁷ Anlattırıcı *doğrudan sorulardan* sonra karşı tarafa bunlara karşı bir diyeceği olup olmadığı sorulur (CMK 215) ve ortaya konulan bu delille ilgili tartışmada söz verilir (çapraz sorgu) (CMK 215, 216) (No. 348-II).

5. Tanığın “taraf” olmaması ilkesi ve tanıklığın diğer muhakeme rolleri ile bağdaşıp bağdaşmadığı sorunu.

Tanıkların taraflardan biri olmaması lâzımdır. Taraf olan kimse, taraf tutulacağından veya tutması çok muhtemel olduğundan, tanık olarak beyanda bulunamaz.¹⁹¹⁸ Sanıktan gayri tarafın beyanı, beyan delilinin bir diğer çeşidini teşkil eder.¹⁹¹⁹

¹⁹¹⁵ 1981 yılında 2369 sayılı kanunla CMUK’de yapılan değişiklikle, savcının zorla getirme yetkisi sadece tutuklu ve acele işlerde kabul edilmişti. 1992 ve 2004 kanun koyucusu, genel eğiliminin tersine, kişi hürriyetini hâkim kararı olmadan kısıtlama istisnasını genişletti

¹⁹¹⁶ Meselâ tanık, sadece sanığın sarf ettiğini duyduğu sözleri aynen nakledecek, hakaret ettiği veya etmediği gibi kanaat ifade eden beyanda bulunmayacaktır. Tosun (I, 742), tanığı olay hakkında beş duyusu ile öğrendiklerini hâkime söyleyen kişi diye tarif ettiği halde, söylenen sözlerin hakaretâmiz olup olmadığını da sanık açıklamalıdır, demektedir. Halbuki tanığın işittiği şu veya bu sözdür. Bu sözün hakaretâmiz olup olmadığını ayrı ve teknik bir konudur. Zorunluk olmadıkça bunlar ayrılmalı ve tanığa belki de iyi bilmediği bir konuda bilirkişilik yaptırılmamalıdır.

¹⁹¹⁷ Meselâ bir otomobilin hızlı gittiği veya gitmediği hakkında tanığın beyanı bu mahiyettedir. Bu beyanda sadece objektif bilgi olmadığını, sübjektif kanaatin de dahil olduğunu hâkim hesaba katmalı, beyanı ona göre değerlendirmelidir.

¹⁹¹⁸ Meselâ katılana yemin verilmemektedir (1. CD 26/10/50 *Çağlayan* “66” I, 384). Hatta dâvaya katılmamış olan mağdurlara yemin verilmemekte, onlara tanık sıfatı tanınmamaktadır: 4. CD 12/6/40, 5193/4873; 1. CD 5/7/46 (AdD 51, 1807).

¹⁹¹⁹ Bazı kanunlar mağdur ve yakınlarına yemin verme hususunu hâkimin takdirine bırakarak orta bir yol tutmuşlardır. Nitekim İtalyan kanununda hâkim lüzum görürse mağduru yeminle dinleyebilmektedir (CPPI 477). Mehoz Alman Kanununda da mahkeme isterse mağdura ve yakınlarına yemin verdirmez.

Sanık da taraf olduğundan *tanık olarak* beyanda bulunamaz.¹⁹²⁰ İlerde sanık sıfatını alması muhtemel kişiler de tanık olarak dinlenmemelidir. Dinlenmişlerse sanık olduklarında, beyanları duruşmada okunamamalıdır.¹⁹²¹ Anglosakson Hukuku, suçsuz olduğunu ileri süren sanığı, tanık olarak, hatta yeminle dinler. Bu sistem, sanığı yalan söylemeye, yalan yere yemin etmeye sevk ettiği için haklı olarak tenkit edilmiştir.¹⁹²²

Hâkim tanık olamaz (CMK 22). Zabıt kâtibi için de bu kural geçerlidir (CMK 32). C. savcısının veya adli kolluk memurunun tanık olduğu bir olay varsa, aynı olayda savcılık veya kolluk memurluğu görevi yapmayıp, *tanıklık* yapması yerinde olur.

Bilirkişinin tarafsız olması gerekir (CMK 64/3) ve hâkim in reddini gerektiren sebepler, bilirkişi hakkında da geçerlidir (CMK 69/1). Bilirkişinin ve uzmanın duruşmada dinlenmesi (CMK 68/1), tanık dinleme işlemi değildir. Ancak, bilirkişi yaptığı bilimsel inceleme neticesinde incelediği maddeyi tüketmek zorunda kalmışsa, incelediği olgunun tanığı olarak dinlenebilir. Fakat, yargılanan fiil hakkında doğrudan edindiği bir bilgi varsa, başka bir kişi bilirkişi olarak görevlendirilmeli, o kişi de *tanık* olarak dinlenmelidir.

344. b) Tanık beyanının temsil değeri.

Tanık, olay hakkındaki bilgilerini bazı defa doğrudan doğruya öğrenir. Bu hususta en çok *görme duyusu* rol oynadığı için, doğrudan doğruya bilgisi olan tanığa çok defa “görgü tanığı” denilir. Bazı defa da bir kimse olay hakkındaki bilgilerini dolayısı ile yani başkalarından öğrenir. Bu kişiler tanıklık yapamaz; (*hear-say*) yasaktır. Ancak başkasından duyduğunu anlatan kişinin tanık olarak dinlenebileceği istisnai haller de vardır.

Tanık beyanının değeri, olayı aksettirmesi, bir diğer söyleyişle temsil etmesi nispetindedir. Bilginin doğrudan doğruya veya dolayısı ile edinilmiş olması, beyanın değerine tesir edebilir. Doğrudan doğruya tanığın beyanı, hakikati daha iyi temsil eder. Ancak, dolayısı ile tanığın beyanının da hakikati aksettirmesi mümkündür.¹⁹²³

Ceza muhakemesinde halen en çok başvuru olan “tanık beyanı” delili, ilk bakışta sanıldığı aksine olarak pek itimada şayan değildir, zira tanığın yanlış veya yalan beyanda bulunması, birçok sebeplerle mümkündür.¹⁹²⁴

a) Yanlış beyan.

Tanıklar bazı defa istemeyerek hataya düşerler. İyi hatırlayamadıklarını muhayyilelerinden uydururlar ve buna kendileri de inanırlar. Yahut duyuları hatalıdır. Meselâ yanlış işittiği şekilde söylendiğine samimî olarak inanır. Tanık bazı defa da muhitin tesiri altında kalarak hakikatte görmediği, işitmediği şeyleri, gördüğünü, işittiğini sanır. Tanık istemeyerek hataya, bazı defa da soru sorma tarzı yüzünden düşer. Bu tür hatada “telkin edici soruların” tesiri büyüktür. Bu nedenle tanık olayı anlatırken sözü kesilmez, bildiklerini söylemesi istenir, soru sorarak yönlendirilemez (CMK 59/1). Buna doğrudan soru adı verilir (CMK 201).

b) Yalan beyan.

Tanıkların kasten hakikati söylemedikleri, yalan beyanda buldukları da vardır. Bunun da sebepleri çeşitlidir. Tanık, kendisine veya yakınlarına menfaat sağlamak veya bir tehlikeyi önlemek için yalan söyleyebilir. Tanığın yalan beyanını önlemek için, kanun şu tedbirleri düşünmüştür: i) Çekinme yetkisi,

¹⁹²⁰ İtalyan Kanunu daha ileri gitmiş, bir muhakemedeki sanığın, mahkûm da olsa, beraat de etse, bağlantılı diğer bir muhakemede tanık sıfatı ile dinlenmesini kabul etmemiştir (CPPI 465) (Manzini, III, 229).

¹⁹²¹ *Erem*, n. 117.

¹⁹²² *Williams*: The proof of guilt. Londra, 1963, s. 66.

¹⁹²³ Meselâ bir yangının infilâk neticesinde çıkıp çıkmadığı araştırılırken olay sırasında orada olmadığından infilâki bizzat duymayan, fakat olaydan pek az sonra oraya gelip oradakilerden infilâk olduğunu öğrenen kimsenin beyanı, hakikati aksettirme bakımından doğrudan doğruya tanık beyanından az kıymetli değildir.

¹⁹²⁴ *Erem*: Adalet psikolojisi, 10. bası, 1997, s. 268. İlâve edelim ki *Erem* yalan ve yanlış ayırımını gözetmemekte, hepsine yalan demektedir.

ii) Çekinme mecburiyeti, iii) Tanığa ne derece itimat edilebileceğini gösteren suallerin sorulması, iv) Yemin, v) Tanıkların ayrı ayrı dinlenmesi, vi) Kovuşturma evresinde tarafların yüzüne karşı ve alenen beyanda bulunulması, vii) Tanıkların yüzleştirilmesi, viii) Yalan beyanın suç sayılması ve ix) Tanık Koruma Kanunundaki hükümler. Bu tedbirler yalan beyanı önlemek ister. Ne dereceye kadar önleyebildiği, her tanık dinlenmesinde ayrıca değerlendirilmelidir. Bu tedbirlerin yanlış beyana tesiri olmadığı ise açıktır. Hâkim, tecrübe kaidelerine dayanarak, sağlamlığı değerlendirir ve sağlamsa delil sayar.

345. c) Tanığın ödevleri.

Tanık, mahkemeye ışık tutmakla, toplumsal bir görev yapar. Bu ışıktan faydalanmak istiyorsak, tanıklığı angarya haline getirmemeliyiz.¹⁹²⁵

I. Tanığın mecburî ödevleri.

1. Gelmek mecburiyeti.

Tanık, usulünce çağrılınca, soruşturmada ve kovuşturmada *gelmek mecburiyetindedir*. Bu mecburiyet, kamu yararına kabul edilmiştir (CMK 43). Tanıklıktan çekinme yetkisi olmak, gelmek mecburiyetini ortadan kaldırmaz.

Bu mecburiyetin müeyyideleri şunlardır: a) Gelmeyen tanık zorla getirilir¹⁹²⁶, b) Gelmemenin sebep olduğu masraflar tanığa ödetilir (CMK 43). Tanığın mazereti kabul olunursa, aleyhine hükmedilen giderler kaldırılır (CMK 44/1). Bu müeyyideleri¹⁹²⁷ ancak yargılama makamları uygulayabilir. Bunların başında elbet mahkemeler gelir. Mülga Kanun, hâkimlik makamlarını şöyle sayarak göstermişti: “Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin tatbikine istinabe olunan hâkim ve naipiler ile hazırlık tahkikatı sırasında sulh hâkimleri dahi yetkili idi” (Mülga CMUK “1985-3206” 46/4).

Savcının, tanık dinlemeye yetkili olmasa da çağırdığı yetkili kişi gelmeğe mecburdur, zira ifade vermek için çağrılanın gelmemesi bir suçtu (mülga TCK 526). Gelmemesini izah için sırsız sebep ileri sürmek daha ağır bir suçtu (mülga TCK 282).

Hastalık, malûliyet veya katlanılması imkânsız bir engel yüzünden duruşmada hazır bulunamayacağı anlaşılan veya meskeninin uzaklığı yüzünden çağrılmaları güç olan tanık, mahkeme kararı ile naip hâkim veya istinabe olunan mahkeme veya onun naibi tarafından, gerektiğinde bulunduğu yere gidilerek dinlenir (CMK 180).

2. Tanık yemin etmeğe mecburdur.

¹⁹²⁵ Tanıklığı angarya haline getiren bir sebep, lüzumlu lüzumsuz çağrılması ve zorla getirilmesine karar verilmesidir. Altısı ihzarlı, dokuz defa çağrılan bir kız “beni bir daha çağırırsanız intihar edeceğim” demiştir (*Taşar*: Şahitlik korkusu, Yargı, Nisan 68, s. 5). “İşin yoksa şahit yazıl” sözü artık değerini kaybetmelidir. Tasarıda tanığın gelmeme nedenini ispatlaması yönündeki düzenleme değiştirilerek sadece bildirmesi kanun koyucu tarafından yeterli görülmüştür (*Şahin 2005*, 168). Tanıklık zorunludur. Tanıklıktan çekinme kanunla düzenlenmiş, istisnai ve genişletilemeyecek bir durumdur (*Özbek 2005*, 172).

¹⁹²⁶ Zorla getirme, 1973’te mecburî kılınmıştır. Eskisi gibi ihtiyarî olmalıdır (Kunter: Düşünceler, m. k-m: Yurtcan: Değişiklikler, 29). Bu ceza inzibatî mahiyette değildir (*Kantar*, 73; k-m: Erem, n. 223; Tosun, I, 751).

¹⁹²⁷ Mülga Kanun döneminde tanığa ayrıca hafif para cezası da veriliyordu (CMUK 46/1). CMK’da yer almayan bu yaptırım, disiplin cezası değildir (*Kantar*, 73, k.m. Erem, n. 223, *Tosun I*, 751).

Tanığın doğru söylemesini sağlamak üzere yemin etmesinde fayda umulmuş ve yemin mecburiyeti konulmuştur.¹⁹²⁸ Tanık, beyandan önce¹⁹²⁹ yemin edecektir. Ancak icabında ve hele bir kimsenin tanık sıfatı ile dinlenmesi caiz olup olmadığına tereddüt edilirse yemin beyandan sonraya bırakılabilir (CMK 54). Yemin edilirken hâkim de ayağa kalkmakta, fakat Millet Adına verilen Hüküm tefhim edilirken salondaki herkesi ayağa kaldırıp kendisi oturmaktadır. Bizce hükmün tefhimi sırasında da millete saygı dolayısıyla hâkim in de ayağa kalkması yerinde olur. Kanun “hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir” (CMK 231/4) derken “herkes” kelimesini kullanmış, yemini düzenlediği 55/2. maddede de “yemin edilirken herkes ayağa kalkar demiştir”. Duruşmalarda görev yapan müdafinin konuşurken ayağa kalkması mahkemeye olan bir saygı ifadesidir, yasal bir mecburiyet yoktur; ancak kalkmamak saygısızlık olarak kabul edilmemelidir. Mukayeseli hukuka bakıldığında da ayağa kalkarak konuşmanın savunmayı kolaylaştırdığı kabul edilmekte, fakat müdafinin ayağa kalkması mecburiyeti öngören bir hükme yer verilmemektedir.

Tanık yemin etmeye mecburdur. Tanığın doğru söylemesini sağlamak için yemin mecburiyeti kabul edilmiştir. Tanığa önce görevinin önemi anlatılır, gerçeği söylemesi söylememesi halinde cezalandırılacağı, yemin ettirileceği ve salonu izinsiz terk edemeyeceği anlatılır (CMK 53/1). Yemin, bildiğimi dosdoğru söyleyeceğime (tanıklıktan sonra ise; söylediğime) namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim biçiminde olur. Yemin edilirken herkes ayağa kalkar (CMK 55). Tanık yemini yüksek sesle tekrar ederek veya okuyarak eder. Sağır ve dilsizler hakkında tercüman kullanılır (CMK 56).

Tanığa yemin, aslında, kovuşturma evresindeki dinlenmesi sırasında verilir. Soruşturma evresinde erken dinlenmenin kabulü, gecikme tehlikesinden korunma zorunluğu ile açıklanabilir.¹⁹³⁰ Bunun dışındaki hallerde, hele savcının yemin verdirmesinin kabulü, gördüğü fonksiyonun yüceliği göz önünde tutularak ancak hâkim lere verilebilecek bir iş olduğunun bilinmemesine dayanmakta, sadece verilen ifadenin daha doğru olmasını sağlama amacını gütmektedir. Savcı, kanunda kullanılan terim ne olursa olsun, tanık beyanı delili elde etmemekte, ilerde mahkemede tanıklık edebilecek kişilerin ifadelerini almaktadır. Bu nedenlerle savcının yeminle tanık dinlenmesinin kaide haline getirilmesi (CMK 54/2) bizce isabetsiz olmuştur.¹⁹³¹

¹⁹²⁸ Yemine din ve Allah sözleri geçerse de, “yemin ederim” denilmesi dini bir temele dayanıldığını gösteriyordu. Bu da dinî inancın veya inançsızlığın açıklanması için kimsenin zorlanamayacağını söyleyen Anayasa (m. 19/3) ters düşmekte idi. Nitekim, Anayasa Mahkemesi 2.2.1996 E. 95/25, K. 96/5 sayılı Kararı ile 61. maddede geçen “din”in sorulması hükmü iptal edilmiştir. 1975 Alman reformunda olduğu gibi (StPO 66c) (Grauhan, 379), dinî olmayan da dahil çeşitli formlardan birine başvurusu da inancın açıklanmasını gerektirecektir. Yeminden vazgeçme mümkündür. Nitekim İsviçre’nin bazı kantonlarında yemin büstünü kaldırılmış, bazılarında taraf isteğine bağlanmıştır ve neticede yemine pek nâdir rastlanmaktadır (Clerc, n. 151). Almanya’da, taraflar muvafakat ederlerse yemin verdirmekten vazgeçilebilmenin kabul edilmesi (§ 61/5) sonunda, yemin ettirmeler hayli azalmıştır (Herrmann, 77). (Şahin 2005, 187): Tanıkları yeminle dinlenilmesi zorunluluğu ikinci fıkra hükmü ile Cumhuriyet Savcıları içinde zorunluluk olarak düzenlenmiştir.

¹⁹²⁹ Alman Kanunu yemini dinleme sonunda vermektedir (StPO 59). Bunun sebebi, yeminden önce gerekli düzeltmelerin yapılabilmesini sağlamaktır (Herrmann, 77).

¹⁹³⁰ Mehzaz kanun, ilk soruşturmada tanığın yeminsiz olarak dinlenmesini kabul etmiş, ilerde duruşmada bulunmama bakımından bazı istisnalar tanımıştır. İtalya’da da sistem budur (CPPI 357). Bizim kanun ise ilk soruşturmada yeminle dinlemeyi kaide saymıştır. İlksoruşturmayı yapan hâkim olduğundan bunda istisnayı kaide yapmakta başka bir sakınca yoktur.

¹⁹³¹ Mülga Kanun hükümet gerekçesinde kamu dâvası açmak veya açmamak için delillerin takdiri gerektiğine dayanıldığından söz edilmesi de bizce isabetli değildir. Almanya’da ilksoruşturmada yemin verdirilmezdi. Buna rağmen mahkemeler bu yeminsiz ifadelerle dayanarak sonsoruşturmanın açılıp açılmamasına karar verirlerdi. Kaldı ki CMUK 163. maddedeki “toplanan deliller” sözleri de yersizdir. Hazırlık soruşturmasında, hattâ ilksoruşturmada teknik anlamda delil söz konusu olamayacağına göre, bizim 1985 de ilga edilen 196. maddede olduğu gibi “kâfi sebep” denilmeli ve bu da Almanya’da olduğu gibi, “şüphe sebepleri” diye anlaşılmalı idi. İlksoruşturmanın sadece delil toplama denilen bölümünü 1975 de kaldırıp bu işi savcıya veren Almanlar, bugün de savcının dâva açıp açmaması için, hazırlık soruşturmasının (onların tâbiri ile araştırmasının) yeterli olup olmadığına bakmakta, delilden söz etmemektedirler (StPO 170). 1985 gerekçesinde savcıya niyabeten görev yapan kolluğun tanıkları yeminsiz dinleyeceği açıklanmıştır. Pek isabetli. Peki neden savcıya bu yetki veriliyor? Sadece ifadenin doğru olmasını sağlamak mı? Savcı-hâkim farkına önem vermemenin de bunda rolü yok mu? Yanlışlığın kaynağını burada da aramak, yargılanacak uyumsuzluğu çözen hâkim ile uyumsuzluğun taraflarından biri olan savcı arasındaki farkı her vesile ile vurgulamak gerek.

Aynı muhakeme¹⁹³² sırasında bir tanığın tekrar dinlenmesi halinde hâkim yemin verdirmeyip önceki yemini hatırlatılmakla yetinilebilir (CMK 57).

Yemin mecburiyetinin müeyyideleri şunlardır: a) Bundan doğan masraflar ödettilir, b) Tanık yemine zorlanmak üzere 3 ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir. Bu müeyyideler, ancak mahkeme ve hâkimler (yani istinabe olunan hâkim, naip hâkim ve sulh hâkimi) tarafından uygulanabilir. Bir tanık hakkında aynı muhakemede veya aynı işe ait diğer bir muhakemede bu tedbirler tekrar edilemez (CMK 60/2).¹⁹³³ *Yeminden çekinmek için asılsız sebep* gösterilmesi halinde mülga Ceza Kanununun 282. maddesi uygulanamıyordu.¹⁹³⁴ Yeni TCK da da bu eylem suç olarak düzenlenmemiştir.

3. Yemin mecburiyetinin istisnaları.

Tanık: a) 15 yaşını bitirmemişse (CMK 50, 51), b) Aklî melekelerinin gelişmemesi dolayısı (ayırt etme gücüne sahip olmamaları nedeni) ile yeminin mahiyeti ve ehemmiyeti hakkında kâfi fikir sahibi değilse, c) Soruşturma veya kovuşturma konusu olan olaylara iştiraktan veya yataklıktan sanık ise veya bu sıfatlardan biri ile mahkûm ise. d) Tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen beyanda bulunuyorsa yemine mecbur değildir. Bu son halde yeminden de çekinme hakkı vardır ve bu hakkı tanığa bildirilecektir. Tanıklıktan çekinme hakkı olduğu halde beyanda bulunan kimseye yemin verilemeyeceğini hâkim takdir eder. Diğer hallerde hâkim istese de yemin veremez.

Tanık soruşturmanın her safhasında, kimliği hakkındaki sorulara hem cevap vermeye hem de doğru cevap vermeye mecburdur. Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılan bir suçtur (TCK 268).

Tanık beyanda bulunmaya ve bildiklerini söylemeye mecburdur. Beyanda bulunmak istemeyen tanık hakkında veya yeminden çekinen tanık hakkında, yasal sebebe dayanılmadığı durumlarda hüküm verileceği ve her halde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir (CMK 60).¹⁹³⁵

Beyanda bulunmak istemeyen tanık hakkında uygulanabilecek tedbirler bunlardan ibarettir. Cebir, hile gibi metotlar kullanılması kanuna aykırıdır. Bu yollarla elde edilen beyanlar, irade unsurunun mevcut olmadığı sebebine dayanılarak, hukuk bakımından yok sayılmalıdır.

Beyan mecburiyetinin istisnaları vardır. Bunları iki grupta toplamak mümkündür: 1) Çekinme yetkisi, 2) Çekinme mecburiyeti.

II. Tanıklıktan çekinme mecburiyeti.

Bu mecburiyet meslek sırrının gizliliği esasına dayanır. Avukatlar bu sıfatları dolayısıyla öğrendikleri bilgileri ilgilinin rızası olsa dahi açıklayamazlar. Kanunda “tanıklıktan çekinebilecekler” ibaresi *ihhtiyarı* gösterir gibi gözükse de *iktidarı* ifade eder. Avukat sır açıklayamaz (AvK. 36). Mülga CMUK da (“müdafii” bu sıfatı ile vakıf olduğu sır m. 48) terimi yer alıyordu. CMK ise müdafii¹⁹³⁶

¹⁹³² Kanunda “aynı tahkikat” tâbiri varsa da bundan maksat, aynı safha olmayıp soruşturmanın bütünü mânâsına “muhakeme” olup ön ve sonsoruşturmayı ayırmak değildi (k-m: *Taner*, 190; *Erem*, n. 227; *Tosun*, I, 745) (*Tosun*’un bizi de karşı görüşte imişsiz gibi göstermesini anlayamadık. Belirttiği notumuzda (6. bası, No. 435, not 255), ilksoruşturmada yemin verileceğini söylüyoruz. O kadar. Kaldı ki aynı tahkikattan aynı muhakeme anlaşılması gerektiğini bir aşağıki 280. notta belirtmişiz); (CGK 24/3/30 Temyiz Kararları 1930-34, s. 9). Ancak, 1985 değişikliği ile savcıların her tanık ifadesini alıştır (kanunun tâbiri ile tanık dinleyişte), yemin ettirmesi kabul edildikten sonra, sonsoruşturmada mahkemenin eski yeminle yetinme yetkisini kullanmayıp kendisinin yemin verdirmesi, yemin müessesesinin esasına daha uygun olacaktır. Netekim değişiklik gerekçesi de bu yoldadır ve aynı tahkikat sözleri ile hazırlık soruşturması veya sonsoruşturma anlaşılmalı, hazırlık soruşturmasındaki yeminin sonsoruşturmada hatırlatılması ile yetinilemeyeceği belirtilmektedir.

¹⁹³³ Aynı fiilden dolayı iki kere müeyyide uygulanamaz.

¹⁹³⁴ Asılsız sebep gösterilmesi, Mülga TCK 282. madde hakkında 3038 sayılı kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere, “gelmemek” ve “beyanda bulunmamak” hallerinde uygulanıyordu. “Yemin etmemek” hali madde öngörülmemiştir.

¹⁹³⁵ “Aynı işe ait diğer dâva” denilmesini müphem görenler vardır (*Yurtcan*: Değişiklikler, 31). Bizce buradaki iş Fransızca *affaire* karşılığı olup, mehzaz kanundaki gibi olay olarak anlaşılırsa mesele kalmaz. Diğer dâvanın hukuk dâvası olmaması için sebep yoktur (*Yurtcan*: Değişiklikler, 31).

¹⁹³⁶ Müdafii sözü dar yorumlanmamalı (*Donay*, Tez, 152; k-m: Yüce, Meslek adamının tanıklıktan çekinmek hakkı, YD 80, 55), malî müşavir de buraya girmelidir. Hekim tâbirine de meselâ bir yaralının başvurduğu sağlık memuru, eczacı hattâ veteriner girmelidir (k-m: *Donay*, Tez 158). Geniş yorum da sınırlı olduğundan, en iyisi, yeni Alman Kanununda olduğu gibi (§ 53), bütün sır saklayacaklar bir bir sayılmalıdır.

terimini değil, “avukat” kelimesini kullandı. Dönmezer Tasarısındaki “avukat” terimleri “müdafie” çevrilirken, bu maddedeki unutulduğu anlaşılmaktadır.

Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler, tıp meslek ve sanatları mensupları, mali müşavirler ve noterler tanıklıktan çekinmek mecburiyetindedirler. Ancak ilgili rıza gösterirse tanıklık yapabilirler (CMK 46). Kanunda sosyal çalışma görevlilerinin tanıklık çekinip çekinemeyecekleri düzenlenmemiştir. Özellikle çocuklar hakkında sosyal inceleme raporu düzenleyen ve serbest çalışan sosyal çalışma görevlilerinin durumu düzenlenmelidir.

Gazetecinin tanıklıktan çekinme hakkı yeni kanunda da düzenlenmemiştir. 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 12. maddesinde süreli yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi, bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamaz hükmü yer almaktadır. Görüldüğü gibi Basın Kanunu anonimlik hakkını genişletmiş bulunmaktadır. Bu düzenlemenin Ceza Muhakemesi Kanununa alınması yerinde olurdu. Oluşmakta olan Türk hukuku ilgili hukuk kurumlarını çok farklı kanunlarda düzenleyerek “hukuk labirentleri” yaratmaya devam etmektedir.

Memurların devlet sırrını açıklayamayacakları konusundaki mülga CMUK 49’daki kural terkedilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu “hapis cezasının alt sınırı beş yıldan fazla olan suçlara” ilişkin bilgilerin devlet sırrı olarak mahkemeden gizlenmesini yasaklamıştır (CMK 47). Aynı maddede Devlet sırrı; “açıklanması, devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzene ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler” olarak tanımlanmış ve bu gibi bilgilerin mahkeme hâkim i veya heyeti tarafından zabıt kâtibi olmadan dinlenmesine ve sadece suçu açıklığa kavuşturabilecek bilgilerin sonradan tutanağa kaydettirilmesine ilişkin bir düzenleme kabul edilmiştir. Sadece hapis cezasının alt sınırı beş yıl ve daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanabilen madde, Cumhurbaşkanına sırrın niteliği ve mahkemeye bildirilmesi hususunda takdir yetkisi vermiştir (CMK 47/4).

Maddenin düzenleniş biçimi savunma hakkını zedeler niteliktedir, sanığın aleyhinde beyanda bulunan tanıklara doğrudan soru sorma veya sordurabilme hakkı gözetilmemiştir. Savunma hakkını ihlal etmemek için, mahkeme hâkim i veya heyetine veya işlemi yapacak olan başkana müdafinin dinleme sırasında sorabileceği, sorması gereken sorular vermesi şeklindeki bir uygulamanın yerleştirilmesi yerinde olacaktır.

İtalyan Kanunu (CPPI 450), meslek sırrına dayanmamakla beraber, hâkimlerin, savcılarının, zabıt kâtiplerinin bu görevleri dolayısı ile öğrendikleri husus hakkında tanık olarak beyanda bulunmalarını yasaklamıştır.

III. Doğru söyleme mecburiyeti.

Tanıklar doğru beyanda bulunmaya, yani yalan söylememeye, hakikati bildirmeye ve bildiklerini gizlememeye mecburdurlar. Bu mecburiyetin müeyyidesi cezadır (TCK 272). Zira tanığın yalan söylemesi, hakikati inkâr etmesi veya bildiklerini az veya çok gizlemesi suçtur.¹⁹³⁷

¹⁹³⁷ Mülga TCK daki düzenlemeye göre sanığın yalan beyanda bulunması suçu, yemin ettirerek tanık dinlemeğe yetkili olan “memur veya heyet” huzurunda işlenebilirdi. Mülga TCK 286 hazırlık soruşturması sırasında da, yemin ettirerek tanık dinlenmesi kabul edilen hallere münhasır olmak üzere bu yetkiyi haiz kimseler huzurunda doğru söylemek mecburiyeti var demektir. Bu ayrımın sebebi, tanık beyanı ile ifadenin ayrı şeyler olmasıdır. Kollukta yalan ifade vermek yalan tanıklık suçunu meydana getirmezdi (6. CD 5/12/63 İKİD 64, 2685). Doğru söyleme mecburiyeti, tanığın yemin etmesi ile ilgili değildir. Tanığın yemin etmiş veya etmemiş olması, sadece cezaya tesir eder. Yeminsiz beyanda bulunulmuşsa, ceza yarıya kadar iner. Kişinin; kendisinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmayaya uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması, tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapması halinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektен de vazgeçilebilir. Birinci fıkra hükmü, özel hukuk uyumsuzlukları kapsamında yapılan yalan tanıklık hallerinde uygulanmaz. Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verilmeden veya hükümden önce gerçeğin söylenmesi halinde, cezaya hükümlenmez. Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verildikten sonra ve fakat hükümden önce gerçeğin söylenmesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisinden yarısına kadarı indirilebilir. Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında verilen mahkûmiyet kararı kesinleşmeden önce gerçeğin söylenmesi halinde, verilecek cezanın yarısından üçte birine kadarı indirilebilir (mülga CK 273, 274)

346. ç) Tanığın yetkileri.

Tanık aktif süje olarak şu yetkileri haizdir.

I. Bazı tanıkların beyandan çekinme yetkisi.

Kanun, yalan söylemeleri ihtimalinin kuvvetli olduğunu düşünerek, bunu önlemek için, şu kimselere tanıklıktan çekinme yetkisini¹⁹³⁸ tanımıştır (CMK 45, 48): Şüpheli veya sanığın nişanlısı; Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi¹⁹³⁹; Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy.

Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları.

Şüpheli veya sanıkla aralarında evlatlık bağı bulunanlar.

Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanuni temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilirler. Kanuni temsilci şüpheli veya sanık ise, bu kişilerin çekinmeleri konusunda karar veremez.

Kendisini veya yukarıda sayılı yakınlarını ceza kovuşturmasına uğratacak bir hususa cevap verme durumunda olanlar da tanıklıktan çekinebilirler.

Avukatlar da sır sahibi muvafakat etse de çekinebilir (AvK 36).

II. Çekinme sebeplerini söylemek ve bunu yeminle desteklemek mecburiyeti.

Beyandan çekinme yetkisi¹⁹⁴⁰, hâkim tarafından tanığa bildirilir (45/3). Tanık, isterse, yetkisini kullanmayabilir.¹⁹⁴¹ Beyana başladıktan sonra da yetkisini kullanabilir. Duruşmada çekinme yetkisini kullanan kimsenin evvelce verdiği beyanlar duruşmada okunamaz (CMK 210/2). Duruşmadan önce dinlenip de duruşmada çekinme yetkisini kullanan tanığın daha önceki beyanını veya ifadesini ihtiva eden tutanaklar da duruşmada okunamaz.

Beyandan çekinme yetkisi olan tanığın yeminden de çekinme yetkisi vardır.

III. Tanığın tazminat alma hakkı.

Bu tazminat hem kaybedilen vakit için hem de tanığın yol ve ikamet masraflarını karşılamak içindir (CMK 64). Bu tazminatı Devlet öder.¹⁹⁴² Mülga Kanun uyarınca sanık, doğrudan doğruya davet ettireceği kimselerin tazminatını mahkeme kalemine önceden yatırır. Bu tanıkların beyanı olayın

¹⁹³⁸ Önder: Şahitlikten çekinme hakkı, İHFM 63, 876. AİHM; tanıklara çekinme hakkının tanınmamasını, müdafaa hakkına riayet etmek ve dolayısı ile “hakkaniyete uygun yargılama yapmak” kaydı ile İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı görmemiş, ancak olayda tanık duruşmada çekindikten sonra kolluktaki beyanın okunması ve istinaf mahkemesinde buna dayanılarak mahkûmiyet kararı verilmesini müdafaa hakkını hissedilir derecede azalttığı için “hakkaniyete uygun yargılama yapılmaması saymış ve Avusturya’nın Sözleşmeyi ihlâl ettiği sonucuna varmıştır (Unterpertinger dâvası, 24/11/86, n. 30-33). Avukatlık Kanunu’yla uyumlu olarak ilgilinin rızası dahi olsa Avukatlar, stajyerleri ve yardımcıları tanıklıktan çekinebilirler (Şahin 2005, 174). Kolluğa istihbarat veren kişilerin durumuna ilişkin olarak ise tasarındaki 4. fıkra kanuna alınmamıştır. CMK meslekleri nedeniyle tanıklıktan çekilebilecek kişileri CMUK’a göre genişletmiştir (Özbek 2005, 176) Erem, evlilik için medenî nikâh aramaktadır (s. 415). İmam nikâhı ile yaşayan kadının, nişanlı kadar dahi çekinme yetkisi olmasını mı?

¹⁹³⁹ Erem evlilik için medeni nikah aramaktadır (sh. 415). İmam nikahı ile yaşayan kadının nişanlı kadar tanıklıktan çekinme yetkisi olmalıdır.

¹⁹⁴⁰ Bu yetki sadece çekinme bakımındandır. Tanık önce çekinme de sonra çekinebilir. Fakat önce çekinmiş tanığın sonradan çekinmesini geri alıp tanıklık yapması duruşma bitmeden kabul edilebilir. Temyiz muhakemesi sırasında tanıklık yapacağım derse, dinlenmesi için bozma kararı verilmemelidir (CGK 3/11/86 YKD 87/6 929). Zira, çekinmenin geri almasının duruşmadan sonra kabulü, ona dinlenme sırasında tekrar çekinme hakkını ileri sürebileceğine göre, meselâ sanığın oğluna babasının dâvasını yersiz olarak uzatma hattâ zaman aşımına uğratma yetkisinin tanınması anlamına gelir.

¹⁹⁴¹ 1975 Alman reformunda, küçüklük ve akıl hastalığı gibi bir sebeple çekinme hakkını gereği gibi kullanamayacaklar için kanunî temsilcinin, o da sanıksa kayyımın rızası aranmıştır (Grauhan, 378). Alman CMK (§ 53) basını korumak için, gazetecilere bazı şartlarla tanıklıktan çekinme yetkisi vermektedir (İçel: Gazetecilerin tanıklıktan çekinme hakkı, CHKED No. 1, 1878, 41).

¹⁹⁴² Ödenek yokluğu yüzünden, tatbikatta çok defa tazminata hükmolunamamakta, hükmolunduğu zaman da ödenememektedir. Bu yüzden tanıklık angarya haline gelmekte, tanıklar bu angaryadan kurtulmaya çalışmakta ve bu hal muhakemelerin uzamasına yol açmaktadır.

aydınlanmasına yararsa, istendiğinde, mahkeme tazminatın Devletçe ödenmesine karar verirdi (CMUK 213/3). Sanığın duruşmaya getirdiği (CMUK 213/1) tanığa da aynı norm uygulanmalı idi. Ancak bu düzenleme yeni Kanuna alınmamıştır.

347. d) Tanığın çağırılması.

Tanık, çağrı kâğıdı ile çağrılır. Gelmemenin kanunî sonuçlarının celpnamede gösterilmesi gerekir (CMK 43/1).¹⁹⁴³ İstisna olarak, zorla getirme müzekkeresi verilerek kolluk zoru ile de getirilmesi kabul olunmuştur. Çağrı kâğıdı, tevdi sureti ile tebliğ olunur.

Soruşturma evresinde istisna olarak tanık dinlenen hallerde de tanıklar çağrı kâğıdı ile çağrılır. Bu aşamada ifade verenlerin, tanık olmadıkları için, tanık gibi çağırılması gerekmez, sözle tebliğ mümkündür.

Duruşmaya davet, kaide olarak, duruşma hazırlığı aşamasında olur. Savcı istediklerini çağırabilir. Çünkü iddianamede yazılı tanıklar çağırılır. Savcı, bunlardan başka kimseleri tanık olarak çağirtmak istiyorsa bunların isimleri ile adreslerini sanığa vakit ve zamanı ile bildirir (CMK 179).

Sanık için iki imkân vardır: (1) Bazı kimselerin tanık sıfatı ile dinlenmeleri için çağırılmasını isteyebilir. Bu takdirde duruşma gününden beş gün önce mahkeme başkanlığına bir dilekçe verir. Başkanlığın kabul veya ret hakkındaki kararları derhal sanığa bildirilir (CMK 177). (2) *Duruşmaya getirebilir* (CMK 178). Sanık da gerek doğrudan doğruya davet ettirdiği yahut yanında getireceği tanıkların isimleri ile adreslerini savcıya zamanında bildirecektir (CMK 179). (3) Mülga CMUK (m. 213) üçüncü imkân, tanığa ödenecek olan tazminatın mahkeme kalemine yatırmak suretiyle mahkemece celpname çıkarılması idi. Yani Kanun bunu düzenlemedi.

Duruşma hazırlığı aşamasında başkanın da re'sen tanık çağırılmasına karar verebileceğine dair CMUK 214. madde yeni Kanuna alınmamıştır. Mahkemeye duruşma aşamasında tanıkların re'sen veya istek üzerine çağırılmasına karar verme yetkisini veren CMUK 237/3. fıkra hükmü de yeni Kanuna alınmamıştır.

348. e) Tanığın dinlenmesi.

Tanık dinlenmesinde aşağıdaki işlemler yapılır:

I. Duruşmanın başlaması sırasında yapılan işlemler.

Tanık, duruşmada yoklamadan ve sanığın kimliğinin tespitinden sonra salondan çıkarılıp iddianame okunduktan ve sanık sorguya çekildikten sonra dinlenmek için içeri alınınca (CMK 191), ilk yapılacak iş, tanığın kimliğinin tespitidir.¹⁹⁴⁴ İkinci olarak, gerekiyorsa beyanına ne dereceye kadar itimat edilebileceği hakkında hâkimi aydınlatacak hallere taallük eden, özellikle sanık veya mağdurla olan münasebetlerine dair sualler sorulur (CMK 58/1). Hâkim, tanığa tanıklık yapacağı olayla ilgili olarak bilgi verir, hazır olan sanık tanığa gösterilir, sanık hazır değil ise, kimliği açıklanır (CMK 59/1).

Hâkim tanığa, varsa tanıklıktan çekinme hakkını bildirir (CMK 45, 46, 48) ve tanıklıktan çekinmesinin dayanağını oluşturan olguları bildirmesi durumunda tanığa bu hususta yemin verdirilir (CMK 49). Beyandan çekinmeyen tanığa hâkim yemin verip vermeyeceğini takdir eder. İcabında yemin, beyandan sonraya bırakılabilir (CMK 54/1). Varsa, yeminden çekinme yetkisi tanığa hatırlatılır (CMK 51). Gerekiyorsa, tanığa, ifasına davet olunduğu görevin önemi münasip bir lisanla anlatılır (CMK 53). Tanık yemin eder (CMK 54-56).

II. Bizdeki doğrudan ve çapraz sorgu.

¹⁹⁴³ CMK 43. Alt Komisyon tasarısındaki, çağrı kâğıdı gönderme ile telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlarla çağrı yapmada, gelinmemesi durumunda aynı sonuçların doğacağı şeklindeki düzenlemeden vazgeçilmiştir (Şahin 2005, 165). Kolluğun tanık dinlemesi ise 59. maddede düzenlenmiştir.

¹⁹⁴⁴ 61. maddenin ilk şekline göre kimlik tespiti için adın, sanın, yaşın, işin, dinin ve ikametgâhın sorulması lâzım ise de Anayasaya göre (Any. 24/3), kimse dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağından, madde zımnen tâdil edilmiş ve neticede din sorusu hakkındaki kısım maddeden çıkarılmıştır. Gerçekten, 61. maddede yer alan "dini" sözcüğü, Anayasa Mahkemesinin 2.2.1996 tarih, E. 95/25, K. 96/5 sayılı kararı ile iptal edilmiştir (RG. 26.9.1996).

Aşağıda doğrudan soru ve çapraz sorgu bahsi ayrıntılı olarak açıklanacaktır. Tanık, “anlattırıcı sorular” sorularak bildiklerini söylemeye davet olunur. Tanık bildiklerini anlatır. Tanığın sözü kesilmez (CMK 59/1).¹⁹⁴⁵

Kanun, “çapraz sorgu” niteliğini verdiği CMK 215 ile, katılana, vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafiiine “karşı soru” sorma hakkını tanımıştır. Muhakemenin kolektiflerine ters düşen CMUK 250 inci maddesinin değiştirilmesi yerinde olmuştur.¹⁹⁴⁶ Bu maddenin değiştirilmesini, savcıya, varsa katılana ve müdafie de sorulmasını önceki basılarda önermiştik.¹⁹⁴⁷ CMK 215 delillerin müşterekliğini sağlar biçimde katılana ve C. savcısına da hâkimi aracı kılmadan, doğrudan soru sormayı düzenlemiştir. Zira, diyeceğini söylemek ile, *bizzat soru sormak*, farklı şeylerdir.

Hâkim tarafından beyana davet edildikten sonra, tanıkların *sözleri kesilmeden* konuşmaları ve ondan sonra sorulması, Kara Avrupası’nın tercih ettiği bir sistemdir. Bunun da sebebi, sualın tanığı tesir altında bırakacağından korkulması, tanığın tesir altında kalmadan beyanda bulunmasının istenmesidir. Tanıkların önceden kendilerine öğretilenleri söyledikleri ise, çok görülmüştür. Samimi beyan, çok defa, onun hazırlanmadığı sahada sorulan bir soru üzerine derhal verdiği cevaptır.

Tanığın sözü kesilmeden¹⁹⁴⁸ anlatacakları bittikten sonra (CMK 59/1, 201) “telkin edici” sorular sorulur (CMK 59/2, 215). Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde, mahkeme başkanı sorunun gerekip gerekmediğine karar verir. İlgili yeniden soru sorabilir (CMK 201/1).¹⁹⁴⁹

Ceza Muhakemesi Kanunu hem *doğrudan soru*¹⁹⁵⁰ yöneltme sistemini kabul etmiş (CMK 59/1, 201), hem de *tanıklık ederken söz kesmeme kuralını* koymuştur (CMK 59/1). Bundan, kanun koyucunun doğrudan soru ve çapraz sorgu sistemini tam olarak oturtmadığı anlaşılmaktadır.

Bütün bu mahsurlarına rağmen, Cumhuriyet savcısı ile müdafii ve vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukatın tanıklara doğrudan soru yönelmeleri faydalıdır ve maddi gerçeğin ortaya çıkmasında önemli bir katkıda bulunabilecektir (CMK 201/1).

Ancak, sanığa ve bizzat katılanın kendisine, tanığa doğrudan soru yöneltme hakkı tanınmamış, bunun başkan aracılığı ile yöneltilmesi sistemi kabul edilmiştir (CMK 201/1).

Tanıklar, hakikatin daha iyi meydana çıkması için, kovuşturma evresinde yüzleştirilebilir. Soruşturmada evresinde de gecikmede tehlike varsa veya kimliğin anlaşılması için gerekli ise, istisna olarak, tanıklar birbirleri ile veya sanıkla yüzleşebilir (CMK 52/2).

III. Anglo Amerikan Hukukundaki “direct and cross examination”.

¹⁹⁴⁵ (Williams: The proof of guilt, Londra, 1963, s. 71, 74). Harp suçlularını muhakeme eden Nürnberg mahkemesinde de bu sistem uygulanmıştır. Kanaatimizce, karşılıklı soru sorma sisteminin faydaları, hâkimin toptan soru sorması ile birlikte uygulanabilir. Bunun için tatbikatta tarafların soru sormalarının başkan tarafından güçleştirilmemesi kâfidir. CMUK 2002 avukatların tanığa doğrudan soru sormasını kabul etmiştir.

¹⁹⁴⁶ Mülga Kanun deliller ortaya konduktan sonra, bir diyeceği olup olmadığının sadece sanığa sorulmasını öngörmüştü (CMUK 250).

¹⁹⁴⁷ Alman kanunu bugün bu imkânı tanımaktadır. Ancak hukukçu olan savcı ve müdafii düşünerek onlardan istek gelmesini aramaktadır (StPO 257, II). Biz katılanı da hesaba kattığımızdan, sormadan yanayız.

¹⁹⁴⁸ Anglosakson Hukuku bunun için tanığın sözü kesilmeden toptan beyanını kabul etmemiş, sualler sorma üzerine cevaplar vermesi şeklindeki beyanı tercih etmiştir (doğrudan soru). Anglosakson Hukukunda, itham sistemi esas olduğundan sualleri de hâkim değil, taraf avukatları sormaktadır. Ancak Anglosakson sisteminin mahzuru da yok değildir. Tanıklar ancak sorulan suallere cevap verdiklerinden bütün bildiklerini söyleyemezler. Bazı hususlarda, hattâ kasten, sorulmadığından tanığın bilgisi tam olarak ifade edilemez ve beyanın yanlış bir şekilde anlaşılması tehlikesi belirir. Sualler sorarak tanığı dinleme o kadar faydalı olmuştur ki bu sistem Anglosakson Hukukunun Muhakeme Hukukuna muhakeme metodu bakımından yaptığı en büyük ve en devamlı hizmet olarak kabul edilmiştir.

¹⁹⁴⁹ 16 yaşından küçükleri korumak için Almanya’da 1975’ten beri sadece başkan soru sorabilmektedir (Long, 214).

¹⁹⁵⁰ Mülga Kanundaki düzenleme şöyle idi. Başkan, kendisi gerekli gördüğü sualleri sorduktan sonra, üyelerin ve tarafların sorularını alır ve kendisi bu soruları tanığa sorardı. Yani ilgililer belli bir soruyu sormasını başkandan isteyebilirlerdi. Mülga Kanuna göre (m. 233), talep üzerine “bizzat” soru sorma izni verilebilirdi. Tarafların “anlaşması gerekli olduğu için, bu hüküm uygulanmıyordu. Tanığın sözü kesilmeden tanıklık edeceği husustaki anlatacakları bittikten sonra, tanıklık edilen konuların dayandığı durumları gereğince değerlendirebilmek için tanığa ayrıca soru yönetilebilirdi.

1. Genel Bilgiler.

Muhakemenin “maddi gerçeği ortaya çıkarma gayesi“, Avrupa Hukuk Sisteminde ve Amerikan Hukuk sisteminde aynıdır. İkinci gaye, uyumsuzlukların sona erdirilmesidir.¹⁹⁵¹

Amerikan sistemi karmaşıktır, pragmatiktir, tecrübeye dayanır, önce verilmiş olan kararlar kanun gibi bağlayıcıdır. Avrupa sistemi ise, *Napolyon* Kanunlarına dayanır, basittir, akademisyenler tarafından hazırlanmıştır, teoriktir, sistematik olarak hazırlanmış kanunlar hâkim tarafından uygulanır, önceki kararlar kanun gibi bağlayıcı değildir.

Amerikan Hukukunda “sanığın, aleyhindeki tanıklara çapraz soru sorma hakkı” (*cross examination*) vardır. Bu düzenleme Amerikan Hukukunda, “*hear-say is no evidence*” kuralını doğurmuştur. Susma hakkı da farklı düzenlenmiştir. Amerikan Sisteminin iyi ve kötü tarafları vardır: Şeffaftır, vatandaş karar verme aşamasına katılır, kapalı kapılar arkasında karar verme yoktur. Bu sistem masraflıdır, uzun zamanı gerektirir, karmaşıktır.

2. Delillerin ikamesi.

Buradaki temel kural, “esasa ilişkin (*relevant*) bütün delillerin duruşmada ikame edilmesi, “esasa ilişkin olmayan” (*irrelevant*) delillerin ikame edilmesi talebinin reddedilmesidir.

Esasa ilişkin olma (*relevancy*) iki aşamada tayin edilir: Birinci aşama, “delilin olayla mantık açısından ilişkili” bulunmasıdır (*logical relevancy*) (FRE 401). Temel sorun, delilin olayı temsil edip etmediğidir (*does it tend to prove?*)

İkinci aşama, adil yargılanma hakkı açısından “hukuki bağlantı”dır (*legal relevancy*). Buradaki temel sorun, ikame edilen delilin haksız bir önyargıya neden olarak sanığa ağır bir zarar vermesi ihtimali bulunup bulunmadığıdır. Amerikan Hukuk sistemine güç veren bu ikinci aşamadır. FRE 403 “*substantially*” kelimesini kullanır.

Daha önce verilmiş mahkeme kararlarının bağlayıcı olması, sistemi daha da güçlendirir. Örnek: Alışkanlık delil ile ispat edilebilir, kişinin karakter yapısının delil gösterilerek ispat edilmesi kabul edilmez. Genel kural budur: Kişilik yapısı duruşmada ispat edilemez. Bu kuralın ceza davalarında üç istisnası vardır: *Defendant’s mercy rule*, *Victim’s rule*, *Prosecutor’s rule*.

3. Tanıklara soru sorma.

Taraf muhakemesi sistemindeki çapraz (telkin edici) sorgu, tanığın gerçeği söyleyip söylemediğini denetler. Değer yargıları, telkin edici sorular ile daha iyi denetlenir: Kişinin anlama, kavrama kabiliyeti denetlenir, Hafıza yetenekleri denetlenir, Samimi olup olmadığı denetlenir. “*Hear-say*” yasaktır. Bu hak tanığa çapraz soru sorma hakkının korunması için kabul edilmiştir.

Hear-say iki unsurdan oluşur: Mahkeme önünde verilmiş olmayan bir beyan mevcut bulunmalıdır. Bu beyanın içeriğinin doğru olduğu, mahkemede iddia edilmelidir.

Hear-say yasağının 28 ile 35 arasında istisnaları vardır. Mesela, ölmek üzere olan kişinin başkasına söylediğini, bu kişi duruşmada anlatabilir.

Karşı tarafın duruşma dışında söylediği bir ikrarı duyan kişi, duruşmada tanık olarak dinlenebilir (Bizde muhakemenin iadesinde olduğu gibi).

Ani heyecan içinde iken söylenen sözleri duyan kişinin tanıklığı kabul edilir (*excited utterances*).

Bu istisnaların kaynağı “zaruret” (*necessity*) veya ifadenin “güvenilir olma” (*trustworthiness*) hususudur.

4. Susma hakkı.

¹⁹⁵¹ Amerikan delil hukuku, duruşmada uygulanan teknikler, duruşmada doğrudan (anlattırıcı) soru ve çapraz (telkin edici) soru sorma’nın kuralları, Profesör F. Tom Read/South Texas College of Law tarafından Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 20 Ekim - 2 Kasım 2003 tarihleri arasında düzenlenen Sertifika Programında anlatılan dersin planıdır.

Amerikan Anayasasının 5. Ek maddesi: “Hiç kimse bir ceza davasında kendisi aleyhine tanıklık yapmaya zorlanamaz”, demektir.

Susma hakkı olmazsa, sanık üçlü sorun yaşar: 1) Kendisi aleyhine tanıklık yapmak zorunda kalabilir. 2) Yalan söylemek zorunda kalır ve Amerikan hukukunda yalan tanıklıkla suçlanabilir. 3) Konuşmayı red ederse, mahkemeye saygısızlık suçu işleyebilir.

Susma hakkının sanık bakımından ve tanık bakımından ele alınan iki yönü vardır. Sanık bakımından susma hakkı “mutlaktır” (*absolute*). Sanık susma hakkını kullanırsa, ona artık hiçbir soru sorulamaz. Fakat sanık susma hakkını kullanmaktan vaz geçip, konuşmayı tercih ederse, “tanık” olur ve tanıklar için konulmuş olan mecburiyetlere tabi olur.

Tanık bakımından da vereceği cevap ile kendisini veya bir yakını suçlayacaksa, “susma hakkı” vardır. Tanık gelmek mecburiyetindedir. Doğru söylemek mecburiyetindedir. Bu mecburiyet, susma hakkı varsa, ortadan kalkar.

5. Bilirkişi'nin görüşü ve bilimsel deliller.

“Bilirkişi” kavramı. Bilirkişi'nin bilimsel bilgisi resmen kanıtlanmış olmalıdır. Bilirkişi'nin raporunu hazırlarken kullandığı bilimsel metodun bilim çevrelerince kabul edilmiş olması gerekir. Bilirkişi duruşmada “tanık gibi” dinlenir.

Bilirkişi “kanaat” (*opinion*) açıklar. Bu kanaatin bilimsel gerçeklere dayanıp dayanmadığı, duruşmada denetlenir. Supreme Court “*Daubert*” kararında, hâkim in bilirkişi raporu konusunda kontrolü kaybetmemesi ve “bilim dışı” görüşleri (*junk science*) kabul etmemesi gerektiğine karar vermiştir.

Mahkeme şunları denetleyecektir: Bilirkişi “bilimsel metodları” (*use of scientific method testing*) uygulamış mıdır? Diğer bilim adamları bu konuda yayınladıkları eserlerde (*peer review*) neler düşünmüşlerdir?

Bu metotlar bilim çevrelerinde genel olarak kabul edilen (*general acceptance*) bir metot mudur?

Bilirkişinin seçimi, Amerikan sisteminde davanın taraflarına aittir. Dava taraf bilirkişilerinin mücadelesi şeklinde cereyan eder. Hâkim tarafından seçilen “objektif bilirkişi” seçimi usulü giderek yaygınlaşmaktadır.

6. Tanıklara “doğrudan soru” sorma.

Bunun için profesyonel “beceri” (*skills*) sahibi olmak şarttır.

Duruşmada, tahkim yolu ile, uzlaşma metotları ile, uyuşmazlık çözümlenmenin bütün metotlarında ve ifade alma sırasında, soru soran kişinin profesyonel olması gerekir. Bütün sistemlerde, soru soran kişilerin “temel bazı bilgilerle” donatılmış olması gerekir.

Hukuk fakültelerinde “beceri eğitimi” verilmesi, Amerika’da sadece 25 yıldan beri yapılmaktadır. Avrupa’da ise, hiç yapılmamaktadır. Bahçeşehir Üniversitesinde uzmanları tarafından kurslar verilmiştir.

Tanığa “doğrudan soru” sormak (*direct examination*) ve “çapraz soru” sormak (*cross examination*) arasındaki fark vardır: doğrudan soru sormada “yönlendirici soru” sorulması yasaktır. Çapraz sorguda “yönlendirici soru” sorulabilir ve sadece yönlendirici soru sorulmalıdır.

“Yönlendirici soru”, cevabını içinde taşıyan bir sorudur.

Soru sormada kullanılan “araçlar” (genellikle kullanılan beceriler) şunlardır:

“*Motion in limine*” (karşı taraf delili duruşmada ikame edemeden, hemen itiraz etmek).

“*Offer of proof*” (delil ikamesi talebi yapıldığını tutanağa geçirterek, daha sonra temyiz aşamasında kullanmak üzere bir temyiz sebebi hazırlamak).

“*The rule*” (*sequestration of witnesses*), “*Connection-up*”, “*Rule of Completeness*”, “*Laying a foundation*”: İtiraz etme ve itirazları karşılama sanatı, sadece iki kuraldan oluşur. Bu kurallar çok basittir, fakat iyi uygulamak çok zordur. İtiraz “zamanında” yapılmalıdır. İtirazın özel bir gerekçesi

(*specific*) olmalıdır. İtiraz eden kişinin, “iki cephede birden savaş vermekte olduğu” dikkate alınmalıdır. İtiraz etme kararını vermek, bir “beceri’yi” gerektirmektedir.

7. Tanıklara “çapraz soru” sorma.

Çapraz soru sorma, hukuk tarafından düzenlenmemiştir. Zaman ile kazanılmış tecrübe kurallarının nesilden nesile geçmesi ile oluşmuş gelenekler vardır. Çapraz sorguda hiçbir zaman yapılmaması gereken “hatalar” şunlardır:

- Hiçbir zaman “niçin” sorusunu sormayın. Sorarsanız, tanık üzerindeki kontrolü kaybedersiniz.
- Hiçbir zaman “gerektiğinden fazla” soru sormayın.
- Hiçbir zaman “cevabını bilmediğiniz” bir soruyu sormayın.
- Aynı soruyu tekrar sormayın.
- Soru sorunca “lehe puan” toplamayacaksınız, hiç soru sormayın.

8. Yöntem.

Tanığın anlattığı olayın doğru olduğuna dair itimadın sarsılması (*impeachment*) ve tanığın anlattığı olayın “zayıf noktalarının” meydana çıkartılması (*attack on the weak portions of the witness story*) gerekir.

Çapraz sorguda sorulacak soruların sıralanması usulü konusunda tecrübeli avukatların tavsiyesi şudur: *Önce, “ikinci en önemli zayıf noktayı” çürütmeye çalışın. Sonra sıra gözetmeksizin, tespit ettiğiniz bütün zayıf noktalara vurun. En önemli zayıf noktayı, en sona saklayın.*

IV. Çocuk ve kırılgan tanıkların dinlenmesi.

1. Çocuk tanıkların dinlenmesi.

Yaş küçüklüğü tanıklığa engel değildir. İşlenen suçun etkisiyle mağdurun ve özellikle mağdur çocuğun genellikle psikolojisi bozulur. Bu durumda bulunan bir kişinin birden fazla defa ifadesinin alınması veya tanık olarak dinlenmesi, o kişiyi her bir seferinde tekrar zedeler. Diğer taraftan özellikle çocuk mağdurlar açısından, olayın tazeliği içerisinde söylenebilen ayrıntıların aradan uzun bir süre geçtikten sonra hafızada kalmadığı da bilinen bir gerçektir. Bu iki gerekçe ile, yani ikinci kere mağdur etmemek yolu ile mağdurun korunması ve bir defa esaslı bilgi almak suretiyle, güvenilir bilgi edinme ihtiyacı nedeniyle, Kanunda “sadece bir defa dinleme” kuralı getirilmiştir (CMK 236/2).

Kanun bu tür dinlemeleri mağdur çocuklar bakımından ses ve görüntü kaydı ile tespit etme, yani bir belge oluşturma zorunluluğu kabul etmiştir (CMK 52/3-a). Bunun dışında duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddi gerçekliğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olan kişilerde de ses ve görüntü kaydı ile oluşturulan bir belge hazırlanması zorunludur (CMK 52/3-b). Kanun “kişisel verilerin amaca bağlılığı ilkesinden” yola çıkarak, CMK 52/3 uygulanarak elde edilen ses ve görüntü kayıtlarının sadece ceza muhakemesinde kullanılmasını kabul etmiş ve “delil yasağı” oluşturmuştur.

İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan çocuk veya mağdurun soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenmesi sırasında “psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi” bulundurulacaktır. “Bilirkişi” statüsünde olan bu uzman (CMK 236/3) öncelikle mağdurun mahkeme salonunda tanık olarak dinlendiği sırada ne gibi sorularla karşılaşacağı konusunda onu aydınlatmak üzere, bir ön görüşme yapması gereklidir. Ön görüşmenin daha da öncesinde uzmanın mağdurun kişilik yapısını inceleyecek bir şekilde sosyal inceleme veya sosyal araştırma yapması uygun olur. Böylece uzman, mahkeme heyeti tarafından mağdurun verdiği beyan değerlendirilirken, uzmanlık bilgisinden edindiği kanaati açıklayarak, mağdurun verdiği beyanın hukuki bir içerik kazanmasını sağlayabilecektir.

Çocuk Koruma Kanunu suça sürüklenen çocuk açısından soruşturma işlemlerinin bizzat savcı tarafından yapılmasını öngörmüş ve şüpheli çocuğun hazır bulunduğu işlemlerde de sosyal çalışma görevlisinin bulundurulmasına izin vermiştir (ÇKK 15). Ancak, mağdur çocuk açısından böyle bir düzenleme olmadığı için, bunların ifadesinin polis tarafından alındığı görülmektedir. Mağdur çocuğu örselenmekten koruyucu esaslı tedbirler almış olan kanun koyucunun polis tarafından ifade alınmasına

da izin vermemesi gerekirdi. Ya şüpheli çocuğun ifadesinin uzman polisler tarafından psikolog, pedagog, müdafî ve yakınları bulundurulması da kabul edilmeli veya sistem korunacak ise mağdur çocuğun polis tarafından ifadesinin alınması da yasa ile engellenmelidir. Bizce uzmanlaşmış çocuk polisine güvenmek ve yasal güvenceler alınarak yetki vermek daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.

2. Kırılğan guruptaki mağdurların dinlenmesi.

Türk Hukuku mağdurun ikincil mağduriyetini önlemek amacı ile son yıllarda önemli atılımlar gerçekleştirmiştir. Mukayeseli hukuka baktığımızda özellikle ağır travma yaşayan mağdurların duruşmaya hiç çıkartılmadıkları ve duruşma öncesi aşamalarda uzman tarafından müdafice hazırlanmış soruları da içeren soruların çocuğa yöneltildiği, bu ifade alma “oturumunun” banda kaydedildiği ve duruşmaya uzmanın bilirkişi olarak çıkararak beyanda bulunduğu görülmektedir.

Böyle bir uygulamanın sanığın adil yargılanma hakkı açısından, yani duruşmada kendisini suçlayan mağdura doğrudan veya müdafisi aracılığıyla sorular sorma veya sordurma hakkını sınırladığı bir gerçektir. Ancak menfaatlerin dengelenmesinden oluşan hukuk sisteminde somut olaya ilişkin olarak hâkim in çocuğun üstün menfaati ile sanığın müdafaa hakkını karşılıklı olarak tarttıktan sonra o olaya özgü olarak karar vermesi yöntemi bizde de uygulanmıştır. **YAZILACAK**

V. Tanıkların korunması.

Tanık beş duyusu ile suç teşkil eden fiil hakkında mahkemeye bilgi verdiği zaman aleyhinde tanıklık ettiği kişinin husumetine maruz kalır. Bu olgu hayatın doğal akışına uygundur. Ancak bazı özel durumlarda, gene hayat tecrübesi tanıkların genellikle intikam duygularına hedef olduğunu ve bilhassa örgüt suçlarında örgütün bu tür tanıkları ortadan kaldırdığını göstermiştir. Dünyadaki hukuk sistemlerinde bu realite nazara alınmış ve tanık koruma kanunları düzenlenmiştir.

Olağan suçlarda tanıklık yapanların suç muhitinde yer almamalarına mukabil, örgüt suçlarında, örgütün içinden çıkarak bir nevi örgüte ihanet eden kişilerin örgüt aleyhinde tanıklık yapmaları çeşitli sebeplere dayanabilir. Bir kısmı gerçekten pişman olmuş, örgütten ayrılıp normal bir hayat yaşamak istemekte olabilir. Bir kısmı ise örgütün kendisine bir yerde haksızlık yaptığını düşünerek, örgütü ele vermek isteyebilir veya örgüt tarafından yönlendirilerek böyle bir beyanda bulunmaya ve gerçekleri tahrif etmeye yönlendirilmiş olabilir. Bazen de sadece maddî çıkar elde etmek amacıyla örgüt aleyhine tanıklık yapan bir kişi söz konusu olabilir. Dünyadaki tanık koruma programları genellikle başarılı olmamış ve korunan tanıkların çoğu tekrar eski muhitlerine dönmüşlerdir.

Türk Hukukunda tanık koruma Terörle Mücadele Kanunu'nun 20. maddesi ile gözle görülür hale gelmiştir. Kaçakçılık ile ilgili hükümlerde de kimliğin gizli tutulmasına ilişkin bazı hükümler mevcut bulunmakta idi ise de TMK 20, hem terörle mücadelede görev alan devlet görevlilerine hem de, suçların aydınlatılmasına yardımcı olanlar hakkında gerekli koruma tedbirlerinin devlet tarafından alınmasını öngörmüştür (TMK 20/1). Yasaya göre estetik cerrahi yoluyla fizyolojik görünüm değiştirilmesi dahil, nüfus kaydı, ehliyet benzeri belgelerin değiştirilmesi, malvarlıkları ile ilgili haklar ve sosyal güvenlik haklarının korunması gibi hususlarda düzenleme yapma yetkisi verilmiş (TMK 20/2), tedbirlerin uygulanması için de İçişleri Bakanlığı ile diğer kurum ve kuruluşlar çıkartılacak yönetmelik çerçevesinde gizlilik kurallarına uymakla yükümlendirilmişlerdir (TMK 20/3).

Tanıkların korunması hususu, CMK düzenlenirken de ele alınmış ve “bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak” uygulanmak üzere (CMK 58/5) tanığın kimliğinin saklı tutulması için önlem alınması öngörülmüştür (CMK 58/2).

Tanığın kimliğinin gizli tutulmasının dışında hâkim in tanığı hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinleyebilmesi kabul edilmiştir (CMK 58/3).

Bu usulün uygulanabilmesi için örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçun tanığının hazır bulunanların huzurunda dinlendiği takdirde tanığın kendisi için ağır bir tehlike doğması ve bu tehlikenin başka türlü önlenememesi ya da maddî gerçeğin ortaya çıkartılması açısından tehlike oluşturması koşulları aranmış, ayrıca tanığın dinlenmesi sırasında “ses ve görüntülü aktarma yapılması mecburiyeti” getirilmiştir. Ses ve görüntünün tanınmayacak şekilde değiştirilmesinden bahsetmeyen bu düzenlemede, tanık duruşma salonunda bulunmakta fakat soru sorma hakkı olanlar canlı bir şekilde sorularını sorabilmektedirler.

Ceza Muhakemesi Kanunundaki bu düzenlemenin sadece örgüt suçlarını kapsamaması, diğer suçlarda tehdit altında olan kişileri korumaması bir eleştiri noktası idi. Düzenlemedeki eksiklikler 2007 yılında 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun hazırlanmasına yol açtı.

Tanık Koruma Kanunu (TKK), tanıklık görevi yapması sebebiyle kendisinin veya yasada belirtilen yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya malvarlığı ağır ve ciddi tehlike içinde bulunan ve korunması zorunlu olan kişiler hakkında alınacak koruma tedbirlerini düzenlemektedir. Görüldüğü gibi TKK 1. madde tanık korumayı örgüt suçu ile sınırlı tutmamıştır. Mağdurları da tanık sıfatıyla dinlendiği takdirde korumaya alan Yasa, tanığın yakınları hakkında da koruma tedbiri alınmasına izin vermektedir (TKK 2).

Tanığın korunmayı hak etmesi açısından cezanın ağırlığı kriteri öngörülmuş, ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarla örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların tümünün tanıkları için koruma öngörülmiştir (TKK 3).

Ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler ile, CMK 236. maddeye göre tanık olarak dinlenen suç mağdurları, bunların nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üst soy veya alt soyu, 2. derece dahil kan veya 2. derece dahil kayın hısımları ve evlilik bağı içinde bulunan kişiler hakkında, tanık koruma tedbiri alınabilmektedir (TKK 4/1-b).

Kanunda tanığın “yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler” de koruma kapsamına alınmış ve kapsam oldukça genişletilmiştir. Ancak koruma tedbirinin uygulanabilmesinin ön koşulu, hayat, beden bütünlüğü veya malvarlığı açısından ağır ve ciddi bir tehlikenin bulunması ve korunmanın zorunlu olması koşuluna bağlanmıştır (TKK 4/2). Bununla birlikte Kanunda tanımlar maddesinde tehlikenin ne olduğu, ağır ve ciddi tehlikenin anlamı açıklanmış değildir.

Tanık koruma tedbiri olarak CMK 58 de de yer alan kimlik bilgilerinin gizli tutulması, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinleme ya da ses ve görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi (TKK 5/1-b), tutukluların veya hükümlülerin başka kuruma nakledilmesi, fiziki koruma sağlama, kimlik bilgisinin değiştirilmesi, çalışan kişinin işyerinin değiştirilmesi, yurt içinde başka yerde yaşamasının sağlanması ve estetik cerrahi yoluyla fizyolojik görünümünün değiştirilmesi ve buna uygun yeni kimlik düzenlenmesi gibi tedbirler öngörülmiştir (TKK 5).

Tanık koruma tedbiri kararı soruşturma evresinde C. savcısı tarafından kovuşturma evresinde ise mahkemece verilir (TKK 6/1). Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amirinin yazılı emri ile geçici tedbir almak da mümkündür (TKK 6/2). Kovuşturma evresinde tanıklık görevi yapıldıktan sonra tanık koruma tedbiri alınacaksa bunların Tanık Koruma Kurulu tarafından verilmesi (TKK 13) öngörülmiştir.

Tanık koruma tedbiri kararında korunan kişinin açık kimlik ve adres bilgileri, tanıklığın konusu olan olay ve diğer yasada öngörülen hususlara yer verilir (TKK 7).

Uygulandığı tarihten başlamak üzere ve en geç birer yıl aralıklarla tedbir hakkında karar verilir. Koruma birimi *takip raporu* düzenler. Koruma tedbiri kararının kaldırılabilmesi haller TKK 8/4 de gösterilmiştir. Buna göre, tanığın koruma kararı verilmesine neden olan olay hakkında yanlış bilgi vermesi, bildiği hususları açıklamaması, yalan tanıklık veya iftiradan mahkûm olması, önceki kimlik bilgileri hakkında yanlış beyanda bulunması ve koruma sebebinin ortadan kalkması gibi durumlarda tedbir kaldırılmaktadır.

Tanık Koruma Kanunu'nun en önemli hükmü, korunan tanığın dinlenmesi ile ilgili usul kurallarıdır. Burada CMK 58. maddenin 2 ve 3. fıkraları örgüt suçu olup olmadığına bakılmaksızın uygulanacaktır (TKK 9/1). Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan tanık dinleme kararı verilmişse (CMK 58/3), dinleme sırasında tanığın görüntü veya sesi değiştirilerek tanınması engellenebilmektedir. Bu düzenleme ile CMK 58/3. maddede tenkit ettiğimiz husus giderilmiştir. Bu gibi durumlarda tanığın verdiği beyan duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlara açıklanır (TKK 9/4).

Diğer bir yöntem tanığın duruşma salonunda hazır bulundurulmasına rağmen fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda bir dinleme yapılması da mümkündür (TKK 9/3). Fiziksel görünümü engellenmiş

olan tanığa CMK 201 uyarınca doğrudan soru sorulabilir. Ancak bu soruların tanık hakkında uygulanan tedbirle orantılı ve amaca uygun olması gerekir. Hâkim bu amaçla, sorulan soruların tanığa sorulmamasına karar verebilir veya tanığı dinlerken tanığın kimliğini ortaya çıkartacak soruların sorulmasına izin vermez (TKK 9/5).

Kanun koruma altındaki tanığa sorulan soruların duruşmada hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmünde olduğunu varsaymıştır (TKK 9/7).

Eğer tanığın kimlik ve adres bilgileri gizli tutulmuş (TKK 5/1-a) veya tanık duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmiş ya da ses veya görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenmişse (TKK 5/1-b), bu takdirde tanığın verdiği beyan tek başına hükme esas teşkil etmez (TKK 9/8). Bu hüküm keşif sırasında da uygulanır (TKK 9/9). Ancak Tanık Koruma Kanununda tanık koruma tedbiri altındaki tanığın dinlenmesi yoluyla savunma hakkının kısıtlanması kabul edilmemiştir (TKK 9/10).

Yukarıda açıklanan koruma altındaki tanığın duruşmada dinlenmesine ilişkin usul kamuoyunda “gizli tanık” olarak isimlendirilen durumu yansıtmaktadır. Menfaatlerin dengelenmesi çerçevesinde her somut olayda hâkim in ayrı bir değerlendirme yapması gerekir. Sanığın savunma hakkı, aleyhindeki tanığı görmek ve ona sorular sormak, sordurmak hakkı kutsaldır, fakat tanığın yaşama hakkı da kutsaldır. Hâkim in çatışan menfaatleri dengeleyici bir karar vermesi gerekecektir. Ancak savunma hakkının özüne hiçbir şekilde dokunmaması gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Van Michelen/Hollanda* kararından esinlendiği anlaşılan yasal düzenleme doğru uygulandığı takdirde yerindedir: Kimliği gizli tutulan ve kendisi duruşma salonunda bulunmayan sadece sesi duyulan tanığın verdiği beyanı, sadece bu delile dayanılarak hüküm kurulamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Ancak, hâkim in ayrıca beyanda bulunan bu korunan tanığın beyanının güvenilir olup olmadığını da ayrıca değerlendirmesi gerekir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, korunan tanıkların tanıklık yapmalarında maddi gerçeği saptırma amacı da mevcut bulunabilir.

349. Sanık beyanı: İfade alma ve sorgu.

I. İfade alma.

Maddi gerçeği araştırmak için yapılan ceza muhakemesinde yapılan en önemli işlemlerden biri olan “ifade almanın” (CMK 147) amacı da buna paraleldir: maddi gerçeği bulmak için araştırma yapmak. Bu temel gayenin yanında, tali nitelikte kalmak üzere, müdafaa hakkının sağlanması da vardır. Fakat asıl müdafaa amaçlı dinleme, hâkim tarafından yapılan dinleme olan “sorguda” ortaya çıkar. Cumhuriyet savcısının emri ile ifade alma, „dolayısı ile araştırmanın“ birinci şeklidir. Kolluğun ifade almada ve özellikle şüphelendikleri kimseden ikrar elde etmede zor kullanması hemen her memlekette görüldüğünden, bunu önlemek için ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır.

1. “İfade alma” kavramı.

Devletin şüphelendiği kişiye, bu suç ile ilgili soru sorması, “*ifade almadır*”. Devletin şüphelenmediği kişiye soru sorması ise, “*bilgi toplamadır*”. Bireyin “kendisini suçlamama hakkından” doğan, “hak öğretme” mecburiyeti vardır. Hâkim, şüpheli veya sanığa soru sorarsa, “sorgu” söz konusu olur.

Delillerin kararmasını önleyici tedbirleri aldıktan sonra, C. savcısına derhal bilgi vermesi gereken adli kolluğun, daha sonra C. savcısı tarafından adliyeye ilişkin olarak emir verildiği, daha doğrusu araştırma yapmak ile görevlendirildiğinde (CMK 161/2), yapacağı işlemlerin başında “ifade almak” gelir.

Ceza Muhakemesi Kanunu, kolluğun kendiliğinden ifade almasını yasaklamıştır. Kolluk her seferinde C. savcısı tarafından verilecek ayrı adli emirler üzerine ifade alma yetkisi kazanmaktadır (CMK 161/1). Yakalama sonrası, haklarını öğrenen şüphelinin, kendiliğinden konuşması, bunun istisnasıdır.

2. “İfadesine başvuru kişi”.

Kolluk “ifadesine lüzum gördüğü kimseleri” çağırır, lüzumlu şeyleri sorar (PVSK 15). Gelmemek kabahattir (KK 32). Kanunlarımızın kabul ettiği sisteme göre, kolluğun kendiliğinden tanık dinleme¹⁹⁵² ve sanığı sorguya çekme yetkisi yoktur.

Kolluk tarafından yapılan soruşturmada kelimenin teknik anlamı ile ‘tanık’ yoktur. Tanık, mahkeme önünde ifade veren kişidir. Bu nedenle ileride tanık olabilecek kişilerin belirlenmesi, bir ayıklama, eleme yapılması için soruşturma evresinde sırasında kişilerin ifadeleri alınır. Ayrıca hazırlıkta alınan kolluk ifadesinin amacı, ip ucu elde etmek ve bunu sürdürmektir. Başlangıç soruşturması sırasında bir kimseden şüphelenilmesi mümkündür. Ancak bu şüpheli, ifade verme bakımından, sadece “ifadesine lüzum görülen kimse”dir. Şikâyet edilen de henüz şüpheli veya sanık değil, ifadesine lüzum görülen kimsedir. Ancak kendisine, “şikâyet edilen kimse” olduğu da açıklanmalıdır.

Kolluk ifadesi alınan kimseleri yeminsiz dinler. Bunlar gelmezlerse, zorla getirilemezler. Zira zorla getirme ancak hâkimin veya savcının kararı ile uygulanabilen bir koruma tedbiridir.¹⁹⁵³ Mülga Kanuna göre C. savcısı tarafından çağırılan kişi kolluk eli ile getirilebiliyordu (CMUK 154/2). Ceza Muhakemesi Kanunu C. savcısının bu yetkisini genel suçlarda düzenlemedi, sadece örgüt suçlarında kabul etti (CMK 251/6).¹⁹⁵⁴

Çağırılan kimseler ifade vermekten çekinebilirler. Zira “tanık dinleme” durumu yoktur. Kaldı ki tanıklıktan çekinme hakkı olanlara, “ifade vermekten” de çekinebilecekleri hatırlatılmalıdır. Zorlama tutuklaması da (CMK 62) mümkün değildir.

İfade verenler, sadece hüviyetleri ile ilgili hususlara doğru cevap vermeğe mecburdurlar (KK 40).

3. Davet üzerine gelen kişinin ifadesinin alınması

Davet etmek, bir resmî makamın, belirli bir kişiye, belli bir zaman ve yerde hazır bulunmasını emretmesine verilen isimdir. Böyle hukuka uygun bir emir alan kişinin, hareket özgürlüğü kısıtlanmış olur; istenilen yerde ve zamanda hazır bulunmak mecburiyetindedir. Gitmezse aleyhte sonuçlara katlanır ve belli şartlar dahilinde, hakkında zor kullanılabilir.

Bir açıdan bakıldığında, hak kısıtlayıcı bir işlem olan davet işlemi, başka bir açıdan bakıldığında hak doğurucudur; gerçekten, savunma ve sorgu hakkının kullanılmasının yolu, davet edilmekten geçer.

Devletin bir kimseyi genel olarak davet etme yetkisinin doğabilmesi için, öncelikle o işlemin yapılabilmesi bakımından, çağırılan kişinin bizzat hazır bulunması zorunlu olmalıdır. Başka bir anlatım ile, yazılı cevap ile yetinilebilen hallerde, davet etme yetkisi hiç söz konusu olmaz.

Belirttiğimiz bu maddî şartın yanısıra, bazı şeklî şartlar da aranır: i) davet eden makamın yetkili olması gerekir, ii) şekil şartlarına riayet edilmesi lâzımdır (CMK 145). Davetiye imzalanmış veya mühürlenmiş olmalıdır. İstisnâî hallerde sözle davet mümkünse de yazılılık esastır. Davet edilecek kişi bir başkasıyla karıştırılmayacak şekilde tanımlanmalı, yer ve zaman tam olarak açıklanmalıdır.

¹⁹⁵² Almanlar aktif ve pasif sūjeye bakmadan, beyan elde etme işlemi için, “dinleme” tâbirini kullandıkları halde, biz, hâkim ve sanık söz konusu ise “sorgu”, hâkim ve sanıktan gayrisi söz konusu ise “dinleme”, diğer sūjeler bakımından ise “ifade alma” demişiz. Bu ayırım, farkları belirttiği için yararlıdır. Bu bakımdan 1985 değişikliğinde savcının sanığı sorguya çekmesinden, tanığı dinlemesinden söz edilmesi (CMUK “85-3206” 162/1) bizce isabetsiz olmuştur. *Demirbaş* (Timur, «Sanığın hazırlık soruşturmasında ifadesinin alınması», İzmir 1996, sh. 23), ifade alma kavramını etraflı bir şekilde açıklamış ve ifade alma sayılmayan «bilgi toplamayı» ayırmıştır. «Araştırma ifadesi» ve «doğrulatma ifadesi» şeklinde fonksiyonel bakımdan yapılan ayırım da dikkat çekicidir.

¹⁹⁵³ *Yenisey* de polis in ifade için çağırıldığı halde gelmeyen kişileri zorla getiremeyeceğini kabul etmekte (I, n. 498), “polis in bir kişiyi zorla getirmesi için önce çağırması gerekir” (n. 434) ve sanığa yapılan davette ifade vermek için gelmemesi halinde zorla getirileceği ihtarı yer almalıdır” demekte, bunun için de RiStBV. 44, II ye dayanmaktadır. Alman Hukuku da zorla getirmeyi hâkim in kararına bağlamıştır.

¹⁹⁵⁴ Mülga Kanunda, Savcı tarafından yapılan hazırlık soruşturması aşamasında teknik anlamda tanık yoksa da, savcılık “acele ve tutuklu işlerde” olayın tanık (ve sanıklarını) yazılı emir verilerek zabıta eli ile getirtebiliyordu (CMUK 154/2). Hâkim kararının yerine getirilmesi amacıyla, usulü dairesine çağırılıp gelmeyen tanıkları (CMUK 46) zorla getirme yetkisi zabıtaya verilmişse de, bu yetki zabıtanın bizzat araştırma yaparken başvurabileceği bir yetki değildi. Bu nedenle zabıtanın tanığı getirmek için re’sen zor kullanma yetkisi yoktu. Kovuşturma evresindeki durum farklıdır. Kanununun 45. maddesinin gerekçesine göre, tanıklar kamu görevi yapar.

4. Çağrı kâğıdı ile davet.

Kanunun “çağrı kâğıdı” (CMK 43/1) dediği davetiyeden, ilgilinin hangi sıfatla (tanık, sanık, bilirkişi vb.) çağırılmakta olduğu açıkça anlaşılmalıdır. İfade vermek üzere çağırıldığında, “şüpheli veya sanığa” hangi sıfat ile dinleneceği’ açıklanmalıdır. Bu çağrıda kendisine yöneltilen, şüphe veya isnadın ne olduğu da, (prensipl olarak) açıklanmalıdır. Fakat yapılan araştırmaların amacını tehlikeye düşürmek ihtimali varsa, sanığa isnat açıklanmayabilirse de, gönderilen davette ‘gelmemesi halinde, hâkim kararı ile zorla getirileceği ihtarı’ yer almalıdır.

Kural olarak, davet yazısı ile, işlemin konusu olan olay hakkında da bilgi verilmelidir. Çağrı kağıdının çıkarıldığı tarih ve tebliğ tarihi açıkça belli olmalıdır.

Kolluk da, yaptığı tahkikat sırasında, ifadesine müracaat etmek lüzumunu duyduğu kişileri çağırır, gelmediği takdirde zorla götüremez. Kolluğun çağırılan kişi veya kişilere, yaptığı araştırma ile ilgili soru yöneltme yetkisi, tabii ki vardır.

5. İfade vermek üzere adresten ayrılmama yükümü.

PVSK Ek m. 3’e göre polis, belirli durumlarda bazı kişilerin ikamet ettikleri yerden veya iş adreslerinden ayrılmamalarını isteme yetkisine sahiptir. Bu istemin yazılı yapılması mecburidir. Bu haller şunlardır: a) Devletin bütünlüğü, genel güvenliği ve Anayasal düzeni ile kaçakçılık ve uyuşturucu madde suçlarında yapılan soruşturmalarda ifadesine başvurulacak kişiler için, b) PVSK 4A’daki, kimlik tespiti yapılacak kişiler ile, vatandaşlık durumu tespit edilecek kişiler için, polis buldukları yerden ayrılmama yükümü getirebilir. Dolayısıyla bu kişiler ikametgâh veya işyerlerinden ayrılamayacak ve burada zorunlu olarak geçici de olsa ikamet etmek durumunda kalacaklardır. Mahallî mülkî amirin bu gibi kişilere izin verme hakkı vardır.

5. Tebligat.

Tebligat ile ilgili esaslar kanunla düzenlenmiştir. İlân yolu ile tebligat yapılabilen haller de vardır.

Yabancı ülkelerdeki kişilerin davet edilmeleri hakkında milletlerarası sözleşmeler yapılmıştır. Bu Sözleşmelerdeki esaslara uyulmalıdır.

6. Karakol dışında alınan ifadeler.

Soruşturma evresinde yapılan araştırmalar belli bir kişi üzerinde yoğunlaşmaya başlayınca, bu kişinin “şüpheli” statüsüne girdiği kabul edilir. Başka bir anlatım ile, anayasaların sanıklara sağladığı temel sanık hakları ile ilgili korunmalar, bu tür suç şüphesinin ortaya çıkması ile varlık kazanırlar. Yakalanarak gözaltına alınan bir kişi, bir suç şüphesi ile özgürlüğü kısıtlanmış olduğundan, yakalandığı ve gözaltına alındığı andan itibaren Anayasanın tanıdığı temel sanık haklarından yararlanmaya başlar.

Görüşme ilgilinin verdiği bir randevu üzerine, kendi alışkın olduğu bir çevrede gerçekleşiyorsa, bu tür ifadeler “gözaltında iken” alınmış sayılmaz. Suçun işlendiği yerde, olayın hemen arkasından polisin olay yerinde bulunan (şüphelenmediği) insanlara sorduğu sorular bakımından CMK 147’deki hakların bildirilmesi mecburiyeti; yani Miranda kuralları geçerli değildir.

Buradaki kural şudur: Eğer polis kişiyi özgürlüğünü kısıtlayarak yakalamış ve gözaltına almışsa, haklarını öğrenme hakları yürürlüğe girer. Soygundan birkaç dakika sonra yakalanarak kelepçelenen sanığa, silahlarını çekmiş olan memurların soru sormaları, Miranda kapsamındadır. Ancak, rutin bir trafik kontrolü için durdurulan bir otonun sürücüsü gözaltına alınmış sayılmaz.¹⁹⁵⁵ Buna benzer bir şekilde, makul ve “umma” derecesindeki bir şüphe üzerine durdurulan ve üzerinde arama yapılan bir kişi bakımından da Miranda kuralları geçerli değildir. Çünkü bu kişi gözaltına alınmış sayılmaz.

7. Gözaltında alınan ifade.

¹⁹⁵⁵ Berkemer v. Mc Carty 1984.

Gözaltına alınan şüpheliye CMK 147 uyarınca haklarının bildirilmesi mecburiyeti vardır.¹⁹⁵⁶ Ancak, karakolda verilen bütün ifadeler, “gözaltında iken alınmış” sayılmaz.¹⁹⁵⁷

8. Kendiliğinden ve iradi olarak yapılan açıklamalar.

“İradi açıklamalar”, ifade alma kapsamına girmez.¹⁹⁵⁸ Ancak, sorulan soru kendiliğinden açıklama yapan kişinin konuşmasını kolaylaştıracak basit sorular, konuşmanın akışı içinde olağan sorular olduklarında, hak öğretmeye gerek yoktur. Buna karşılık, “yönlendirici” ve olayın derinlemesine ayrıntılarını öğrenmeye yönelik sorular sorulacağı vakit, daha evvel haklarının öğretilmiş olması gereklidir.

9. “İfade alma” sayılan ve sayılmayan sorular.

İfade alma ve sorgu ile ilgili kurallar, Devletin kovuşturma makamlarına hitab eden hukuk normlarıdır. Kuralların konuluş amacı, “Devletin kovuşturma organlarının aşırı güç” kullanmalarının önlenmesidir. Bu nedenle, kovuşturma organı sıfatı taşımayan kişiler tarafından; mesela bir şahıs tarafından parayla tutulmuş, resmi sıfat taşımayan bir kimse tarafından sorulan sorular veya okulda meydana gelen bir olay nedeniyle müdürün sorduğu sorular ve hatta suç mağduru tarafından şüpheliye sorulan sorular bakımından CMK 147 de yer alan ifade almaya ilişkin kurallar uygulanamaz.

Ancak, memurların işlediği iddia edilen suçlarda yapılan ön araştırmalar sırasında, soruşturmacının sorduğu sorular bakımından ifade almaya ilişkin kuralların uygulanması gerekir. Zira, bu tür sorulara verilen cevaplar, ileride bir ceza davasının açılmasına neden olabilirler (CF. *Cal. v. Byers*, 1971).

10. “İfade alma” sayılmayan soru ve işlemler.

İfadesi alınacak olan kişiye sorulan soruların ilk amacı, kimlik tespitidir. İlgiliye adının ve soyadının sorulması için, müdafii hazır bulunmasına gerek yoktur. Aynı şekilde, bir trafik kazasından sonra, kazaya karışan kişinin birbirlerine kimlik sormalarında da (KTK 81/c) müdafii hazır bulunması aranmaz (*Arizona v. Mauro* 1987). Bu tür kimlik sormalar teknik anlamda ifade alma değildir.

ABD Yüksek Mahkemesi maddi gerçeği ortaya çıkartmak amacıyla, polisin bazı senaryolar yaratabileceğini kabul etmiştir. Polis, bir olayda çocuklarını öldürdüklerinden şüphelenilen karı-kocadan, kadına isteği üzerine kocası ile konuşmasına izin vermiş fakat bu konuşma sırasında cebinde teyp olan bir polis memuru hazır bulunmuştur. Karı-koca konuşmasından elde edilen bilgiler daha sonra mahkemede delil olarak kullanılmıştır. Mahkeme bu konuya ilişkin olarak verdiği kararda; “serbest iradeyi etkilemeyen yöntemlerin” polis tarafından kullanılabilmesine karar vermiştir (*Mathis v. U.S.* 1968).

Şüphelinin ifadesi alınmazdan evvel hüccesine şüpheli gibi gönderilen bir polis memuru ile yaptığı konuşmaların ileride ifade alma sırasında kullanılması olayında, ABD Yüksek Mahkemesi hüccrede bulunan iki kişinin konuşmasının ifade alma sayılmayacağı, hüccre içinde şüpheli gibi davranan bir polis

¹⁹⁵⁶ Amerika’da (*Miranda* kuralı) adı altında sadece gözaltına alınan şüpheli ve sanıklara tanınmıştır. İfadenin “gözaltında bulunduğu sırada alınmış olup olmadığını” tayin bakımından şu kriterler kullanılmaktadır. İfadenin psikolojik bir baskı yaratır şekilde alınmış olup olmadığı; ifadenin ne zaman ve nerede alındığı, ne kadar sürdüğü, ifade alma sırasında kaç tane polisin hazır bulunduğu, memurların ve sanığın ne söyleyip ne yaptıkları, polisin silah çekip çekmediği veya kapıda bekçi, nöbetçi bulunup bulunmadığı, ilgiliye sorulan soruların sanık sıfatı ile mi, yoksa tanık sıfatı ile mi sorulduğu. ABD Yüksek Mahkemesi, ifadesi alındıktan sonra serbest bırakılan bir kişi ile ilgili olarak, yukarıdaki ölçütleri incelemiş ve sonradan serbest bırakılmış olsa dahi, ifadenin gözaltında iken alındığına karar vermiştir (*Ore v. Mathiason* 1977).

¹⁹⁵⁷ İlgili, polisin daha önce yaptığı yazılı bir davet üzerine, bir konuda ifadesine başvurulmak için karakola gelmiştir. Yüksek mahkeme bu gibi hallerde kişinin karakola kendi rızası ile geldiğini vurgulamaktadır (*Ore v. Mathiason* 1977). Gerçekten de böyle bir davet üzerine karakola gitmek mecburiyeti varsa da, hâkim kararı olmadan zabitanın kişiyi hâkim kararı veya savcı emri olmadan zorla getirme yetkisi yoktur. Buna karşılık polis evin kapısına gelerek ilgiliyi karakola davet etmiş ve gelmeyebileceğini de söylememişse, ABD Yüksek Mahkemesi alınan ifadenin gözaltı şartları içinde alındığına karar vermiştir (*Cf. Dunaway v. New York* 1979).

¹⁹⁵⁸ *Miranda* kararını veren Yüksek Mahkemenin açıkladığı gibi, polis karakoluna gelerek bir suç ile ilgili olarak itirafta bulunmak istediğini söyleyen bir kişi, polis tarafından dinlenirse, bu teknik anlamda “ifade alma” değildir. İradi olarak yapılan her türlü açıklamalar, ‘kişinin kendisi aleyhine delil vermeme’ kuralını ihlal etmezler. İradi açıklama yapmaya başlayan bir kişiye, polisin kendiliğinden sorular sorup soramayacağı konusu da tartışılmıştır. Buradaki kural, polis tarafından herhangi bir soru sorulmazdan evvel, ilgiliye haklarının söylenmesidir.

memurunun ifadesi alınacak olan bir kişinin iradesi üzerine bir baskı yaratamayacağını ve bu nedenle kendi kendisini suçlamama ile ilgili kurallara aykırılık bulunmadığına karar vermiştir. Amerikan Hukukunda kabul edilen bu çözüm, bizde geçerli değildir: polisin böyle bir davranışı hile olarak nitelendirilir.

Şüpheliye polisin ‘üzerinde silah olup olmadığını’ sorması da ifade alma sayılmaz. ABD Yüksek Mahkemesi Quarles davasında verdiği kararda gözaltında bulunan kişiye, ‘hayat kurtarmak için’ sorulan soruların teknik anlamda ifade alma kapsamına girmeyeceği ve bu nedenle müdafinin hazır bulunmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Mesela şantaj amacıyla kaçırılan bir kişinin nerede olduğunu bulmak amacıyla, şüpheliye sorulan sorular sırasında müdafinin hazır bulunması şartı aranmamıştır.

11. Aşağıdaki örnekler ifade alma sayılmaz.

Bazı hallerde soru sormak teknik anlamda “ifade almak” sayılmaz.

- a) Olayın tanığı olduğu zannı ile, asıl şüpheliye soru sormak;
- b) Yakalanan kişinin gözaltı birimine getirildiği sırada, deftere kayıt yapmak için gerekli soruların sorulması (*U.S. v. Foster 2000: Booking questions*);
- c) Sadece açıklama almak amacı ile sorulan, işlendiği sanılan olayla ilgisi olmayan sorular.
- d) Yakalanan şüpheliyi nezarethaneye sevk eden başka memurun, sevk sırasında şüphelinin susma hakkını kullandığını bilmeden yaptığı sohbet konuşması (*People v. Mobley 1999*);
- e) Aramaya “rıza” gösterip göstermeyeceğinin sorulması (*People v. James 1977*) (bizde kabul edilmeyen *muvaffakatlı arama*);
- f) Şüphelinin yakalandıktan sonra, fakat hakları söylenmeden önce “susmuş olması”, aleyhine delil olarak kullanılamaz. Fakat; “yakalandıktan sonra neler yaptığı, nasıl davrandığı” konusunda, memura duruşmada sorulan soruların cevapları, şüphelinin davranışları kolluk memuru tarafından gözlemlenmiş olduğu için, delil olarak kullanılabilir (*U.S. v. Velarde-Gomez 2000*).
- g) “Gizli görevli” veya “muhabir”, şüpheli ile yaptığı konuşmalar sırasında, ona haklarını söylemez. Buna karşılık, tutukevine şüpheli gibi konulan kolluk memurunun sorduğu sorular (*Illionis v. Perkins 1990*), tutukevindeki başka bir tutuklunun muhabir gibi bilgi vermesi (*People v. Williams 1998*) ve suçun mağdurunun şüpheli ile yaptığı konuşmalar ayrı kategori oluşturur (*People v. Plyler 1993*).

12. Soru sormaya eşdeğerli sayılan işlemler.

Bazı hallerde polis şüpheliye soru sormamakla birlikte, onun bir şeyler söylemesini gerektiren bazı davranışlar yapabilir. Mesela, şüpheliye onu suçlayan bir delil eşyası gösterebilir veya kendisini suçlayan bir mağdur ile yüzyüze getirebilir. Bu tür yüzleştirmeler kural olarak mahkeme önünde yapılması gereken işlemlerdir. Polis tarafından yapılmaması gerekir (*Rhode Island v. Innis 1980*). Amerikan Yüksek Mahkemesi bu konuda verdiği kararda; Miranda haklarının gözaltına alınan bir kişiye o sırada sorulan sorular ile sınırlı olduğunu açıklamakla birlikte, ifade alma kavramının sadece sözle sorulan sorulara değil, aynı zaman da polis tarafından kişiye yöneltilen bazı kelime ve davranış biçimleri ile de ortaya çıkabileceğini kabul etmiştir.

Bu nedenle, şüpheliye karşı suç isnat edici her türlü davranış bakımından CMK 147’deki kurallar geçerlidir. Aşağıdaki hallerde hedef kişiye sorulan sorular (verdiği cevap ile, “kendisini suçlayıcı bilgi” verebileceği için), CMK 147 anlamında “ifade alma” sayılır ve hakların söylenmiş olması gereklidir. Mesela, şüpheliye; Suçu işleyenin kendisi olduğunun söylenmesi böyledir.

Şüphelinin yanında bulunan kolluk memurları, “kendi aralarında konuşurlarken, şüphelinin de konuşmaya iştirak etmesini” sağlarsa, hakların bildirilmesi gerekir.

“İşlediği sanılan suçun delilini şüpheliye göstermek”, soru sormaya eşit sayılır, hakların söylenmesi gerekir.

13. Hakların bildirilmesi.

Yakalanan kişiye ilk yakalama sırasında ne ile suçlandığının bildirilmiş olmasına (CMK 90/6), nezarethane defterine kayıt sırasında bunun tekrar bildirilmesine bakılmadan, ifade alma öncesinde suçlamanın, anlayacağı şekilde tekrar bildirilmesi gerekir (CMK 147).

Şüpheli kendi avukatını çağırabilir. Maddi imkânı yoksa ve avukat istiyorsa, Baro'dan avukat çağırılır (CMK 147). İfade alma öncesinde, şüphelinin avukatı ile görüşme hakkı vardır. Bu hak başkalarının duyamayacağı ortamda kullanılır (CMK 154). Şüpheliyle görüşen avukatın yapması gereken esas görevlerinden biri, bu görüşme sırasında şüpheliye haklarının kullanılmasının önemini açıklamak ve özellikle susma hakkını kullanıp kullanmaması konusunda şüphelinin bir karar vermesini sağlamak üzere, bu hakkın kullanılmasının kendisine getireceği yarar ve zararlar konusunda onun aydınlatılmasıdır.

Kolluk tarafından bir kez ifadesi alınan şüphelinin ikinci kez ifadesinin alınması yasaklandığından (CMK 148/5), ilk kez kolluk tarafından ifadesi alınan şüphelinin, ikinci kez savcı tarafından ifadesi alınırken, haklarının C. savcısı tarafından ayrıntılı bir şekilde tekrar bildirilmesi gerekir. Zaten biliyordu, bildirmeye gerek yoktur diye düşünmek yanlıştır. Ancak C. savcısı bir kaç saat sonra tekrar ifadesine başvurmaya gerek duyarsa, yemin ile dinlenen tanığın tekrar dinlenmesi gerektiğinde yeniden yemin verilmeyip önceki yemininin hatırlatılması ile yetinilmesinde olduğu gibi (CMK 57), C. savcısı tarafından hakların “hatırlatılması” yeterlidir.

Kanunda (CMK 147) ifadesi alınacak olan kişiye haklarının bildirilmesiyle ilgili bazı ibareler yer almaktadır. Burada yer alan kelimelerin ifadesi alınacak kişiye aynen tekrarlanıp tekrarlanmayacağı tartışılmıştır. Burada önemli olan, ifadesi alınacak olan kişiye susma hakkı ve müdafiden yararlanma hakkının özünü, “anlayabileceği bir şekilde” bildirilmesidir (*Cal. v. Prysock* 1981). En doğrusu, kanunda yer alan ifadelerin form biçiminde sanığa verilmesi ve bunları anlayıp anlamadığının kendisine sorularak, anladığının el yazısı ile tutanağa yazdırılmasıdır.

Asıl önemli olan nokta, ifadesi alınacak kişinin ifadesi alınmazdan evvel müdafii ile konuşabileceği ve ücretini ödeyecek imkana sahip değilse, ona ücreti istenmeksizin bir müdafii tayin edilebileceğini ve bu ücretin “yargılama giderlerinden sayılacağını” (2005-5320 sK m.13/1) anlamış olmasıdır. Şüpheli veya sanık, ifade alınmazdan evvel ve ifade verdiği sırada müdafinin hukuki yardımından yararlanmak hakkına sahip olduğunu bilfiil anlamış olmalıdır.

Kolluk, ifadesi alınacak olan kişiye sahip bulunduğu hakları bildirmeye başladığı sırada, ilgili şahıs, “sahip bulunduğu hakları bildiğini” söyleyerek, sözünü kesebilir. Bu gibi hallerde dahi, memur sözüne devam ederek, kişiye haklarını eksiksiz olarak bildirmelidir.

Gözüne alınmış olan şüpheliye sahip bulunduğu haklar usulüne uygun olarak bir kere bildirildikten sonra, ifade almanın devam eden oturumlarında her bir seferinde, hakların tekrar, tam kapsamıyla yeniden bildirilip bildirilmeyeceği konusu da önemlidir. Eğer aynı kişiler tarafından, aynı gün içinde ifade alma oturumu devam ediyorsa ve hatta ifade almaya aradan birkaç gün geçtikten sonra devam ediyorsa, tam kapsamlı bir şekilde yeniden hak bildirmeye gerek yoktur. Ancak, aradan uzunca bir süre geçmiş, ifadeyi alan kişiler değişmiş ise, bu takdirde ilgiliye haklarının tekrar bildirilmesi uygun olur.¹⁹⁵⁹ Tanıklar bakımından da aynı muhakeme sırasında tekrar dinlenme durumunda, yeniden yemin verdirilmediği hatırlanmalıdır (CMK 57).

14. Yakınlarına haber verme mecburiyeti.

¹⁹⁵⁹ Hakların bildirilmesi mecburiyeti koyan *Miranda* kararı birçok yönden eleştirilmiştir. Suç ikrarının adli uygulamaları içerisinde çok önemli bir yer işgal ettiği ve *Miranda* kuralı çerçevesinde ikrar elde etmenin olağanüstü güçleştiği söylenmiştir. Oysa ki bu konuda yapılan alan araştırmaları söylenenin aksini kanıtlamıştır. *Miranda* kuralları polisin şüphelilerle konuşmasını engellemiştir ve polis *Miranda* kuralının yürürlüğe girdiği tarihten önce ne kadar ikrar elde ediyorsa, daha sonra da aşağı yukarı o kadar ikrar elde etmiştir. İkinci eleştiri ise, ifadesi alınacak kişinin polis tarafından ifade alma sırasında bulunduğu psikolojik baskı ile ilgilidir. Eğer sanık suçlamaya ilişkin sorulara heyecanı nedeniyle sağlıklı cevap veremeyecek durumda olduğu kabul edilerek müdafinin hazır bulunması isteniyorsa, kendisine müdafii isteyip istemediği sorulduğunda da aynı hisler altında olduğundan, vereceği cevabın tamamen iradi olduğu söylenemeyecektir. Bu nedenle, müdafii istemiyorum dese dahi kendisine bir müdafii tayin edilmelidir.

İfade alma öncesinde şüphelinin yakınlarından istediğine, yakalandığı derhal bildirilir (CMK 147/1-d). Bu bildirmenin mecburi olduğuna ve sadece C. savcısı emri ile yapılabileceğine (CMK 95/1), kolluğun bu aşamada artık kendiliğinden bildirim yapamayacağına dikkat edilmelidir.

Kanun “yakınlarına” bildirmede, CMK 95’i saklı tutmuştur. Bu nedenle, artık şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin, Cumhuriyet savcısının emri ile, haber verilecektir (CMK 95/1).

Kanunun bu düzenlemesi, “görev yükleyen bir mecburiyet” şeklindedir. Bu nedenle, kişi istese de istemese de bildirmek mecburiyeti hasıl olmuştur. Yakalanan veya gözaltına alınan kişi “yabancı” ise, yazılı olarak karşı çıkması durumunda, vatandaşı olduğu Devletin konsolosluğuna bildirilmeme mümkündür (CMK 95/2).

15. Hakları kullanmaktan vazgeçme sorunu.

Gözaltına alınmış olan sanık kendisine tanınmış olan susma hakkından ve müdafiden yararlanma hakkından açık ve yazılı bir şekilde vazgeçebilir. Yazılı bir şekilde vazgeçmenin geçerli olabilmesi için, sanığın haklarının özünü öğrenmiş olması ve bunlardan iradi bir şekilde vazgeçmiş olması şarttır.

Müdafinin hukuki yardımından yararlanmak isteyen şüpheli veya sanığın ifadesinin alınmasına hiçbir şekilde geçilemez. Zira mülga CMUK 135 de yer alan “avukatın makul bir süre bekleneneğine” ilişkin hüküm, CMK ya alınmamıştır. Şüpheli müdafî istemişse, o gelene kadar sadece kimlik tespiti yapılabilir, ancak esas hakkında soru sorulamaz. Mecburi müdafilik durumlarında ise, şüpheli istese de, istemese de müdafinin hazır bulunması zorunludur.

Türk vatandaşı olan sanığın, kendisine tanınmış olan “istediği yakınlarından birine yakalandığının bildirilmesini isteme hakkından” (CMK 147/1 d) vazgeçmesi ise, yeni Kanunla engellenmiştir (CMK 95/1). Yakalanan veya gözaltına alınan yabancı ise, konsolosluğuna bildirmeden vazgeçme hakkı vardır (CMK 95/2).

Şüpheli veya sanığın haklarını kullanmaktan vazgeçmesinin hukuk açısından geçerli olabilmesi için, sanığın önce kendisine tanınan “hakkın özünü” öğrenmiş olması ve daha sonra da bundan özgür iradesi ile vazgeçmiş olması şarttır. Sanığın haklarının özünü gerçekten öğrenmiş olup olmadığı ve özgür iradesi ile vazgeçmiş olup olmadığı, o delilin duruşmada hüküm verilirken kullanılması aşamasında denetlenir. Denetleme, somut olayın bütün unsurları incelenerek, o olayın gerçekleştiği şartlara göre sonradan ve hâkim tarafından yapılan bir değerlendirmedir. Hâkim, Devletin kovuşturma organlarının, “şüpheli veya sanığın özgür iradesinin oluşumu üzerinde” baskı kurup kurmadığını, delillere bakarak değerlendirir.

Sanığa hakları bildirildikten sonra, hiç cevap vermemesi, olumlu veya olumsuz hiçbir şey söylememesi, haklarını öğrenmiş olduğunu ve bundan vazgeçmiş olduğunu göstermez. Sanığın haklarını kullanmaktan “gerçekten” vazgeçip geçmediği, somut olayın bütün unsurları incelenerek, o olayın içindeki şartlara göre, sonradan hâkim tarafından değerlendirilebilir. Burada önemli olan nokta, devletin kovuşturma organlarının serbest iradenin oluşumu üzerinde baskı yapıp yapmadıklarıdır (*Colo v. Connelly* 1986).

Eğer şüpheli müdafî yardımını talep etmişse, bu istek bütün sanık haklarının hepsinden yararlanmak istediği anlamına gelir. Başka bir ifade ile, “sadece müdafî istedi, susma hakkını kullanmadı” denemez. Hakların bütünlüğü kabul edilmelidir (*Fare v. Michael C.* 1979).

Şüpheli ve sanığın susma hakkı kadar, lehindeki noktaları söylemek için, konuşma hakkı da vardır.

16. İfade alma öncesinde yapılan işlemler.

Şüphelinin polis tarafından ifadesinin alınmasında yapılacak ilk işlem, kimlik tespitidir (CMK 147). ‘İfadesi alınan kişinin’ adı, soyadı, baba ve ana adı, doğum yeri, tarihi, nüfus kaydı, yaşı, ikametgâhı, mesleği, medenî hali, daha önce suç işleyip işlemediği belirlenir, daha sonra sanığa yüklenen suçun ne olduğu bildirilir ve bu hususta cevap vermek isteyip istemediği sorulur (CMK 147/1-a,b,c,d,e,f,g,h).

Şüpheli veya sanığa esas hakkında herhangi bir soru sormadan evvel, kendisine yüklenen suç anlatılır (CMK 147/1-b). İsnadı öğrenme hakkı, müdafaa hakkının temel unsurlarındandır.

17. Müdafinin hukuki yardımından yararlanma.

İfadesi alınan şüphelinin veya sorguya çekilen sanığın ifadesinin alınmasından önce müdafine danışma, onunla konuşulanları başkalarının duymayacağı ortamda görüşme (CMK 154) ve ifadesi alınırken de müdafinin ifade veya sorguda hazır bulunmasını isteme hakkı vardır (CMK 147/1-c).

Sanık bu hakkını öğrenmeli, serbest iradesi ile vazgeçebileceğini de bilmelidir. Ancak, müdafinin hukuki yardımından yararlanmak, prensip olarak isteğe bağlıdır.

Kanunun düzenlediği mecburi müdafilik istisnaları da vardır (CMK 150). Kanunun kabul ettiği mecburi müdafilik halleri sınırlı olmakla birlikte, Kanunla pratik açıdan, kolluk tarafından ifade alma sırasında “dolaylı bir mecburi müdafilik” sistemi daha getirilmiştir. Zira, müdafii hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifadenin, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınması yasaklanmıştır (CMK 148/4). Her ne kadar, doğrudan doğruyalık ilkesi uyarınca kollukta alınan ifade mahkeme huzurunda söz ile tekrarlanmadığı hallerde, zaten delil olmazsa da, müdafinin hazır bulunması, sisteme ve prensiplere aykırı bir şekilde, kolluk ifade tutanaklarına, delil olma yeteneği kazandırmıştır.

Şüpheli veya sanık, müdafii seçecek durumda olmadığı ve bir müdafinin yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafii görevlendirilir. Müdafinin Baro tarafından değil de başka bir makam tarafından görevlendirilmesini, Kanun kabul etmemiştir.

İfade alma veya sorgu, yakalanıp da gözaltına alınmış bir kişi ile ilgili yapılıyorsa, bu kişinin yakınlarından istediğine, yakalandığı derhal bildirilir (CMK 147/1-d).

Şüpheli veya sanığın “kendisini suçlamama hakkı” vardır (Any. 38). Bu hakkın kendisine bildirilmesi mecburidir. Bu nedenle, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu yakalama anında veya ifade ve sorgu öncesinde kendisine söylenir.

Şüpheli veya sanığın lehine olan deliller var olabilir. İlgilinin şüpheden kurtulmak için, bu somut delillerin toplanmasını istemek hakkı vardır. Bu hakkın kendisine hatırlatılması lazımdır. Şüpheli veya sanığın kendi lehine olan hususları ifade alma sırasında ileri sürmesi, açıklaması, başka bir deyişle “konuşma” hakkı da vardır (CMK 147/1-f).

İfade almanın öncesinde, ifade verenin veya sorguya çekilenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır (CMK 147/1-g).

İfadesi alınan kişi susma hakkını her zaman kullanabilir. Bu hakkını ifade almadan önce kullanabileceği gibi, ifade alma sırasında veya daha sonraki aşamalarda kullanabilir. Bu hakkını kullandığı andan itibaren ona soru sorulamayacağından, ifade almaya son verilmelidir. Aynı şekilde, ifade alma başladıktan sonra müdafinin yardımından yararlanmak istediğini söylediğinde, müdafii gelene kadar ifade almaya devam edilemez.

Eğer ifade ilgilinin müdafii hazır olmadan alınmış ise, ifadenin hukuka uygun bir delil niteliği kazanabilmesi için, müdafiden yararlanma hakkından bilerek ve isteyerek vazgeçmiş bulunduğu, iddia makamınca makul bir şekilde “ortaya konmuş” olması gerekir. Buradaki “ortaya koyma”, sıkı şekil kurallarına bağlı bir ispat olmayıp, her olay şartlarında değişen makul bir izah tarzıdır.

Şüphelinin müdafiden yararlanma veya susma hakkını kullanmaktan vazgeçtiğini, iddia makamının ortaya koyması gerekir. Bunun için; hakları söylendikten sonra, şüphelinin bu haklarını anlamış olduğunu, varlığını anladığı bu haklarını kullanmaktan, kendi rızası ile ve serbest iradesi ile vazgeçmiş olduğunun iddia makamı tarafından “ortaya konması” (*proponderence of evidence*) yeterlidir. Kesin ispat aranmaz (*Edwards v. Arizona* 1981).

Haklar söylenirken kullanılan kelimeler değişebilir, mutlaka her zaman Kanunda yer alan kelimelerin kullanılması şart değildir. Fakat, şüpheliye verilen, bilginin aşağıdaki unsurları içermesi gerekir: Susma hakkının mevcudiyeti; müdafiden (avukat) yararlanma hakkına sahip bulunduğu; ifadesi alınmadan önce avukat ile görüşme hakkına sahip bulunduğu; ifadesi alınırken avukatın da hazır bulunabileceği, maddi imkânı yoksa, Baro tarafından kendisine bir avukat tayin edilebileceği ve bunun yargılama gideri sayılacağı, söyleyeceği hususların mahkemede aleyhine delil olarak kullanılabilmesi.

İşlediğinden şüphelenilen suç fiilinin ne olduğu şüpheliye mutlaka söylenmelidir. İşlediğinden şüphe edilen suç hakkında, hangi şüphe sebeplerinin (delil) mevcut bulunduğunu söylemek ise, gerekli değildir (*Colorado V. Spring 1987: (weapons arrestee suspected of murder)*). Şüphelinin başka suçlar işlediğinden de şüpheleniliyorsa ve o suçlar hakkında soru sorulmayacaksa, hepsinin bildirilmesine gerek yoktur (*People v. Williams 1981: (robbery suspect liable for felony murder)*).

18. Susma hakkı.

Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz (Any. 38/5; Amerikan Anayasasının 5 Nolu ek maddesi). Susma hakkı ferdi kendisi aleyhine suçlamada bulunma tehlikesinden korumak için kabul edilmiştir. Devletin şüpheli veya sanığa böyle bir “pasif hak” tanımış olduğunun, kendisine ifade alma öncesinde bildirilmesi önkoşuldur (CMK 147/1-e). Lehine olan delillerin toplanmasını talep etme hakkı bulunduğu (CMK 147/1-f) da şüpheliye öğretilmelidir.

Sanık “susma hakkını”, sonuçlarını bilmeden kullanırsa, etkin pişmanlığa bağlı indirimlerden veya uzlaşma olanağından yoksun kalabilir. Soruşturma konusu suçun bu tür suçlardan olması durumunda, müdafii görevi, şüpheliye susma hakkının kullanılmasının olumlu ve olumsuz yanları konusunda aydınlatıcı bilgi vermektir. Şüpheli veya sanığın susma hakkını kullanması, zararına olabilir: Türk Ceza Kanunu’nun geniş biçimde yer verdiği etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, bazı durumlarda soruşturma başladıktan sonra, kovuşturma başlamadan evvel, şüphelinin suçunu ikrar etmesi, diğer failleri ortaya çıkartması indirim sebebi sayılmaktadır.

Uzlaşmaya tabi suçlar bakımından da (CMK 253), sanığın suçunu başlangıçta “ikrar” etmesi, önkoşul olarak ortaya çıkmaktadır.

19. Maddi gerçeği araştırmak yükümü.

Bir suçun “işlendiği izlenimini veren bir hali” öğrenen Cumhuriyet savcısı maddi gerçeği araştırmak ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için şüphelinin lehine olan delilleri de toplamak, bunları muhafaza altına almak ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlü kılınmıştır (CMK 160/2). Bu nedenle, Kanunumuz Devlete “sanığın lehine olan hususları” da araştırma mecburiyetini yüklemiştir.

Cumhuriyet savcısı yasanın kendisine yüklediği bu görevi, emrindeki adli kolluk görevlilerine vereceği emirlerle yerine getirecektir. Yakalanan ve gözaltında tutulan şüpheli veya sanığın kolu kanadı kırılmış durumdadır. Kendisine yöneltilen haksız isnatların doğru olmadığını ispat etmek bakımından, müdafii yardımından yararlanabilirse de müdafii araştırma imkanları hukuken kısıtlıdır.

Susma hakkı şüpheli ve sanıklara özgü bir haktır. İlgilinin ifadesi alınmak üzere polis karakolunda gözaltına alındığı veya özgürlüğünün belirgin bir şekilde kısıtlandığı sırada da geçerlidir. Buna karşılık, “olay yerinde suç ile bağlantılı bilgilerin toplanması” için veya “olay araştırması sürecinde vatandaşlara sorulan diğer soruları” kapsamadığı gibi, serbest irade ile verilen bilgileri de kapsamaz.

Eğer bir kişi daha önce haklarını öğrenmiş olmaksızın gözaltına alınmış ise ve kendisine sorular soruluyorsa, susma hakkına sahip olduğu ona açıkça bildirilmelidir. Bu hakkını bilmeyen bir kişi, ifade alma sırasında meydana gelen psikolojik baskı atmosferi altında bu hakka sahip olduğunu net bir şekilde anlamış olmalıdır.

Susma hakkına sahip olduğunun bildirilmesinin yanısıra, vereceği bilgilerin ve söyleyeceği herşeyin kendisi aleyhinde mahkemede delil olarak kullanılabileceği de bildirilmeli ve şüphelinin susma hakkının sağladığı avantajların kapsam ve anlamını tam olarak kavraması sağlanmalıdır.

Susma hakkının getirdiği bu korumanın bir uzantısı olarak, ferde net bir şekilde ve anlayabileceği bir tarzda, bir müdafiiye danışabileceği ve ifadesi alındığı sırada müdafii yanında bulunabileceği bildirilmelidir. Bu bildirim yapılması için, müdafiiye danışma hakkını bilip bilmemesi önemli değildir.

İlgiliye ayrıca, maddi imkana sahip olmadığı takdirde kendisine bir müdafii tayin edileceği (ve isterse ücretini kendisi ödemek üzere istediği herhangi bir müdafii yardımından yararlanabileceği) söylenmelidir.

20. Özel nitelikleri olan gruplar.

Küçüklerin savcı tarafından ifadesinin alınmasından önce, ana-babası ile konuşma hakkı bulunduğunun hatırlatılmasına gerek yoktur (*Fare v. Michael C.* 1979).

Yabancıların yakalanması halinde, Konsolosluluğuna haber verilmesi gerekir. Ancak, şüpheliye tercüman aracılığı ile hakları söylenmişse, ayrıca bir de Konsolosluluğuna haber verme hakkının söylenmemesi, hukuka aykırılık teşkil etmez (*People v. Corona* 2001).

21. Hakların bildirileceği zaman.

Haklar ilk yakalama anında söylenir. Nezarethane defterine kayıt yapılırken, başka bir memur tarafından, haklar tekrar söylenir ve deftere şüphelinin imzası alınır. İfade almaya başlamadan önce, haklar tekrar söylenmelidir. Hakları söylenip, kullanmaktan vazgeçtiği için, ifadesi alınan şüphelinin, 20 saat sonra tekrar ifadesi alınacaksa, hakların tekrar söylenmesi gerekmez (*People v. Mickle* 1991).

Şüpheli haklarını anlamış olmalıdır. Bunu garantilemek için, şüpheliye, “haklarını anlayıp anlamadığı” sorulmalıdır. Haklarını anlayıp anlamadığı belirlenirken, şüphelinin yaşı, zeka durumu, eğitim seviyesi, daha önce kolluk ile teması olup olmadığı, Türkçe’yi iyi anlayıp anlamadığı gibi hususlara dikkat edilmelidir. Şüphelinin alkol, uyuşturucu madde tesiri altında olması veya aşırı derecede heyecanlanmış olması, kendisine söylenmiş olan haklarını anlamasını zorlaştırabilir. Fakat, kendisine sorulan diğer sorulara mantıki cevaplar vermiş ise, sırf alkol tesiri altında bulunması, haklarını anlamadığını göstermez (*People v. Connelly* 1986).

Şüphelinin haklarından vaz geçtiğini “açıkça” bildirmesi gerekir. Fakat örtülü kabul de geçerlidir. Sonradan konuşmaya başlaması, örtülü kabul olarak değerlendirilir (*North Carolina v. Butler* 1979). Mesela, şüpheliye hakları söylendikten sonra, bayan memurun “geçmiş olsun” demesi üzerine, hiçbir baskı olmadan şüphelinin olayı anlatmaya başlaması, örtülü kabul olarak kabul edilir (*People v. Whitson* 1998).

Kolluk memurunun “yumuşatıcı konuşmaları” hukuka aykırıdır. Mesela, iş birliği yapmanın yararlarının açıklanması (*People v. Musselwhite* 1998) veya şüpheli ile yarım saat konuşarak, ifade vermek için ikna etmeğe çalışmak doğru değildir (*People v. Honeycutt* 1977). Ancak, önce susma hakkını kullanmayı isteyen şüpheli, daha sonra kendiliğinden vaz geçerek, konuşmayı tercih edebilir.

Yukarıda açıklanan kurallar ihlal edilerek alınan ifadeler mahkemede delil olarak kullanılamaz. Verilen ifadenin “ikrar”, “suçu kısmen kabul etme” veya “kendisini isnad altına sokan ve hatta isnattan kurtaran nitelikte olması”, önem kazanmaz. “Susma hakkını kullanmak”, sanık aleyhine olarak, suçun ikrarı niteliğinde kabul edilemez.

Bazı mahkemeler basit suçlarda sanığın haklarını öğrenme haklarının ikaz edilmesine gerek olmadığını ileri sürmüşlerse de Amerikan yüksek mahkemesi böyle bir istisna kabul etmenin sanık haklarının özüne dokunabileceğini ve bilhassa basit suç şüphesi ile başlayıp, makul şüphenin görülmesi ile ağır suç da kapsar şekilde devam eden araştırmalarda, kuralın amacının dışına çıkılacağı vurgulamıştır. Bu nedenle, *Miranda* hakları bütün suçlar bakımından geçerlidir.

Vergi araştırmalarının rutin incelemeler olması nedeniyle, hakların söylenmesine lüzum olmadığı ileriye sürülmüşse de Yüksek mahkeme bu görüşü de kabul etmeyerek, vergi araştırması yapıldığı sırada her zaman cezai bir isnadla sonuçlanabilen işlem yapma ihtimalinin bulunduğunu vurgulamıştır.

Susma hakkı sadece “asıl ceza davasında” uygulanır. Suç isnadını konu edinmeyen meselelerin incelendiği aşamalarda sanığın, susma hakkı ve müdafiden yararlanma hakkı gündeme gelmez. Örnek vermek gerekirse, hâkimin reddi davası veya yer itibarıyla yetkisizlik davası gibi konularda, sanığa susma hakkının öğretilmemesi, hukuka aykırılık teşkil etmez. Ancak, tutuklama kararı verilecekse, suç isnadı söz konusu olduğu için, susma hakkının bildirilmesi gerekir.

Başka bir deyişle, sadece suçluluk ve ceza meselesini konu edinen süreçlerde sanığa susma hakkı ve müdafiden yararlanma hakkı sağlanmıştır.

İfadesi alınacak olan kişinin lehindeki delil toplanmasını talep etme hakkı vardır (CMK 147/1-f). Bu hak, kendisine hatırlatılır. Ayrıca aleyhine varolan şüphe sebeplerini ortadan kaldırmak için lehine olan hususları ileri sürmek imkânına da sahiptir.

22. İfadenin alınma süreci.

İfade alma ve sorgu işlemlerinin teknik imkanlardan yararlanılarak kaydedilmesi mecburidir (CMK 147/1-h). Bu bir önemli yeniliktir. Mülga CMUK zamanında, ifade ve sorgu işlemlerinin kaydı mecburi değildi. Bu nedenle kayıt ilgilinin rızası ile yapılabiliyordu. 2004 Kanun koyucusu teknik kayıt mecburiyeti ihdas ederek, ilgilinin rızasını istemeyi ortadan kaldırmıştır.

CMK esas hakkında ifade alma sırasında, soruların kimin tarafından, nasıl ve hangi kurallara uyularak sorulacağını, talep edilmişse müdafinin hak ve yetkilerinin ne olacağı konusunda açıklık getirmemiştir. Yönetmelik de Kanun hükümlerini tekrar etmekle yetinmiştir (YakalamaY 23). Kolluğun soru sorarken “yönlendirici soru” sormaması gerekir.

Alınan ifade ile ilgili olarak bir tutanak düzenlenir. Bu tutanakta işlemin yapıldığı yer ve tarih, hazır bulunan kişilerin ismi ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği, CMK 147/1’de sayılan bütün işlemlerin yerine getirilip getirilmediği ve yerine getirilmemişse nedenleri yer alır (CMK 147/1-i).

Tutanak içeriği ifade veren veya sorguya çekilen kişi ile hazır olan müdafii tarafından okunur ve imzaları alınır. Okunma ve imzalanma konusu tutanağa yazılır. İlgililer imzadan çekinirlerse bunun nedenleri de tutanağa bağlanır.

II. Sorgu ve susma hakkı.

1. Sorgu.

Duruşmada yapılan önemli işlemlerden biri, “sorgu” dur. Soruşturma evresinde yapılan sorgudan farklı olarak, duruşmadaki sorgunun amacı, sanığın savunmasını sağlamaktır. Somut olaya özgü temsili delillerden biri olan “beyan” delilinin bir çeşidi de “sanık beyanı”dır (No. 340). Sanık beyanı delildir. Bundan çıkan netice, sanığın hem süje hem de obje olmasıdır. Ancak, sanığın delil fonksiyonu sınırlıdır, bu sınır insan haklarıdır. Susma hakkı Anayasadaki hiç kimse kendisi aleyhinde delil vermek mecburiyetinde değildir kuralından kaynaklanır.

Delil olan “sanık beyanı”, susma hakkını ve müdafiden yaralanma hakkını öğrenip, konuşmaya karar veren sanığın olay hakkında bildiklerini, esas hakkındaki hükmü verecek hâkim huzurunda sözle bildirmesidir. Bu bildirme, tanık dinlenmesinde olduğu gibi (No. 343), sözlü olur. Sanık sorguya çekildiğinde (No. 250, 475) önce olay hakkında bildiklerini söyler; sonra, belli noktalardaki sorulara cevap verir.¹⁹⁶⁰

Sanık çok defa, olayı en iyi bilenlerden biridir. Ancak sanık, suçlu ise, hakikati gizleyecektir, çünkü menfaati bunu gerektirmektedir. Sanığın suçlu olmaması da mümkündür. Bu takdirde söylediklerinin doğru olması büyük bir ihtimal dahilindedir. Meğerki suçlu olmadığı halde, bir başkası yerine kendisini suçlu göstermek istesin. İşte, sanığın bu durumu nedeni ile, onun beyanı, tanıkların beyanından farklı şekilde düzenlenmiştir. Bununla beraber, kanunî delilden vicdanî delile geçilince ve tanıklar için de beyandan veya yeminden çekinme yetkisi tanınca, tanık ve sanık beyanları arasındaki fark bir hayli azalmıştır. Nasıl olsa, ikisinin de doğru söyleyip söylemediğini hâkim kontrol ve takdir edecektir.¹⁹⁶¹

2. Sanığın susması veya konuşması.

Sanığa haklarının bildirilmesi (Any. 40, CMK 90/4, 147/1) mecburidir. Sanığın beyanda bulunma mecburiyeti, işkence yapılmasını önlemek (No. 250) gayesi ile kabul edilmemiş, hattâ sanığa susma hakkı tanınmıştır. Sanık isterse, susmayabilir. Bu takdirde onun beyanını üç şekilde düzenlemek mümkündür:

1) Birinci şekil, Anglosakson memleketlerinde uygulanan “yeminli beyan” şeklindedir. Sanık suçu kabul etmezse, kendi aleyhindeki dâvada tanık gibi yeminli olarak beyanda bulunur.

Sanığı bir de *yalancı tanık* durumuna sokabilen ve bundan da cezalandırılmasına yol açan bu sistem, insan yaradılışına aykırıdır. Diğer taraftan bu sistemde sanık iki şıktan birini tercih etmekte, yani ya yeminli tanıklığı kabul etmekte yahut susmaktadır. Sanığın beyanda bulunabilme imkânını azaltan bu

¹⁹⁶⁰ Sorguda sözlü cevap yerine yazılı metin okunamaz. Bunda ısrar eden sanık, sorguda susma yetkisini kullanıyor demektir. Okumak istediği, yazılı müdafaadır. Bunun sırası ilerde gelecektir.

¹⁹⁶¹ Şekli hakikatle yetinebilen MMH için ikrar, kanunî delil gibidir. Ortada ispat edecek şey bırakmaz.

sistemde hâkim hakikatin öğrenilmesi için faydalı olabilecek hususlardan mahrum kalmaktadır.¹⁹⁶² Gerçekten, sanığın cevap vermesinin ister ikrar şeklinde ister çelişkiler şeklinde olsun, delillerin takdiri bakımından büyük bir önemi vardır (No. 251). Sanığın yakınlarına dahi tanık olarak beyandan çekinme yetkisini tanıyan ve yemin ettirmeyen Kara Avrupası sisteminde, sanığın yeminli beyanı müessesine elbet yer yoktur.

2) İkinci şekilde, sanık beyanı, çekinme yetkisi olup yeminsiz dinlenen tanıkların beyanı ile bir tutulmaktadır. Bu sistemin de mahzuru, yalan beyanda bulunan sanığın bu yüzden ceza görebilmesidir.

3) Üçüncü şekil, sanığın beyanının, yeminli yeminsiz her türlü ştanık beyanından farklı kabul edilmesidir. Sanık yalan söylese dahi, bu yüzden cezalandırılmaz (No. 251). Avrupa’da genel olarak kabul edilen sistem budur. Anglosaksonlarda *dinleme (hearing)* sanık hakkında da kullanıldığı halde bizde sadece tanık “dinlenir”. Sanığınki “sorguya çekilme”dir. Ceza Kanunu da sadece yalancı tanıkları cezalandırmaktadır (TCK 272).

3. Sorgunun önemi.

Kanuna göre sanığı sorguya ancak hâkim çeker. Meşhut suçlarda ve gecikmede tehlike olan hallerde dahi, savcı sanığı sorguya çekemez (No. 442). Mülga CMUK 158’de yer alan hazırlık soruşturmasına kolluğa ikrar eden şüphelinin derhal sorgu için sulh hâkim ine çıkarılmasını öngören düzenleme de yeni kanuna (CMK 147) alınmamıştır. Bunları eksiklik olarak görüyoruz. Bunun dışında sulh hâkimi tarafından yapılan sorguyu ayrıca düzenleyen sorgu (CMUK 159) da yeni kanuna alınmamıştır. Mülga Meşhut Suçların Muhakemesi Kanununa giren hallerde, savcı, sanık sıfatı ile sorguya çekebilme idi (1936-3005 m. 4/4) (No. 432).

Sorgunun sanık ve hâkim bakımından büyük bir önemi vardır. Sanık kendisine isnat edilen suçu ilk defa bu sorgu sırasında öğrenecektir. Sanığın açık kimliği de resmen ilk defa sorgunun başında tespit olunacaktır. Kanun buna kişisel ve ekonomik durumun tespitini de eklemiştir (CMK 191/3). Bu tespit tabirine, kimliği tespit edilemediği için geçici kimlikle (No. 249) sanık olarak huzura gelenin evvelce sorguya çekilmiş kişiden başkası olabileceği şüphesi olan her halde kimlik tespiti tekrarlanarak denetlenmelidir.

4. İsnadın öğretilmesi.

Bu tespitten sonra ilk sorguda¹⁹⁶³, isnat olunan suçun neden ibaret olduğu sanığa anlatılır (CMK 147/1).

Kovuşturmadaki sorguda bu bildirme iddianame okunması ve gerekiyorsa açıklanması ile olur.

İsnadın bildirilmesini, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde olduğu gibi (İHAS 6, 3, a), *aleyhindeki isnadın niteliğinin ve nedeninin bildirilmesi* diye anlamak gerekir. Yani hem suçun adı hem suç olduğu sanılan eylemi bildirilmelidir.

5. Müdafî tayin etme hakkı ve diğer hakların öğretilmesi

Daha sonra, müdafî tayin etme hakkının bulunduğu, müdafî tayin edebilecek durumda değilse Baro tarafından tayin edilecek bir müdafî talep edileceği ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği, isterse müdafînin soruşturmayı geciktirmemeyi kaydı ile vekaletname aranmaksızın ifade veya sorguda hazır bulunacağı bildirilir; yakınlarından istediğine yakalandığını duyurabileceği söylenir (CMK 147/1-c).

İfadesi alınacak olan kişinin yakalanmış bir kişi olması durumunda, Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verme hakkı olduğu kendisine bildirilir (CMK 95/1) ve yakınlarından istediğine yakalandığı derhal bildirilir (CMK 147/1 d).

¹⁹⁶² Foschini, I, 436.

¹⁹⁶³ Yargıtayın yerleşik içtihadı, dâva zamanaşımını kesen “savcı huzurunda ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesinin” (TCK 67/2), bu *ilk sorgu* olduğu yolundadır. Meselâ madde yönünden yetkisizlik kararı ile önüne gelen dâvada yüksek yetkili mahkemenin *ikinci defa* sorguya çekmesi, gereksiz diye, zamanaşımı kesici sayılmamıştır (9. CD 3/2/87 YKD 87/3 481).

Yakalanan (CMK 90/4) ve ifadesi alınacak olan kişinin yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu kendisine söylenir (CMK 147/1e). Susmanın ikrar sayılmayacağı da bildirilmelidir.¹⁹⁶⁴

III. İkrarın delil olması.

Eğer sanık hiçbir cebir veya tazyik altında olmadan duruşma dışında bir beyanda bulunmuşsa, bu beyan hakikati öğrenmek hususunda duruşma hâkim i için kıymetli olabilir, yani “delil” teşkil eder. Bunun içindir ki, eğer sanık duruşmada ikrar¹⁹⁶⁵ etmiyorsa, önceki ikrarına delil olmak üzere hâkim huzurunda düzenlenmiş olan tutanak delil olarak okunabilir (CMK 213/1). Mülga CMUK 247 sadece hâkim tarafından evvelce tanzim kılınmış bulunan tutanaktaki ifadenin ikrara delil olarak okunmasını kabul ediyordu (CMUK 247/1).

Ceza Muhakemesi Kanunu ise, sanığın hâkim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamalar ile, Cumhuriyet savcısı tarafından alınan ifadelerinin duruşmada okunabilmesini kabul ederek (CMK 213), savcı tarafından alınan ifadelere delil olma değeri tanımıştır. Buna karşılık, kolluk tarafından alınan sanık ifadesine ilişkin tutanağın, duruşmada okunabilmesi için, ilk ifade alma sırasında müdafinin hazır bulunmuş olması koşulu aranmıştır (CMK 213).

Görüldüğü gibi, duruşma dışındaki ikrarı ihtiva eden tutanak¹⁹⁶⁶ susma hakkı öğretilmişse, kollukta avukat bulundurulmuşsa¹⁹⁶⁷ ve irade serbest iken verilmiş bir ikrar ise, mahkeme önünde delil olma ayrıcalığına sahip olmaktadır.

Sanık duruşmada ikrar ederse, bu ikrar duruşma tutanağına geçirilir, gerekirse tamamıyla yazılırdı (mülga CMUK 266/4). Yeni Kanun bu hususu ayrıca düzenlememiştir.¹⁹⁶⁸

Soyut ikrar mahkûmiyet kararına dayanak yapılamaz. *Tevilli ikrar* da prensip olarak kabul edilmemelidir. Özellikle uzlaşmaya tabi olan suçlarda, şüphelinin uzlaşmayı kabul etmesi, tevil yollu ikrar olarak kabul edilemez; CMK 250 bunu 2006 öncesinde açıkça yasaklamıştı, şimdi de dolaylı olarak bu sonuç çıkmaktadır.¹⁹⁶⁹

¹⁹⁶⁴ Mecelledeki “sakite bir söz isnat olunmaz. Lâkin marezi hacette sükût beyandır” hükmü (m. 67), buna aykırı değildir. Zira burada konuşma mecburiyeti kabul edilmediğine göre, söyleyecek yerde söylememek durumu yoktur. Fakat sükûtun ikrar sayılacağı görüşü o kadar yaygındır ki müdafii olmayan sanıkların pek çoğu kendilerini konuşmağa mecbur saymakta ve bu haklarından yararlanmamaktadır. Susma hakkı, konuşmama yetkisi de verir. Bu nedenle «suçlarını açıkça ikrar etmedikleri» gerekçesiyle TCK 59’un uygulanmaması, 4. Ceza Dairesi tarafından hukuka aykırı bulunmuştur (4. CD. 21.4.1998, E. 98/3840, YKD Aralık 1998, 1817).

¹⁹⁶⁵ Tafsilât için Bk: *Cihan (Erol)*: Ceza Muhakemesi Hukukunda ikrar, İHFM 65, 109-129.

¹⁹⁶⁶ *Taner*, 221. Kantar ise bu tutanakların 247. maddeye göre okunamayacağını belirtmekle beraber, 242. maddeye göre okunabileceğini söylemektedir (s. 296). Kanaatimizce, 247. maddenin sarahati karşısında bunlar ikrara delil olmak üzere 242. maddeye göre de okunmalıdır. Uygulamada hazırlıktaki ikrar delil sayılmakta, sadece kerhen yapıp yapılmadığına bakılmaktadır (CGK 1/7/74 İKİD 75, 3196). Bizce duruşmada okunamayan tutanak “dosyadaki delil” sayılmaz. Avrupa ülkeleri ile ABD’de polis ifade tutanaklarının duruşmada delil olarak kabul edilip edilmeyeceği konusundaki düzenlemeler için Bkz: *Meyer (Jürgen)*: Zur Verwertung polizeilichler Protokolle in der Hauptverhandlung, ZStW 105 (1993) Heft 2, Sh. 386.

¹⁹⁶⁷ Polisteki ifadesinin zora dayandığını ileri süren sanığın mahkûm olması için, sadece, hazırlık soruşturması yapan polis memurlarının beyanları, gerçekten suçlu iseler çekinme hakları tanınmış kişiler oldukları göz önünde tutularak, yeter sayılmamıştır (6. CD 4/4/86 YKD 86/8 1224; 17/4/86 YKD 86/8 1225).

¹⁹⁶⁸ Kanun duruşma tutanağının hazırlanması açısından önemli bir adım atmıştır: Teknik araçlarla kayda alma adeta kural haline getirilmiştir (CMK 219/1). Duruşma tutanağı ile ilgili CMK 220 ve 221 nci maddelerinde, “sanık açıklamaları, tanık ve ifadeleri, bilirkişi ve teknik danışman açıklamaları, okunan ve okunmasından vazgeçilen belge ve yazılar, istemler reddi halinde gerekçesi, verilen kararlar ve hüküm yer alır” (CMK 221/1), şeklindeki düzenlemesi ile, duruşmada yapılan bütün işlemlerin kayda geçirilmesi mecburiyetini öngörmüş ve bu güne kadar yapılan uygulama olan hâkim tarafından özetleyerek yazdırma sistemini terk etmiştir. Ancak bunun nasıl yapılacağı konusunda tam bir açıklık da yoktur (CMK 219/1). “Duruşmada yapılan işlemlerin teknik araçlarla kayda alınması halinde bu “kayıtların yazılı tutanağına dönüştürüleceğinden” bahsetmekle her duruşmada teknik araçla kayıt yapılması mecburiyeti olmadığını ifade etmiştir. Her halde duruşmalarda steno kaydı yapılması kaçınılmaz olacaktır. CGK 28/10/63, İKİD 64, 2807.

¹⁹⁶⁹ *Öztürk/Erdem*’in naklettiklerine göre, ticari ceza hukuku alanında uzmanlaşmak üzere kurulan ağır ceza mahkemesinde, zimmî suçlanan bankacının ortaya çıkan zararı ödemeyi kabul ederek Devletle anlaşması, tevilli ikrar sayılarak, mahkûmiyet hükmü kurulmuştur (Öztürk/Erdem 2006, 360). Buna karşılık, Yargıtay hırsızlıkla suçlanan sanığın

Duruşmadaki ikrar, her delil gibi, hâkimi bağlayamaz. Bir kimsenin suçlu olmadığı halde, kendisini suçlu sayması veya bir başkasının suçunu kabullenmesi mümkündür. Vicdanî delil sisteminde, bütün deliller serbestçe takdir edilmekle beraber, bazılarının tek başına delil olup olmaması düşünülebilir. Sanığın kendi aleyhindeki beyanının tek başına delil olmaması¹⁹⁷⁰, bir teminat teşkil eder.

Ceza hâkimi, ikrarla bağlı olmadığından, ikrar parçalanır mı diye bir mesele, ceza muhakemesinde söz konusu değildir.¹⁹⁷¹

Sanığın beyanı *ikrar* şeklinde yani kendi aleyhinde olabileceği gibi, bir başkası aleyhinde de olabilir. “Sanığın suç atması” (atf-ı cürüm) denilen başkası aleyhindeki beyan da samimî olabilir veya olmayabilir. Bunun içindir ki bu şekildeki beyan da delil olmakla beraber, tek başına mahkûmiyet için yetmemelidir.

Sanığın suç atması, sanığın hem ikrar etmesi hem de başkalarının da birlikte olduğunu beyan etmesi şeklinde de olabilir. Bu beyanı da mahkûmiyet için tek başına yetmemelidir.

IV. İkrarın hukuka aykırılığı ve ifade almadaki hukuka aykırılıklar.

İkrarın serbest iradeye dayanmaması veya ifade almaya ilişkin hukuk kurallarının uygulanmaması, alınan ikrar veya ifadenin hukuka aykırı delil haline gelmesini sonuçlandırır. Bu konudaki örneklerle hukuka aykırı deliler bahsinde yer verilmiştir (No. 358 XI,2).

350. Sanık dışındaki tarafların beyanı.

I. Katılanın vb. beyanı.

Ceza muhakemesinde sanıktan başka, şahıs itibariyle taraflar da vardır. Kamu dâvasına katılanın, suçtan zarar gören kişilerin hatta medenî sorumlu olup, dâva edilen durumunda olan kimselerin beyanları da sanıkların beyanlarına benzer. Keza katılmayan “suçtan zarar gören”¹⁹⁷² veya dâva edilmeyen “medenî sorumlu” da şahıs itibariyle taraf olduklarından tanık değillerdir. Aynı şekilde, bir suçun ortaklığından veya yataklığından sanık olanlar da kanunda *tanık* denmesine rağmen (CMK 50/1), “sanıktan gayri taraflar” arasındadırlar. Bunlar, tanık olmadıklarından yemin etmezler, doğru söylemezlerse cezalandırılmazlar; meğerki iftira suçunu (TCK 267, 271) meydana getiren bir yalan söz konusu olsun.

Yargılanacak uyuşmazlığın taraflarından olan bu şahısların beyanları da sanığın beyanı gibi, hakikatin meydana çıkmasında hâkime yardım edebilir, yani bir delil olabilir. Ancak bu şahısların menfaat durumları göz önünde tutulunca, bu beyanların şüphe ile karşılanması tabiidir. Onun içindir ki bunlar, yeminsiz dinlenirler. Bunlarla yeminsiz dinlenen tanıklar arasındaki münasebet şudur: Yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı gibi sebeple yemin etmeyenler, taraf olmadıklarından yine tanıktırlar. Keza, yakınlığı dolayısı ile çekinme yetkisini haiz kimseler de tanıktırlar ve gerektiğinde yeminli olarak dinlenebilirler. Fakat, aynı suçun veya yataklığının sanığı bulunmak sebebi ile yeminsiz beyanda bulunanlar, kanunda *tanık* denmesine rağmen, hakikatte tanık değillerdir ve beyanları, tanık beyanı olarak değil, taraf beyanı olarak düzenlenmelidir. Görülüyor ki ayırıcı kıstas, yemin etmek veya etmemek değil, taraf olmak veya olmamaktır.

Sanıktan gayri taraf beyanının sağlamlığını değerlendirirken hâkimler sanık beyanında olduğu gibi çok dikkatli davranmalıdırlar.

II. Tanık statüsü.

çaldığı iddia edilen koç bedelini ödemek suretiyle şikayetçiyle anlaşmasında tevilli ikrar kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir (CGK 19.4.1993, 6-79/108, YKD 1993, 1567; Öztürk/Erdem 2006, 360).

¹⁹⁷⁰ CGK 28/10/63, İKİD 64, 2807.

¹⁹⁷¹ *Taner*, 233; *Selçuk (Sami)*: Kanıtların toplanmasında yasallık, dürüstlük ve total ceza adaleti. YD 77/2 57; 4. CD 9/5/46 5057/6024.

¹⁹⁷² Uygulamada şikâyetçiye, “47. maddede sayılmıyor” diye, yemin verdirilmekte idi (1. CD 25/10/83 İKİD 84/9, 2827).

Kanunumuz, sanıktan gayri tarafları, genel olarak, tanıklardan ayırmamıştır. Meselâ, çağırma ve dinleme konularında (CMK 191, 212) tanık dendiği zaman, sanıktan gayri tarafların da kastedildiğinde şüphe yoktur. Buna rağmen yemin verilmemektedir.

351. Belge; a) Belge delilleri.

I. Belge delilinin niteliği: Vesika, senet, belge.

Somut olaya özgü temsili delillerden ikincisi belgedir. Bunlara Muhakeme Hukukunda “vesika” da denilir.¹⁹⁷³ Mülga Ceza Kanunu ise, “varaka” tabirini tercih etmişti.¹⁹⁷⁴ Medenî Kanunla Medenî Muhakeme Kanununda *senet* tabiri kullanılmakta ise de, senet, belgeye nazaran daha dar manadadır. Her senet bir belgedir, fakat her belge bir senet değildir. Biz *document* karşılığı olarak, tek bir terim kullanmak zaruretini duymakta ve *belgeyi* tercih etmekteyiz. Kanun da *belge* terimini kullanmaktadır (CMK 125/1, 209, 215, 221).

II. Belgenin sağlamlığı.

Belge, somut bir olayı temsil eden, insan yapısı bir ispat vasıtasıdır.¹⁹⁷⁵ Belgenin olayı temsil edişi, çok defa olay anında ve huzurundadır. Suret ve fotokopi gibi belgenin belgesi de yine belge delilini teşkil eder, çünkü olayı, beyan gibi hâkimin önünde değil, gıyabında temsil eder.

Belgenin muhteva bakımından sağlamlığı (hakikiliği) ihtimali, beyandan çok fazladır, zira çok defa olay anında ve huzurunda yapıldığından hata ihtimali daha azdır. Buna karşılık, şekil bakımından sahtelik yani hakikî olmama ihtimali fazladır. Bunun içindir ki belgenin sağlamlık değeri, onu tanzim edenin telkin ettiği itimat derecesine bağlıdır.

İmzasız mektup gibi, tanzim edeni meçhul belgeler bu itibarla ispat bakımından değersizdir; meğerki, yazının sanığa ait olduğu anlaşılın. Çok defa imza da kâfi değildir. Bunun içindir ki bazı belgelerin hakikî olduğunun, gösterilen şekillerle belirtilmesi usulü kabul edilmiştir. Mahkeme ilâmında, tapu senesinde, nüfus kâğıdında olduğu gibi.

Belgeyi bazen resmî bir memur, görevi gereği düzenler. Bu takdirde “resmî belge”den bahsolunur. Resmî belgenin ispat kuvveti, özel belgeden daha fazladır.

352. b) Belgelerin sınıflandırması.

Belgeler belli bir olayı temsil etmek üzere yapılan bir vasıta olduğuna göre, neveleri temsil tekniği ile yakından ilgilidir. Bir zamanlar temsil vasıtası sadece yazı idi. Bugün eski olayı yeniden yaşatma imkânları artmış olduğundan, belgelerin de yazılıdan gayri çeşitleri meydana çıkmış ve yine belge adı altında kabul edilmiştir.¹⁹⁷⁶

Bugün belgeler: 1) *Yazılı belge*, 2) *Şekil tespit eden belge*, 3) *Ses tespit eden belge* ve 4) *Bilişim verisi şeklindeki belge* olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

353. c) Yazılı belge.

Uzun müddet sadece yazı vasıtasına başvurulduğundan belge denilince yazılı belge akla gelmektedir.

Yazılı belgelerin yazılı olması zarurîdir. Noter senetleri, duruşma tutanağı gibi. Yazılı belgelerin bir kısmı, yazılı muhakeme faaliyeti dolayısı ile tanzim edilen yazılı işlemlerdir. Yazılı işlemlerin bir kısmı da sözlü veya hareketli işlemi tespit eden tutanaklardır (No. 281).

¹⁹⁷³ Meselâ CMUK 85, 88. “Varaka” veya “evrak” denildiği (CMUK 242, 250), ikisinin birlikte kullanıldığı (CMUK 266) vardır. Belge yerine “yazılı açıklama” denilmesi (Tosun, I, 759) yersizdir. Açıklama (beyan) yazılı da olsa beyandır, belge değildir. Kaldı ki her belge yazılı da değildir.

¹⁹⁷⁴ *Evrak* kelimesinin tekili olan ve *varaka* denilen *belge* hakkında Bk. *Erman*: Sahtekârlık Cürümleri, 3. bası, 1970, no. 233.

¹⁹⁷⁵ *Foschini*, I, 444.

¹⁹⁷⁶ *Foschini*, I, 394; *Frosali*, IV, 269; *Ranieri*, 254; *Sabatini*, I, 515; *Siegert*: I limiti di legalità delle registrazioni e riproduzioni magnetofoniche effettuate nel processo penale, RDPrP 57, 497.

354. ç) Yazılı belgelerin sağlamlık bakımından sınıflandırılması.

Her delil gibi, belgeler de önce sağlamlık, bir diğer söyleyişle doğruluk veya güvenilirlik anlamında muteberlik bakımından değerlendirilir. Bu değerlendirme, tecrübe kaidesini bulup onunla muhtevanın karşılaştırılmasını gerektirir. Bazen daha iyi bir tecrübe kaidesini bulmak ve dolayısı ile daha iyi bir sonuca varmak mümkün olmaz. O zaman, “çok defa böyle olur” denilir, yani karine kabul edilir (No. 334). Bu karineyi hâkim gibi, mümkünse, kanun koyucu da kabul edebilir. Delilin çürük olması da mümkündür. Çürük belgeye sahte de denilir. Fakat sahtenin biri hem muhtevaya hem şekle, diğeri sadece muhtevaya ait iki şekli olduğu, birincisine maddî bakımdan sahte, ikincisine fikrî bakımdan sahte denildiği halde, karine kabul edilirken *sahte* tabiri sadece maddî bakımdan sahteyi ifadeye kullanılmıştır.

Sağlamlık bakımından karine kabul edilip edilmediğine göre, belgeler üçe ayrılır:

a) *Âdi malûmat kabilinden yazılı belgeler*. Bunlar haklarında kanunî karine kabul edilmemiş belgeler olup, herhangi bir delil gibi hâkim tarafından serbestçe takdir edilir. Hâkim ya tecrübe kaideleri mihengine vurarak ya basit karineye dayanarak, bunların doğru olup olmadıkları hakkında bir hüküm verir.

b) *Aksi (hilafî) sabit oluncaya kadar muteber yazılı belgeler*. Bunların muhtevasının hakikati aksettirdiği yolunda bir karineyi kanun koyucu kabul etmiştir. Ancak bu bir karine olduğundan, muhtevanın hakikî olmadığına ispatı mümkündür. Muhtevanın hakikî olmadığı ispat edilmedikçe, hakikî olduğu kabul edilecektir. Meselâ, Karayolları Trafik Kanununda yazılı suçları işleyenler hakkında yetkililerin (m. 83), orman suçlarında orman memurlarının (OrmanK 82) düzenlediği tutanaklar hilâfi sâbit oluncaya kadar muteberdir.

c) *Sahteliği sâbit oluncaya kadar muteber yazılı belgeler*. Kanunlar bazı defa daha ileri gitmişler, karinenin çürütülmesi için, belgenin sahte olduğunun ispat edilmesini şart koşmuşlardır. Meselâ duruşma tutanakları (CMK 219), seçim suçlarından ağır cezayı gerektirenlerin gayrısında Seçim Kurullarının tutanakları (SeçimK 179), Noterlerin düzenlediği işlemler (NoterlikK 82), sahtelikleri sâbit oluncaya kadar muteberdirler. Hatırlatalım ki delillerin sağlamlığı ile hâkimleri bağlayıcılığı farklı şeylerdir ve kanunun bir karineyi şu veya bu kayıtla da olsa sağlam sayması, onu kanunî delil haline getirmez, hâkimler makbul sınırlar içinde kalmak şartı ile delillerle bağlı tutulamazlar.

TCK 204/3. fıkrada, sadece “kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli belgelerde” sahtecilik suçunun işlenmesini ağırlatıcı sebep sayılmıştır.

355. d) Şekil tespit eden belge.

Belli bir olayı temsil etmek üzere *şeklin tespit edildiği* de vardır. Şekli tespit eden vasıtalar çeşitlidir. Meselâ fotoğraf çekilmekte¹⁹⁷⁷ görülen, hattâ görülmeyen şekil, film veya kâğıt üzerinde tespit edilmektedir (No. 421). Bir diğer vasıta da resim yapılmasıdır. Ancak ressamın muhayyilesi de işe karıştığından resmin gerçeği temsil kabiliyeti çok şüphelidir. Kroki, plân gibi şekil tespit eden belgeler de kullanılmaktadır. Heykel de resim gibi, sanatkârın özelliği icabı fazla itimada lâayık bir belge değildir. Buna karşılık faraza alçı ile alınan kalıp, kalıbı alınan şeyi objektif bir şekilde temsil edebilmektedir.

Yazılı belgeden bilgi edinme okuma suretiyle olduğu halde şekil tespit eden belgeler görme suretiyle tetkik olunur. Meselâ fotoğraflara, heykellere bakılır, film perdeye aksettirilir.

Şekil tespit eden belge, meselâ fotoğraf da hileli olabileceğinden, diğer belgelerde olduğu gibi, sahtelik iddia edilebilir.

356. e) Ses ve görüntü tespit eden belgeler ve bilişim verileri.

I. Ses ve görüntü tespit eden belgeler.

Ses alınması ve video kaydı yapılması yolu ile oluşturulan belgelere ses ve görüntü tespit eden belge adı verilir. Bu tür kayıtları belge yapan husus, süjenin ses veya görüntü kaydı yapılacağı konusunda bilgilendirilmesi ve bundan sonra kaydın yapılması durumunda “irade açıklamalarının tespit edildiği bir

¹⁹⁷⁷ Tosun, plâğı belge saydığı halde (I, 764), fotoğrafı belirti saymaktadır (I, 768).

belge” ortaya çıkar. Buna karşılık teknik araçlarla izleme yöntemi ile gizlice yapılan ses ve görüntü kayıtları, (CMK 140) hukuki anlamda “belge” delilini oluşturmaz, iletişimin denetlenmesindeki ses kayıtlarının oluşturduğu gibi “belirti” delili sayılırlar.

Belge, «belli bir olayı temsil etmek üzere insan yapısı bir ispat vasıtası» olarak tanımlandığı için, bazı bant kayıtları «belge» kategorisindedir. Meselâ, ifade alma sırasında şüpheli bilgilendirildikten sonra yapılan bant kaydı belge niteliğindedir.

Seslerin tespitini mümkün kılan vasıtalar icat olunduktan sonra, bir de *ses tespit eden belge* çeşidi ortaya çıkmıştır. Önceleri sadece gramofon plâkları vardı. Bugün sesler, ses alma makineleri sayesinde kolaylıkla banda alınmakta¹⁹⁷⁸ ve bu belgeler, fotoğrafla birlikte, modern vasıtaların başında gelmektedir. Hattâ bu yolda o kadar gidilmiştir ki, insan seslerinin banda alınması metodunun kötüye kullanıldığından daha haklı olarak şikâyet edilmektedir.¹⁹⁷⁹

Mecburi hale getirilmiş olan ifade alma sırasında bant kaydı yapılması (CMK 147/1, h), bu tür belgeleri oluşturur. Kanun bu tür ses ve görüntü kaydının ceza muhakemesi amaçlarıyla yapılmasını birkaç yerde kabul etmiş, fakat soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasında yetkisiz kişilerce ses ve görüntülerin kayda alınmasını veya nakledilmesini suç olarak düzenlemiştir (TCK 286).

II. Bilişim verisi şeklindeki belgeler.

Bilişim sisteminde yer alan elektrik yükleri cihazlarla okunarak anlamlandırılabilir. Bilişim teknolojisi içerisinde ifade açıklaması içeren ve düzenleyeni teknik yöntemlerle tespit edilebilen bu tür veri grupları teknik anlamda “belge” niteliğindedir. Bu tür belgeler özellikle bilgisayarlardan yararlanarak ve bilgisayar programları (word, excel vb) kullanılarak düzenlenir ve belli bir isim altında kaydedilerek bilgisayarın içinde saklanır.

Böylece belli bir kişinin irade açıklamalarından oluşan bilişim verileri kapalı bir kutu gibi sistemin içerisinde yer alır. Bu tür verilerden oluşan belgelerin bilgisayarın içerisinde yer alıp almadığını incelemek ve varsa da açıp içine bakmak bir tür aramadır. Bilgisayarda arama (CMK 134) ile düzenlenmiştir. Ancak bir bilgisayarı ele geçiren süjenin bilgisayarda yer alan bütün belgeleri incelemesi özel hayatın gizli alanına müdahale teşkil edeceğinden bilgisayarlarda arama yasalarla ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.¹⁹⁸⁰

BİLİŞİM VERİSİ, ELEKTRONİK VERİ KONUSU AYRINTILI OLARAK YAZILACAK

357. BELİRTİ DELİLLERİ.

I. Tabii belirti.

Belirti (emare) nin bir çeşidi olan *tabii belirti* (*indizio, indice*) bir olayın parçalarından biridir. Bu parça, suçu işleyenin iradesi dışında, hatta ona rağmen o olayı tabii bir şekilde temsil eder.¹⁹⁸¹ Bir diğer söyleyişle o parçanın bütünü temsil etmesi, göstermesi, eşyanın tabiatı icabıdır, sun’î değildir. Tabii belirti temsil için, bir diğer söyleyiş ile ispat için yapılmaz ama yine de ispat eder. Ancak, bu parça, sadece o somut olayı değil, o olayın dahil olduğu daha genel bir olayı temsil ettiğinden, tabii belirti, genel mahiyette temsilî delildir. Bunun içindir ki somut olayı da temsil edip etmediği hususunda çok dikkatli bir araştırmaya ihtiyaç vardır.

Meselâ olay yerinde bulunan parmak izi, suçtan evvel veya sonra da meydana gelmiş olabilir. Yine bunun içindir ki *tabii belirti* adı verilen delillerin tek başına ispat kuvveti yoktur.

Tabii belirtilerin temsil değerini suçlular da bildiklerinden, onları yok etmeğe çalışırlar. Bu çalışma dahi bir belirtidir.

¹⁹⁷⁸ Bu bantların tek başına delil vasfı kabul edilmemektedir (9. CD 5/10/83 İKİD 84/4 2513).

¹⁹⁷⁹ *Siegert* (Karl): a.g. makale, s. 497.

¹⁹⁸⁰ *Bilgisayarda arama*: Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations, www.Usdoj.gov/criminal (erişim tarihi 29.07.2009).

¹⁹⁸¹ *Foschini*, I, 450.

Tabii belirtiler çok çeşitlidir. Umumiyetle bunlar “eşyaya ait belirtiler” ve “şahsa ait belirtiler” diye iki grupta toplanır. Eşyaya ait tabii belirtiler kanunda deliller (CMK 83, 117), bazen “sübut vasıtalarından olmak üzere faydalı görülen eşya” (CMK 95) diye ifade edilmiştir.

Eşyaya ait belirtiler arasında tabanca, bıçak gibi suçta kullanılan eşya, sahte para gibi suçtan hâsıl olan eşya, fren izi, telefon konuşmalarının iletişim sistemlerinde bıraktıkları verilerden oluşan belirtiler gibi suçun meydana getirdiği izler vardır.

Şahsa ait tabii belirtiler, şahıslara taallük edenlerdir. Sanığın kan grubu, parmak izi, suçtan önceki veya sonraki, hattâ sorgusu sırasındaki ruhsal durumu bunlar arasındadır.

Tabii belirtiler, insan iradesi dışında olduklarından, objektiftirler. Bu itibarla, insan eseri olan beyan ve belge gibi delillere nazaran daha önemlidirler. Ancak bu sağlamlık, bu belirtilerin şekil bakımından sağlamlığı (hakikiliği) ile kaimdir. Belirtiler, istenilerek veya istenilmeyerek, değişebilir. Bunun içindir ki adli kolluğun esas görevi bu değişikliğe engel olmaktır. Bu da çeşitli şekillerde olur: Parmak izlerinin alınması, fren izlerinin muayenesi ve tespiti, olay yerinin krokisinin yapılması ve fotoğrafının çekilmesi, eşyaya ait belirtilere elkonulması, belirtilerin değişmesine mâni olan çarelerdendir.

II. Sun'î belirti.

Sun'î belirti (*constrassegno*), bir olayı, tabii olarak değil, fakat sun'î olarak, bir anlaşma ile temsil eden, insan yapısı işarettir, alâmettir. Tabii belirti ispat gayesi ile meydana getirilmediği halde sun'î belirtide gaye ispattır. Meselâ bir biletin zımbalanması, kullanıldığını göstermek içindir.¹⁹⁸²

Sun'î belirtiler de şahıslara ve eşyalara ait olduğuna göre ikiye ayrılabilir. Meselâ giyilen üniforma, takılan nişan, taşınan ad şahsa ait sun'î belirtilerdendir. Eşya üzerindeki “alameti farika”, evsafı gösteren damga, şapkanın kime ait olduğunu bildiren harfler de eşyaya ait sun'î belirtilere misal olarak sayılabilir.

Sun'î belirtilerde temsil genel mahiyette olduğundan, bunların tek başlarına ispat kuvveti yoktur.

358. HUKUKA AYKIRI DELİLLER.

I. Giriş.

1. Hukuka aykırı delil kavramı.

Hukuk Devletinde hukuka aykırılık yapılmamalıdır. Devlet adına yetki kullanarak delil toplayan veya yargılama erkini kullanan sùjeler hukuka aykırı fiil veya işlem yaparlarsa bunun bir yaptırımı olmalıdır. Hukuki, idari veya cezai yaptırımların yanı sıra, ileride yapılması olası hukuka aykırılıkları da önlemek amacı ile, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin, bunlar sağlam olsa dahi, hüküm verilirken kullanılmaması yöntemi geliştirilmiştir: Önce delilin nasıl elde edildiği incelenir. Söz konusu delil yasadâ öngörülen koşullara uygun olarak elde edilmemişse, *kanunu aykırı delildir*. İkinci aşamada bu delilin hüküm verilirken kullanılıp kullanılmayacağına bakılır. Biz de bu ayrımı sadık kalarak, önce fiziki delil, beyan delili veya belgelerin elde edilmesindeki hukuka uygunluğu araştıracağız. Sonra bunun hüküm verilirken kullanılmasını inceleyeceğiz.

Hukuka aykırı delil veya Anayasa'nın deyimini ile, *kanuna aykırı olarak elde edilen bulgu veya deliller* (Any. 38/6), Ceza Muhakemesi Kanununda *hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delil* şeklinde ifade edilmiştir (CMK 217/2). Ceza Muhakemesi Kanunu “özel yetkiyi” gerektiren “delil elde etme yöntemlerini” göstermiş ve *kanuna aykırı bir şekilde elde edilmiş olan delillerin duruşmada ortaya konulması yasaklamıştır*.

2. Kanuna aykırı elde edilen delili yasaklamanın amacı.

Delil yasakları, Amerika Birleşik Devletleri'nde, kovuşturma organlarını disiplin altına almak amacı ile yaratılmış, fakat suç patlamasına neden olduğu ve istenen sonucu doğurmadığı için, eleştirilmiştir.

Almanya ise, disiplin altına alma fikrini reddetmiş kovuşturma organlarının kanun çerçevesinde, hukuka uygun bir şekilde araştırma yapmaları ve maddi gerçeğin bulunması ihtiyacını

¹⁹⁸² Foschini, I, 454.

vurgulanmıştır.¹⁹⁸³ “İspat yasakları” kavramı (*Beweisverbote*), maddi gerçeğin araştırılmasının sınırlarını koyar.

Devletin maddi gerçeği araştırma yetkisinin hukuki sınırları vardır: (a) Olayı aydınlatma yararı ile çatışan bazı menfaatlere öncelik tanınır, (b) Sanığın süjelik sıfatının korunması için sınırlar korunur, (c) Hata kaynaklarını kurutmak amacı ile konulmuş kuralları vardır.

Çağdaş ceza muhakemesinin gayesi, maddi gerçeğin hukuk kuralları çerçevesinde yapılan araştırmalarla ortaya çıkartılmasıdır. Başka bir ifade ile, maddi gerçeği araştırma ve ortaya çıkarma konusunda Devletin sahip bulunduğu yetkiler sınırsız değildir. ‘Hakikat her ne pahasına olursa olsun, araştırılır’ diye bir kural yoktur.¹⁹⁸⁴

3. Terminoloji.

Kanuna aykırı olarak elde edilen delil kavramı, Anayasa’nın ve Ceza Muhakemesi Kanununun değişik maddelerinde kullanılmıştır. Anayasa’nın 38 inci maddesinin altıncı fıkrasında *kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgu* kavramı vardır. CMK’nın 206 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi, “*kanuna aykırı olarak elde edilmiş delil*” derken; CMK’nın 217 nci maddesinde *hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delil* terimi kullanılmıştır. CMK’nın 230 uncu maddesinde ise, *hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delil* kavramı kullanılmış, CMK’nın 289 uncu maddesinin (i) bendinde de yine *hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delil* denilmiştir. Görüldüğü gibi, mevzuatta bilinçli bir tercih yapılmıştır. Doktrinde ise, kavram karışıklığı sürmektedir. Bizim benimsediğimiz tasnif, delil yasağı¹⁹⁸⁵ veya ispat¹⁹⁸⁶ yasaklarına dayanır.¹⁹⁸⁷ *Delil yasakları* kavramı, hem *hukuka aykırı biçimde delil elde etme yasağını*, hem de söz konusu *delilin duruşmada ikame edilmesi ve değerlendirilmesi yasaklarını* kapsamaktadır.¹⁹⁸⁸

II. Hukuka aykırı deliller konusundaki görüşler.

1. Yetki sınırı aşularak elde edilen delil.

Devlet organlarının delil elde etme yetkisinin sınırları vardır. Anayasa’nın 5, 17 ve 38 inci maddesinin 5 ve 6’ncı fıkralarındaki genel sınırlamanın önceliği vardır. Devlet organlarının delil elde etmedeki yetkisine getirilen bu genel sınırlamanın yanı sıra, Ceza Muhakemesi Kanunda da somut delil elde etme yasağı durumları vardır.

Delilleri elde etmek ve korumak amacı ile uygulanabilen yakalama, arama, elkoyma gibi araştırma ve koruma tedbirleri, belli şartlara bağlanmış, araştırma ve kovuşturma organlarının yetkileri sınırlandırılmıştır. Bu tür sınırlandırmalara, 1903 yılında Beling tarafından kullanılmış olan terminoloji

¹⁹⁸³ Ranft 1991, 366.

¹⁹⁸⁴ Grünwald 150.

¹⁹⁸⁵ Öztürk ve Erdem, Hukuk Devleti esaslarına uygun bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalara “delil yasakları” demektedirler (Öztürk/Erdem 2006, 436).

¹⁹⁸⁶ Yurtcan “ispat yasakları” terimini kullanmakta ve ispat yasaklarını, delil elde etme yasağı ve delili değerlendirme yasağı olmak üzere iki başlıkta ele almaktadır (Yurtcan 2007, 261). “İspat Yasakları” kavramı yanılıcı olabilir: (a) İlk yanılı, belli bir hukuk normu ile yasaklanmış olmadıkça, her türlü delilin toplanmasının serbest olduğuna inanmaktır. Doğru olan, kanunla kişi haklarına müdahale edebileceğinin düzenlendiği alanlarda delil toplanabileceğidir (Grünwald 141). (b) “Delil toplama yasağı” kavramı, bu konuda kanunda, ayrı bir bölüm bulunduğu yanlış inancını verir. İşlemin yapılma şartlarından bir tanesi eksikse, delil ‘hukuka aykırı’ olarak nitelendirilebilir. Doğrusu, bazı şartların eksik olduğu hallerde dahi, işlemin hukuken geçerli olmasıdır. İşlemin yokluğu, butlanı, ayrı kavramlardır ve genel hükümlere tabidir. Bu kuralları gözardı edilemez (Grünwald 142). (c) “Delilin hukuka aykırılığı” ile “hüküm verirken kullanılma” arasındaki ilişkinin niteliği önemlidir. Her hukuka aykırı delil değerlendirme kapsamı dışında kalmaz. Yasaklanmış deliller (CMK 148) bunun istisnasıdır (Grünwald 143). Ancak, 148 dışında kalan hukuka aykırılıklarda “otomatik geçerlilik” de düşünülemez: somut olaydaki şartlar gözönünde tutularak, mahkemece o delil ya kabul edilir veya edilmez.

¹⁹⁸⁷ «Delil yasakları» terimi Öztürk/Erdem/Özbek (1999, 527) tarafından da kullanılmakta ve «delil yasakları durumları» beş grupta ele alınmaktadır: aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, ifade ve sorgu sırasında söz konusu olan delil yasakları, ifade ve sorgu dışında söz konusu olan delil yasakları, delil aracı yasakları ve delil konusu yasakları.

¹⁹⁸⁸ Delil yasakları, sanığın ceza muhakemesinin bir objesi değil, aksine süjesi olduğunu garanti eden, sanık haklarını koruyan ve muhakemenin dürüst bir şekilde yapılmasını sağlayan bir niteliğe sahiptirler. Ceza muhakemesinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesinde, delil yasakları önemli bir fonksiyon görür.

çerçevesinde “delil yasakları” (*Beweisverbote*) denilegelmişti. “Yasak” kelimesi, “açıkça yasaklanmış olmayan her şey yapılabilir”, düşüncesini yansıttığı için, ilk gelişme aşamasını gösterir. Bugün kamu hukukunda, “sadece açıkça yetki verilen hususlarda kamu görevlisi aktif bir işlem yapabilir”, görüşü kabul edilmektedir. Bu nedenle, artık “delil yasaklarından” değil, “delil elde etmenin sınırlarından” bahsedilmesi daha doğrudur.¹⁹⁸⁹

2. Konusu bakımından yasaklanmış olan deliller.

Temsil ettikleri olayın konusu göz önünde tutularak, bazı delillerin, ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmaları yasaklanmış ve hükme esas teşkil etmeleri kabul edilmemiştir. Gerçekten, bazı bulgular konuları itibariyle, “delil olmaya elverişli” değildir: kişisel veri niteliğindeki bilgilerin kullanılması yasaktır (CMK 75/2, 76/2, 80/2, 81/2, 137/3). Uzlaşmada yapılan “ikrar” da yasak deliller arasına alınmıştır (CMK 253/6). Kesin hükümle sona ermiş olan bir muhakemeden sonra, aynı konuda ispat girişiminde bulunulması da yasaktır.¹⁹⁹⁰ Mülga Kanuna göre, devlet memurları, sır olarak saklamak mecburiyetinde oldukları vakıalar hakkında tanıklık yapamazlardı (CMUK 49).¹⁹⁹¹

Sanığın susma hakkı; müdafii ile görüşmek hakkı¹⁹⁹²; tanıklıktan çekinme hakkı vardır. İlgilisine bu hakların bildirilmesi gerekir; ifade almada kötü muamele yapılamaz, irade zorlanamaz; bunların dışında da (beden muayenesi CMK 75 gibi) çok sayıda sınırlama vardır; özel hayatın gizliliği ile ilgili sınırlar da kabul edilmiştir.

Yasaklamanın sebebi ve hüküm verirken kullanmama konusu üzerinde de durulmalıdır. Yasaklama delilin güvenilir olmaması sebebi (*Unzuverlässigkeit der Beweismittel*) ile yasaklanmış olabilir. Sağlam, sağlıklı olmayan bir delil hüküm verirken kullanılamaz.¹⁹⁹³ Kovuşturma makamı hukuka uygun bir şekilde elde etmiş olsa dahi, sağlam olmayan delil kullanılamaz.

Sanığın belli meslek mensuplarına olan güveninin korunması amacı ile elde edilmesi yasaklanan deliller de (tanıklıktan çekinme hakkı gibi) vardır. Elkonulması yasak olan eşya delil olarak kullanılamaz. Doktora güvenerek kontrol olmadan derdini anlatmak başka bir şeydir, bunun arkasına sığınarak suç işlemek başkadır. Suç işleme şüphesi varsa, delil değerlendirilir.¹⁹⁹⁴

Ferdin kendisini veya bir yakını suçlamama hakkına dayanan yasaklar (mesela susma hakkı) da önemlidir. Verdiği ifade ile bir yakını mahkûm ettirecek olan kişi, bu kararını, sonuçlarını bilerek serbest iradesi ile vermiş olmalıdır. Eğer ilgili şahsa, hakları öğretilmeden ifade alınmışsa, alınan ifade delil olarak kullanılamaz. Ancak ilgili bu hakkını zaten biliyorsa, delil kullanılabilir.¹⁹⁹⁵

Tanığın çekinme hakkına sahip olduğunu bildiği sabit ise, ifade delil olarak kullanılabilir: İfadenin hâkim önünde verilmiş olması şarttır. İfade veren tanıkta önceden bilmesi ile değerlendirme mümkün iken, başka bir davada kullanma, susma hakkının ihlali olduğu için, değerlendirme dışı kalır. Sanığa

¹⁹⁸⁹ Schroeder 1997, 70. *Öztürk / Erdem/ Özbek* de (1999, 558) kamu hukukunda yetkinin istisna, yetkisizliğin kural olduğunu vurgulamaktadırlar.

¹⁹⁹⁰ Ranfi 1991, 360.

¹⁹⁹¹ İzin verilmesi halinde ise, Alman Hukukunda bu yasak ortadan kalkar. İspat edilmesi yasak olan konular da vardır ve bazı olayların duruşmada ortaya konması kabul edilmemiştir. Mesela, hükmün müzakeresinin gizliliği veya seçim gizliliği (DRİG 43, GG 38 I) veya adli sicilden silinmiş olan sabıka kayıtları böyledir (BZRG 49). Yeni Kanun mahkemeye karşı “Devlet sırrını” kabul etmedi. Tanığın sadece hâkim in hazır bulunacağı bir oturumda dinlenmesini benimsedi (CMK 47).

¹⁹⁹² Polis sanığın müdafii ile görüşebilmesi için, aktif bir şekilde yardımcı olmak mecburiyetindedir: BGH 42, 15, *Beulke* NStZ 1996, 257; *Schroeder* 1997, 69’dan naklen.

¹⁹⁹³ Hukuka aykırı deliller konusunda mevcut bulunan iki kanun maddesinin ilişkisi üzerinde şu açıklama yapılmıştır: CMK 254/2 ancak sorgu dışındaki haller için uygulanabilecek, 135a madde ise, özel bir hüküm niteliğinde bulunduğu ayrıca müeyyidesi öngörüldüğü için, sorgu söz konusu olduğunda tatbik edilecektir (*Şahin*, Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmeleri Sorunu, Kunter’e Armağan 1998, 353). Şahin de artık CMK 254/2’nin değiştirilmesini ve «temel hakların ihlal edildiği hallerde» uygulanmasını önermektedir. Bugünkü uygulanma biçiminin mutlak olması durumunda çok basit hukuka aykırılıklar yüzünden son derece önemli delillerin dikkate alınmaması durumunda, mağdurların başka yollardan adalet aramağa başlamalarından çekinmektedir.

¹⁹⁹⁴ Grünwald 144.

¹⁹⁹⁵ Grünwald 146.

hakları öğretilmeden alınan ifadeler hüküm verirken kullanılamaz, ama sanık susma hakkını biliyorsa, kullanılabilir.¹⁹⁹⁶

Ancak, soruşturma evresinde hâkime verilmiş olmayan bütün ifadeler genel olarak delil niteliği kazanmazlar. Kişinin sanık statüsüne girmeden önce yaptığı açıklamalar da hüküm verirken delil olarak kullanılamaz.

3. Özel hayatın korunması amacı ile yasaklanan deliller.

Bazı olay izlerinin muhakemede delil olarak kullanılması, temel hakları korumak amacı ile, önceden yasaklanmıştır. Bunlar, aslında muhakemede ispat edilmek istenen olayın bir parçası olmalarına rağmen, kişinin haklarını toplumun menfaatinden üstün tutmak amacı ile, olayın aydınlatılması için kullanılamazlar. Mesela, çekinme hakkını kullanan bir tanığın, daha önce alınmış olan ifadesi, duruşmada delil olarak kullanılamaz. Ceza Muhakemesi Kanununun 210/2 inci maddesi, duruşmadan önce bir hâkim tarafından dinlenilmiş olan tanığa çekinme hakkı öğretilmemişse, duruşma sırasında çekinme hakkını kullanabileceğini düzenlemektedir. İşte, tanıklıktan çekinme hakkını ilk defa duruşma sırasında kullanan bir tanığın önceki yazılı ifadesi duruşmada delil olarak okunamaz.

Kişinin özel hayatının gizliliği ihlal edilerek yapılan ses kayıtları, özel cep defterine yapmış bulunduğu kayıtlar, kişi haklarına üstün değer tanıyan hukuk sistemlerinde, hukuka aykırı delil kapsamına girerler. Bu konu, arama ve elkoyma bahsinde etraflı olarak ele alınmıştır.

4. Elde edilmesinde uygulanan metot dolayısıyla yasaklanan deliller.

Elde ederken uygulanan metot hukuka aykırı ise delil ‘hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil’ olur. Burada ispat edilmek istenen konu, “ispatı yasak” bir konu değildir. Ancak delilin elde edilmesi sırasında “hukuka aykırı bir yöntem” uygulanmıştır. Örneğin, ifade veren kişinin iradesinin serbest olması gerekirken, hukuka aykırı bir biçimde iradesine tesir edilmiş olabilir. Zor kullanma, hile, tehdit ve yorgun düşürmek gibi delil elde etme metotları yasaktır (CMK 148).

5. Korunan hukuki menfaat görüşü.

Her hukuk normunun korumak istediği bir hukuki menfaat vardır. Eğer Devlet tarafından yapılan işlem, bu hukuki menfaati zedelemişse, hukuka aykırılık doğar. Fakat kurallara “şekli” bir aykırılık mevcut bulunmakla birlikte, neticede normun korumak istediği hukuki menfaat ihlal edilmemişse, delil açısından hukuka aykırılık yoktur. Alman Hukukunun tasnif konusuna yeni bakış açısı, delil elde etme sınırlandırmasının amacı ve korunan hukuki menfaat göz önünde tutularak yapılan ayırımdır.¹⁹⁹⁷ Yeni tasnifte kriter olarak kullanılan *korunan hukuki menfaatlerin* bazıları ve buna dayanan haklar şunlardır: Delil elde etme sınırları, ceza muhakemesinin temel amacı olan maddi gerçeği ortaya çıkartmaya olumlu bir katkıda bulunmazlar, aksine, bunu engellerler. Ancak mesela, ifade alma ve sorgudaki işkence yasağı, maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlamak ve irade özgürlüğünü korumak amacıyla hizmet eder. Gerçekten, kendisine işkence yapılan kişi, bundan kurtulmak için, suçu ikrar edince, maddi gerçek ortaya çıkmamış olur. Tanıklıktan çekinme hakkına dayanan delil elde etme sınırı, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması amacıyla dayanır: tecrübe gösterir ki, bir insan yakınlarının fiilleri hakkında onu kurtarmak amacı ile, çoğunlukla yalan söyler. Tanıklıktan çekinmeyi düzenleyen kurallar, bir yandan maddi gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet ederken, diğer taraftan da aile içi ilişkileri koruma altına alırlar. Diğer korunan bir hak, bireyin kendisini suçlayan bir beyanda bulunmama hakkıdır. Şüpheli veya sanığa “susma hakkının” hatırlatılması, onun kendisini suçlayıcı sözler söylerken daha dikkatli olmasını sağlar. Serbest iradesi ile söylediği sözler, hukuka uygun olarak ele geçirilen delil olacaktır.

Eğer yapılan aykırılık, *sanığın Anayasa teminatı altına alınmış olan haklarını ihlal etmiyorsa*, hukuka aykırı delil teorisi uygulanmaz: Mesela, 1973 yılında verilen *United States v. Ramsey* kararında, Kansas Kanunlarına göre gözaltına alınan çocuklar ile ilgili olarak, hemen çocuk polisine görev verilmesi mecburi iken, *Ramsey* yakalandıktan sonra bu yapılmamıştı. Bu şekilde gerçekleşen *kanuna*

¹⁹⁹⁶ Grünwald 147.

¹⁹⁹⁷ Schroeder 1997, 72.

aykırılık, Federal Anayasadaki sanık haklarını ihlal etmediği için, kanun ihlal edilerek elde edilen bir beyanın, delil olarak mahkemeye sunulması kabul edilmiştir.¹⁹⁹⁸

Diğer delil elde etme sınırlamaları, çeşitli hakları korurlar. Mesela; postada elkoyma, iletişimin denetlenmesi ile ilgili hükümler, Anayasa ile güvence altına alınmış olan *haberleşme özgürlüğü ve özel hayatı* korur. Evde yapılan arama ile ilgili kurallar, *konut dokunulmazlığını ve özel hayatın gizliliğini* garanti altına alır. Kişi üzerinde yapılan arama ile ilgili kurallar, *özgürlüğü* korur. Müdafinin sanık ile ilişkisini düzenleyen kurallar ise, ikisi arasındaki güvene dayanan *müdafaa hakkının* teminatını oluşturur. Devlet sırrının korunmasına yarayan kısıtlamalar da vardır (CMK 47).

6. Ön yargı yaratmaması için yasaklanan deliller.

Bazı delillerin duruşmada ikame edilmesi hâkim veya jüri üzerinde haksız bir ön yargı oluşturur. FRE *prejudice* yaratan delillerin duruşmada ortaya konmasına izin vermemiştir.

III. Kanuna aykırı delillerin suçun ispatında kullanılması sorunu.

Bir delilin hangi durumlarda “kanuna aykırı olarak elde edilen delil” kapsamına girdiğini belirledikten sonra, karşımıza çıkan ikinci önemli husus, kanuna aykırı yöntemle elde edilen delilin hüküm verilirken kullanılıp kullanılmayacağı sorudur. Zira, bir delil “kanuna aykırı olarak elde edilmiş olmasına” rağmen, bazı koşullar altında “hukuka uygun bir şekilde” kullanılabilir.

Bu konuda da iki ana grup mevcuttur. İlk olarak, kanuna aykırı şekilde elde edilmiş olmakla beraber kullanılıp kullanılmayacağı somut olaydaki Anayasal hakların ihlâl edilmiş olup olmadığı konusunda mahkemeye takdir yetkisi bırakılmış olan deliller vardır.

Bunun yanı sıra bir de kanun koyucunun mahkemeye bir takdir yetkisi bırakmaksızın, delil elde edilirken yapılan ağır hukuka aykırılık nedeniyle, o delilin yasaklanması yolunu seçmiş olduğu haller vardır. Bu gruba giren delillere de “yasaklanmış olan deliller”, adı verilir. Ceza Muhakemesi Kanununun 148 inci maddesi böyle bir mutlak yasak koymuştur.

“Kanuna aykırı bir yöntem” kullanılarak veya “yasanın kabul etmemesine rağmen” elde edilen delillerin, istisnasız bir şekilde değerlendirme dışı kalması, doğru değildir. Zira, delil elde edilirken ihlâl edilen kural, bazen çok önemlidir, bazen ise, basittir.¹⁹⁹⁹

Yapılan hukuka aykırılık “sanığın anayasal haklarından birini ihlâl etmiş” ise, delil değerlendirme dışı kalabilir.²⁰⁰⁰

Kanaatimizce, Ceza Muhakemesi Kanunu 148’nci maddesi ile, bu bakış açısından yola çıkarak “mutlak bir değerlendirme yasağı” koyduğu söylenebilir.²⁰⁰¹

1. Genel bilgiler.

Bir görevli delil toplarken yasada öngörülen sınırlara riayet etmediği takdirde, muhakeme hukukunun kendisine özgü müeyyideleri gündeme gelir. Mülga Kanunumuzda öngörülen müeyyidelerden biri de hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delilin hüküm verilirken kullanılmaması idi (CMUK 254/2). Her ihlal bir hukuk kuralına aykırılık oluşturduğu için, bir müstakil temyiz sebebi

¹⁹⁹⁸ *Karmen/Pasker/Regigton*: Briefs of Leading Cases in Juvenile Justice, Ohio 1998, sh. 29.

¹⁹⁹⁹ *Eser* 1983, 123. Değerlendirme yasakları ayrıntılı bilgi için, *Öztürk/Erdem/Özbek* 1999, 543) bakınız. Örneğin, mülga CMUKya göre bir memur sır saklamak mecburiyetinde iken, (CMUK 49/1) amirinin izni olmadan, aleni duruşmada bu olayı açıklamışsa, 49 uncu maddedeki kuralın ihlâl edilmiş olması nedeniyle “hukuka aykırı” hale gelmiş bir delil vardı. Bu yasaklanmış delilin hüküm verilirken kullanılmaması, maddenin amacına aykırı olurdu. Zira, CMUK 49 uncu madde olayın aleniyete çıkmasını önlemek için konulmuş olan bir hükümdü. Olay aleniyete çıktıktan sonra, onun değerlendirme dışı bırakılması, olayı hafızalardan silemez.

²⁰⁰⁰ Buna benzer bir şekilde, kan tahlili yapılması gerektiğinde, sanıktan alınan kan bir doktor tarafından değil de, bir hemşire tarafından alınmış ise, bir kural (StPO 81a) ihlal edilmiştir. Delil hukuka aykırı bir yöntem kullanılarak elde edilmiştir. Bu şekilde elde edilmiş olan delilin, sağlık açısından bir sakınca doğurmadıkça, delil olarak kullanılması yerinde olur.

²⁰⁰¹ Almanya da, Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesinin 2 inci fıkrasında sayılmış bulunan yasak sorgu metodlarını (yorma, hile) delili kullanılamaz hale getirirler.

(CMK 307 = hukuka aykırılık) oluşturur. Eğer bu hukuka aykırılık “hükme etkili ise”, bozma sebebi olur.

CMK kanuna aykırı delilleri daha ayrıntılı bir şekilde düzenledi: “Kanuna aykırı” olan deliller duruşmada ortaya konamaz (CMK 206/2), “hukuka aykırı” deliller hükmün gerekçesinde tek tek ve ayrıca gösterilir (CMK 230), hüküm kurulurken sadece “hukuka uygun” olan delillere dayanabilir (CMK 217/2). Kanun ayrıca, “yasak” deliller de tek tek saymıştır (CMK 148, 75, 76 gibi)

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından herhangi bir yararı bulunmayan “delil elde etme yetkisini kısıtlayan kurallardan”, sanığın faydalanması doğru olur mu? Diğer bir ifade ile, “delil elde etme yetkisini kısıtlayan” her kural, otomatik olarak bu “delilin hüküm verilirken kullanılmasını” engellemez.

Delil önce soruşturma evresinde bir “şüphe sebebi” olarak ortaya çıkar. Bu birinci aşamadır. İkinci aşama, bu şüphe sebebinin bir “delil” olarak mahkemeye sunulması aşamasıdır. Kanuna aykırı olarak elde edilmiş olsa dahi, bu şüphe sebeplerinin mahkemeye sunulması gerekir. Zira bizim sistemimizde “delilin dosyadan çıkartılması” diye bir kurum yoktur. Amerikan hukukunda bu mümkündür, delil taraflarca jüriye sunulacaktır; jüri de daha önceden dosyayı incelemiş olmadığı için, bu delilin varlığından habersizdir. Eğer delil elde etme yöntemi anayasal hakları ihlal etmişse, bu delil “dosyadan çıkartılır”, yani jüriye bu delil hiç sunulmaz.

Avrupa Hukuk Sisteminde jüri mevcut bulunmadığı için, aynı mahkeme hem delili inceler ve hem de hukuka aykırı olduğu kanaatinde ise, bunu hüküm verirken kullanmaz. Bu eksikliği gidermek amacı ile, Avrupa Hukukunda, “delilin duruşmada ikame edilmesi yasaklanabilir”. Buradaki kural, “doğrudan doğrualık” ilkesidir ve duruşmada kural olarak belge okunamaz ve bütün işlemler sözlü yapılmalıdır.

Alman Hukuku ilk olarak “sanık hakları teorisi” (*Rechtstheorie*) denilen ölçütü kabul etmişti. Bu teori bazı yönleri ile eleştirilmekte idi.

Mesela, bir tanıktan “yorarak” beyan elde edilirse, bu yorma fiili, sanığın Anayasa teminatı altına alınmış olan haklarını ihlal etmemesine rağmen, delil olarak kullanılması açısından mutlak bir yasak geçerlidir. Bununla birlikte, yapılan hukuka aykırılık ‘sanığın Anayasal haklarından birini ihlâl etmiş’ ise, bu delil değerlendirme dışı kalmalıdır.²⁰⁰² Mesela, Ceza Muhakemesi Kanununun 148’inci maddesi, bu bakış açısından yola çıkarak ‘mutlak bir değerlendirme yasağı’ koymuştur, denebilir.²⁰⁰³

Hukuka aykırı deliller, ülkemizde yapılan çeşitli yayınların ve Yargıtay kararlarının konusunu teşkil etmiştir.²⁰⁰⁴

Kanuna göre tanıkların ayrı ayrı dinlenmeleri gerekirken, mahkeme birlikte dinlemiştir. Yargıtay “sonuca etkili olmayan” bu aykırılığı bozma sebebi yapmamıştır.²⁰⁰⁵

Mağdure 15 yaşından küçük olduğu için gizlilik kararı verilmesine rağmen, celsenin aleni yapılması, “aykırılığın telafisi mümkün görülmediğinden”, bozma sebebi yapılmamıştır.²⁰⁰⁶

2. Sanık hakları teorisi.

Alman doktrini, içtihatla belirlenen yasaklanma halleri dışında, ‘kanuna aykırı delillerin’ duruşmada değerlendirilmesi sorununu, ‘sanık hakları teorisi’ çerçevesinde çözümlenmektedir.

²⁰⁰² Buna benzer bir şekilde, kan tahlili yapılması gerektiğinde, sanıktan alınan kan bir doktor tarafından değil de, bir hemşire tarafından alınmış ise, bir kural (StPO 81a) ihlal edilmiştir. Delil hukuka aykırı bir yöntem kullanılarak elde edilmiştir. Bu şekilde elde edilmiş olan delilin, sağlık açısından bir sakınca doğurmadıkça, delil olarak kullanılması yerinde olur.

²⁰⁰³ Almanyada da, Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesinin 2 inci fıkrasında sayılmış bulunan yasak sorgu metodlarının (yorma, hile, işkence vb.) uygulanması yolu ile elde edilen deliller, hüküm verilirken kullanılamaz. Adli sicilden silinmiş olan veya silinmesi gerektiği halde henüz silinmemiş olan sabika kayıtları sanığın aleyhine kullanılamaz ve duruşmada değerlendirilemez (BZRG 49/1) (*Şahin*, 222).

²⁰⁰⁴ *Öztürk* (ZStW 1992), delil yasaklarını gruplandırmaktadır.

²⁰⁰⁵ 5 CD. 12.12.1992, E. 92/174, K. 92/465, HBB.

²⁰⁰⁶ 5 CD. 3.4.1990, E. 1990/1051, K. 1990/1822, HBB.

Kanuna aykırı delillerin duruşmada hüküm verilmeden önce değerlendirilmesi konusunda Alman mahkemeleri ‘delilin elde edilmesi ile gerçekleşen kanuna aykırılığın sanığın haklarını ne ölçüde ihlal ettiğine’ bakar. Sanığın hakları önemli bir şekilde ihlal edilmiş ise, hukuka aykırı delil kullanılmaz. Buna karşılık, yapılan ihlal ikinci derecede kalmakta veya sanığın hakları açısından hiçbir önem taşımamakta ise, hukuka aykırı olmasına rağmen, delil hüküm verirken kullanılır. Bu konuda bir değerlendirme yapılırken, ihlal edilmiş bulunan normun kimin yararına konmuş bulunduğu bakılır.²⁰⁰⁷

Sanık hakları teorisi, Alman doktrininde eleştirilmiştir.²⁰⁰⁸ Federal Yargıtay bu eleştirilere rağmen, hukuka aykırı delillerin duruşmada hükme esas teşkil edilmesi sorununda ‘ihlal edilen normun muhakemede koruduğu menfaate ve normun ihdas edilmesindeki amaca bakmakta’ ve gerçekleşmiş bulunan ihlalin sanığın hukuki durumunda meydana getirdiği sonuçlara göre, hukuka aykırı olan bir delilin hükme esas teşkil etmesini kabul veya reddetmektedir.²⁰⁰⁹

Alman Federal Yargıtay’ına²⁰¹⁰ göre, şüpheli veya sanığın polis tarafından ilk defa ifadesi alınırken, kendisine ‘susma hakkına sahip bulunduğu’ öğretilmemişse, elde edilen delil hüküm verilirken kullanılamaz.

İngiltere’de, sanığa susma hakkı öğretilmemişse, hâkim dava konusu olayın özelliklerini göz önünde tutarak, ‘dürüst yargılama’ kuralları çerçevesinde bir değerlendirme yapar ve delili ya hüküm verirken kullanır veya kullanmaz. Bu konuda hâkim e takdir yetkisi tanınmıştır.²⁰¹¹

Alman Hukukundaki gelişme neticesinde, “sanık hakları teorisi”, “orantılılık ilkesi” (*Abwägungslehre*) ile tamamlanmıştır: her somut olayda mahkeme bir değerlendirme yapacak ve delil elde etmeyi kısıtlayan hükmün korumak istediği hukuki menfaat ile, fiilin aydınlatılmasındaki toplumun menfaatini karşılayacaktır.²⁰¹²

Mahkemelerin orantılılık ilkesini uygularken kullandıkları ölçütlerden bazı örnekler aşağıda gösterilmiştir:

a) StPO 81a’daki kurala aykırı olarak, sanıktan alınması gereken kan örneği, doktor değil de bir sağlık memuru tarafından alınmışsa, bu hukuka aykırılık, elde edilen delilin hüküm verilirken kullanılmasını engellemez.

b) Sırrın ait olduğu makam, amirinin izni olmadan CMK 47 ye karşılık olan Alman hükmüne aykırı bir şekilde tanıklık yapan Devlet memurunun beyanı, hüküm verilirken kullanılabilir.²⁰¹³

c) *Schleyer* davasında hukuka aykırı bir şekilde elde edilen, sanığa ait ses kaydı kullanılarak hazırlanan bilirkişi raporu hüküm verilirken kullanılamamıştır: bu sesin soruşturma süreci içinde diğer yollardan elde edilemeyeceği anlaşılmıştır ve bireyin kendi sesi üzerindeki kişilik hakları, olayda tartıldığında, daha üstün bir değer olarak kabul edilmiştir.²⁰¹⁴

²⁰⁰⁷ BGHSt 11, 213.

²⁰⁰⁸ Sanığın ‘usulüne uygun bir ceza muhakemesi yapılmasını istemek hakkı’ bulunduğu belirtilerek, sadece sanığın Anayasal haklarını koruyan hükümlere riayet edilmemesi halinde değil, muhakeme hukukuna ilişkin herhangi bir kuralın ihlal edilmesi halinde de, delilin değerlendirme kapsamı dışında kalması ileri sürülmüştür

²⁰⁰⁹ BGHSt 25, 325.

²⁰¹⁰ BGH. Beschluss v. 27.2.1992- 5 StR 190/91 (OLG Celle); JZ 18/1992, 918.

²⁰¹¹ *Code of Practice for the Detention* etc. Section 78 Police and Criminal Evidence Act 1984; JZ 18/1992, 922 dn. 2.

²⁰¹² BVerfGE 34, 250; BGH 24, 130: *Schroeder* 1997, 77.

²⁰¹³ Yargıtay’ımız da tanıklıktan çekinme hakkının bildirilmemesini hukuka aykırılık olarak kabul etmektedir: CGK 28.9.1999 (E. 1999/1-213, K. 1999/219, www.kazanci.com.tr (29.8.2004): Yerel Mahkemece, bildiri hükümde en belirleyici kanıt olarak kabul edilen ve tanık olarak dinlenilmiş olan avukat’ın kimliğine ilişkin bilgilerin tespit edilerek duruşma tutanağına geçirilmemesi ve tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğuunun hatırlatılmaması suretiyle usul kurallarına aykırı davranıldığı anlaşılmakla hükmün bozulmasına karar verilmelidir.

²⁰¹⁴ Yargıtay’ımız da gizlice yapılan kayıtları delil olarak etmemektedir: 1 CD 16.2.2004 (E. 2003/3819, K. 2004/299, www.kazanci.com.tr (29.8.2004)): Olayda, sanık kollukta ifade vermeyeceğini açıkça belirtmiştir. Buna rağmen, kendisiyle sohbet havasında yapılan mülakatın habersiz olarak videoya kaydedilmesi suretiyle, sanık aldatılarak özgür iradesiyle savunma

d) Polis tarafından, savcılıkta ifadesi alınırken veya hâkim tarafından sorgusu yapılırken, sanığa susma hakkı bildirilmemişse, alınan ifade hukuka aykırıdır ve hüküm verilirken kullanılamaz; ancak sanığa susma hakkı ilk aşamada bildirildikten sonra ikinci aşamada bildirme ihmal edilmiş olursa veya karşı gelme yoksa (*fehlerndem Widerspruch*), bu aykırılık hüküm verirken kullanılmayı engellemez.

e) Kanundaki düzenlemeye (CMK 147) aykırı olarak, sanığın müdafii ile görüşmesine imkân sağlanmamış olursa, bu hukuka aykırılık hükmü etkiler.²⁰¹⁵

Alman Hukukunda “doğrudan doğruya Anayasa’dan kaynaklanan delil yasakları”²⁰¹⁶ ile ilgili değerlendirmeler, hakların dengelenmesi teorisi çerçevesinde yapılmaktadır. Diğer bir ifade ile, Devletin ceza adalet mekanizmasının işlerliğinin sağlanmasındaki toplumsal menfaat ile, diğer menfaatlerin karşılıklı tartılması yoluna gidilmektedir. Mesela, polis tarafından kullanılan bir muhbirin şüpheli ile yaptığı telefon konuşmasının banda kaydedilmesi.

Mahkeme hukuka aykırı bir şekilde elde edilen bir delilin hüküm verilirken kullanılıp kullanılmayacağı konusunda bir karar verirken, kullanmanın delil yasağı konularken korunmak istenilen “hukuki menfaati ikinci kez zedeleyip zedelemeyeceğine” bakar. Mesela, aile bütünlüğünü korumak amacı ile, tanıklıktan çekinme yetkisinin kabul edilmiş olduğu hallerde, bu beyanın hüküm verilirken kullanılması, korunan menfaati yeniden ihlal edecektir.

Hukuka aykırı delili hüküm verirken kullanıp kullanmama, temel bakış açısına göre değişir:

Birinci bakış açısına göre, Avrupa kıtasında uygulanan ceza muhakemesinin amacı, maddi gerçeğe ulaşmaktır. Hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin hüküm verilirken kullanılmaması ise, “zaruri hallerde kabul edilmesi gereken” (*hinzunehmende*) bir istisnadır.²⁰¹⁷

İkinci bakış açısına göre ise, delil elde etme faaliyeti daima ferdin hak ve özgürlüklerini ilgilendirdiği için, kanuna aykırı bir şekilde elde edilen delillerin hüküm verilirken kullanılabilmesi için, bunun gerekçesinin gösterilmesi gerekir.²⁰¹⁸

Delil elde etme konusundaki sınırlamaların ve yasakların kasten veya bilinçli olarak ihlal edildiği durumlarda da elde edilen delillerin hüküm verilirken kullanılmaması gerekir.²⁰¹⁹ Kanuna aykırı deliller teorisinin yaratılmasındaki temel amaç, delil araştırmak ile görevlendirilen kolluk güçlerinin çalışma yöntemlerini denetim altına almak olduğu için, böyle bir içtihat doğmuş bulunmaktadır. Buradaki temel kural, hukuka uygun bir arama sırasında elde edilen ve diğer bir suçun ispatına yarayan delilin hukuka uygun olduğu ve hüküm verilirken kullanılabilirdir (CMK 138/1). Mesela, hırsızlık sanığının evinde hâkim kararı ile yapılan aramada, aynı kişinin işlediği bir cinayetin delili bulunursa, bu hukuka uygundur (bakınız: 93.2-II, 14). İletişimin denetlenmesi sırasında hakkında hâkim kararı bulunmayan ve şüpheli konumunda da bulunmayan bir kişinin, hâkim kararı ile dinlenen kişiyi arayıp, yaptığı konuşma ile kendisi aleyhine delil vermesi konusu, ilgili bahiste açıklanmıştır (bakınız: 93.5).

Ceza muhakemesi hukukunda “delil serbestliği ilkesi” vardır. Fakat bu serbestlik sınırsız değildir. Bu ilkenin sınırı, insan hakları, insanın insanlık onuru ve delillerin yasaların belirlediği sınırlar içinde elde edilmesi ve hüküm verirken, hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş olan delillerin kullanılması gibi ilkelerde ortaya çıkar. Bir delilin bir hukuk devleti tarafından yapılan ceza muhakemesinde

yapması engellenmiştir. Bu nedenle, yasak sorgu yöntemleriyle elde edildiği anlaşılan video kasetin delil olarak hükme esas alınması mümkün değildir.

²⁰¹⁵ 5 CD, 4.3.2003 (E. 2002/9111, K. 2003/ 1011), www.kazanci.com.tr (29.8.2004): Müdafinin görevinin yargılamanın her aşamasında ve yargılama sona erinceye kadar devam edeceği gözetilmeden bir oturum dışındaki oturumlarda müdafii hazır bulundurulmadan Yargılamaya devam edilerek savunma hakkının kısıtlanması, yasaya aykırıdır.

²⁰¹⁶ “Anayasa’dan kaynaklanan delil yasakları” terimindeki “yasak” kelimesi önceki görüşleri yansıtmaktadır. Artık kabul edilen görüş, Devlet adına bir kamu görevlisinin harekete geçebilmesi için, bir hukuk normunun ona açıkça yetki vermiş olması gerekeceğidir. Bu nedenle, açıkça yetki veren bir hukuk normu olmadan, kişi hak ve özgürlüklerine yapılan bütün müdahaleler, “hukuka aykırıdır”.

²⁰¹⁷ BGH 27, 357; 28, 128; 35, 34; *Schroeder* 1997, 79.

²⁰¹⁸ *Schroeder* 1997, 79.

²⁰¹⁹ BGH 24, 131; *Schroeder* 1997, 80.

kullanılabilmesi için, “hukuka uygun” yöntemlerle elde edilmiş olması gerekir. Hukuka aykırı deliller açısından, *kanuna aykırı* ve *hukuka uygun* kavramları üzerinde durmak gerekmektedir. Biz *delil elde etmenin sınırları* olduğunu kabul ediyoruz. Kanuna aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin hüküm verirken kullanılması konusundaki kanaatimiz şudur:

Kanunun *kullanılmasını yasakladığı* ve *yok edilmesini* emrettiği deliller ile, CMK 148 de gösterilen hallerde yasak usullerle elde edilen “ifadeler”, rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez. Bunlar dışında kalan *kanuna aykırı yöntemle elde edilen bir delil*, istisnai olarak, hüküm verilirken kullanılabilir. *Kanuna aykırı yöntemlerle elde edilen deliller* kavramındaki *aykırılık*, sanığın temel haklarını ihlal eden bir hukuka aykırılık olarak anlaşılmalıdır. Muhakemenin sonunda, yapılan işlemler bir bütün olarak değerlendirilmeli ve muhakeme neticesinde, kanuna uygun veya aykırı yöntemlerle elde edilen deliller kullanılarak kurulan hüküm, Anayasanın 36’ncı maddesinde gösterildiği biçimde *adil* ise, kanuna aykırı bir yöntemle elde edilmiş olan bir delil kullanılmış olsa dahi, hüküm bozulmamalıdır.

Ceza Muhakemesi Kanununun 217’nci maddesinin 2 nci fıkrasında mesele olumlu yönden ele alınmıştır. Mahkeme hüküm verirken kullanacağı delilin “hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delil” olup olmadığını denetleyecek ve hukuka uygun bir şekilde elde edilmişse, kullanacaktır. Bu nedenle, artık delil konusu tartışılırken, delilin *sağlamlığı* ile birlikte incelenecektir. Hukuka uygunluk belirlenirken, şekli hukuka aykırılıklar nazara alınmamalı, hukuka aykırılığın öze ilişkin olup olmadığı denetlenmelidir. Böylece, hem “delil yasakları” görüşü, hem de “korunan hukuki menfaat” birlikte ele alınmalı ve elde edilmiş olan delilin “hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş” olup olmadığı belirlenmelidir.

Kanunun hukuka aykırılık konusundaki genel sistemi burada da geçerlidir. İşlemlerin yapılması için kurallar ihdas edilmiştir. Bu kurallara aykırılık, işlemi hukuka aykırı hale getirir. 289. maddede yapıldığı gibi, bazı hukuka aykırılıklar mutlak bozma sebebidir. Kanun, 148 maddeye giren bir aykırılıkta değerlendirme yasağı koymuştur ve tartışma yolunu kapamıştır.

Buna karşılık, her temyiz sebebinin bozma sebebi olmaması gibi, işlemdeki bazı hukuka aykırılıklar, delilin hüküm verirken kullanılmasını engellemezler. Ancak, sanığın temel hakları zedelenerek bir delil elde edilmişse, bunun kullanılmaması gerekir. Burada sanığın temel hakları korunmaktadır.

Etkili koruma sağlayabilmek için, Anayasa şikâyeti ve işlemdeki temel hak ihlalini doğrudan doğruya Yargıtay’a götürme imkânı yaratılmalıdır.

Delilin hukuka aykırı bir yöntemle elde edilmiş olduğu belirlenirse, bu delili, hüküm verirken kullanıp kullanmamak, mahkemenin takdirine bırakılmalıdır. Sonuçta verilen karar, sanığın “adil yargılanma hakkını” ihlal etmeyecekse, hukuka aykırı olan delilin dahi, hükümde kullanılması ilkesini benimsiyoruz. Ancak, Kanunda “delilin kullanılmasını tümünden yasaklayan bir norm” varsa, bu delilin hiçbir şekilde kullanılmaması gerektiğini kabul ediyoruz.

IV. Mukayeseli hukukta istisnai hallerde kullanılabilen hukuka aykırı deliller.

Bazı hallerde yapılan bir işlem, *dış görünüş itibariyle hukuka aykırı* ise de aslında aykırılık yoktur.²⁰²⁰ Mesela, Kanunun verdiği yetkiden kaynaklanan arama ve elkoyma işlemleri hukuka uygundur.

1. İyi niyet istisnası.

Hatalı da olsa, hâkim kararına dayanarak toplanan deliller açısından, polisin *iyi niyetli* olduğu kabul edilir. Hâkim kararının yasal ve fiili dayanakları ortadan kalkmış olsa dahi, böyle bir karara dayanarak yapılan *yakalama*, *arama* ve benzeri araştırma işlemlerinden elde edilen deliller, *hukuka uygun* sayılır.²⁰²¹ Ancak, normal eğitim görmüş bir kolluk memuru, hâkim kararının fiili veya yasal dayanaklarını kaybettiğini anlayabilecek durumda ise, hâkim in hatalı kararına dayansa da toplanan delil hukuka aykırı olur.

²⁰²⁰ Greer: The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights. Human rights files No. 15, Council of Europe, sh. 9.

²⁰²¹ U.S. v. Leon 1984.

2. Yasanın yürürlükten kalkması.

Kolluk memuru yürürlükteki bir yasayı uygulayarak, makul şüphenin de varlığı şartı ile, işlem yaptıktan sonra, bu kanun “Anayasaya aykırı olması nedeniyle” yürürlükten kaldırılırsa, arama ve aramadan elde edilen deliller geçerliliğini muhafaza ederler. *Mich* davasında²⁰²² yerel bir kanuna dayanarak yakalanan ve üzerinde uyuşturucu madde bulunan kişi ile ilgili olarak, daha sonra yakalamaya izin veren kanunun Anayasaya aykırı olduğu saptanmış ve kanun yürürlükten kaldırılmıştı. Yüksek Mahkeme (yakalama yapan memurun, “mahkemenin bir hukuk normunu daha sonra yürürlükten kaldırılabileceğini” öngörmesinin mümkün olmaması) gerekçesi ile, sonradan hukuka aykırı bir hale gelen yakalamadan elde edilen delilin, mahkemece kullanılabilmesine karar vermiştir.

3. Normun koruduğu hukuki menfaati ihlal etmeme.

Hukuka aykırı deliller bakımından koruma, sadece korunan ilgili hak bakımından kabul edilmektedir. Mesela Türkiye'nin Hamburg Konsoloslğunun telefonlarını dinleyen Alman Anayasayı Koruma Teşkilatı, hapisanede hükümlülerle görüşen bir kişinin, Konsoloslğa düzenli olarak siyasi hükümlülerle ilgili bilgi verdiğini tespit ederek, bu kişi hakkında casusluktan dava açılmıştır. Dava sırasında, diplomatik dokunulmazlığı bulunan Konsoloslğun telefonlarının dinlenmesinin hukuka aykırı olduğu ve bunlardan elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılamayacağı ileri sürülmüşse de mahkeme “diplomatik dokunulmazlığı ayrıcalığının” konsolosluk görevlilerini koruduğunu, konsoloslğa bilgi veren kişi bakımından ise, bir koruma getirmediğini kabul ederek, delilin kullanılabilmesine karar vermiştir.²⁰²³ Devletin yaptığı işlem, o normun koruduğu hukuki menfaati ihlal etmişse, delilin hukuka aykırı olduğu kabul edilir.

4. Hukuka uygun olarak elde edilen delilin, başka bir davada kullanılamaması kuralı.

Hukuka uygun olarak elde edildiği halde, hüküm verirken kullanılmayan deliller de vardır. İlk elde edildiği sırada hukuk kurallarına uygun bir şekilde düzenlenen bir ifade tutanağı, sadece o davada kullanılabilir. Mesela, tanık olarak dinlenen bir kişinin verdiği ifade, tanık başka bir davada sanık statüsüne girmişse, aynı kişi aleyhine kullanılamaz. Aksinin kabulü, susma hakkını ortadan kaldırırdı.²⁰²⁴ Gizli soruşturma yöntemleri ile elde edilen delillerdeki *soruşturmaya bağlılık ilkesi* gereğince örneğin gizli soruşturmacı elde ettiği delil sadece o davada kullanılabilir (CMK 139).

5. Yabancı ülkede Türk Kanunlarına aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin kullanılması istisnası.

Delil yasakları konusundaki iç hukuktaki düzenlemeler kısıtlama sadece yurt içinde geçerlidir. Örneğin, iade prosedürü dışında yurt dışında yakalanarak ülkeye transfer edilen sanıklar bakımından, delilin kanuna aykırılığı teorisi kabul edilmemektedir.²⁰²⁵ Yabancı ülkede elde edilen bir delilin iç hukukta yapılan yargılamada kullanılması²⁰²⁶ sırasında, Muhakeme Kanunlarındaki farklar nedeni ile, “kanuna aykırılıklar” ortaya çıkar.²⁰²⁷ Mesela, Türk Hukuku arama yapılması için istisnasız hâkim kararı bulunmasını mecbur tutarken, mukayeseli hukukta rızai arama yapılabilmektedir. Rıza ile aramaya izin veren bir ülkede yapılan aramadan elde edilen delil, Türkiye’de kullanılabilir midir? Bizce, işlemin

²⁰²² *Mich v. DeFillippo* (1979)

²⁰²³ *Vogel (Joachim)*: Combatting international organized crime by international cooperation: the German view, in: *International Review of Penal Law*, 70. annee, nouvel serie, 1. et 2. trimestres, sh. 358.

²⁰²⁴ *Ranft*, 1991, 365.

²⁰²⁵ *Frisbie v. Collins* 1952. Yurt dışında yakalanarak yurda getirilen bazı sanıklar bakımından, ülkemiz açısından da, bu husus önem kazanmıştır.

²⁰²⁶ *Schuhster*'e atf yap.

²⁰²⁷ Bu konuda diğer kaynaklar için bkz.: *G. Vermeulen/De Bondt/Van Damme*: Sınır ötesinden toplanan deliller; *C. Gane/M. Mackarel*; Yurtdışından Adli İş birliği Yoluyla Elde Edilen Deliller; Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerde Hukuka Aykırı Delil Düzenlemeleri (CFR- CDF, 2003); *Volha Ramanenka*; Hukuka Aykırı Delilin Sınırları; *Ulrich Sommer*; Yurtdışından Elde Edilen Delillerin Kullanılması; *Stefano Ruggeri*; Avrupa Hukuku'nda Yurtdışında Toplanan Delillerin Kullanılması.

yapıldığı yer hukukuna uygun olarak elde edilmişse ve insan hakkı ihlali yoksa, bu delil hüküm verilirken kullanılabilir.²⁰²⁸

6. Temyiz hukukundaki özellikler nedeniyle inceleme yapılmaması.

Almanya'da ilk derece mahkemesi aramadan elde edilen delilin hüküm verilirken kullanılmamasına karar vermiştir. Savcı hükmü, maddi ceza hukukuna aykırılık noktasından temyiz etmiş, muhakeme hukukuna aykırılık iddiasında bulunmamıştır. Hukuka aykırı delil ile ilgili iddialar muhakeme hukukuna aykırılık teşkil ettiği için, savcının ayrıntılı olarak gerekçe ve nokta göstererek muhakeme hukukuna aykırılık iddiasında da bulunması gerekirdi. Almanya'da muhakeme hukukuna aykırılıklarda temyiz yoluna başvuran kişinin gösterdiği noktalarla bağlılık vardır. Maddi ceza hukukuna aykırılık iddiası dolaylı olarak genişletilemez. Maddi ceza hukukuna aykırılık yönünden yapılan temyiz başvurusu genişletilemediği için, hukuka aykırı delil iddiası temyizde incelenmemiştir.²⁰²⁹

Almanya'da sanık duruşmada delil değerlendirme yasağını ileri sürmez ise, hukuka aykırı delil iddiasını temyiz sebebi olarak kullanamaz. *Delile karşı çıkma çözümü (Widerspruchslösung)* terimi ile ifade edilen bu uygulamaya göre, müdafî veya bu konuda aydınlatılmış olan sanık, delil değerlendirme yasağını duruşmada ileri sürmemişse, kanun yolunda buna dayanma hakkını kaybeder. Sanığın delilin değerlendirilmesine karşı çıkması yükümlünün anlam ve amacı, ilk derece mahkemesine bunu serbestçe taktir etmesi ve usul hatası varsa bunu giderme olanağına sahip olmasıdır. Sanık delil değerlendirme yasağının ilgilisi olabildiğince erken ileri sürerse, ilk derece mahkemesi bu hukuka aykırılığı giderme olanağına kavuşur.²⁰³⁰

7. Hüküm verirken kullanılabilen ve kullanılamayan tesadüfi deliller.

Tesadüfi delillerin bir kısmı kullanılabilir, bir kısmı kullanılamaz. Kullanılabilenler için hâkim kararı alınmadan elde edilmiş delil olarak temelde hukuka aykırılık vardır. Fakat kanun belli tesadüfi delillerin kullanılmasına izin verdiği için bu istisna oluşur. Tesadüfi deliller ya aramadan elde edilir (CMK 138/1) ya da gizli araştırma tedbirlerinin uygulanması sırasında ortaya çıkar. Telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yürütülen soruşturma veya kovuşturma ile ilgisi olmayan ve ancak 135'inci maddenin 8 nci fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek olan delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum C. savcılığına derhal bildirilir. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK 138/2) tesadüfen elde edilen deliller konusunda da özel hüküm sevk etmiştir: katalogda sayılan suçlara ilişkin olan *tesadüfen* elde edilen bilgiler kullanılabilir²⁰³¹, katalog dışı suçlara ilişkin deliller kullanılamaz.²⁰³² Bu hüküm CMK ile yeni sevk edilmiştir. Bu nedenle, Kanunun yürürlüğe girmesinden önce tesadüfen elde edilen deliller hüküm verilirken kullanılamaz.²⁰³³

²⁰²⁸ Kühne (2010, 24) de, yabancı muhakeme hukukunun iç hukuka tam olarak uygun olmadığı durumlarda, yabancı ülkede elde edilen delilin otomatik olarak *hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş delil* kategorisine girmediğini, ancak bu aykırılık *insan hakkı ihlali oluşturuyorsa*, hüküm verirken kullanılmaması gerektiğini belirtmektedir.

²⁰²⁹ BGH, 8.8.2018 – 2 StR 131/18.

²⁰³⁰ BGH, 9.5.2018 – 5 StR 17/18.

²⁰³¹ CGK 12.6.2007, K. 145.

²⁰³² CGK 3.7.2007, E. 2007/5-23, K. 2007/167: Örgüt yöneticisinin avukatı olan (A) hakkında 17.5.2004 tarihinde mülga 4422 sK uyarınca dinleme kararı verilmiştir. Bu dinleme 16.8.2004'e kadar devam etmiştir. Bu dinleme sırasında, sanık savcı (S), avukatla 2.6.2004 ile 14.7.2004 tarihleri arasında, 11 kez konuşmuş ve "tesadüfi delil" vermiştir. Genel Kurul, dinlemenin yapıldığı tarihlerde yürürlükte olan 4422 sayılı Kanunda "tesadüfi delil" düzenlenmiş olmadığı için, bu delillerin muhakemede kullanılması kabul edilmemiştir: ceza muhakemesi hukukunda "derhal uygulanma prensibi" geçerli olduğu için, yeni kanunun kabul ettiği CMK 138/2 eski kanun zamanında yapılan işlemlere uygulanamaz. CMK 138/2 nin uygulanabildiği hallerde de, polisin ilk tesadüfi delili öğrendiği zaman, derhal C. Savcısına bilgi vermesi gerekirdi. 11 kez tesadüfi delil ortaya çıktığı halde "derhal" bildirmemek, "hukuka aykırılık" oluşturur.

²⁰³³ İletişimin denetlenmesinden tesadüfen elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılmasına izin veren bu kural 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe girdiği için, daha önceki tarihlerde 4422 sayılı Kanuna uygun olarak yapılan düzenlemelerde tesadüfen elde edilen bilgiler delil olarak kullanılamaz. Yargıtay bu konuyu yerinde olarak içtihat ile belirlemiştir (CGK 13.6.2006, K. 162; CGK 3.7.2007, K. 167).

Buna karşılık tesadüfen elde edilen bilgi, Kanunun denetlenmesine izin verdiği suçlardan ise veya iletişimin denetlenmesine açık olmayan fiil, dinlenebilen bir suç fiili ile bağlantılı ise²⁰³⁴, ses kayıtları duruşmada delil olarak kullanılabilir.²⁰³⁵ Bunun gibi, kanunda öngörülen ağır bir suçtan dolayı yapılan telefon dinleme sırasında, dinlenen hattın sahibi dışındaki kişilerin de bu telefon hattını kullanarak yaptıkları²⁰³⁶ veya bu hattı arayan üçüncü şahısların yaptıkları²⁰³⁷ konuşmalarda, katalogda yer alan ağır suçlardan birine ait bilgi varsa, bunlar delil olarak kullanılabilir (CMK 138/2).²⁰³⁸ Bu hüküm, kıyas yolu ile genişletilemez.²⁰³⁹

İletişimin denetlenmesi sırasında, şüphelinin (veya diğer üçüncü şahısların) denetleme kararına konu teşkil eden suç dışında, başka suçlar işledikleri öğrenilirse, bu bilgiler yeni öğrenilen suçlardan dolayı araştırma ve soruşturma yapılması için hiçbir kısıtlama olmaksızın kullanılabilir. Mesela, şüphelinin başka bir hırsızlık veya dolandırıcılık suçu da işlemiş olduğu öğrenilirse, öğrenilen ikinci suç, CMK 135'teki katalogda sayılan suçlardan olmasa bile, bu yeni suçtan soruşturma başlatılabilmelidir.²⁰⁴⁰

²⁰³⁴ BGHSt 26, 302.

²⁰³⁵ BGHSt 32, 10; *Schlüchter* NStZ 1984, 372.

²⁰³⁶ BGH 29, 23. Aksi görüş için bkz CGK, 13.6.2006, 4. MD-122/162, YKD, 2007/2, 327.

²⁰³⁷ BGH 32, 15; BGH 32, 15.

²⁰³⁸ *Schroeder* 1997, 79.

²⁰³⁹ *Welp*: Jura 1981, 472; BGHSt 26, 298; BGHSt 27, 353; *Welp* JZ 1973, 288; *Weber*, NJW 1973, 1056; *Schroeder*, JR 1973, 252; *Meiwald*, JuS 1978, 379; *Knauth*, NJW 1977, 1510; W. B. *Schünemann*, NJW 1978, 406: zit.: *Roxin* 20. Aufl. Sh. 221.

²⁰⁴⁰ CGK 13.6.2006 K. 122/162 (ŞAGYÖE 2008, 860): (Dosyaların tevzii usulü ve tesadüfî delil ile ilgili olan bu kararda, (S1)'in telefonu bir suç örgütü ile ilgili olarak dinlenirken, sanık olmayan iki kişi arasında bir konuşma tesadüfî olarak kayda alınmış ve bu konuşmada (Tayyip Mayyip) rumuzu kullanılarak, bir hâkim in adından bahsedildiği şüphesi doğmuştur. Kasten yaralama sanığı (S2) bu hâkim tarafından sorgusu yapılmadan tensiple tahliye edilince 4422 sayılı kanunda tesadüfî delile yer verilmediği, sonradan yürürlüğe giren CMK 138 de öngörülen derhal savcıya bildirme unsurunun da gerçekleşmediği gözönünde tutularak, elde edilen tesadüfî delilin hüküm verilirken kullanılmayacağına karar verilmiştir. Kadıköy birinci ağır ceza mahkemesi 7.2.2005 gün ve 28-9 sayılı kararı ile; Üsküdar 3. Asliye Ceza Mahkemesi hâkim i olan sanık (H)'nin kendi mahkemesinde görülmekte olan etkili eylem suçundan tutuklu olan sanığın davasının tevziini, mutat usul olarak "kura yoluyla" yapacağı yerde, kura dışı tevzi listesine dahil ederek, davanın kendi mahkemesine düşmesini sağlamak suretiyle, 5.4.2004 günü sanığın savunmasını olmadan tensiple tahliye etmek suretiyle, hâkim lik görevini kötüye kullandığı iddiası ile, mülga TCK'nın 240 ıncı maddesi uyarınca Adalet Bakanlığınca 27.12.2004 tarihinde verilen kovuşturma izni ve Kadıköy Cumhuriyet Başsavcılığının 5.1.2005 tarihi ile iddia ve talep edilen davada Yargıtay 4. Ceza dairesinde son soruşturmanın açılmasına karar verilmiş ve Özel Dairece esas mahkemesi olarak yapılan yargılamada, sanığın beraatına hükmedilmiştir. Bu beraat hükmü Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca, suçun sabit olduğu gerekçesiyle temyiz edilmiş ve Ceza Genel Kurulunca incelenmiştir. Ceza Genel Kurulu önce görevde kötüye kullanma suçunun sübuta erip ermediği noktasının incelenmesi gerektiğini, ancak hükmün esasının görüşülmesine geçilmeden önce, Yargıtay İç Yönetmeliğinin 27 inci maddesi uyarınca, tanık dinleme ile ilgili bir ön sorunu incelemiştir. Kovuşturma aşamasında tanıklar (M) (İ)'nin ifadelerinin talimatla Üsküdar 1. Ağır ceza mahkemesine alınması sırasında, mahkeme başkanı olarak görev yapan (MK)'nin da aynı olay nedeniyle adalet müfettişlerince tanık olarak dinlenmiş olması karşısında; tanıklar (M) ve (İ)'nin anlatımlarının aşamalarda değişiklik göstermemesi, dosyadaki diğer bilgi ve belgelerin hüküm vermeye yeterli olması ve suçlayıcı delillerin temel dayanağını oluşturan iletişimin tespitinin yasal kanıt niteliğini taşımadığının açıklıkla ortaya çıkması karşısında, aynı davada tanıklık yapan kişinin davanın hâkim i olarak görev yapması şeklindeki kanuna aykırılığın (CMK 22/1-h) "usulü bir eksiklik" olarak sonuca etkili ve bozmayı gerektirir etkinlikte görülmediği gerekçesi ile, esasın görüşülmesine geçilmesine oy çokluğu ile karar vermiştir. (Karşı görüşteki 4 kurul üyesi ise yasadaki aynı davada tanıklık yapan kişinin hâkim lik yapamayacağı kuralının uyulması zorunlu bir yargılama kuralı olduğunu ve bu hususun Ceza Genel Kurulunun 13.12.2002 tarih ve K. 291-422 sayılı kararında, 23.10.2001 tarih ve 229-230 sayılı, 25.5.1987 ve 144-314 sayılı kararı ile 31.3.1986 tarih ve 444-184 sayılı kararlarında bozma nedeni sayıldığı gerekçeleri ile hükmün bu nedenle bozulması gerektiğini ileri sürmüşlerdir). Ceza Genel Kurulu esasa ilişkin temyiz incelemesinde şu sonuçlara varmıştır: Somut olayda sanık hâkim tevzi listesinin kendisi tarafından yapılmadığını, kendisinin bu konuda herhangi bir kişi tarafından aranmadığını, mesleki deneyimlerine dayanarak karar verdiğini, yüklenen suçu işlemediğini savunmuş, bu savunma tanıklar tarafından doğrulanmış, incelenen tevzii listelerinde olağan uygulamanın dışında bir işlem yapıldığını gösteren bir kanıt elde edilmemiştir. Bu durum, sanığın dava dosyasını kendi mahkemesine düşürmek için özel bir çaba göstermediğini açıkça ortaya koymaktadır. Telefon görüşme tutanaklarında da, sanık hâkim in herhangi bir kimseyle konuşmasına ilişkin bir saptama yoktur. Ancak üçüncü kişilerin kendi aralarında yaptıkları telefon görüşmelerinde, sanık hâkim in adı geçmekte olup, bu görüşmede de doğrudan doğruya sanık tarafından yapılmış bir işlemden söz edilmektedir. Sanık hâkim in yargıladığı dosyada tutuklu olan sanık (C) yi olağan faaliyetinin dışında hukuka aykırı olarak verilmiş bir kararla tahliye etmesi söz konusu değildir. Soruşturma aşamasında alınan bir tedbirin kovuşturma aşamasında sürdürülüp sürdürülmeyeceği, yargılama yapan hâkim in takdirindedir. Sanık hâkim tarafından tahliye kararında gösterilen gerekçe akla, hukukun temel ilkelerine ve yasaya uygun bir gerekçe olup, görev sınırları içinde hareket ettiğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle, sanık hakkındaki iddialar varsayımdan öteye gitmemekte, hüküm vermeye elverişli bir delil

Alman Hukuku örgüt suçlarındaki tesadüfi deliller ile ilgili olarak geniş yorum metodunu uygulamaktadır.²⁰⁴¹ Alman Ceza Kanununun 129 ve sonraki maddelerine giren suçlar ile ilgili yapılan soruşturmalar sırasında suç örgütünün işlediği diğer suçlar tesadüfen öğrenilirse, bunlar duruşmada delil olarak değerlendirilebilmektedir.²⁰⁴² Ancak bizde olduğu gibi Alman hukukunda da bu yetkinin geniş olarak kullanıldığı ve başlangıçta örgüt suçu var zannedilerek yapılan soruşturmalarda sonradan fiilin örgütlü olmadığına anlaşılmasına rağmen elde edilen bilgilerin duruşmada kullanıldığı görülmüştür.²⁰⁴³ İletişimin denetlenmesi mümkün olmayan suçların soruşturmalarından elde edilen bilgilerin ileride kullanılması tenkit edilmiştir.²⁰⁴⁴ Bunun üzerine, 1.7.1992 tarihinde yürürlüğe giren OrgKG ile Alman Ceza Muhakemesi Kanununa eklenen § 100b V ile, tesadüfen elde edilen bilgilerin sadece katalogta sayılan suçlar bakımından delil olarak kullanılabilmesi açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte, tesadüfen elde edilen bilginin yeni bir hazırlık soruşturmasına yol açması kuralı devam etmektedir. *Kühne* bunu *kör atışa* benzetmektedir.²⁰⁴⁵ Tesadüfen elde edilen ve katalog kapsamına girmediği için duruşmada kullanılamayan bir bilgiden yola çıkılarak, yeni bazı deliller elde edilirse, bunların duruşmada ikame edilmesi bakımından farklı görüşler vardır. Federal Yargıtay bir kararında²⁰⁴⁶ bunu kabul ederken, diğer bir kararında kabul etmemiştir.²⁰⁴⁷

V. Delil yasaklarının uzak etkileri sorunu.

1. Uzak etki kavramı.

Kanuna aykırı olarak elde edilen bir delilden yola çıkılarak başka bir delilin elde edilmesi halinde, bu delilin de hukuka aykırı sayılıp sayılmayacağı tartışılmıştır. Mesela, işkence yapılarak konuşturulan

bulunmamaktadır. Esas hakkındaki yapılan bu görüşmeler sırasında, bir takım kurul üyeleri dosya içerisinde bulunan dinleme tutanaklarının hukuka aykırı delil niteliğinde olduğunu ileri sürerek, “bu tutanakların dosyadan çıkarılmasına karar verilmesini” istedikleri için, bu konu da Ceza Genel Kurulunda görüşülmüştür. Genel Kurul, iletişimin denetlenmesi konusundaki 4422 sayılı Kanun ve CMK ile kabul edilen düzenlemeleri karşılaştırmış ve iki düzenleme arasında temelde fark olmadığını, yeni düzenlemede “tesadüfen elde edilen delillerin” değerlendirilmesinin kabul edildiğini saptamıştır. “Tesadüfen elde edilen delillerin” dikkate alınabilmesi için, söz konusu suçun katalog suçlardan birine uygun olması ve durumun derhal Cumhuriyet savcısına bildirilmesi söz konusu olacaktır. Somut olay açısından yapılan değerlendirmede; dinlemeye konu olan telefonun (HŞŞ) adlı bir şahsa kayıtlı olduğu, 15.3.2004 tarihinde HŞŞ’nin cep telefonunun, (AC) ve yönettiği kabul edilen suç örgütü ile ilgili olarak yapılan soruşturmada, 4422 sK uyarınca 3 ay süreyle dinlenmesi ve tespitine karar verildiği tespit edilmiştir. Dosyada delil olarak yer alan 22.3.2004 tarihli konuşmada “haklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü şahıslar” arasında yapılan bir konuşma niteliği tespit edilmiştir. Tesadüfen elde edilen bu delilin suç kanıtı olarak değerlendirilmesi için, 4422 sayılı kanunda herhangi bir hüküm yer almadığı gözetildiğinde, bu dinleme tutanağı “kanun dışı elde edilmiş delil” niteliğindedir. Kaldı ki CMK 138 e göre görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu CMK 135 deki katalogta yer almadığı için, bu yasa açısından da kanuna aykırı olarak elde edilmiş delil niteliğindedir. Kanuna aykırı olarak elde edilen delilin soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak yoktur. Kanuna aykırılığı saptanan bu delil dışlandığında, dosyada isnat olunan suçu sübuta erdirecek başka delil bulunmadığı görüldüğünden, özel dairenin verdiği beraat kararının isabetli olduğu görülmüş ve Yargıtay Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazı reddedilerek, Özel Daire hükmünün onanmasına karar verilmiştir. (Bu karara katılmayan kurul üyesi *A. S. Ertosun* ve *O. Koçak* ayrı ayrı karşı görüşler ileri sürmüşler ve *Koçak* yasak delil konusunda uluslararası hukukun dikkate aldığı “yarar dengesinin anayasanın 90/son fıkrası ilkesi gereği gözeterek yasak delil hakkında bir karar verirken sanık hakları olduğu kadar mağdur haklarının da gözetilmesi ve mağdur haklarının ihlal edilmemesi gerektiği” görüşünü ileri sürmüştür. *Ertosun* ise, “yasak delil” ile CMK 138/2 deki “tesadüfen elde edilen delil” arasında fark olduğunu, “tesadüfi delilin” kayıtlarının yoklukla batıl olmayan bilgiler olarak, hukuka uygun bir şekilde kullanılabilmesini vurgulamış, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin her olayı kendi içinde değerlendiren *Schenk* ve *Khan* kararlarına gönderme yaparak, adil yargılama hakkına aykırılık olmadıkça, “tesadüfi delillerin” kullanılabilmesini ve özellikle terör ve çıkar amaçlı örgütlü suçlarla mücadelede “dolaylı dinlemenin” delil olarak kabul edilmemesinin, bu suçlarla mücadelede büyük zafiyetler yaratacağı görüşünü ileri sürmüştür.

²⁰⁴¹ Alman Hukuku da hukuka aykırı olarak elde edilen *tesadüfi bilgilerin* duruşmada delil olarak kullanılmasına izin vermiyorsa da, bunların *şüphe sebebi* olarak soruşturma başlatması açısından değerlendirilmesini kabul etmektedir: işlendiğinden şüphelenilen bu suçlar hakkında müstakil bir soruşturma açılabilir (BGHSt 27, 355).

²⁰⁴² BGHSt 28, 122.

²⁰⁴³ BGHSt 28, 122; *Riess*, JR 1979, 168.

²⁰⁴⁴ *Welp*, Jura 1981, 472. Tesadüfen elde edilen bilgiler konusunda, *Fezer*, Juristischer Studienkurs, I, II, 16/74-101 ayrıntılı açıklama vermektedir. *Roxin*, 20. Auflage, s. 222.

²⁰⁴⁵ *Kühne* 2003, Rn. 525.

²⁰⁴⁶ BGHSt 29, 244.

²⁰⁴⁷ BGHSt 32, 68, *Kühne* 2003, Rn. 526.

sanık suç aleti olan tabancayı sakladığı yeri söylemiştir. Yapılan arama sonunda bulunan tabancanın balistik muayenesi ve parmak izlerinin karşılaştırılması, tabancanın gerçekten sanık tarafından kullanıldığını, şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya koymuştur.

Anglo-Amerikan hukukunda bu delil hüküm verilirken kullanılamaz. Zehirli bir ağacın meyvesi²⁰⁴⁸ da zehirli olur. Suç teşkil eden yöntemler kullanılarak elde edilen delilden yola çıkılarak ortaya çıkartılan diğer delillerin de hüküm verirken kullanılmaması gerekir.²⁰⁴⁹ *Avrupa hukukunda* ise, konu tartışmalıdır. Alman mahkemeleri, değerlendirme yasağının dolaylı etkisini genişletmeyi kabul etmemekte ve polis tarafından yapılan usul hatalarının, elde edilen ‘diğer delilleri’ değerlendirme kapsamı dışında bırakmaya yol açmasının açıkça haksız olan beraat kararlarının verilmesine sebep olacağından çekinmektedirler.²⁰⁵⁰

Alman Hukuku bu noktada genel bir kural koymaktan çekinmekte “somut olayın özelliklerine” ve “delil elde etme yasağının niteliğine” göre karar verilmesini tercih etmektedir.²⁰⁵¹

Mesela, G10 Kanununun 3. maddesine aykırı bir şekilde “*Der Spiegel*” dergisinin muhabirinin telefonlarının dinlenmesi ve bu dinlemeden yola çıkılarak elde edilen diğer delillerin hüküm verilirken kullanılıp kullanılmayacağı tartışılmıştır. Alman Federal Yargıtayı bu olayda uzak etkiyi kabul etmiş ve diğer delillerin de kullanılmayacağına karar vermiştir.²⁰⁵²

Bu konudaki diğer bir örnek, StPO 100a daki kurallar ihlal edilerek yapılan bir telefon dinlemeden elde edilen bilgilerin ifade alma sırasında kullanılması ve yeni delillere ulaşılması olayıdır. Alman Federal Yargıtayı bu davada, ifade alma sırasında verilen bilgilerden, “telefon dinleme kayıtlarının okunmasından etkilenmiş olan” yeni delillerin kullanılmayacağına karar vermiştir.²⁰⁵³

Buna karşılık, StPO 136a (CMK 148) ihlal edilerek yapılan ifade almada ortaya çıkan bir tanığın verdiği beyan, kanuna uygun bir delil olarak kabul edilmiştir: olayda tutuklunun hüccesine yerleştirilen muhbir, hile ile sanıktan aldığı bilgileri polise nakletmiş ve bu arada, olayın tanığının kimliğini de öğrenmişti. Federal Yargıtay, hile yapan muhbirin tanık olarak verdiği ifadeyi kanuna aykırı delil kategorisine sokarak değerlendirme dışı bırakırken, varlığı hile ile öğrenilen tanığın beyanının hukuka uygun bir delil olduğuna hükmetmiştir.²⁰⁵⁴

2. Uzak etkiye ilişkin içtihat.

a) CGK 1.7.2021, E. 2018/18-323, K. 2021/330

C. savcısının emri olmadan adli araştırma yapılması hukuka aykırıdır: Dosya içerisinde bulunan 12.11.2012 tarihli "Olay Tespit ve Yakalama Tutanağı" ile tutanak düzenleyicisi olan tanıklar ..., ..., ...ve ...'in beyanlarından açıkça anlaşılacağı üzere kolluk görevlilerinin CMK'nın 160 ve devamı maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan yazılı veya sözlü bir görevlendirme bulunmaksızın olaya el koyup delil toplama faaliyetine girişmeleri, görevlilerce ihbarda belirtilen telefon numarasının müşteri gibi aranması ve cinsel ilişkiye girilmek istendiğinin belirtilmesi suretiyle sanığın suça teşvik edilmesi ve hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delillerden hareketle kolluk tarafından tespit edilen beyanların da hükme esas alınmayacağına anlaşılması karşısında; anılan deliller değerlendirme dışında bırakıldığında tanıklar Harun, Atilla, Halit ve A.'in tutanak içeriğini doğrulayan yargılama evresindeki soyut anlatımları haricinde tüm aşamalarda suçlamaları reddeden ve yargılama evresinde ifadelerine başvurulmuş tanıklar ... ve ... tarafından kendisine herhangi bir suçlama

²⁰⁴⁸ *Früchte des verbotenen Baumes, (fruits of the poisonous tree).*

²⁰⁴⁹ *Kastigar v. U.S* 1972.

²⁰⁵⁰ Doktrinde, azınlıkta kalan görüşler ise, yasaklanmış deliller konusundaki kuralların eksiksiz olarak uygulanabilmesi için, yasak ağacın meyvesinin de değerlendirme dışında kalması gerektiği görüşünü savunmaktadırlar.

²⁰⁵¹ BGH 29, 249.

²⁰⁵² BGH 29, 244.

²⁰⁵³ BGH 32, 68.

²⁰⁵⁴ BGH 34, 362: *Schroeder* 1997, 81.

yöneltilmeyen sanığın, yüklenen fuhuş suçunu işlediğine ilişkin mahkûmiyetine yeterli delillerin bulunmaması nedeniyle beraatine karar verilmesi gerekmektedir.

b) Shahid v. Yeni Zelanda kararı

Sokakta yürüyen bir kıza sözle cinsel tacizde bulunan *Shahid*, şikayet üzerine yakalanmış ve kan örneği alınmıştır. Basit suçlarda yasal olanak bulunmamasına rağmen yapılan DNA analizi, şüphelinin 2 yıl önceki ırza geçme suçunun faili olduğunu ortaya koymuş ise de, kanuna aykırı yöntemle elde edilen bu delil kullanılamamış, mağdur tarafından yapılan teşhis de, Anglo-Amerikan sisteminde uygulanan *zehirli ağacın meyvesi teorisi* çerçevesinde geçerli sayılmamış, fail serbest bırakılmıştır.

c) Delil değerlendirme yasağı (BGH 26.07. 2017 – 3 StR 52/17).

Delil değerlendirme yasağının ihlali delil değerlendirme yasağı oluşturmaz: İflas Kanunu §97,f. 1, cüm 3 hükmüne göre değerlendirme yasağının ihlali muhakeme engeli teşkil etmez. Bu sonuç, kanun koyucunun öngörmüş olduğu değerlendirme yasağından daha ileridir; Kanun koyucunun, borçludan bilgisine başvurulması şartı getirmesinin amacı, soruşturmaya devam edilmesi şartı oluşturmak değildir, hükmün ihlali muhakeme engeli teşkil etmez. Ancak buna aykırılık, değerlendirme yasağının uzak etkileri bakımından, borçludan alınan bilgilerle İflas Kanunu § 97 f. 1, cü. 1 ve 2'ye göre elde edilen delillerin bakımından değerlendirilmesi yasağı oluşturabilir (BGH 26 Temmuz 2017 – 3 StR 52/17).

ç) Aramada uzak etki (BGH, 27.04. 2016 – 4 StR 52/16).

Aynı evin iki ayrı odasında oturan iki kardeşten şüpheli olmayana polis arama öncesinde tanıklıktan çekinme hakkına bağlı olarak elkoyma yasağı bulunduğu (§ 52 Abs. 3 Satz 1 StPO) konusunda bilgi vermemiştir. Daha sonra şüphelinin odasında yapılan aramada delil elde edilmiştir. İlk hukuka aykırılık sonradan şüphelinin odasında bulunan delil bakımından hukuka aykırılık oluşturmaz. Aksinin söylenmesi, uzak etkiyi kabul etmek sonucunu doğurur.

d) Malatya 2. AğCM 8.12.2014, E. 2014/105.

İddia makamı, duruşma esnasında mütalaasında; TMK 10 ile görevlendirilen Ağır Ceza Mahkemelerinin 6526 sayılı yasa ile kaldırılmış olması, bu mahkemeleri kaldıran yasanın ruhu, ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan “zehirli ağacın meyvesi zehirlidir” prensibinin esas alınarak kanıt toplanması gerektiği ve bu ilkenin kovuşturma aşamasına başlanırken esaslı unsur olarak değerlendirilmesi hususlarının birlikte ele alınması gerektiğini vurgulamış, 6526 sayılı yasanın kendisinde yürürlüğe girdiği tarihten itibaren dosyaların buldukları aşamadan itibaren kovuşturmaya devam edilmek üzere yetkili ve görevli mahkemelere devredileceği hükmüne yer verildiğini belirterek, savunma hakkını kısıtlayarak soruşturma evresinde toplanmış olan bir kısım delillerin 6526 sayılı yasa ile hukuka ve mevcut yasal düzenlemelere aykırı hale gelmiş olma olasılığı bulunduğu ve bu olasılığın gerçekliğinin tespiti halinde 6526 sayılı yasa öncesinde mevcut kovuşturma dosyasının, soruşturma aşamasında toplanmış olan kanıtların, mevcut hukuki düzenlemeler ile hak ve özgürlükler ışığında mahkeme tarafından değerlendirilerek, kovuşturmanın hukuka aykırı deliller göz önünde bulundurulmaksızın devam etmesi gerektiğini ifade etmiştir.

e) İletişimin denetlenmesinde uzak etki (USSC 22.04.1905, Nardone v. U.S. 308 U.S. 338, 1939)

Federal mahkemede yapılan bir yargılamada, telefon dinleme sonucu elde edilen delil, 1934 tarihli İletişim Yasası'na aykırı bulunmuş ve kabul edilmemiştir. Telefon dinlemenin yapılabilmesi için karar gerekmektedir. Ayrıca hukuka aykırılık yalnızca telefon dinleme sonucu elde edilen delili değil, edinilen bilgilere dayanılarak elde edilen diğer delilleri de kapsamaktadır. "Zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir" ifadesi ilk defa bu davada kullanılmıştır.

d) Aramada uzak etki (USSC 16.05.1905, Wong Sun v. U.S.,371 U.S. 471; 1963).

Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi, Anayasa ek madde 4'e aykırı şekilde elde edilen delile dayanılarak ortaya çıkarılan sözlü delil ve uyuşturucu maddenin, kullanılamaz olduğuna hükmetmiştir. Bu dava, "zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir" doktrinine atıf yapmaktadır.

VI. Özel kişiler tarafından elde edilen deliller.

1. Özel kişilerin suç işleyerek delil elde etmesi sorunu.

Ulusalüstü hukukta, bu sınırlamaların *soruşturma ve kovuşturma organları* bakımından olduğu kabul edilmiştir.²⁰⁵⁵ Özel şahıslar açısından kısıtlama yoktur.²⁰⁵⁶ Suçtan zarar gören kişi bizzat yasa dışı yollardan harekete geçerek, fail aleyhinde delil toplayıp (mesela belge çalarak) Devlete teslim ederse, bu delilin devlet tarafından ceza hükmü verilirken kullanılıp kullanılmayacağı sorunu da tartışmalıdır.

CMK ise, hem *kanuna aykırı delil* (CMK 206/2), hem de *hukuka aykırı delil* (CMK 230) terimlerini birlikte kullanmaktadır. Kanunlar Anayasadaki ilkeleri açıklayan normlardır. Ceza Muhakemesi Kanununun da yer alan ve konusu bakımından elde edilmesi yasaklanan deliller, Devletin kovuşturma organlarını sınırlayan hükümlerdir. Bu nedenle, özel kişiler tarafından elde edilen delillerin hükümde kullanılması, genellikle kabul edilmelidir. Ancak, özel bir şahıs tarafından uygulanan *delil elde etme metodu*, kişi hak ve özgürlüklerini ihlal eder nitelikte ise, o delil değerlendirme kapsamı dışında kalmalıdır. Alman Federal Yargıtayı, özel şahıslar tarafından gizlice yapılan bant kayıtlarının resmî merciler tarafından kullanılmasını, insan haklarını ikinci kez ihlal etmesi gerekçesiyle, kabul etmemiştir.²⁰⁵⁷ Bu nedenle, özel kişiler tarafından elde edilen delillerin hukuka uygunluğu konusunda bir karar verilirken, özel kişinin yaptığı hukuka aykırılığın ağırlığına bakılmalıdır. Çok ağır ihlallerde, özel kişi tarafından getirilen delilin hukuka aykırı olduğu kabul edilmelidir. Ancak polis önce kişi ile iş birliği yaparak telefon konuşmasının banda kaydına yardımcı olursa, bu hareket, resmi makamların özel hayata müdahalesi olarak kabul edilir ve Devlet bundan sorumludur.²⁰⁵⁸ Bu konudaki diğer bir yaklaşım, üç basamaklı değerlendirmenin (*Dreistufentheorie*) burada da uygulanmasıdır. Eğer delilin ikame edilmesi, korunan hukuki menfaati tekrar ihlal edecekse, delilin ikame edilmesi kabul edilmez. Ayrıca, özel kişi tarafından yapılmış olan ihlalin özel hayatın çekirdeğinin oluşturan öze ilişkin olduğu hallerde de delil hüküm verilirken kullanılamaz.²⁰⁵⁹

Görüldüğü gibi, kanuna aykırı deliller teorisi çerçevesinde yabancı sistemlerin “hukuka aykırılıktan” anladıkları, sanığın Anayasa ile teminat altına alınmış olan haklarından birinin bir “devlet organı” tarafından yapılmış olan bir işlemle ihlal edilmesidir.²⁰⁶⁰

2. Özel Kişi Tarafından Yapılan Telefon Kaydı.

a) 2 CD 22.1.2009, E. 2008/11929, K. 2009/922: (CMK 135)

Sanık hakkında sövme ve tehdit suçlarından kurulan beraat hükümlerinin incelenmesinde; Soruşturma aşamasında 31.05.2005 tarihli tutanak ile çözümü yapılan ve şikayetçi tarafından kayda alınan teyp kasetine göre, şikayetçi ile görüşen kişinin telefonda şikayetçiye sövme ve tehdit içeren sözler söylemesi karşısında, sanık tarafından inkar edilen bu görüşmedeki şahsın sanık olup olmadığı

²⁰⁵⁵ Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz da sadece *soruşturma ve kovuşturma organları*, yani Devlet tarafından hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerden söz ederek (CMUK “1992-3842” 254) özel kişileri hariç tutmuştu. Anayasa’da genel düzenleme de *soruşturma ve kovuşturma organlarından* bahsedilmemiş olması (AY 38) bunu değiştirmemiştir.

²⁰⁵⁶ *Schroeder* 1997, 69. Bu nedenle, Almanya’da polisin giderek daha fazla artan bir oranda özel şahıslardan, yani muhbirlerden yararlandığı görülmektedir. *Öztürk /Erdem /Özbek* (1999, 559) özel kişiler tarafından elde edilmiş bulunan bir delilin sadece teslim edilmesi söz konusu ise, bu delilin hüküm verilirken kullanılacağını belirtirler.

²⁰⁵⁷ BGHSt 14, 358; *Roxin* 1987, 148.

²⁰⁵⁸ AİHM *Schenk* kararı (Div. K. A./ 23.11.1993, A 277, § 36; *Gölcüklü, Gözübüyük*, 2. bası sh. 307).

²⁰⁵⁹ Mesela, gizlice yapılan video bant kaydındaki içerik, rakip firmanın antrepolarının yakılması için ödenecek bedelin pazarlığına ilişkin olup, özel hayatın çekirdek alanına ait olmaması nedeni ile, *kanuna aykırı olan bu delilin* hüküm verilirken kullanılması kabul edilmiştir. Diğer bir ifade ile, prensip olarak, kanuna aykırılık yaparak bilgi toplayan ve daha sonra bunu Devlete sunan özel şahıslar bakımından hukuka aykırı delil teorisi tesirini göstermez. Buna karşılık, özel bir kişi işkence yaparak suçu ikrar elde ettirmişse, bu delil olarak kullanılamaz. Özel kişiler tarafından yapılan kanuna aykırılıklar önemli bir ağırlık derecesi arz etmedikçe delil kullanılabilir, sadece ağır ihlallerde delil yasağı uygulanmaktadır.

²⁰⁶⁰ Mahkemeler bu tür uygulamaların bazılarını hukuka uygun kabul ederken, bazılarını ise, kabul etmemektedirler. a) Mesela, özel bir kişi diğerine telefon ederken, kendi isteği çerçevesinde olarak, polisin bu konuşmayı dinlemesi hukuka uygundur. Ancak, bu telefon konuşması banda kaydedilecek olursa, yapılan işlem hukuka aykırıdır. b) Tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olan bir kişinin konuşmalarının muhbir tarafından gizlice dinlenmesi, hukuka uygun bulunmuştur. c) Tutuklu sanığın hücrelerine konulan bir muhbir vasıtası ile dinlenmesi, aldatma ve zor kullanma yetkisinin kötüye kullanılması olarak nitelendirilmiş ve dinleme kanuna aykırı bulunmuştur. d) Polis tarafından istenmesi üzerine, özel bir şahsın şüphelinin konuşmalarını dinlemesinde, ifade alma ve hukuka aykırı sorgu metodları bakımından kanuna aykırılık olmadığına karar verilmiş, fakat bu tür bir uygulama basit veya orta ağırlıkta bir suç için yapılırsa, “dürüst yargılama ilkesinin” ihlal edilebileceği hatırlatılmıştır.

araştırılıp, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken, dinleme kararı olmadan iki kişi arasında geçen telefon görüşmesinin teybe alınmasıyla elde edilen delilin 5271 sayılı CMK'na göre geçerli delil niteliğinde olmadığından bahisle yasal olmayan gerekçe ile atılı suçlardan beraat kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.

b) *AIHM 10.02.1995 Schenck v. İsviçre: (CMK 135) (Özel kişinin telefonda ses kaydı)*

(CMK 135) (CMK 217/2) Bu davada, kendisinden karısını öldürmesini isteyen kocanın telefon konuşmasını gizlice banda kaydeden kiralık katilin verdiği bandın delil olarak kullanılmasını kabul ederken, “muhakemenin bütünü ile dürüst bir şekilde yapılması” şartı ile, kanuna aykırı bir şekilde yapılan band kaydının kullanılmasını İHAS 6'ya aykırı bulmamıştır.

c) *CGK 21.6.2011, K. 2011-131 (CMK 135/1); cep telefonu ile yapılan ses kaydı*

Henüz yasaya göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilerek soruşturmaya başlanılmayan bir dönemde katılanın kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kaydetmek suretiyle elde ettiği kayıtların 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi olanağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, katılanın kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kaydetmek suretiyle elde ettiği kayıtların Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından 5237 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve hakim kararı olmaksızın gerçekleştirildiklerinden bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi isabetli değildir.

Diğer taraftan, katılan tarafından elde edilmiş olan kayıtların 5237 sayılı TCY'nın Özel Hükümler başlıklı İkinci kitabının kişilere karşı suçlar başlıklı ikinci kısmının dokuzuncu bölümünde düzenlenen özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar kapsamında kabulü de olanaklı değildir. Zira katılan eylemi bir başkasının özel hayatına müdahale olmayıp, kendisine karşı işlendiğini düşündüğü suçla ilgili olarak kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyerek, yetkili makamlara sunmak amacıyla güvence altına almaktır.

Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur. Aksi takdirde kanıtların kaybolması ve bir daha elde edilememesi söz konusudur. Öğretide, “*Meşru müdafaa olarak değerlendirilebilecek, örneğin hakaret, tehdit veya şantaj suçlarına muhatap olan ve o an konuşmaları kayıt altına alan mağdurun elde ettiği bu delil hukuka uygun sayılacaktır*” (Prof. Dr. Ersan Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, 2. Baskı, sf. 74), “... *'kayıt altına alma'* gerçekleşen bir haksız saldırıya karşı, *'kayıtları takip organlarına verme'* ise tekrarı muhakkak bir haksız saldırıya karşı yapılmaktadır. Yani her ikisi de meşrudur. Netice olarak, meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğinden, üzerinde durulan sorunda mağdurun eyleminin haberleşmenin gizliliğini ihlal veya kişiler arasındaki konuşmaların kayda alınması ya da benzeri başka bir suça viücut vermediği gibi, yapmış olduğu kayıtların da hukuka uygun olarak ele geçirilmiş olduklarından pekâlâ delil olarak değerlendirilebileceği söylenebilir.” (Yrd.Doç. Dr. Ali İhsan Erdağ, TBB Dergisi, 2011(92), sf. 54) şeklinde görüşler mevcuttur. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların, 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirmesi, bu bağlamda hakim kararı olmadığından bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi olanaklı olmayıp, rüşvet istemek suretiyle sanıklar tarafından kendisine karşı işlendiğini iddia ettiği suçla ilgili olarak, bir daha elde edilme olanağı bulunmayan kanıtların yetkili makamlara sunulmak amacıyla toplandığının, dolayısıyla hukuka uygun olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu itibarla, katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kaydetmek suretiyle elde ettiği kayıtları hukuka aykırı kabul ederek, hükme esas almayan Yargıtay 5. Ceza Dairesi beraat hükmünün, hukuka uygun olduğu kabul edilen kayıtlarında değerlendirilmesi suretiyle sanıkların hukuki durumlarının yeniden değerlendirilmesi gerektiğinden esasa ilişkin diğer yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmelidir.

VII. Hukuk muhakemesinde yasadik deliller.

I. Hukuk muhakemesinde delilin hukuka aykırılığı konusunda genel açıklama.

Hukuka aykırı deliller teorisi ceza muhakemesinin dışında hukuk muhakemesi alanında da uygulanmaktadır.

2. Hukuk muhakemesinde yasak delillere ilişkin içtihat.

a) Hukuk davasında gizli görüntü kaydı (HGK 15.2.2012, E. 2011/2-703, K. 2012-70).

Ses ve görüntü kaydı içeren CD delilinin, hukuken geçerli ve hükme esas alınabilecek bir delil niteliğinde olup olmadığına çözüm gerekmektedir: Hukuka aykırı elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda 01.10.2011 tarihine kadar Medeni Usul Hukukunda açık bir yasa hükmü olmadığı halde, gerek mülga 1412 sayılı Ceza Yargılamaları Usulü Kanunu (CMUK) 'nda gerekse de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nda açık düzenleme yapılmıştır. Mülga 1412 s. CMUK'nun 254/2. maddesinde 'kovuşturma makamlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz.' Denilmiştir; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Delillerin Ortaya Konulması ve Reddi" başlıklı 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde "ortaya konulması istenilen delilin, kanuna aykırı olarak edilmesi halinde reddolunacağı" düzenlenmiştir.

Burada sözü geçen hukuka aykırılıklardan birisi de özel hayata yapılan haksız müdahaledir. Ancak özel hayatın gizli alanı dediğimiz ve sadece bireyi ilgilendiren alana hiçbir şekilde müdahale edilemez. Örneğin kişinin cinsel yaşamı böyledir. Hayatın bu gizli alanı ihlal edilerek bir delil elde edilmiş ise, bunu, kim, nasıl ve hangi amaçla elde etmiş olursa olsun söz konusu delil Ceza Mahkemesinde delil olarak kullanılamaz. Zira hayatın gizli alanı bir delil elde etme yasağı teşkil eder (Öztürk, B. Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ank.1995, S.116 vd.).

Yargısal uygulamada somut olayın özelliğine göre farklı yaklaşımlar olmakla birlikte temelinde bir delilin hukuka aykırı olarak elde edilmesi ile hukuka aykırı olarak yaratılmasının farklı olarak ele alındığı, hukuka aykırı yaratılan delilin hiçbir şekilde kabul edilmemesine karşın, hukuka aykırı olarak elde edilen delil konusunda olayın özelliğine göre farklı değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.09.2002 tarih ve 2002/2-617 E. 2002/648 sayılı kararında evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuksal nedenine dayalı boşanma davasında davalı kadına ait günlüğün delil olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılmış ve kararda bu konuya ilişkin olarak aynen; "Zehirli ağacın meyveleri" olarak ifade edilen hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda Medeni Usul Hukukunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır." tespiti yapıldıktan sonra yukarıda da işaret olunan öğretilerdeki görüşlere yer verilmiş; ardından tarafların birlikte yaşadığı evde, davalı evi terk ettikten sonra kilitli olmayan yerden elde edilip mahkemeye sunulan zor ve tehdit ile ele geçirildiği savunulmayan ve davalı tarafından tutulduğu tartışmasız olan ...defterin yukarıda anılan görüşler doğrultusunda delil olup olmadığı değerlendirilmiştir. Sonuçta: "öncelikli olarak özel hayatın gizliliğinin korunmasının esas olduğu; ancak somut olayın özelliğinin bu genel görüşten ayrılmayı gerektiren istisnalar içerdiği; kullanılan deliller çalınmış, tehdit ya da zorla elde edilmiş ise burada hukuka aykırılığın olacağı, hukuka aykırı yollardan elde edilmemiş delillerin ise yasak bir delil olarak değerlendirilemeyeceği; boşanma davasının zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir dava olduğu ve kocanın eşi ile birlikte yaşadıkları mekanda ele geçirdiği eşine ait fotoğrafları, not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verilmesi halinde, bu deliller hukuka aykırı yollardan elde edilmediğinden mahkemede delil olarak değerlendirileceği; aynı evde yaşayan kadının, kocanın bu delilleri ele geçirilebileceğini bilebilecek durumda olduğu, kocanın yatak odasındaki bir dolabın içinde yada yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterini ele geçirmesinin, bu mekan eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürdükleri bir yer olduğundan kadın için gizli mekan kabul edilemeyeceği; hiç kimsenin evindeki bir mekanda bulduğu bir delili hukuka aykırı yollardan ele geçirmiş sayılamayacağı, özel hayatın gizli alanlarının, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebileceği" vurgulanarak davalıya ait günlük delil olarak kabul edilmiştir. Kararda üzerinde önemle durulan husus, delilin hukuki yollardan elde edildiğinin kabulüdür. Yine Hukuk Genel Kurulu'nun 28.05.2003 gün ve 2003/1-374 E- 2003/370 K. sayılı ilamında ise: davacı tarafça muvazaanın kanıtı olarak sadece video kaseti deliline dayanılmış; kararda video kasetinin hukuka aykırı delil olmamakla birlikte, murisin ses ve görüntüsünün kaydedildiği ortam, murisin ses ve görüntüsünün alındığı tarih itibarıyla yaşlı, hastalıklar içinde kıvranan, hastaneden çıkmak için yardım bekleyen, her türlü etkiye açık bir kişi olması nedeniyle bu delilin başlı başına muvazaaya kanıt olamayacağı kabul edilmiştir.

Bir delilin mahkemece kabul edilebilmesi için, gerek öğretide yer alan ağırlıklı görüş, gerekse de Hukuk Genel Kurulu Kararlarında ortaya konulan ölçüt; o delilin usulsüz olarak yaratılmamış olması ve hukuka aykırı biçimde elde edilmemesidir. Bir delilin usulsüz olarak elde edilmesi ayrı, usulsüz olarak yaratılması ayrı bir olaydır. Usulsüz olarak elde edilen bir delil somut olayın özelliğine göre değerlendirilebilir de; usulsüz olarak yaratılan bir delilin hiçbir şekilde delil olarak kabulü olanaklı değildir. Mahkemece, hükme esas alınan CD, davalı kadının rızası dışında kaydedildiği gibi sırf boşanma davasında delil olarak kullanılmak amacıyla bir kurgu sonucu oluşturulmuştur. O halde bu şekilde oluşturulmakla usulsüz olarak yaratılmış bu delilin hükme esas alınması mümkün değildir. Kaldı ki, bir an için delil olarak kabul edilse dahi ne CD içeriği ne savcılık evrakı ve icra dosyaları ne de tanık beyanları davalının kusurlu olduğunu ispata yeterli bulunmamıştır.

b) Gizli yapılan ses kaydı (4. HD 26.10.2007, K. 13089).

Davalıların gizlice ses ve görüntü kaydetme biçimindeki eylemleri kişilik haklarına saldırı oluşturduğundan, bu kayıtlar delil olarak kullanılamaz.

c) Aşk mektupları (HGK 28.5.2003, E. 2003/1-374, K. 2003/370).

Davacı vekili tarafından dosyaya tek kanıt olarak ibraz edilen video kaset, yukarıda belirtilen anlamda, hukuka aykırı delil olmamakla birlikte, murisin ses ve görüntüsünün kaydedildiği ortam, murisin ses ve görüntüsünün alındığı tarih itibarıyla yaşlı, hastalıklar içinde kıvranan, hastaneden çıkmak için yardım bekleyen, her türlü etkiye açık bir kişi olması nedeniyle bu delilin başlı başına muvazaaya kanıt olamayacağı anlaşıldığından bu gerekçelerle Özel Dairenin bozma kararı usul ve yasaya uygun bulunmaktadır. Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi, usul ve yasaya aykırıdır.

ç) Cep defteri (HGK 25.9.2002, E. 2002/2-617, K. 2002/648).

Hiç kimse evindeki bir mekânda bulduğu bir delili hukuka aykırı yollardan ele geçirmiş sayılamaz. Diğer taraftan özel hayatın gizli alanları, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebilir. Nasıl ki, kadın başka bir erkekle müşterek hanedeki yatak odasında sevişirken koca tarafından kapı kırılarak içeri girilmesinde hukuka aykırılıktan söz edilemezse, ortak yaşanan evde bulunduran not defterinin elde edilmesi de hukuka aykırı olarak değerlendirilemez. Eşlerin evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları yasal bir zorunluluktur. Kadının bu konulardaki özel yaşamı, evlilik ile bir araya geldiği hayat arkadaşı kocayı da en az kadın kadar ilgilendirmektedir. Bu nedenle de davalıya ait hatıra defterinin delil olarak değerlendirilmesinde kuşkuya düşmemek gerekir.

VIII. Delilin dosyadan çıkartılması sorunu.

Kanuna aykırı olduğu tespit edilen delilin kullanılmaması yeterli değildir. Delilin, dosyayı daha sonra okuyacak olan sùjeleri tesir altında bırakmaması için, dava dosyasından tamamen çıkarılması gereklidir. Ancak, delilin kanuna uygun olarak elde edilip edilmediği kovuşturma evresinde duruşmanın başlangıç kısmında delil ikame edilmeden önce denetlenebildiği için (CMK 206), savcının tüm delilleri iddianamede göstermesi gerekir. Diğer taraftan, CMK 230 hükmün gerekçesinde *kanuna aykırı olduğu için duruşmada ikame edilmeyen* delillerin tek tek ve ayrı ayrı gösterilmesini emretmektedir. Bunun dışında CMK 289. maddesi hükmün kanuna aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanmasını adeta bir "yokluk" nedeni kabul ederek hukuka kesin aykırılık hali olarak düzenlemiştir. Bu yapılanma karşısında delilin dosyadan çıkartılması, hukuka veya kanuna aykırı delilin dosyadan çıkartılması Türk hukukunda mümkün değildir.

Buna rağmen, yorum yolu ile, bazı delillerin iddianameye girmemesi gerektiği söylenebilir. Örneğin, Anayasa'nın 20 ve 21. maddelerinde 2001 yılında 4709 numaralı Kanun ile yapılan değişikliğe göre önceden hâkim kararı olmadan elde edilen delillerin 24 saat içinde hâkim onayına sunulması, kararın 48 saat içinde açıklanması gerekmekte, aksi halde el koyma kendiliğinden kalkmaktadır. Hükümsüz delil "yok" sayılacağı için, mahkemeye dahi sunulmaması, sadece temyiz aşamasında görülmesi gerekecektir. Bunun gibi, sonradan hâkim kararı alınmadığı için C. savcısının emri ile toplanan ve yok edilen deliller de iddianameye girmeyecektir.

Kanaatimizce soruşturma evresinde, ileride delil olacak bir bulgunun hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiği hallerde, hukuka aykırılığı tespit ettirmek üzere bir tali dava açma yolu kabul edilmelidir. Bir

delilin kanuna aykırı olduğu ileri sürülebilmesi için, bu konuda bir tali ceza davası açılabilir. Nasıl ki *hâkimin reddi davası*, *yer itibarıyla yetkisizlik davası* ve *tutuklama kararı* verilmesi için *tali ceza davası* öngörülmüş ise, delilin kanuna aykırı olup olmadığını tespit etmek bakımından da böyle bir prosedür kanunla düzenlenmelidir. Kanuna aykırılık konusunda verilen bu kararın, önce soruşturmada bir hâkim tarafından, kovuşturma da ise, esas mahkemesi tarafından verilmesi uygun olur. Hâkim veya mahkeme tarafından verilen bu kararın Yargıtay’ca da incelenebilmesi ve denetlenebilmesi sağlanmalıdır. Özgürlükler hâkimi statüsündeki bir hâkim elde edilen bulgunun hukuka aykırı delil olup olmadığı, elde edilirken kanunun ihlal edilip edilmediğini incelemeli ve kanuna aykırılık tespit ettiğinde, bu delilin iddianamede kullanılmamak üzere, fakat ileride üst mahkeme tarafından denetlendiğinde göz önünde tutulmak kaydıyla ayrıca saklanmasına karar vermelidir. Böylece kanuna aykırı olmakla birlikte mahkemenin bilgisine sunulan bir delilin mahkemenin kanaatini olumsuz yönde oluşturması önlenmiş olacaktır. Hukuka Aykırı Deliller konusunda Marmara Üniversitesi ile İstanbul Barosu tarafından tertiplenen sempozyumun sentez raporunu yazan *Erman*²⁰⁶¹, kanuna aykırı bir şekilde elde edilen delillerin dosyadan çıkartılmasına taraftar olmuş ve özel kişiler tarafından elde edilen deliller konusunda da kamu görevlilerine tanınmayan bir yetkinin özel kişilere verilemeyeceğini belirtmiştir.

IX. Hukuka aykırı deliller konusundaki görüşümüz.

1. Adil yargılama hakkı ve bunun delil elde etme yetkisi ile ilişkisi.

Yukarıda açıkladığımız görüş, bizi “adil yargılanma hakkına” götürmektedir. Suç işlendiği vakit, Devletin araştırma yetkileri doğar. Araştırma, soruşturma ve kovuşturma doğal ve zorunlu olarak bireylerin temel haklarına kısıtlamalar getirir. Bu kısıtlamalar Devletin yetkisi olarak görünür. Yetkinin doğabilmesi için, yasa ile açık bir düzenleme yapılmış olması, Anayasamızın 13’üncü maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle kabul edilmiştir. Yetkiler sınırlıdır. Yetkinin sınırı, delil elde etme yönteminin de sınırını oluşturur.

Anayasamızın 36 ncı maddesinde *adil yargılanma hakkı* açıkça belirtilmiş, adil yargılanma hakkının diğer unsurları, hâkim bağımsızlığı, mahkemelerin kuruluşu, müdafaa gibi unsurlar, farklı maddelerde ele alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6’ncı maddesinde düzenlenmiş olan “adil yargılanma hakkı”, sanığa temel usul garantilerinin sağlanmasını gerektirir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6’ncı maddesine göre, davanın kanunla kurulan, bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde, makul sürede, açık ve aleni duruşma yapılarak görülmesi gerekir.²⁰⁶² Adil yargılanma hakkı kavramı, mahkemeler teşkilatının sağlıklı işletilmesi konusunu da kapsar.²⁰⁶³ Sanık hakları adil yargılanma hakkından doğar. Sözleşmenin 6 ncı maddesi adil yargılanma hakkının asgari şartlarını gösterir.²⁰⁶⁴

Türk Anayasası “adil yargılanma” ilkesini ifade etmekle yetinirken, dünyanın birçok Anayasasında bu haklar tek tek sayılmıştır. Amerikan Yüksek Mahkemesi ise, 1968 yılında verdiği *Duncan*²⁰⁶⁵(15) kararında; Anayasada yer alan bütün hakların, “adil yargılanma hakkı” açısından, “temel sanık hakları sayılmayacağına, Anayasa’da yer almayan, yargılanma ile ilgili temel hakların da mevcut bulunduğu” sonucuna varmıştır. Amerikan Yüksek Mahkemesinin içtihadına göre, sanığın temel haklarından sayılan aşağıda gösterilen hakların ihlal edildiği hallerde, delil, “hukuka aykırı yöntemle elde edilen delil” olur ve bunu hüküm verirken kullanıp kullanmama konusunda, mahkeme takdir yetkisine sahip olur: hukuka

²⁰⁶¹ *Erman*, Kunter’e Armağan, 1998, 75.

²⁰⁶² Divan Sözleşme metninde geçmeyen hak arama özgürlüğü, silahlarda eşitlik gibi, unsurları da kabul etmiştir (*Gölcüklü ve Gözübüyük*, 1994, 205). Kamu davasının açılabilmesi için, Kanun 163. maddesinde «yeterli delil» bulunmasını şart koşmuşsa da, uygulamada buna uyulmadığı, *Gökçen* (Hasan Tahsin, «Bir insan hakkı ihlali olarak ceza muhakemesi hukukunda hukuka aykırı yargılama kavramı», İBD, 278) tarafından yazılan makalede ayrıntılı şekilde anlatılmakta ve eleştirilmektedir.

²⁰⁶³ *Golder v. İngiltere*; nakledenler, *Gölcüklü ve Gözübüyük* 1994, 204.

²⁰⁶⁴ Özellikle şu haklar önem kazanır: (i) isnadı anladığı dilde ve ayrıntılı olarak öğrenmek (6/3a), (ii) müdafayı hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak (6/3b), (iii) kendi kendisini savunmak veya seçilmiş veya atanmış müdafinin yardımından yararlanma hakkı (6/3c), (iv) tanıklara, aleni duruşmada soru sorma hakkı (6/31), (v) ücretsiz tercüman sağlanması (6/3e).

²⁰⁶⁵ *Duncan v. Louisiana* (1968).

aykırı arama ve elkoymadan bağışıklık²⁰⁶⁶, işkence ve kötü muameleye tabi tutulmama hakkı²⁰⁶⁷, müdafinin yardımından yararlanma hakkı²⁰⁶⁸, kendisi ve yakınları aleyhine delil vermeme hakkı²⁰⁶⁹, aleyhinde ifade veren tanığa soru sorma hakkı²⁰⁷⁰, makul sürede yargılanma hakkı²⁰⁷¹, tanık bulması için araştırma yapılmasını talep etme hakkı.²⁰⁷²

Devlet, yargıladığı sanığa, temel bütün haklarını sağlamak mecburiyetindedir. Bu nedenle, bizce; i) dürüst yargılanma hakkı kapsamına giren temel sanık hakları sağlanmadan elde edilen veya ii) yetki sınırı aşılarak veya iii) Kanunun önceden elde edilmesini yasaklamış olduğu halde, elde edilen deliller, “kanuna aykırı yöntemle elde edilen delil” olur.

Kanuna aykırı yöntemle elde edilen delilin mahkeme tarafından hüküm verilirken kullanılıp kullanılmayacağı ise, ayrı bir mesele olup, her somut olayda değerlendirilmesi gerekir ve mahkemenin takdir yetkisi kapsamındadır.

Temel haklar ihlal edilerek yapılan adli araştırmalar “hukuka aykırı yöntem” olduğundan, bu tür hukuka aykırılıklar yapılarak elde edilen delilin hukuka aykırı delil kategorisine girmesinin yanısıra, tazminat davası açılmasına (CMK 141), ihtiyati tedbir veya yürütmenin durdurulması kararı verilmesi istenmesine, kuralları ihlal eden kişi hakkında idari soruşturma açılmasına veya eylem suç teşkil eder nitelikte ise, ceza kovuşturması açılmasına neden olurlar.

2. Ceza Muhakemesi Kanunu ile Anayasa arasındaki fark.

Ceza Muhakemesi Kanunu hukuka kesin aykırılık halleri arasında *hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile yer verilmesi* halini de saymıştır (CMK 289/1-i). Bu nedenle, delil elde etme yöntemleri uygulanırken, bu işlemi düzenleyen hukuk kaidesinin uygulanmaması veya hatalı uygulanması hukuka aykırılık sayılacak ve yapılan hatanın hükme tesiri olup olmadığı araştırılmadan bozma kararı verilecektir. Bu nedenle ilk derece mahkemesi veya istinaf mahkemesi hükmünün bozulmamasını istiyorsa, arama, ifade alma, iletişimin denetlenmesi gibi delil elde etme yöntemlerini düzenleyen hukuk kurallarının uygulanmadığı veya hatalı uygulandığı hallerde, o delili hüküm verirken kullanmaması gerekir (CMK 217/2).

Konuyu insan hakkı ihlali açısından inceleyen Anayasa Mahkemesi veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, adil yargılanma veya özel hayat hakkı açılarından inceleme yapmakta ve farklı kriterler uygulamaktadır. Bu açıdan verilen kararlarda hakların denkleştirilmesi uygulanması yapılabilir.

Kanaatimizce, CMK nun 217/2 maddesinde, mülga Kanunumuzun 254’üncü maddesinin 2 nci fıkrasındaki delil yasağından²⁰⁷³ farklı olarak, mutlak bir yasak söz konusu olmayıp, hâkimin takdir yetkisini kullanabileceği bir düzenleme yer almaktadır. Hâkim takdir yetkisini kullanırken, “sanığın temel haklarının”, yapılan işlem ile ihlal edilip edilmediğine bakmalı ve anayasal hak ihlal edilmiş olduğunu saptadığında da sanığın işlediği suçun topluma vermiş olduğu zarar ile, delil toplanırken devlet güçlerinin sanığa ait anayasal hakkı ihlal etmiş olmalarından doğan toplumsal zararı karşılaştırmalıdır.

²⁰⁶⁶ *Mapp v. Ohio* (1961) ve *Ker v. California* (1963).

²⁰⁶⁷ *Robinson v. California* (1962).

²⁰⁶⁸ *Gideon v. Wainwright* (1963).

²⁰⁶⁹ *Malloy v. Hogan* (1964).

²⁰⁷⁰ *Pointer v. Texas* (1965).

²⁰⁷¹ *Klopper v. North Carolina* (1967).

²⁰⁷² *Washington v. Texas* (1967).

²⁰⁷³ BGHSt 14, 358. Öztürk/Erdem/Özbek (1999, 735) jandarma ve polise verilen yetkilerin denetlenmesi için şu önerileri uygun görürler: teşkilat içi kontrol, disiplin soruşturması, tazminat davası açılması, polis müfettişleri tarafından yapılan kontroller, denetim formu oluşturulması (sivil toplum örgütlerinin katılımı ile), müdafinin kontrolü, itiraz ve habeas corpus yollarının işletilmesi, delil yasaklarının uygulanması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru yolunun kullanılması.

Sanığın topluma verdiği zarar daha büyük ise ve 148 maddede olduğu gibi açıkça yasaklamış bir delil de söz konusu değil ise, hukuka aykırı nitelik taşıyan delili, hâkim hüküm verirken kullanabilmelidir.

Anayasamız “kanuna aykırı bulguları” (Any. “2001-4709” 38) ve “adil yargılama” ilkesini (Any “2001-4709” 36) aynı değişiklik paketi ile düzenlemiştir. Yani, “adil yargılama ilkesi zedelenmedikçe hukuka aykırı da olsa, delil kullanılabilir”.

Bu bakış açısı AİHM kararlarına da yansımıştır. Davanın bütünlüğü içinde başta yapılan hata giderilmiş ve sonuçta “adil yargılanma hakkı” sağlanmışsa, hukuka aykırı delillerin hüküm verilirken kullanılması gerekir.

Serbest iradeyi sakatlayan CMK 148 kapsamına giren durumlar, bu tespitimizin dışında kalır.

“Anayasalar intihar paktı değildir” özdeyişi doğrultusunda, Anayasamızdaki kuralların bir bütün olarak uygulanmasını, delil yasaklarının adil yargılanma hakkı ile birlikte mütalaa edilmesini gerekli görüyoruz.

Bu nedenle, basit hukuka aykırılıklarda, yani temel hakları ihlal etmeyen hukuka aykırılıklarda delilin etkilenmemesini, temel hakları ihlal eden hukuka aykırılıklarda ise, ilke olarak bu delilin hüküm verilirken kullanılmamasını, fakat ağır suçlarda istisnai olarak bunların da “sanık hakları teorisi” çerçevesinde değerlendirme kapsamına alınmasını benimsiyoruz.

Ancak, yasak sorgu yöntemleri ile elde edilen ikrar delilinin hiçbir koşul altında delil olarak kullanılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2007 yılında verdiği karar yukarıdaki görüşlerimizi teyit etmektedir: Arama tanığı bulundurulmadan, “hâkim kararı ile”!!! yapılan aramadaki, (tanık bulundurmama hukuka aykırılığı) şekli bir aykırılık olarak mütalaa edilmiş delil kabul edilmiştir.²⁰⁷⁴

Hukuka aykırı deliller genellikle koruma tedbirlerinin hatalı veya kural dışına çıkarak uygulanması sonucunda meydana gelir. Bu nedenle hukuka aykırı delil örneklerinin ilgili koruma tedbirleri incelenirken örneklenmesi yöntemini seçtik. Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delilleri, “delil yasakları” ve “korunan hukuki menfaat” birlikte ele alarak oluşturduğumuz ve muhakemenin bütünü bakımından dürüst ve adil bir şekilde yapılıp yapılmadığına dayandırdığımız bu yeni bakış açısından tasnif ettiğimizden, arama, elkoyma, yakalama, iletişimin denetlenmesi ve diğer araştırma ve koruma tedbirleri uygulanırken yapılan *kanuna aykırı uygulamalar* nedeniyle *hukuka aykırı hale gelen delillere* ilgili bahislerde verilmiştir. Aşağıda bu uygulama örneklerinin bazılarına atıf yapmakla yetineceğiz.

X. Uygulanan kanuna aykırı koruma tedbiri nedeniyle hukuka aykırı hale gelen delil örnekleri.

1. ARAMA: Kanuna aykırı aramanın sonucu olan hukuka aykırı delil örnekleri.

Önleme araması (No. 386-1) ve *adli aramasını* (No. 386-2) düzenleyen hukuk kurallarına aykırılık, aramadan elde edilen delili hukuka aykırı hale getirir.²⁰⁷⁵

a) Arama kararında makul şüphenin belirtilmemesi bozma nedenidir.

Mağdur vekilinin verdiği şikâyet dilekçesi üzerine, C. Savcılığınca mahkemeden arama kararı verilmesi talep edilmiş ve Ankara 3. Sulh Ceza Mahkemesince, talep uygun görülmüş ve 26.10.2010 tarihli karar ile; "A... ili Ç... ilçesi A... bulvarı üzerinde bulunan O... sokakta 1 numaradan başlayıp 25 numarada biten işyerlerinde ve müstemilatında arama yapılmasına" karar verilmiştir. Bu karara dayanılarak yapılan aramada; Sanık Yavuz'un sahibi olduğu iş yerinde bazı kitaplar ele geçirilmiştir. Kitaplar bilirkişiye incelenmiş ve bilirkişi kitapların bandrolsüz olduğu hususunda bir rapor

²⁰⁷⁴ CGK 26.6.2007, K. 159.

²⁰⁷⁵ Amerikan Anayasasının 4 numaralı ek maddesine (*4th amendment*) aykırı bir şekilde elde edilen delillerin, Federal Mahkemelerde kullanılması, 1914 yılında verilen *Weeks v. US* kararı ile yasaklanmıştı. Daha sonra 1961 yılında verilen *Mapp v. Ohio* kararı ile, Eyalet Mahkemelerinde de kullanma yasağı kabul edilmiştir. Ancak 'US v. Leon 1984' kararında gösterildiği gibi, hukuka uygun davrandığı inancında olan memurun elde ettiği delil, istisnai olarak, hüküm verilirken kullanılabilir. *Weeks v. US* kararı ile, Eyalet Mahkemelerinde de kullanma yasağı kabul edilmiştir. Ancak 'US v. Leon 1984' kararında gösterildiği gibi, hukuka uygun davrandığı inancında olan memurun elde ettiği delil, istisnai olarak, hüküm verilirken kullanılabilir.

düzenlemiştir. Yavuz hakkında korsan kitap bulunduğu için 5846 sayılı Kanununun 81/9. maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmış ve mahkûmiyet kararı verilmiştir.

Hüküm temyiz edilmiş ve Yargıtay 7. Ceza Dairesi kararında şu hususlar üzerinde durmuştur: Yargıtay dairesi, Anayasa'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğunu vurgulamış ve Anayasa'nın 12. ve 13'üncü maddeleri ile 20. ve 38/6 ncı madde düzenlemelerine işaret ettikten sonra CMK'nın 116. maddesi ile Arama Yönetmeliğinin 6. maddelerinde yer alan arama yapılabilmesi için gerekli olan *makul şüphe* kavramı üzerinde durmuştur. Ayrıca arama kararında yer verilmesi gereken hususların neler olduğu CMK 119'a dayanılarak açıklanmıştır. Kararda daha sonra şöyle denilmiştir: "*Sanığın korsan kitap sattığına dair delil ve emareden bahsedilmediği gibi, genel, soyut nitelikte iddialara yer verilmiştir. Sözü edilen dilekçede arama için makul şüphelyi haklı kılan unsurlar yoktur. Şüphelye belirli bir olguya dayanmamakta, sadece iddiadan ibaret düzeyde kalmaktadır. Aranılacak kişi, aramanın nedenini oluşturan fiile de belli değildir. Bu şekilde bir sokakta, 1 numaralı iş yerinden başlayıp 25 numaralı iş yerinde biten adli arama yapılmasına izin verilmesi, suç işlenmesinin ve tehlikenin önlenmesi amacını aşan ve genel arama boyutuna ulaşan, keyfiliğe kaçan, kişilerin hukuk güvenliğini ihlal eden yasaya aykırı bir karar olur ki böyle bir arama sonucu ulaşılan delillerin yasal nitelikte olduğu kabul edilemez. O halde arama kararı hukuka aykırı olup bu karara dayanılarak aranan iş yerinde ele geçen ve asıl delil niteliğini taşıyan kitapların bandrolsüz oldukları yolundaki bilirkişi raporuna dayanılmaz ve "Anayasa'nın 38/6, 5271 sayılı Yasanın 206/2-a, 217/2, 230/1 madde ve fıkralarına nazaran hukuka aykırı olarak elde edilen bu delil hükme esas alınamaz"* Hükmün bu sebeple bozulmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.²⁰⁷⁶

b) İstihbarat bilgisi ile arama kararı verilmemelidir.

Sanığın, evinde esrar maddesi ile hap ve eroin bulundurduğu ve sattığı yönündeki istihbari bilgi üzerine alınan arama kararına dayanarak evinde arama yapılmış ve evinin değişik yerlerinde 99 adet paket içinde, net 301.92 gram esrar maddesi içeren dişi hint keneviri bitkisinin ele geçirilmiştir. Yargıtay istihbari bilginin içeriği, sanıkta ele geçirilen uyuşturucu maddelerin miktarı, niteliği ve ele geçiriliş şekli itibarıyla sanığın eyleminin satmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu görüşünü kabul etmiştir.²⁰⁷⁷ Bununla birlikte, sanığın sübut bulan bu suçunu gizlemek ve bu suçun cezasından kurtulmak için suça konu maddeleri kullanmak için bulundurduğu yönündeki beyanına itibar edilerek yazılı biçimde karar verilmesini bozma nedeni yapmıştır. Bu karar Yargıtay'ın istihbari bilginin makul şüphe oluşturacağını kabul ettiğini göstermektedir. Bizce, istihbarat somut olgulara dayanmadığı için, makul şüphe oluşturmaz. Bu kararı benimsemiyoruz.

c) Savcı talimatı bulunmaması (CGK 22.3.2022, E. 2019/307, K. 2022/198).

Cumhuriyet savcısının emrini almadan otelde fuhuş soruşturması yapan polislin otelden elde ettiği deliller hukuka aykırı olup, hüküm verirken kullanılamaz.

ç) Çuvalda kaçak sigara araması CGK 27.9.2023, E. 2023/129, K. 2023/477).

Kaçak sigara satıldığına dair bir ihbar üzerine adrese giden polisler, sanığı elindeki çuvalda cadde üzerinde beklerken görmüş ve kimlik kontrolü yaptıktan sonra çuvalda arama yapmış ve 239 paket kaçak sigara ele geçirmişlerdir. Ceza Genel Kurulu olayda suçüstü halinin bulunmadığını ve CMK 116 ile 119 uyarınca karar alınmadığını tespit ederek elde edilen delilin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.

d) Poşette arama (CGK 29.3.2023, E. 2022/13, K. 2023/191:).

Otobüs terminalinde elinde poşetle dolaşan ve şüpheli hareketlerde bulunan kişiyi takip eden polis, sanığın otobüse binip poşeti el bagajı bölümüne yerleştirdikten sonra orta kapıdan inmesi üzerine, kişiyi durdurup kimlik kontrolü yapmıştır. Daha sonra otobüsteki poşeti alıp arama yapan polis, poşetin içinde esrar ele geçirmiştir. Arama için CMK 116 uyarınca arama kararı alınmadığı ya da PVSK 9 kapsamında

²⁰⁷⁶ 7. CD 27.11.2013, K. 5178-23749.

²⁰⁷⁷ 10. CD 3.2.2009, E. 2007/8103, K. 2009-1288.

önleme araması kararı mevcut bulunmadığı için, eksik araştırma ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

e) Yazılı karar arama öncesinde alınmalıdır (10. CD 1.6.2023, E. 2023/6070, K. 2023/5092).

Arama yapıldıktan sonra Cumhuriyet savcısından alınan yazılı emir, yazılı emir almadan önce yapılan aramadan elde edilen delili hukuka uygun hale getirmez.

Karar almadan arama ve savcı emri almadan soruşturma yapma (CGK E. 2018/96, K. 2021/262).

10.01.2012 tarihinde "Büfe" isimli iş yerinde kaçak sigara yapıldığı ihbarı üzerine, sivil giyimli polis memurları büfeye gitmiştir. Polis memurları, sanığa 50 TL uzatarak bir paket kaçak sigara istemiştir. Sanık kaçak sigarayı uzatarak "4TL" demiş ve aralarında para alışverişi yapılmıştır. Daha sonra polis memurları, polis tanıtma kartlarını göstererek arama kararı olmadan sanığın rızası ile büfede arama yapmıştır. Büfede yapılan aramada 36 paket daha bandrolsüz ve kaçak sigara yakalanmıştır. 11.01.2012 tarihli Savcı görüşme tutanağı içeriğine göre; nöbetçi Cumhuriyet savcısı ile telefonla görüşüldüğünde ele geçen kaçak sigaralara el konulması ve Gümrük Muhafaza Depo Müdürlüğüne teslim edilmesi için mahkeme kararı aldırılmasının istenmesi ile evrakın ikmalen gönderilmesi talimatı verilmiştir. Bakırköy 7 Sulh Ceza Mahkemesi, ele geçirilen 37 paket kaçak sigara hakkında el koyma kararı verilmiştir. *Sanık kolluk ifadesinde;* sigaraları içmek için bulundurduğu, sigaraları eşkalini hatırlamadığı bir şahıstan aldığını; Mahkemede ise, büfenin abisine ait olduğu abisi hasta olduğu için büfeye baktığını, sigaraları içmek için büfeye giderken aldığını, satmak için bulundurmadığını ve polise satmaya kalkışmadığını ücretsiz vermeyi düşündüğünü beyan etmiştir. *Bakırköy 1. Asliye Ceza Mahkemesince verilen mahkûmiyet kararının* sanık tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 7. Ceza Dairesi incelemiştir.

7. Ceza Dairesince; *Mahkeme tarafından verilmiş bir arama kararı, gecikmesinde sakınca olduğu gerekçesiyle Cumhuriyet savcısı tarafından verilmiş yazılı arama izni veya cumhuriyet savcısına ulaşılamaması nedeniyle kolluk amirince verilmiş yazılı arama emri bulunmadığından ele geçen eşyanın yasak delil niteliğinde olduğunu, eşyanın kaçak olması durumu değiştirmeyeceğini bu nedenle mahkûmiyet hükmü kurulamayacağı ve beraatine karar verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Görüşe katılmayan daire üyesi; hukuka uygun arama yapılmadığını ama suçüstü hali itibari ile suçun işlendiği sabit olduğundan beraatine yönelik bozma görüşüne katılmamıştır.*

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı 19.01.2018; Polisin ihbar üzerine büfeye intikal ederek "İstihbarat bilgisinin diğer bir delil ile doğruluğu teyit edilmeden arama kararı verilmeyeceği" gözetilerek kaçak sigarayı satın aldıklarını bu aşamadaki eylemde arama değil *suç tespiti işlemi olduğu bu nedenle arama izni /kararı almayı gerektirecek hal mevcut olmadığını,* sivil polisler suçu tespit ettikten ve delillendirdikten sonra herhangi bir arama izni/kararı olmaksızın işyerinde sanığın muvafakati ile arama yaparak 37 paket kaçak sigara ele geçirilmemiş olduğu aşamada suç tamamlanmış ve delillendirilmiş olduğundan, sonraki arama işleminin fuzuli ve sonuca etkisi olmadığı gerekçesi belirtilmiştir. Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan arama kararı olmadan ele geçen kaçak sigara ve bu sigaraların hukuka uygun yöntemle ele geçirilip geçirilmediğinin belirlenmesi için dosya Ceza Genel Kuruluna gönderilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu: CMK 139. maddesi dışındaki suçlar yönünden kolluk görevlilerinin, CMK 160 ve devamı maddeleri uyarınca Cumhuriyet Savcısının emri doğrultusunda ve genel yetkileri kapsamında, suç ve failini belirlemek delil toplamak için suça azmettirmeksizin bilgi toplayabilmeleri mümkün olsa da; CMK 160 ve devamı maddeleri uyarınca kolluk görevlilere Cumhuriyet Savcısı tarafından yazılı ve sözlü talimat olmaksızın doğrudan iş yerine gidip kaçak sigara isteyerek bir anlamda sanığı suça teşvik ederek suça ve uyuşmazlığa konu bir paket kaçak sigarayı ele geçirmeleri hukuka uygun olmadığı, elde edilen delilin yasak delil niteliğinde olduğu ve CMK 217 maddesi uyarınca hükmü esas alınmayacağı ve Cumhuriyet Başsavcılığın itirazının reddine karar verilmiştir.

Savcıdan emir almadan soruşturma yapma (CGK E. 2016/18-1405, K. 2021/72).

İstanbul Ahlak Büro Amirliği görevlilerince fuhuş suçu ile ilgili yapılan çalışmalar çerçevesinde bir sosyal paylaşım sitesinde yer alan "Eskort Güzel Bayan" isimli ilandaki telefon numarasının kolluk görevlilerince 31.08.2015 tarihinde müşteri gibi aranmıştır. Daha sonra kolluk tarafından Cumhuriyet

savcısı emri olmadan, fuhuş yapıldığı düşünülen eve, önceden seri numarası tespit edilmiş paralarla müşteri gibi gidilmiştir. Daha sonra kolluk görevlileri pazarlık yapmış ve mağdurun cinsel ilişkiye hazırlanması sırasında kolluk kimliğini açıklamıştır. Daha sonra ev içerisinde bulunan kişiler yakalanmıştır.

Ceza Genel Kurulu somut olayda; kolluk görevlilerinin CMK'nın 160 ve devamı maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan yazılı veya sözlü bir görevlendirme bulunmaksızın olaya el koyup delil toplama faaliyetine girişmeleri, bu hususun Cumhuriyet savcısının talimatı üzerine hareket edildiğine ilişkin herhangi bir ibareye yer verilmeyen aynı tarihli "Önceden Para Seri No Tespit Tutanağı" ile de desteklenmesi,

Olay, Tespit, Yakalama, Elkoyma ve Savcı Görüşme Tutanağı"nda polislerin arama yapmadan evden ayrıldıklarına yer verilmiş ise de yapılan işlemlerin esasen arama ve el koyma niteliğinde olup CMK'nın 116 ve devamı maddeleri ile aynı Kanun'un 123 ve 127. maddelerine aykırı olması, sanıkların yeterince Türkçe bilmedikleri hâlde tercüman bulunmaksızın polis baskısı altında vermiş oldukları kolluk ifadelerini kabul etmeyen mağdurlara ait beyanlar ile CMK'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan, ancak mahkeme huzurunda doğrulanmayan sanığa ait kolluk ifadesinin hükme esas alınamayacağı gözetilerek beraat kararı verilmesini gerektiğini karar altına almıştır.

Karar almadan yapılan arama (10. CD 2.11.2020, E. 2020/13654, K. 2020/6272).

Plaka numarası bildirilen bir beyaz minibüs içerisinde (A) takma adını kullanan (B) isimli şahsın uyuşturucu madde sattığı ve minibüsün şehrin adı belirtilen bir muhitinde gezdiği ihbar edilmiştir. Bu ihbar üzerine kolluk tarafından yapılan araştırmada (B), (C) ve (D)'nin içinde buldukları araç park halinde bulunmuştur. Karar almadan (B)'nin üzerinde yapılan aramada montunun astar kısmına gizlenmiş vaziyette 2 paket halinde, aracın ön sağ paspası üzerinde tek parça halinde olmak üzere, toplam 8,65 gr esrar elde edilebilecek Hint kenevirli bitkisi ile yine (B)'nin montunun astar kısmında gizlenmiş vaziyette 28 adet MDMA etken maddesi içeren tablet ele geçirilmiştir. (C) üzerinde yapılan aramada ise, iç çamaşırına gizlenmiş halde 21 adet MDMA etken maddesi içeren tablet bulunmuştur. Araç içinde ayrıca bir adet hassas terazi ele geçirilmiştir.

Bu olayda esas mahkemesi sanıklar hakkında mahkumiyet kararı vermişse de, Yargıtay; CMK 116, 117 ve 119. maddelere uygun şekilde "adli arama kararı" veya "yazılı adli arama emri" alınmadan sanığın üzerinin ve aracının aranması ve üzerinde ve aracında uyuşturucu maddelerin ele geçirilmiş olması nedeniyle, hukuka aykırı arama sonucu ele geçirilen uyuşturucu maddelerin, "suçun maddi konusu" ve "suçun delili" olarak hükme esas alınamayacağına, somut olayda suçun maddi konusunun bulunmaması nedeniyle suçun unsurları oluşmadığından, sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği gerekçesiyle hükmü bozmuştur. Kabule göre de: suça konu maddenin satmak amacıyla bulundurulması ile suçun tamamlandığı gözetilmeden teşebbüs hükümlerinin uygulanmasını eleştirmiştir.

Karar almadan yapılan arama; zorunlu müdafî (10. CD 16.09.2020, E. 2020/6151, K. 2020/3659)

Büyükçekmece Cumhuriyet Başsavcılığının müşteki (A)'nın dolandırılması olayının şüpheli olan (B)'nin hazır edilmesini isteyen 2014/7224 sayılı talimatı üzerine, (B)'nin adresi tespit edilmiş ve kolluk görevlileri belirtilen adrese gelmiştir. Konutun lambalarının açık olduğu görülmüş ve konut bir süre dışardan izlenmiştir. (B) bir süre sonra binadan çıkmıştır. (B)'nin şüpheli tavırlar sergilemesi üzerine üst araması yapılmış ve uyuşturucu madde ele geçirilmiştir. Esas mahkemesi bu delillere dayanarak mahkûmiyet kararı vermiştir. Yargıtay ise; dosya içinde "önleme araması kararı", "adli arama kararı" ya da savcılıktan yazılı arama emri bulunmadığından, aramanın karara dayanıp dayanmadığının araştırılması gerekirken, eksik araştırma ile hüküm kurulmasını bozma nedeni yapmıştır.

Kararda tartışılan ikinci husus muhakeme hukuku normlarının zaman açısından uygulanması ile ilgilidir. CMK 150 uyarınca zorunlu müdafinin alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda görevlendirilmesi söz konusu olması karşısında, suç tarihi itibarıyla sanığın üzerine atılı uyuşturucu madde ticareti yapma suçunun cezasının alt sınırı itibarıyla zorunlu müdafî tayin edilmemiştir. Ancak 28/06/2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 Sayılı Kanun ile TCK'nın 188/3. maddesinde değişiklik yapılmış ve hapis cezasının alt sınırının on yıl olarak değiştirilmiştir. Sanığın savunmasının alındığı ve karar tarihi olan 23/12/2014 tarihinde 6545 Sayılı Kanun'un yürürlükte

bulunduğu için zorunlu müdafii tayinini gerekmede iken, zorunlu müdafii görevlendirmeden hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

Suç ihbarı ve üst araması (20. CD, 23.01.2020. E. 2017/5628, K. 2020/861).

Polis imdat ihbar hattını arayan kimliği belirsiz bir şahıs, Yenimahalle İlçesi, Şentepe son durak, taş fırın yanında 20 yaşlarında (A) isimli erkek şahsın eroin sattığı, üzerinde 40-50 paket civarında eroin bulunduğu ve bunları üzerinde mahrem yerlerine sakladığı, Amatem'de tedavi görüp çıkan kardeşinin bu şahıstan eroin aldığını söylediğini, bu konuda bilgisi olduğu yönünde suç ihbarında bulunmuştur. Bunun üzerine, sözü edilen yere gidilmiş ve (A)'nı üzerinde Ankara 5. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 29.01.2014 tarihli önleme araması kararına dayanılarak yapılan üst aramasında, kasık bölgesinde iç çamaşırı içinde suç konusu uyuşturucu maddeler ele geçirilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2013/610-2014/512, 2013/841-2014/513 ve 2014/166 - 514 sayılı kararlarında da belirtildiği üzere; adli arama kararı gerektiren bir olayda önleme araması kararına dayanılarak ya da koşullarına uygun olmayan arama kararı üzerine yapılan arama hukuka aykırıdır. Böyle bir arama sonucu bulunan deliller ya da suçun maddi konusu "hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş" olacağından, Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrası ile CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi, 217. maddesinin 2. fıkrası, 230. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi ve 289. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendi uyarınca hükme esas alınmaz. CMK'nın 116, 117 ve 119. maddelerine uygun şekilde "adli arama kararı" veya "yazılı adli arama emri" alınmadan, sonucu bulunan uyuşturucu madde hem "suçun maddi konusu" hem de "suçun delili" olup hukuka aykırı yöntemle elde edildiğinden hükme esas alınamayacağından hükmün BOZULMASINA, 23.01.2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İç çamaşırda arama (CGK E. 2019/96, K. 2021/401).

Kolluk, 22.05.2012 tarihi, 00.50 sıralarında sanığın GBT kayıtlarını sorgulamak için sanığı durdurmak istemiştir. Ancak sanık kolluğu görmesi üzerine kaçmaya başlamıştır. Sanık kovalamaca sonucu kolluk tarafından yakalanmıştır. Kolluk sanığın üzerini aramaya başlamış, devamında sanığın üzerine giyilir vaziyette bulunan mavi iç çamaşırı (külotu) içinde 25 adet satışı hazır eroin maddesi ele geçirmiştir. İç çamaşırında ele geçirilen uyuşturucu madde yönünden yapılan inceleme sonucunda Ceza Genel Kurulu; Sanığın iç çamaşırı (külotu) içerisinde yapılan arama işleminin, PVSK'nın 4/A maddesi kapsamında yoklama ve kontrol olarak değerlendirilemeyeceği, dosya kapsamı itibarıyla sanığın üzerinde arama yapılmasına olanak sağlayan arama kararı ya da yazılı arama emri ile derhâl işlem yapılmadığı takdirde işlendiği iddia edilen suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolacağına diğer bir anlatımla gecikmesinde sakınca bulunduğuna ilişkin hiçbir bilgi ve belgenin de bulunmadığı, dolayısıyla suçüstü hâlinin de söz konusu olmadığı, sanığın üzerinde yapılan arama işleminin PVSK'nın 4/A maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak alınması gereken tedbirler kapsamında kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek ve silah ya da tehlike oluşturan diğer bir eşyadan arındırmak amacıyla kişiler üzerinde yapılabilecek yoklama düzeyini aşan nitelikte ve orantısız olduğu, suç konusu uyuşturucu maddenin hukuka aykırı olarak elde edilen delil niteliğinde olması durumunda Anayasanın 38. maddesinin 6. fıkrası ile CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi, 217. maddesinin 2. fıkrası, 230. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca hükme esas alınamayacağını karar altına almıştır.

Durdurma sonrası iç çamaşırda arama (10. CD, E. 2020/2942, K. 2021/13282).

19.08.2018 tarihinde kolluğa, sanıkların ismi, eşkâli ve aracın plaka numarası bilgilerini içeren ve sanıkların uyuşturucu madde ticareti yaptıklarına dair ihbar ulaşmıştır. Bunun üzerine kolluk tarafından çalışmalar yapılmıştır. Çalışmalar sonucunda ihbarda geçen araç durdurulmuştur. Araç içinde bulunan sanıkların indirilmesi sonrasında kolluk tarafından adli arama kararı ya da yazılı arama emri bulunmadığı aşamada sanığın iç çamaşırına saklanmış olduğu ve kaba üst araması ile bulunamayacak bir yerde uyuşturucu maddeler ele geçirilmiştir.

Yargıtay bu konuda; Yazılı adli arama emri ya da arama kararını gerektiren bu olayda adli arama kararı ya da yazılı arama emri bulunmaksızın yapılan aramanın hukuka aykırı olduğu, hukuka aykırı arama sonucu ele geçirilen uyuşturucu maddelerin "suçun maddi konusu" ve "suçun delili" olarak hükme esas alınamayacağını karar altına almıştır.

İç çamaşırda arama (20. CD 25.02.2020, E. 2018/2934, K. 2020/1098).

Hakkında uyuşturucu madde satışı yaptığı yönünde istihbari bilgi bulunan sanık (A), olay tarihinde saat 19:45 sıralarında İstasyon caddesi üzerinde durdurulmuş ve yapılan kaba üst aramasında suç unsuruna rastlanılmamıştır. Ancak, arama sırasında tedirgin ve şüpheli hareketlerde bulunması gerekçesiyle (A) refakate alınmış ve İlçe Emniyet Müdürlüğü'ne götürüldüğü kendisine birkaç kez üzerinde herhangi bir uyuşturucu madde olup olmadığı sorulmuştur. (A) kendiliğinden, mavi kot pantolonu altına giydiği kahve renkli içlik ile iç çamaşırı arasına elimi sokarak, gizlemiş olduğu beyaz jelatin içerisine konulmuş toplam 18 adet satışı hazır, fişek haline getirilmiş net 570 mg eroin maddesini çıkararak görevlilere teslim etmiştir. (A) hakkında adli arama kararı bulunmadığı aşamada, PVSK 4/a uyarınca yapılan kaba üst araması ile bulunamayacak bir yerde sakladığı uyuşturucu maddeleri kendi rızasıyla teslim ederek uyuşturucu madde ticareti yapma suçunun ortaya çıkarılmasını sağlayan sanık hakkında TCK 192/3'te öngörülen etkin pişmanlık hükmünün uygulanması gerekir. Bunun gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir.

İç çamaşırda arama (20. CD 14.01.2020, E. 2019/1348, K. 2020/439).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2015/1071 E., 2018/365 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere; koşullarına uygun olmayan arama kararı üzerine yapılan arama hukuka aykırı olur ve böyle bir arama sonucu bulunan deliller ya da suçun maddi konusu "hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş" olur. Bu deliller Anayasa'nın 38/6, CMK 206/2-a, 217/2, 230/1-b ve 289/1-i maddeler uyarınca hükme esas alınmaz. Ayrıca 02/09/2014 tarihli tutanağa göre, (T)'nin üst araması yapılmak üzere Asayiş Şube Müdürlüğüne götürülüp üst araması yapılarak üst iç çamaşırlarının içinde saklanmış halde net 0.52 gram eroinin ele geçirildiğinin anlaşılması karşısında, (T) 'nin üzerinde arama yapılabilmesi için CMK 119 uyarınca hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı arama emri alınması gerekir. Öncelikle bu aramaya ilişkin CMK'nın 116, 117 ve 119. maddelerine uygun şekilde adli arama kararı ya da yazılı arama emri bulunup bulunmadığı araştırılıp, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

İç çamaşırda arama (CGK 12.9.2019, E. 2017/1189, K. 2019/534).

2.10.2014 tarihinde düzenlenen *araştırma, tespit, yakalama, muhafaza altına alma ve Cumhuriyet savcısıyla görüşme tutanağına* göre, olay şu şekilde cereyan etmiştir: ilçede torbacı tabir edilen uyuşturucu madde satıcılarına yönelik olarak yapılan çalışmalarda, İzmirli (A) isimli şahsın bonzai ve sentetik hap sattığı bilgisi alınmıştır. Ayrıca 30.9.2014 tarihinde saat 17.30'da haber merkezine 11121358 kayıt numaralı bir ihbar yapılmıştır. Bu ihbarda; *"Eski İSKİ yanındaki boş arazide tezgâhta uyuşturucu satıyor. Şeker derler, bonzai derler, soyadı Yapıcı'dır. Uzun boylu, zayıf, saçları yana taralı, dövmedir. Kalıplı biri daha var. ...'la dövmele Yapıcı'ya sattırıyorlar. Polis girmediği için burada rahat rahat satıyorlar. ... plaka sayılı araç da onlara aittir."* şeklinde bir kayıt vardır. Yapıcı soyadındaki şahsın (A) olduğu anlaşılmıştır. Görevliler 2.10.2014 tarihinde saat 19.00 sıralarında verilen adresteki yere gitmiş ve (A) isimli şahsı yakalayıp ekip otosu ile karakola getirmişlerdir. Sulh Ceza Hâkimliğinin verdiği 2014/1082 değişik iş sayılı önleme araması kararına istinaden arama yapılmış ve şahsın iç çamaşırı (külodu) ile cinsel organının arasında, şeffaf poşette toplam (65) adet tablet ile daralı ağırlığı 28,4 gram gelen uyuşturucu madde ele geçirilmiştir. Ayrıca şahsın üzerinde uyuşturucu madde ticaretinden elde ettiği değerlendirilen 1 adet 20 TL, 2 adet 10 TL, 4 adet 5 TL ve 4 adet 1 TL olmak üzere toplam 64 TL para bulunmuştur. Bu sırada şahsın üzerinden çıkan cep telefonu çalmıştır. Telefona cevap verildiğinde, arayan kişi, "neredesin, görüşmemiz lazım" demiştir. Belirtilen buluşma yerine gelen ... ve yanında bulunan ... isimli şahısların da görevlilerce yakalanarak karakola getirildikleri, yapılan şifai görüşmede ...'in, mahalleden tanıdığı, 0538 637 80 71 numaralı hattı kullanan ... isimli şahsı arayarak para karşılığında hap aldığını, bir kısmının parasını veremediğini, bugün de kalan borcunu vermek için geldiğinde arkadaşı Hamza ile yakalandıklarını, aldığı hapları içtiğini, bir tanesini de Hamza'ya verdiğini söylediği, ...'nın ise Uğur'un, ...'dan satın aldığı haplardan birini kendisine verdiğini, Uğur'dan ayrılması sonrasında bu hapı içmediğini ve yere attığını, hapların borcunu ödemek için geldiklerinde yakalandıklarını beyan edip ...'in hap satın aldığı şahsın ... olduğunu teşhis ettiği, olayla ilgili bilgi verilen Cumhuriyet savcısından alınan talimatlar doğrultusunda işlemlerin sürdürüldüğü,

Gaziosmanpaşa Sulh Ceza Hâkimliğinin 2014/1082 değişik iş sayılı önleme araması kararının sanığın yakalandığı yer ve tarihi kapsadığı,

İstanbul Kriminal Polis Laboratuvarınca düzenlenen 10.10.2014 tarihli rapora göre; toplam 64 adet tabletin MDMA, net 24 gram gelen açık yeşil renkli bitki parçalarının ADB-FUBINACA etken maddesi ihtiva ettikleri,

Önleme araması kararı yaşanabilecek kamu düzenini bozucu nitelikteki olayların ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla makul sebep oluşması hâlinde yapılacak bir önleme aramasının geçerlilik süresi organizasyon süresi kadar olabileceği gibi, başka olaylarda duruma göre bir gün süreli, hatta saatli önleme araması kararlarının verilmesi de mümkündür. Her hâlükârda bu sürenin aramanın haklı kıldığı süreden fazla olmaması lazımdır. Önleme aramasının da kişilerin temel hak ve özgürlüklerine bir müdahale niteliğinde bulunması nedeniyle, makul bir sebep olmadığı hâlde verilen uzun süreli önleme araması kararı görünürde yasal olsa bile hukuka uygun olmayacaktır. Aynı şekilde makul bir sebep yokken belli periyotlarla yenilenmek suretiyle süreklilik arz edecek ve genel arama izlenimi verecek şekilde önleme araması kararı verilmesi de hukuka aykırı olacaktır.

Söz konusu düzenlemelerle kolluğa, koşulları olduğu taktirde kişi ve araçları durdurma ve yoklama biçiminde kontrol yapma yetkileri tanınmıştır. Yönetmeliğin 27. maddesinin (g) ve (i) fıkraları gereğince kollukça durdurulan kişinin herhangi bir yerde uyuşturucu gibi belirli bir şeyin gizlendiği düşünülüyorsa veya makul sebep oluşmuşsa önleyici kolluk yetkisi dahilinde daha geniş kapsamlı kontrol yapma imkanı doğacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, kolluk gerekli tedbirleri alabilecek ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılmasını veya aracın dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılmasını isteyemeyecektir. Yönetmeliğin 28. maddesi uyarınca üst ve eşya araması, kişinin veya aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda gerçekleştirilecek, yakalandığı yerden alınıp başka yere götürülerek arama yapılamayacaktır. Ancak gerektiğinde kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilecektir.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; ...İlçesi, ... Mahallesinde bulunan torbacı tabir edilen uyuşturucu madde satıcılarına yönelik yapılan çalışmalarda, İzmirli ... isimli şahsın bonzai ve sentetik hap sattığı bilgisinin edinilmesi ile 30.09.2014 tarihinde saat 17.30'da Haber Merkezine gelen "Eski İSKİ yanındaki boş arazide tezgâhta uyuşturucu satıyor. Şeker derler, bonzai derler, soyadı Yapıcı. Uzun boylu, zayıf, saçları yana taralı, dövme. Kalıplı biri daha var. ...'la dövme Yapıcı'ya sattırıyorlar. Polis girmediği için burada rahat rahat satıyorlar. ... plaka sayılı araç da onlara ait" şeklindeki ihbar üzerine, 02.10.2014 tarihinde saat 19.00 sıralarında...Mahallesinde bulunan ... Caddesi ile boş arsanın kesiştiği yere giden görevlilerin, sanık ...'yı yakalayıp ekip aracına bindirerek karakola getirdikleri, Gaziosmanpaşa Sulh Ceza Hâkimliğinin 2014/1082 değişik iş sayılı önleme araması kararına istinaden karakolda yaptıkları aramada, sanığın iç çamaşırı (külodu) ile cinsel organının arasında, şeffaf poşette toplam (65) adet tablet ile daralı ağırlığı 28,4 gram gelen uyuşturucu madde ele geçirdikleri olayda;

Görevlilerce yakalanması sonrasında karakola getirilen sanığın iç çamaşırı içerisinde yapılan arama işleminin, PVSK'nın 4/A maddesi kapsamında yoklama ve kontrol olarak değerlendirilemeyeceği, derhâl işlem yapılmadığı takdirde işlendiği iddia edilen suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolacağına diğer bir anlatımla gecikmesinde sakınca bulunduğu ilişkin hiçbir bilgi ve belgenin bulunmadığı, dolayısıyla suçüstü hâlinin de söz konusu olmadığı, sanığın yakalandığı yeri ve tarihini kapsayan önleme araması kararına istinaden bu yerde veya gerekli olması hâlinde kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılarak arama işleminin gerçekleştirilmesi gerekirken, PVSK'nın 9 ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 28. maddesinin 7. fıkrasına aykırı olacak şekilde, sanığın karakola götürülerek üst aramasının yapıldığı, suç konusu uyuşturucu maddenin hukuka aykırı olarak elde edilen delil niteliğinde olması durumunda Anayasanın 38. maddesinin 6. fıkrası ile CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi, 217. maddesinin 2. fıkrası, 230. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca hükme esas alınamayacağı dikkate alındığında; karakola getirilen sanığın iç çamaşırında arama yapılmasına olanak sağlayan bir adli arama kararı veya yazılı arama emri bulunup bulunmadığının araştırılarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik araştırma ile hüküm kurulmasının isabetsiz olduğu kabul edilmelidir.

İç çamaşırda arama (CGK 12.02.2019, E. 2016/272, K. 2019/86).

Fiziki Takip, Olay Yakalama ve Muhafaza Altına Alma Tutanağına göre; İzmir Narkotik Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğüne bağlı ekiplerce 19.05.2015 tarihinde yapılan istihbarat çalışmalarında; esmer, zayıf, kısa saçlı, Bilal isimli bir şahsın araç kiralayıp telefonla irtibat kurmak suretiyle kokain sattığı bilgisinin elde edilmiştir. Bunun üzerine yapılan araştırmada ihbarda sözü edilen şahsın Mardin nüfusuna kayıtlı, (A) ve (B) oğlu, 20.08.1989 doğumlu ve TC kimlik numarası belirlenen (C) olduğu tespit edilmiştir. (C)'nin Karşıyaka ve Alsancak bölgelerinde, plakası tespit edilen Renault marka Clio tipi araç ile alıcı şahıslara kokain götürüp teslim ettiği öğrenilmiştir. (C)'nin yakalanabilmesi için 19.05.2015 tarihinde Alsancak ve Karşıyaka giriş ve çıkışlarında kullandığı aracın tespiti amacıyla tertibat alınmış, aynı gün saat 20.30 ile 21.00 sıralarında söz konusu aracın Altın Yol Karşıyaka istikametine doğru ilerlediği ve içerisinde bir erkek ve bir bayan olduğu görülerek araç takibe alınmış, ancak trafiğin yoğun olması nedeniyle gözden kaybedilmiştir. Kolluk görevliler söz konusu aracı saat 22.00 sıralarında Karşıyaka Anadolu Caddesi üzerinde Konak istikametine doğru ilerlerken görmüş ve yeniden takibe almışlardır. Aracın hızını artırması nedeniyle fark edildiklerini değerlendiren kolluk görevlileri Alsancak Garı önündeki ışıklarda önünü kesmek suretiyle aracı durdurmuş ve polis tanıtma kartları gösterildikten sonra kimlik tespiti yapmışlardır. Araç sürücüsünün (C), yanında bulunan şahsın ise, hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilen (D) olduğu tespit edilmiştir. Kolluk görevlileri (C)'ye araçta veya üzerinde suç unsuru madde olup olmadığını sormuşlar, (C) üzerinde ve araçta suç unsuru olmadığını beyan etmiştir. Ancak, kaba üst araması yapıldığı sırada (C)'nin sesi titremeye başlamış ve davranışlarında değişiklik olmuştur. Görevliler etrafın karanlık olması ve arama yapmanın zorlaşması nedeniyle düzgün bir şekilde arama yapılabilmesi için (C) ve (D)'yi Alsancak Huzur Timleri Amirliğine götürmüş ve üst araması yapmıştır. (C)'nin pantolonunun arkasında, kuyruk sokumunun aşağısına doğru bir kabarıklık olduğu görülmüş, iyice tedirgin olan (C)'ye şişkinliğin ne olduğu sorulmuştur. (C)'nin, cevap vermemesi üzerine (C)'den pantolonun kemerini açması istenmiş, (C)'nin pantolonunun kemerini açtığı esnada boxer tipi iç çamaşırı içerinden paçasına doğru beyaz bir peçetenin sarktığı görülmüştür. Peçete alınıp kontrol edildiğinde, içerisinde iki ayrı kilitli poşette (4) paket peçeteye, (7) paket şeffaf poşette sarılı hâlde suç konusu uyuşturucu maddenin ele geçirilmiştir. İzmir Kriminal Polis Laboratuvarınca düzenlenen 28.05.2015 tarihli uzmanlık raporuna göre; 11 paketçik hâlindeki maddenin net toplam 1,9005 gram kokain içermektedir. Daha sonra mahkemeden alınan arama kararına istinaden araçta yapılan aramada ise suç unsuruna rastlanılmamıştır

Tanık; olay günü saat 20.47 sıralarında sanığın kendisini araç ile aldığını, birlikte önce Karşıyaka'ya sonrasında ise Alsancak'a doğru gittiklerini, gezdikleri esnada telefonu çalan sanığın görüşme sonrası Alsancak'ta bir arkadaşı ile buluşacağını söylediğini, garın önüne geldiklerinde görevlilerin kendilerini durdurduklarını ve trafiğin kalabalık olması nedeniyle Alsancak Polis Merkezinin yanındaki otoparka götürdüklerini, burada yapılan kontrolde sanığın üzerinde kokain bulunduğunu öğrendiğini, sanığın uyuşturucu kullandığını bildiğini, ancak sattığı konusunda bir bilgisinin bulunmadığını ifade etmiştir.

Sanık ...; uyuşturucu madde kullandığını, olay günü saat 20.30 sıralarında kiraladığı araçla tanık Şindar ile buluşup Karşıyaka'ya gezmeye gittiklerini, Alsancak'a doğru gittikleri sırada garın önünde görevlilerin kendilerini durdurup trafiğin yoğun olması nedeniyle daha rahat arama ve sorgu yapabilmek için Alsancak Polis Merkezinin arkasındaki otoparka götürdüklerini, burada yapılan aramada iç çamaşırının arka kısmında bulunan peçeteye sarılı (11) paket kokainin görevlilerce ele geçirildiğini, suç konusu uyuşturucu maddeleri Urfalı Ramo diye bildiği kişiden aynı gün saat 19.35 sıralarında 1000 TL karşılığında kullanmak için satın aldığını, arkadaşının görmesini istemediği için iç çamaşırına sakladığını, atılı suçu kabul etmediğini savunmuştur.

Yapılan istihbarat çalışmalarında, 35 plakalı araçla Karşıyaka ve Alsancak bölgelerinde kokain sattığı bilgisine ulaşılan sanığın açık kimlik bilgilerinin tespit edilmesi, bahsi geçen yerlerde tertibat alan görevlilerin sanığın araç ile Karşıyaka istikametine doğru ilerlerken görüp takibe almaları, hızını artıran sanığın kendilerini fark ettiğini değerlendirmeleri üzerine trafik ışıklarında söz konusu aracın önünü keserek durdurmaları, üzerinde suç unsuru bulunmadığını söyleyen ve tedirgin davranışlar sergileyen sanığın üst aramasının yapılabilmesi için Alsancak Huzur Timleri Amirliğine götürülmesi, pantolonunun arkasında kuyruk sokumunun aşağısına doğru bir kabarıklık olduğu fark edilip kemerini açmasının istenilmesi, sanığın kemerini açtığı anda iç çamaşırından paçasına doğru beyaz bir peçete sarktığına görülmesi, görevlilerce iç çamaşırı içerisinden alınan beyaz peçetenin kontrol edilmesi

neticesinde suç konusu uyuşturucu maddelerin ele geçirilmesi, dosya kapsamı itibarıyla sanığın üzerinde arama yapılmasına olanak sağlayan adli arama kararı ya da yazılı arama emri ile derhâl işlem yapılmadığı takdirde işlendiği iddia edilen suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolacağına diğer bir anlatımla gecikmesinde sakınca bulunduğu ilişkin hiçbir bilgi ve belgenin de bulunmaması, sanığın üzerine yapılan arama işleminin PYSK'nın 4/A maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak alınması gereken tedbirler kapsamında kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek ve silah ya da tehlike oluşturan diğer bir eşyadan arındırmak amacıyla kişiler üzerinde yapılabilecek yoklama düzeyini aşan nitelikte ve orantısız olduğunun anlaşılması karşısında; usulüne uygun olarak verilmiş arama kararı veya yazılı arama emri olmaksızın, sanığın kemeri çözdürülüp, pantolonunu indirmesi sağlanarak iç çamaşırından sarktığı görülen peçetenin bulunduğu yerden alınması suretiyle ele geçirilen suç konusu uyuşturucu maddenin, hukuka aykırı yöntemle elde edilen delil niteliğinde olduğu ve bu delilin hükme esas alınamayacağı kabul edilmelidir.

Arama tanığı bulundurmama (CGK 6.2.2020, E. 2016/1146, K. 2020/68)

Sanığa ait evde fuhuş yapıldığı ve adreste ikamet eden diğer şahsın fuhuş suçuna aracılık ettiği, kendisi ile birlikte bulunan kadınlara yer temin ettiği ihbar gerekçesiyle, 14.12.2010 tarihinde Cumhuriyet Savcısı tarafından “gecikmesinde sakınca bulunduğu, suç delillerinin tespiti amacıyla geceleyin bir defaya mahsus arama yapılmasına, suç unsuru bulunması halinde onaya sunulmak üzere el konulmasına” şeklinde usulüne uygun arama kararı verilmiştir. Kolluk 14.12.2010 saat 19.30’da arama yapmak üzere eve gitmiştir. Arama ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi hazır bulundurulmaksızın gerçekleştirilmiştir. Arama tutanağına göre, evde sanıkların, tanığın ve mağdurenin bulunduğu tespit edilmiştir. Tanıkların para karşılığı cinsel ilişkiye girmek için eve geldiği, kendilerinin sanık A’nın aracılık ettiği, sanık B’nin ise para karşılığında cinsel ilişkiye girecekleri evi temin ettiğini beyan etmişlerdir. Görülen davada *Tekirdağ 2. Asliye Ceza Mahkemesince* mahkûmiyet hükmü verilmiş ve bu hüküm sanık müdafisi tarafından temyiz edilmiştir. Müdafî, olaydaki aramanın CMK 119/4 maddesi gereği ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin hazır bulundurulması gerektiği halde, bunun yapılmaması nedeniyle aramada elde edilen delillerin CMK 217/2 maddesi uyarınca hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Dosyayı inceleyen *Yargıtay 18. Ceza Dairesi* aramanın, ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi hazır bulundurulmaksızın yapılması nedeniyle icrası bakımından hukuka aykırı olduğu ve hukuka aykırı yapılan arama sonucu elde edilen delillerin de hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle sanığın mahkûmiyet kararının bozulmasına karar vermiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı; Arama kararının usule uygun yapıldığı, karara ve kararın infazı sırasında yapılan işlemlere yönelik itiraz olmadığını, sanığın arama işlemine ve arama sırasında birtakım haklarının ihlal edilmesine yönelik itirazı olmadığını gerekçeleri ile sadece şekle ilişkin bir koşulun ihlal edilmesine dayanarak aramayı hukuka aykırı saymamış ve delilleri hukuka aykırı delil olarak kabul etmemiştir. Yargıtay Başsavcılığının itirazına gerekçe olarak;_Delilin elde edilmesinde yapılacak hukuka veya kanuna aykırılığın önemli veya önemsiz, mutlak veya nisbi bir hakkı ihlal etmesi gibi ayrımlar yapılmadığı aksi takdirde delil elde eden soruşturma ve kovuşturma organlarının bir kısım kanun hükümlerini önemsiz, ihmal edilebilir ihlali mutlak hakları zedelemeyen gibi ayrımlara tabi tutarak uygulamaması hali söz konusu olabileceği bu durumun bir takım kanun hükümlerinin uygulamada yürürlükten kaldırılması sonucu doğurabileceğini belirtmiştir. İtiraz, Yargıtay 18. Ceza Dairesince yerinde görülmediğinden Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmiş ve Ceza Genel Kurulunca karara bağlanmıştır.

Ceza Genel Kurulunca; Söz konusu itiraza yönelik benzer Anayasa Mahkemesi kararları dikkate alınmıştır. *AYM 2013/6183 bireysel başvuru*: Başvurucunun konutunda arama tanıklarının hazır bulundurulmaması nedeniyle açılmıştır. Hükmün esas ve belirleyici unsuru, gerçekleştirilen arama işlemi sonucunda elde edilen deliller olmuştur. AYM, aramanın icrasına ilişkin CMK 119/4 maddesine aykırılık sadece basit şekli bir kurala aykırılık olarak telakki etmemiş, bu kurala aykırı bir arama sonucunda elde edilen deliller tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının adil yargılama hakkının ihlali niteliğinde olduğuna karar vermiştir. *AYM 2013/2392 bireysel başvuru*: Başvurucunun evinde ve deposuna yapılan arama sırasında yalnızca mahalle muhtarı bulundurulmuş ikinci bir kişi hazır bulundurulmamıştır. Cumhuriyet Savcısının yaptığı sorgu sırasında başvuru söz konusu olaydaki

şarapların ruhsat ve üretim izninin olmadığını kabul etmiş, arama sonucunda evinde ve deposunda herhangi bir zararın olmadığını, arama sonucunda elde edilen delillerin sıhhatine ve gerçekliğine yönelik somut herhangi bir itirazda bulunmamıştır. AYM, arama işlemi sırasında bulundurulması gereken kişilerden birinin eksik olmasının yol açtığı, arama işleminin ve arama sonucunda elde edilen delillerin güvenilirliğinin şüpheye düşüren somut bir durum veya risk tespit edilmediği için hukuka aykırı olarak kabul etmemiştir.

Ceza Genel Kurulu; aramanın başta özel hayat gizliliği olmak üzere, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıdığı bu nedenle arama tanığı bulundurma zorunluluğu ile arama koruma tedbirine maruz kalan kişilere teminat sağlandığını ve arama sırasındaki muhtemel sorunlar ile elde edilecek delillerin güvenliğine ilişkin doğabilecek şüphelerin giderildiğini belirtmiştir. CMK 119/4 maddesine aykırı olarak gerçekleştirilen aramanın o yer ihtiyar heyeti veya komşulardan iki kişi bulundurulmaksızın yapılması nedeniyle icrası bakımından hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir. Bu aramadan ele geçirilen delillerin de CMK 217/2 maddesi uyarınca hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil olduğu ve CMK 206/2 maddesi ile hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delilin hükme esas teşkil edemeyeceğine karar verilmiştir.

Arama tanığı bulundurmadan arama yapma (CGK 6.2.2020, E. 2016/1146, K. 2020/68).

Sanığa ait evde fuhuş yapıldığı ve adreste ikamet eden diğer şahsın fuhuş suçuna aracılık ettiği, kendisi ile birlikte bulunan kadınlara yer temin ettiği ihbar gerekçesiyle, 14.12.2010 tarihinde Cumhuriyet Savcısı tarafından “gecikmesinde sakınca bulunduğu, suç delillerinin tespiti amacıyla geceleyin bir defaya mahsus arama yapılmasına, suç unsuru bulunması halinde onaya sunulmak üzere el konulmasına” şeklinde usulüne uygun arama kararı verilmiştir. Kolluk 14.12.2010 saat 19.30’da arama yapmak üzere eve gitmiştir. Arama ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin hazır bulundurulmaksızın gerçekleştirilmiştir. Arama tutanağına göre, evde sanıkların, tanığın ve mağdurenin bulunduğu tespit edilmiştir. Tanıkların para karşılığı cinsel ilişkiye girmek için eve geldiği, kendilerinin sanık A’nın aracılık ettiği, sanık B’nin ise para karşılığında cinsel ilişkiye girecekleri evi temin ettiğini beyan etmişlerdir.

Görülen davada Tekirdağ 2. Asliye Ceza Mahkemesince mahkûmiyet hükmü verilmiş ve bu hüküm sanık müdafisi tarafından temyiz edilmiştir. Müdafî, olaydaki aramanın CMK 119/4 maddesi gereği ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin hazır bulundurulması gerektiği halde, bunun yapılmaması nedeniyle aramada elde edilen delillerin CMK 217/2 maddesi uyarınca hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Dosyayı inceleyen *Yargıtay 18. Ceza Dairesi* aramanın, ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi hazır bulundurulmaksızın yapılması nedeniyle icrası bakımından hukuka aykırı olduğu ve hukuka aykırı yapılan arama sonucu elde edilen delillerin de hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle sanığın mahkûmiyet kararının bozulmasına karar vermiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı; Arama kararının usule uygun yapıldığı, karara ve kararın infazı sırasında yapılan işlemlere yönelik itiraz olmadığını, sanığın arama işlemine ve arama sırasında birtakım haklarının ihlal edildiğine yönelik itirazı olmadığını gerekçeleri ile sadece şekle ilişkin bir koşulun ihlal edilmesine dayanarak aramayı hukuka aykırı saymamış ve delilleri hukuka aykırı delil olarak kabul etmemiştir. Yargıtay Başsavcılığının itirazına gerekçe olarak; Delilin elde edilmesinde yapılacak hukuka veya kanuna aykırılığın önemli veya önemsiz, mutlak veya nisbi bir hakkı ihlal etmesi gibi ayrımlar yapılmadığı aksi takdirde delil elde eden soruşturma ve kovuşturma organlarının bir kısım kanun hükümlerini önemsiz, ihmal edilebilir ihlali mutlak hakları zedelemeyen gibi ayrımlara tabi tutarak uygulamaması hali söz konusu olabileceği bu durumun bir takım kanun hükümlerinin uygulamada yürürlükten kaldırılması sonucu doğurabileceğini belirtmiştir. İtiraz, Yargıtay 18. Ceza Dairesince yerinde görülmediğinden Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmiş ve Ceza Genel Kurulunca karara bağlanmıştır.

Ceza Genel Kurulunca; Söz konusu itiraza yönelik benzer Anayasa Mahkemesi kararları dikkate alınmıştır: *AYM 2013/6183 bireysel başvuru*: Başvurucunun konutunda arama tanıklarının hazır bulundurulmaması nedeniyle açılmıştır. Hükmün esas ve belirleyici unsuru, gerçekleştirilen arama işlemi sonucunda elde edilen deliller olmuştur. AYM, aramanın icrasına ilişkin CMK 119/4 maddesine aykırılık sadece basit şekli bir kurala aykırılık olarak telakki etmemiş, bu kurala aykırı bir arama

sonucunda elde edilen deliller tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının adil yargılama hakkının ihlali niteliğinde olduğuna karar vermiştir. *AYM 2013/2392 bireysel başvuru*: Başvurucunun evinde ve deposuna yapılan arama sırasında yalnızca mahalle muhtarı bulundurulmuş ikinci bir kişi hazır bulundurulmamıştır. Cumhuriyet Savcısının yaptığı sorgu sırasında başvurucu söz konusu olaydaki şarapların ruhsat ve üretim izninin olmadığını kabul etmiş, arama sonucunda evinde ve deposunda herhangi bir zararın olmadığını, arama sonucunda elde edilen delillerin sıhhatine ve gerçekliğine yönelik somut herhangi bir itirazda bulunmamıştır. AYM, arama işlemi sırasında bulundurulması gereken kişilerden birinin eksik olmasının yol açtığı, arama işleminin ve arama sonucunda elde edilen delillerin güvenilirliğinin şüpheye düşüren somut bir durum veya risk tespit edilmediği için hukuka aykırı olarak kabul etmemiştir.

Ceza Genel Kurulu; aramanın başta özel hayat gizliliği olmak üzere, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıdığı bu nedenle arama tanığı bulundurma zorunluluğu ile arama koruma tedbirine maruz kalan kişilere teminat sağlandığını ve arama sırasındaki muhtemel sorunlar ile elde edilecek delillerin güvenliğine ilişkin doğabilecek şüphelerin giderildiğini belirtmiştir. CMK 119/4 maddesine aykırı olarak gerçekleştirilen aramanın o yer ihtiyar heyeti veya komşulardan iki kişi bulundurulmaksızın yapılması nedeniyle icrası bakımından hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir. Bu aramadan ele geçirilen delillerin de CMK 217/2 maddesi uyarınca hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil olduğu ve CMK 206/2 maddesi ile hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delilin hükme esas teşkil edemeyeceğine karar verilmiştir.

Gece yapılan arama (11. CD 8.3.2021., E. 2017/3773 K. 2021/2260).

Söz konusu kararda yaşanan olay şu şekilde gelişmiştir; İddia makamı olan savcılığın suç işlendiğine dair yeterli şüphe oluşmasıyla beraber açtığı kamu davası akıbetinde, Sanık (A) hakkında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın "Arama ve el koyma kararı" başlıklı 28/10/2011 tarih saat 02.30 ibareli yazısı ile Kozyatağı Mahallesi Sarıkaya Sokak Kadıköy/İstanbul adresinde arama yapılması için kolluğa talimat verildiği anlaşılmaktadır. Bu kararın verilme sebebinin Dosya kapsamından anlaşıldığı üzere sanık (A) hakkında sahtecilik suçu nedeniyle yürütülen soruşturmadır. Arama Saat 02.30 ibaresinden arama emrinin gece sayılan zaman dilimi içinde verilmiş olduğu, içeriğinde de "... bir defaya mahsus gece vakti arama yapılmasına" denilmek suretiyle aramanın geceleyin yapılması öngörülmüştür. 28.10.2011 tarih saat: 05.15 ibareli "Yakalama, arama ve muhafaza altına alma tutanağı" başlıklı arama tutanağından anlaşıldığı üzere arama sırasında sadece apartman görevlisinin hazır bulunan sıfatıyla imzasının alındığı anlaşılmaktadır. Yapılan aramada sahtecilik suçuna konu (A) adına düzenlenmiş nüfus cüzdanı, pasaport ve sürücü belgeleri bulunmuş ve sanık 2 yıl 6 ay hapis cezasına çarptırılmıştır. Bu açıklamalar ışığında aramanın gece sayılan zaman dilimi içinde yapıldığı tartışmasızdır. Dolayısıyla arama işleminde başlıca iki hukuka aykırılığın göz önüne alınması, arama sonucu elde edilen delillerinde hukuka aykırı olduğunun değerlendirilmesi gerekir.

1- Aramanın Gece Yapılması (istisnaları vardır ve bu istisnalar olayda gerçekleşmiyor haldedir yani sanık suçüstü halinde de değildir, gecikmede sakınca da yoktur, firar eden tutuklunun tekrar yakalanma hali de mevcut değildir. Kısaca CMK m. 118'e aykırı davranılmıştır.) 2- Adli Aramada Hazır Bulundurulması Zorunlu Kişilerin Bulundurulmamış Olması (olay esnasında hazır bulunan tek kişi vardır ve o kişi zaten hakkında soruşturma açılan kişi (A) olmuştur yani CMK 119/4 sağlanmamıştır.)

Adli aramanın kural olarak Cumhuriyet savcısının katılımıyla ve onun gözetiminde yapılması gerekir. Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulundurulması zorunludur. (CMK 119/4.maddesi). Bu kişiler hazır edilmeden yapılan arama hukuka aykırı sayılır. Hukuka aykırı arama neticesinde elde edilen deliller ise CMK'nin 206/2-a ve aynı yasanın 217/2.maddesi kapsamında hukuka aykırı hale geleceğinden öncelikle mahkemelerce reddedilmesi, yargılama sonucunda da bu delillere dayalı olarak hüküm kurulmaması gerekir.

Aynı bu konuyla ilgili, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28.04.2015 tarihli ve 464-132 sayılı kararında, yasanın aradığı zorunlu koşullara aykırı olarak, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi hazır bulundurulmaksızın yapılan aramanın hukuka aykırı olduğu ve bu arama işlemi sırasında ele geçirilen delillerin de hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş olduğu sonucuna varılmıştır. "Eğer, konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde aramada Cumhuriyet Savcısı hazır bulunamıyorsa, arama

yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulundurulması yasal zorunluluktur. (CMK 119/4) Aksi durumda hem arama işlemi hem de dolayısıyla bu işlemde ele geçirilen deliller hukuka aykırı duruma gelip, hükme esas alınmazlar. (CMK 217/2)." Sonuç olarak mahkûmiyet hükmü bozulmuştur.

f) Amerikan mahkemelerinin içtihadı.

i) İçtihadı aykırı arama; USSC Davis 2011.

Bu kararda, dosyadan çıkarma kuralının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin değerlendirme yapılmıştır. Söz konusu kural, aramanın gerçekleştirildiği sırada geçerli olan ve fakat sonradan bozulan bağlayıcı bir içtihadı aykırılık durumunda uygulanmaz. Yüksek mahkeme, polis memurlarının, olaya konu olan otomobil aramasının yapıldığı sırada geçerli olan içtihadı uygun şekilde hareket etmesini yeterli görmüştür.

ii) Eyaletlerde hukuka aykırı delil başladı; USSC Mapp v. Ohio 1961.

Bayan Mapp, evinde yapılan ve sonradan hukuka aykırı olduğu kabul edilen bir arama sonucu elde edilen müstehcen materyallere dayanılarak mahkûm edilmiştir. Evde yapılan arama, elde edilen materyallerle hiç ilgisi bulunmayan bir kaçağın bulunması amacıyla, eyalet görevlileri tarafından gerçekleştirilmiştir. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi, tarihinde ilk defa, kişiyi keyfi arama ve elkoymalara karşı koruyan Anayasa ek madde 4'ü ihlal ederek elde edilen delillerin, eyalet mahkemelerinde kullanılmayacağına hükmetmiştir. Bu karar ile birlikte, hukuka aykırı delilin dosyadan çıkarılması kuralının caydırıcı etkisi ortaya çıkmaya başlamıştır.

iii) USSC Wolf v. Colorado

Anayasa ek madde 4, tüm eyalet mahkemelerinde uygulanır fakat aynı durum dosyadan çıkarma kuralı bakımından geçerli değildir. (Eyaletler, kendi eyalet Anayasalarında kendi kurallarını oluşturmaktaydı. Hukuka aykırı delilin kullanımına bazı eyaletler izin verirken bazıları izin vermemekteydi. Daha sonra bu denge değişti ve Mapp kararı zamanında dahi, eyaletlerin çoğunluğu hukuka aykırı delilin kullanımına izin veriyordu). Kararda varılan sonuçlar, karardan alıntılarla şu şekildedir: Bir eyalet mahkemesinde, bir eyalet suçuna ilişkin olarak yapılan yargılamada, Anayasa ek 14. madde, hukuka aykırı bir arama veya elkoymadan elde edilen delilin kabulünü yasaklamaz. Ancak Anayasa ek madde 4'ün, bu tür bir delilin kullanımını yasakladığı yorumunu yaptık. Eğer Kongre, yasama yetkilerini kullanarak doktrinini iptal edecek olursa, o zaman ayrı bir tartışma noktası ortaya çıkar. Ancak böyle bir şey olmadığı sürece, bu konuda kendi görüşümüze göre yorum yapmaya yetkili olduğumuz sonucuna vardık.

iv) Kolluğun iyi niyeti korunur; USSC United States v. Leon

Bu davada, hatalı bir şekilde düzenlenmiş bulunan bir arama kararına istinaden yapılan aramadan elde edilen delilin mahkemede kabul edileceğine hükmedilmiştir. Dosya dışı bırakma kuralı, bir haktır ve bireyi keyfi polis müdahalesinden korumayı amaçlar. Bu karara konu olan olayda polis, hukuka aykırı davrandığı bilinciyle hareket etmemiştir. Elinde kararın hukuka aykırı olduğunu düşünmesi, polisten beklenemez. Bu düşünceden hareketle mahkeme, somut olay çerçevesinde, dosyadan çıkarma kuralının yarar ve zararlarını karşılaştırarak, zararının ağır bastığı sonucuna varmıştır. Polis, arama işlemini, arama kararına dayanarak ve iyi niyetli bir şekilde gerçekleştirmiştir. Her ne kadar mahkeme, arama kararında bulunması gereken unsurlardan makul şüphenin olayda var olmadığını kabul etse de, bunun polise yüklenecek bir hata olmadığı görüşünü ortaya koymuştur.

v) Görevsiz polisin yaptığı arama; USSC Elkins v. U.S. 1960.

Bir federal mahkeme yargılamasında, eyalet görevlileri tarafından yapılan bir aramadan elde edilen delilin kullanımı konusu tartışılmıştır. Bu delil, federal görevliler tarafından elde edilmiş olsaydı, kişinin dördüncü ek madde ile korunan keyfi arama ve elkoymalara karşı korunması hakkını ihlal eder nitelikte bir delil olacaktı. Yine de mahkeme, sanığın itirazı üzerine, arama ve elkoyma sırasında federal bir görevli bulunmamış olmasına rağmen, delili kabul edilemez bulmuştur. Burada kurulmaya çalışılan prensip şudur: Eyalet görevlileri, kural kendileri için geçerli değil diye hukuka aykırı bir arama yapıp elde ettikleri delilleri "gümüş tepside" federal görevlilere sunarak, bireyi koruyan kuralın etrafını dolaşmamalıdır. Bu dava ile getirilen bu prensibe de "Gümüş Tepsi Doktrini" adı verilmiştir.

vi) *Telefon dinleme; USSC Katz v. U.S., 389 U.S. 347 (1967)*

"Özel hayat hakkı" konusunda dönüm noktası niteliğinde bir karardır. Aynı zamanda bu kararlar, telefon konuşmaları gibi elektronik temeli olan ve soyut nitelikteki şeylere ait "arama" kavramına hukuki bir tanım getirilmiştir. Bir birey, evinde olmadığı zamanlarda da, her nerede olursa olsun, keyfi arama ve elkoymalara karşı korunmalıdır. Bu davada, bir telefon kulübesine, bir yargı kararı olmaksızın dinleme cihazı yerleştirilmiş ve sanığın burada yaptığı konuşmalara dayanılarak mahkûmiyet kararı verilmiştir. Yüksek Mahkeme, bu kararı bozmuştur.

vii) *Evde arama öncesinde zili çalma kuralı; USSC Hudson v. Michigan, 547, 586 (2006)*

Bu davada da yine, dosyadan çıkarma kuralının uygulanmasının yarar ve zararları karşılaştırılmaktadır. Olayda tartışılan konu, arama işleminin icra edilmesi sırasında uygulanması gereken, polisin kapıyı çalıp, arama yapacağını bildirmesi kuralının ihlalidir. Bu kural, Anayasa ek madde 4 ile getirilmiştir. Mahkeme, polisin bu kuralı ihlal ederek bir eve girip arama yapmasının, delilin dosyadan çıkarılmasını sonuçlanamayacağı görüşündedir. Karar, 5'e 4 oyçokluğu ile verilmiştir. Aramaya ilişkin söz konusu kuralın, günümüzde uygulanması gereksiz eski bir kural olduğu yönündeki görüşleri yansıtması açısından önemli bir karardır.

viii) *Çöpte arama yapılabilir.*

Özel hayat evin içindedir. Polis kapının önüne bırakılan çöpleri tetkik ederek bunlarda suç delili arayabilir. Bu araştırma özel hayatın gizliliğini ihlâl etmez. Ancak, sistematik olarak belli bir kişiye ilişkin aleni yerlerden kişisel veri toplamak da *aleni yerlerdeki özel hayatı* ihlal eder. Örneğin bir kişinin otomobiline gizlice sinyal gönderen bir alet yerleştirilerek, o şahsın günün akışı içerisinde nerelere gittiğini elektronik aletlere kaydetmek, aleni yerlerdeki özel hayat hakkını ihlal eder (U.S. Supreme Court'un *Jones ve AİHM'nin Uzun-Almanya* kararları).

ix) *Çıplak gözle görme.*

Önceden hâkim den karar almadan el koyma bakımından diğer bir istisna, çıplak "gözle görme" istisnasıdır. Mesela, müsaade edilen hız limitinin üzerine çıktığı için polis tarafından durdurulan bir aracın içerisinde, "bulundurulması suç teşkil eden bir eşya" gözüküyorsa, sözgelimi arka koltuğun üzerinde bir tabanca duruyorsa, polis bu eşyaya hâkim kararı olmadan elkoyabilir (*plain view doctrine*). Bu şekilde elde edilen delil kanuna uygun bir delil olur ama, başka şartlar gerçekleşmedikçe, aracın bagajında arama yapılamaz.²⁰⁷⁸

x) *Dışardan izleme istisnası.*

Hâkim kararı olmadan elkoyma²⁰⁷⁹ açısından ikinci önemli istisna, evin dışında bulunan bir görevli tarafından evin içinin²⁰⁸⁰ teknik araçlarla izlenmesidir. Günümüzde teknik imkanlar çok gelişmiştir.

xi) *Köpeğe koklatma.*

Rutin aramalar çerçevesinde, bavulda uyuşturucu madde bulunup bulunmadığının tespiti için, bavulların özel yetiştirilmiş köpeklere koklatmak (*dog sniffing*), özel hayatın gizliliğini bozmasa da evin kapısının köpeğe koklatmak özel hayatın gizli alanına bir müdahale teşkil eder. Aleni yerlerdeki bavulların koklatılması ise, arama sayılmaz (AramaY 13j).

xii) *Suçüstü hali.*

Gecikmede tehlike bulunan hallerden diğer birisi de meşhut cürüm halidir. İşlenmekte olan bir suç sırasında olay yerine gelen veya olay yerinden kaçan faili kovalayan polis memurunun, hâkimden karar alması mümkün değildir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, evde silahlı kişilerin bulunduğu ihbar edilmiştir. Polis olay yerine geldiğinde, evden dışarıya ateş edilmiş ve yapılan operasyonla failer

²⁰⁷⁸ *Smith v. Ohio* (1990, US) 108 L Ed 2d 464, 110 S Ct 1288.

²⁰⁷⁹ *Yenisey* 1994, 70.

²⁰⁸⁰ *Öztürk* 1994, 496.

yakalanmıştır. Bunun gibi bir meşhut cürüm halinde polis, hâkim kararı olmadan evde arama yapabilir (PVSK 20), (AramaY 8b, h).

Ancak dikkat edilmesi gereken bir nokta vardır: burada yapılan arama sadece “tehlikenin önlenmesi” ile ilgili ve dar kapsamlı bir aramadır. Evde daha detaylı bir arama yapılması özel hayatın gizliliğini ihlâl eder. Bu tür bir detaylı aramanın yapılabilmesi için, gene de hâkimden bir karar alınması gereklidir.

xiii) Büyük tehlikeler.

Gecikmede tehlikenin diğer bir hali de toplum için büyük bir tehlike yaratan durumlardır. Meselâ, bir yangın çıkmışsa, evdekilerin hayatını kurtarmak (PVSK 20) açısından, Hâkim kararı olmadan eve girmede zorunluluk vardır.

xiv) İlgilinin arama veya elkoymaya rıza göstermesi.

Türk Hukukunun aksine, mukayeseli hukukta hâkim kararına ihtiyaç bulunmayan istisnalardan bir diğeri de hakkında arama veya elkoyma işlemi yapılacak olan kişinin rızasının bulunmasıdır. Bu konuda kişinin rızasının işlemde önce alınması önem kazanır. Rızayı veren kişi, rıza göstermek konusunda yetkili olmalıdır. Hatta bu rızanın yazılı olarak alınması yerinde olur.²⁰⁸¹ Amerikan Yüksek Mahkemesi bir kararında, arama konusunda verilen rızanın şartlarını²⁰⁸² açıklamıştır: kişinin aramaya rıza göstermeye manevi açıdan da zorlanmaması gerekir. Kararda, başında bekleyen silahlı iki polis memuru varken, hiç bir vatandaşın rıza göstermekten kaçınmayacağı vurgulanmış ve böyle bir manevi baskı sonucu elde edilen rızanın geçerli olmadığı vurgulanmıştır.

Arama yapan Polisin kural olarak, arama emrini göstermesi gerekir. Evinde arama yapılan kişi, aramadan önce kendisine “izin vermeme hakkının mevcut bulunduğu” bildirilmesine rağmen, arama yapılmasına rıza gösterirse, kanunun aradığı arama şartlarının gerçekleştirilmesine gerek yoktur. Ancak, hukuka aykırı bir arama yapıldıktan sonra, “muvaffakatlı arama zaptı” düzenlenmesi, fiili hukuka uygun hale getirmez.

Türk Hukukunda rıza ile aramanın düzenlendiği Arama Yönetmeliğinin 8/f maddesinin yürürlüğü Danıştay 10. Dairesinin 19.1.2006 tarihli kararı ile durdurulmuştur.

xv) Kaçan failin takip edilmesi.

Hâkim kararı olmadan arama yapılabilen diğer bir hal meşhut cürümde takip edilen kişinin kaçarken geçtiği yerler açısından söz konusu olur. Bu kişi kaçtığı sırada suç delili veya eşyası niteliğindeki şeyleri etrafa atmış veya istemeden orada bırakmış olabilir. Meselâ tabancayı bir evin bahçesine doğru fırlatabileceği gibi, ceketinin düğmesi veya kimlik belgeleri öteye beriye düşmüş olabilir. Bu gibi yerlerde arama yapılması açısından hâkimden karar almaya imkân ve gerek yoktur. Yakalama aramasında memur önce kendi güvenliğini sağlamalıdır (*the protective sweep doctrine*).

g) Alman Hukukunda aramaya ilişkin içtihat.

i) Başlangıç şüphesi üzerine adli arama (BGH 17.7.2018-5 StR 250/18).

Özbek vatandaşı kimlik kontrolü sırasında Almanya’da geçerli olmayan bir kimlik ibraz ettiği için, başlangıç şüphesi oluşmuştur. Şüpheli kolluk mensuplarına çalıntı olduğu için aranan bir telefon teslim

²⁰⁸¹ Ancak önemli olan bir nokta da şudur ki; ilgiliye yapılacak olan işlem konusunda rızası sorulurken, reddetme hakkına sahip bulunduğu da bildirilmelidir: Meselâ, kapıya gelip zili çalan ve “evde arama yapabilir miyim?” diye soran polis memuru, ev sahibine, hâkim kararı olmadan kendisini eve almamak hakkı bulunduğunu söylemek mecburiyetindedir. Böyle yapmayıp da içeri girme hakkına sahipmiş gibi davranırsa, yaptığı işlem “hile”lidir ve CMK 135a kapsamında mütalâa edilebilir.

²⁰⁸² *Kalifornia* civarında uyuşturucu madde trafiğinin yoğun olduğu ana otoyol üzerinde, polis rutin aramalar yapmaktadır. Bu aramalardan birinde otobüs terminale girdikten sonra polis memurları şoföre otomatik kapıları kapattırarak, içerideki yolcuları kimlik kontrolünden ve aramadan geçirmeye başlamışlardır. Yolculardan biri olan *Bostik*’e de kendilerinin polis olduğunu belgeleyen kimliklerini gösterdikten sonra, otobüs biletini sormuşlar ve kimlik kontrolü yapmışlardır. İlgiliye yanında bulundurduğu çantasını aramak için rıza gösterip göstermediğini sormuşlardır. *Bostik* ise, çantasının aranmasına razı olmuş ve yapılan arama sonunda çanta içerisinde uyuşturucu madde bulunmuştur. *Bostik*, yapılan aramadan önce “kendisine aramaya, rıza göstermeme hakkı olduğunun bildirilmemesini” ve otobüs kapılarının kapalı tutulması nedeniyle, istediği takdirde oradan uzaklaşma imkânının önceden yok edilmiş bulunmasını ileriye sürerek, Yüksek Mahkemeye başvurmuş ve Yüksek Mahkeme arama sonunda elde edilen delilin dosyadan çıkartılmasına karar vermiştir.

ettiği için, şüphelinin içinde bulunduğu araçta arama yapma yetkisi doğmuştur. Gecikmede tehlike bulunduğu için, karar almadan arama yapılabilir (StPO 105/1, cü.1). Şüpheli elkoymaya karşı gelmediği için, elkonulan eşya hakkında hâkim kararı alınmasına gerek yoktur (muhafaza altına alma).

ii) *Gecikmede tehlike yoksa savcı emri ile arama yapılamaz (BGH 21.4.2016-2 StR 394/15).*

Hâkimden karar almadan yapılan arama hukuka aykırıdır. Somut olayda gecikmede tehlike bulunduğu için savcı tarafından arama emri verilmişse de objektif olarak yapılan değerlendirmede gecikmede tehlike bulunmadığı saptanmıştır. Daha sonra yapılan usuli işlemlerin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmiş olması, hâkim kararı alınmadan yapılan aramadaki delil yasağını ortadan kaldıramaz.

h) *AHİM'nin aramaya ilişkin kararları.*

i) *Durdurmada makul sebep (AİHM 12.1.2010, Gillan ve Quinton-Birleşik Krallık)*

İngiltere'de polis'in durdurma ve üst arama yetkisini kullanabilmesi için "makul sebep" bulunması gerekir (1984 tarihli Polis ve Delil Kanunu). 1994 tarihli Ceza Adaleti ve Kamu Düzeni Kanununun 60 nci maddesi de kıdemli polisin "iyi nedeni" varsa, durdurma ve üst arama yetkisi vermişken, 2000 tarihli Terör Kanununun 44 üncü maddesi, sebebe bağlı olmayan durdurma ve arama yetkisi vermiştir. 2000 tarihli Terör Kanunu kapsamında durdurulan ve üst araması yapılan iki kişi AİHM'e başvurmuşlar ve mahkemece 8 inci madde ihlali tespit edilmiştir: yetki yeterince sınırlandırılmadığı için, kötüye kullanma olasılığı vardır.

2. *Kanuna aykırı İFADE ALMANIN sonucu olan hukuka aykırı delil örnekleri.*

a) *İkrarda insan onurunun korunması.*

Kanunda (CMK 148/1) yer alan, “kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçlar kullanma” ibaresi, “özgür iradeyi engelleyici bedensel veya ruhsal müdahalelere” örnek olarak verilmiştir. Bu nedenle, tehdit edilen bir kişinin ifadesi de özgür iradeye dayanıyor sayılamaz ve hukuka aykırı delil olur (No. 358 I).

Mülga Kanuna göre zabıtaadaki ikrar delil değildir, sadece hâkim huzurundaki ikrar “delil” sayılmıştı (CMUK 247/1). Bizce, bir kimsenin zabıtada verdiği ifade, ikrar şeklinde de olsa, “ikrar delili” bahis konusu olmayıp, memurların mahkeme önündeki tanık olarak verdikleri beyanlar delil olabilecektir. Hâkim böylece ikrarın samimi olup olmadığını anlayacaktır.²⁰⁸³

“İnsanın insan olma onuru” korunmalıdır. Ceza muhakemesinin gayesi, “insan haklarını koruyarak” maddî gerçeğin ortaya çıkartılmasıdır. İfade alma ve sorgu, gerçeği ortaya çıkarmak için kullanılan bir araçtır. Bu araç kullanılırken dikkatli olunması gerekir. Ceza muhakemesi toplum çıkarları ile kişi çıkarlarının karşılıklı geldikleri ve çatışma içinde buldukları bir alandır. Bu bakımdan, yapılan işlemlerde, bu noktanın hiçbir zaman gözden uzak tutulmaması zorunludur. Bunun sonucu olarak, gerçeği ortaya koymak ve suçluyu cezalandırmak için, özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirlere izin verilmiştir. Ama bunlar bakımından her zaman göz önünde tutulması zorunlu bir değer vardır: Bu da “insan onuru” değer ve kavramıdır.

Ceza hukuku alanında cezalar saptanırken veya ceza muhakemesi alanında özgürlük kısıtlamaları ve tedbirler düzenlenirken, *insanlık onuru* ile bunları bağdaştırmak zorunluluğu dikkate alınmalıdır. Anayasamız, “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; Kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz” diyerek, bu değeri benimsemiştir (Any. 17/3). İfade alma ve sorgu işlemleri “insan onurunu korumak ve işkenceyi önlemek için” yasalarla düzenlenmiştir.²⁰⁸⁴

Devlet kendi koyduğu kurallar ile bağlıdır ve “her ne pahasına olursa olsun, gerçek ortaya çıksın”, denilemez. İfadesi alınan kişinin iradesini sakatlayan veya onun Anayasa teminatı altındaki haklarını ihlâl eden metotlar olan; kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte

²⁰⁸³ Önceki basıda, “1992 yılında yapılan değişiklikle, hukuka uygun bir şekilde zabıta tarafından alınan ifadenin tutanağının “delil olma” yolu açılmış gibidir (CMUK 135a maddenin ters anlamından çıkan budur). Konuya ilişkin Yargıtay içtihadı meseleyi aydınlatacaktır”, diyorduk. Ancak, CMK ile korktuğumuz başımıza geldi ve müdafinin hazır bulunduğu kolluk ifadesinin tutanağı adeta “delil” niteliği kazandı (CMK 213).

²⁰⁸⁴ *Nuhoğlu: İşkence Yasağı ve İşkence Suçu, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, 585.*

bulunulamaz, bazı araçlar kullanılamaz”. Bunu temin etmek amacıyla Kanunumuza 1992 yılında 135a madde eklenmişti. Bu yasak, CMK 148 ile devam etmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanununun 148/1 maddesinde düzenlenen *yasak yöntemlerin* en aşırısı olan işkence, “fizikî veya manevî ağır acı veya ıstırap veren bir fiil” anlamına gelip, BM İşkenceyi Önleme Sözleşmesinin birinci maddesine göre; “*işkence yapılarak alındığı tespit olunan herhangi bir ifade, kullanılması dışında, herhangi bir kovuşturmada delil olarak kabul edilmez*” (BM İşkenceyi Önleme Sözleşmesi m. 15). Mülga Türk Ceza Kanunu’na göre de işkence müstakil bir suçtu (mülga TCK 243).

Fena muamele; o kimseyi başkalarının önünde utandırıcı bir duruma sokar veya o kişiyi bilinçli olarak veya iradesiyle yapmak istemediği bir harekete zorlar. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yeni «işkence» kavramının içeriğini tartışmıştır.²⁰⁸⁵

Özgür iradeye dayanmayan beyan (*coerced confession*) başka delillerle desteklense dahi, hüküm verilirken kullanılamaz. Yasak sorgu yönteminden kaynaklanan bir ikrar, bir usul hatası (*harmless error*) olarak kabul edilemez.²⁰⁸⁶ Zira özgür iradeye dayanmayan bir ifade vermeye zorlanmak, sanığın «adil yargılanma hakkını» ihlâl eder. Sanığın iki ayrı ikrarı bulunsa ve bunlardan sadece biri özgür iradeye dayanmasa, gene aynı kural uygulanır ve serbest iradeye dayanan ikinci ikrarı da hüküm verilirken kullanılamaz. Polis sanığa, «suçunu ikrar ederse, onu mafya’ya karşı korumayı» vaat etmiştir. Bu ikrar, özgür iradeye dayanan bir ifade olarak kabul edilemez (*Haynes v. Washington, Payne v. Arkansas*). İkrarın gizlice kaydedilmesi de böyledir. Bu görüş çerçevesinde, Miranda hakları ihlâl edilerek alınan bir ifade «harmless error» kuralı içinde değerlendirilir (*Rose v. Clark*.) Bu görüşler, Yüksek Mahkemenin 1991 yılında verdiği *Arizona v. Fulminante* kararı ile değişmiştir. Değişikliğin başlangıç noktası, Yüksek Mahkemenin 1967 yılında *Chapman v. California* dâvasında verdiği karardır. Buna göre, Anayasal kuralları ihlâl eden her hukuka aykırılık otomatik bir şekilde delilin geçersiz sayılmasına yol açamaz.

Sanık suçunu, kolluk görevlileri haber almadan önce ikrar ederse, TCK’da çok kullanılan etkin pişmanlık hükümleri devreye girmekte ve hakkında cezasızlık sebebi oluşmakta veya indirim yapılmaktadır.²⁰⁸⁷ Uzlaşmayı kabul etmek de, bir tür ikrar sayılabilir; ancak bu *ikrar* başka bir

²⁰⁸⁵ Avrupa İnsan Hakları Divanı verdiği bazı kararlarda Polisin bilgi edinmek ve itiraf elde etmek için kullandığı metodları incelemiştir: *Duvara karşı ayakta tutmak*: tutuklular, bir kaç saat süreyle bir «bunalım durumunda» (stress position) ayakta durmaya zorlanıyorlardı; ilgililerin ifadelerine göre, «bacaklar ve kollar açık, ayaklar geride ve vücut ağırlığı ayak parmaklarının üstüne verilerek, kollar başın üstüne uzanmış, parmaklar duvara dayalı şekilde durmaları gerekiyordu. *Başa torba geçirmek*: tutukluların başına siyah veya koyu lacivert bir torba geçirilerek, sorgulamaya kadar bu durumda bekletiliyorlardı. *Gürültü*: Sorgulamadan önce tutuklular, kuvvetli ve devamlı bir ıslık sesi çıkarılan bir odada tutuluyorlardı. *Katı ve siva gıda vermemek*: Sorgulamadan önce tutuklulara ancak cüzi bir yiyecek veriliyordu. Bu teknikler, «üst kademelere» onaylanmış olmasına rağmen, yazılı belgelerde yer almıyordu. Bununla birlikte, bir çok tutuklu üzerinde denendi ve yetkili makamlar (bu sadece) pek çok değerli bilgiler elde ettiler. Divanın üzerinde durduğu konu, bu tekniklerin 3 üncü maddeyi ne dereceye kadar çiğnediği sorunu idi. Sonuçta Divan oybirliği ile insanlık dışı muamele yapıldığına, 1’e karşı 16 oyla söz konusu dönemde «beş teknik»in de insanlık dışı ve alçaltıcı ve 3 üncü maddeyi çiğneyen bu muamele olduğuna, ve 4’e karşı 13 oyla da bu muamelelerin işkenceye eşit sayılamayacağına karar vermiştir (*Alderson 1989, 25*).

²⁰⁸⁶ *Arizona v. Fulminante*, March 26, 91

²⁰⁸⁷ Yargıtay ise, indirim yapılmaması gerektiği görüşündedir: Kolluk görevlileri *sanığın ikrarı üzerinde eroin bulaşıklı folya kâğıdı* bulmuşlar; ayrıca idrar örneğinin alınmasını sağlamışlardır. Yapılan tahlil sonucu *sanığın idrarında morfin* bulunduğu belirlenmiştir. Yerel Mahkeme, *ikrarı ile uyuşturucu madde kullanma suçunun ortaya çıkmasına yardım ettiği gerekçesiyle mülga TCK’nın 405/2. maddesi* uyarınca sanığın cezasından indirim yapmıştır. Yargıtay 10. Ceza Dairesi, üzerinde eroin bulaşıklı folya kâğıdı ele geçirilmesi ve idrarında morfin bulunması ile uyuşturucu madde kullanma suçu ortaya çıkan sanık hakkında ikrarı nedeniyle mülga TCK’nın 405/2. maddesinin uygulanmasının yasaya aykırı olduğuna karar vermiştir: “*Üzerinde eroin bulaşıklı folya kâğıdı* ele geçirilmesi ve *idrarında morfin* bulunması ile uyuşturucu madde kullanma suçu ortaya çıkan sanık hakkında, koşulları oluşmadığı halde TCK’nın 405/2. maddesinin uygulanması, karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni sayılmamıştır (10. CD, 09.11, 2000; 2000/9366-15158). İkrarda bulunan ve kendi suçunun ortaya çıkmasını sağlayan sanığa ilişkin olan diğer bir kararda, uyuşturucu madde kullanmak suçundan sanık (A) kolluk tarafından yakalanmış ve idrar örneği aldırılmış; yapılan tahlil sonucu *sanığın idrarında uyuşturucu madde* olduğu belirlenmiştir. Yerel mahkemenin, sanık hakkında verdiği mahkûmiyet hükmü temyiz edilmiş; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nca düzenlenen tebliğnamede, *kolluk görevlilerinin haber almasından önce ikrarda bulunarak kendi suçunun ortaya çıkmasını sağlayan sanık hakkında* mülga TCK’nın 405/1. maddesi gereğince ceza verilmemesi gerektiği belirtilerek hükmün bozulması istenmiştir. Yargıtay 10. Ceza Dairesi, sanığın idrarında uyuşturucu madde bulunduğu belirlenmiş olması karşısında tebliğnamedeki bozma düşüncesinin yerinde olmadığına karar vermiştir: “Sanığın yakalanması üzerine Adli Tıp Kurumu Kimyasal Tahliller İhtisas Dairesi’nin 20.12.2001 tarihli raporu ile *idrarında uyuşturucu* maddeye rastlandığının

muhakemede delil olmaz (CMK 250); uzlaşmayı kabul etmek, şüphelinin lehinedir, kovuşturma yolu kapanabilir.

b) *Yalan makinesi kullanılması sorunu.*

Delil değerlendirirken yalan makinesi iki amaçla kullanılabilir: Birinci amaç, sanığın doğru söyleyip söylemediğini belirlemektir. İkinci amaç ise bir olasılığı ortadan kaldırmak suretiyle, hâkimin vicdani kanaate ulaşmasını kolaylaştırmaktır. Sanığın yalan söyleyip söylemediğini test etmek için yalan makinesine bağlanması, sanığın iradesini olumsuz yönde etkileyeceği için, hukuka aykırıdır.

Şüpheli veya sanığın doğru söyleyip söylemediğini denetlemek üzere yalan makinesi kullanılması, insan onuruna aykırı olduğu için, Almanya’da yasak sorgu yöntemi sayılıyordu (BGHSt 5, 332). Daha sonra verilen kararlarda, yalan makinesi ile elde edilen bilgilerin ispat açısından elverişli olmadığı için kullanılmayacağı görüşü hâkim oldu (BGHSt 44, 308). Son zamanlarda verilen kararlarda ise, uzmanlık belgesi bulunun bir kişi tarafından yapıldığı ve tabi olan kişinin özgür iradesi ile kabul edildiği hallerde güvenilir bir belirti delili olarak kullanılabilmesi görüşü kabul görmektedir (*Putzke/Scheinfeld* 2022, Rn. 183). Teknik ilerler ve hiçbir tehlike arz etmeden sanığın sözlerinin yalan olup olmadığını gerçekten meydana çıkararak bir âlet keşfedilirse hâkim garantileri ile kullanılması gereken olan bu âlet sayesinde sanığın söylediklerinin yalan olduğunu kolayca anlayacak ve muhakeme de gayesine kolayca varabilecektir.

c) *İfade alma sayılmayan konuşmaların akıbeti.*

i) *Bilgi toplamada sorulan sorular.*

Devletin şüphelendiği kişiye, bu suç ile ilgili soru sorması *ifade almadır*. Devletin şüphelenmediği kişiye soru sorması ise bilgi toplamadır. CMK 147 de ifade ve sorgunun usulüne ilişkin hükümlere yer verilmiştir: Şüpheli ya da sanığın ifadesi alınmadan önce kişiye isnat edilen suç anlatılır, susma hakkı, müdafiden yararlanma hakkı hatırlatılır.

İfade almadan önce “hakların bildirilmemesi”, Anayasa’ya aykırıdır. Zira, Anayasa’nın 38 inci maddesinde, hiç kimsenin kendisi aleyhinde delil vermek mecburiyeti olmadığına yer verilmiştir. Hakları söylenmeden alınan ifade, Türk Hukuku’nda delil olarak kullanılmaz. Hakların bildirilmemesi sanığın savunma hakkının özünü ortadan kaldırdığı için esaslı bir hukuka aykırılıktır.

Hakların bildirilmesi ve kullanılması veya iradenin serbestliği ile ilgili kurallar ihlal edilirse, bu şekilde elde edilen deliller kanuna aykırı nitelik alırlar. Ancak, bilgi toplamada (aşağıda I) sorulan sorulardan alınan bilgiler, duruşmada kullanılabilir.

İfade alma sayılmayan aşağıdaki hallerde, kolluğun ileride “şüpheli” konumuna girse bile, ilgiliden aldığı bilgiler, hukuka uygun delil olarak kullanılabilir.

Savcılık veya kolluk basit bir başlangıç şüphesi üzerine, ilgilinin suç işlemiş olup olmadığını araştırmaya başlarsa, buna ‘bilgi toplama’ (*informatorische Befragung*) denilir. ‘Bilgi toplama’ fert haklarını kısıtlayan bir işlem sayılmadığı için, genel yetki ile yapılabilir.²⁰⁸⁸ Bu aşamada suçun iz ve eserleri henüz net bir şekilde ortada değildir. Sadece suç işlendiği konusunda olayla bağlantılı, fakat tecrübe kuralına dayanan bir tahmin vardır. Tahmine dayalı basit şüphe, ceza muhakemesi hukukunda sadece arama türünden koruma tedbirleri açısından önem kazanırsa da ilgili kişiyi sanık statüsüne getirmek için yeterli kuvvette değildir.²⁰⁸⁹ Belli bir kişi hakkında soruşturma yapıp yapmama konusunda bir karar vermek açısından, yürütülen bilgi toplama kapsamı içindeki ifade alma işlemleri sırasında “ilgiliye” haklarının öğretilmesi mecburiyeti yoktur. CMK 147 bu alanda uygulanmaz.²⁰⁹⁰

belirtmiş olması karşısında; TCK’nın 405/1. maddesinin uygulanması gerektiği yönündeki tebliğnamedeki düşünceye iştirak edilmemiştir” (10. CD, 22.09.2003, 2002/4003-2003/18952) (*Kımacı 2004*’den naklen).

²⁰⁸⁸ *Corts-Hege*. JA. 1976, StR, s. 73.

²⁰⁸⁹ *F. Yenisey*, Hazırlık Soruşturması ve Polis, 1993, 113.

²⁰⁹⁰ BGH NSTz 1983, 86. Meselâ, kazaya katılan bir kişi, sorulmamış olduğu halde, kendiliğinden polise bazı açıklamalarda bulunursa, bu sırada henüz dar anlamda sanık sıfatını almamış olduğundan, verdiği bu ifade, daha sonra duruşmada aleyhinde

Teknik anlamda “şüphelinin ifadesini alma” ve “sanığın sorgusu” ile, “ön bilgi edinme” faaliyeti ayrımı yapılmaktadır. Bu ayrım Kanunda açıkça yer almamakla birlikte, uygulanmaktadır.²⁰⁹¹

ii) *Durdurma, kimlik sorma ve kontrol sırasında yapılan konuşmalar.*

Başlangıç şüphesi üzerine, bir kişinin yolda durdurulması ve üzerinin sıvazlanması suretiyle silâh araması yapılması sırasında sorulan sorularda da CMK 147 geçerli değildir.

Geçerli olmamasının sebebi şudur; susma hakkı ve müdafii ile görüşme hakkı, gözaltına alınarak günlerce, haftalarca veya aylarca hiç kimseyle görüştürülmeden yapılan sorgulamaları önlemek amacıyla kabul edilmiştir. Bu amaçla, yakalanan kişiye ifade vermezden evvel müdafii ile görüşme hakkı sağlanmıştır. Oysa, sokakta polis tarafından durdurulan kişiye “durdurma sebebinin” söylenmesi mecburi ise de (PVSK 4A/3), bu kişi teknik anlamda “yakalanmış ve gözaltına alınmış bir kişi” değildir (AramaY 27). İlgili şahsın suç işlediği konusunda poliste “makûl bir başlangıç şüphesi” meydana gelmiş **değil** ise, durdurulan kişiye susma hakkının bildirilmesi gerekmez. Polisin sorduğu sorulara cevap vermek mecburiyetinde de değildir. Bu gibi sorulara Alman hukukunda ‘*informatorische Befragung*’ adı verilmektedir. Nasıl herkes toplumda yaşayan diğer insanlara çeşitli konularda sorular sorabiliyorsa, polis de fertlere bu tür sorular sorabilir. Ancak ferdin cevap vermek mecburiyeti yoktur. Tabiatıyla polis tarafından sorulan soruların başlangıç şüphesi çerçevesinde kalmış olması şarttır.

Fakat, *suç işlendiği izlenimi* ortaya çıkmışsa (CMK 160/1), yani şüphe somutlaşmış ise veya kuvvetli ise ve ilgilinin polis tarafından yakalanması için gereken yoğunluğa ulaşırsa, yakalama işlemi sırasında Polisin ilgiliye haklarını öğretmesi gerekir. Bununla birlikte, yakalanan kişinin olay yerinde haklarını öğrendikten sonra söyleyeceği sözler açısından, müdafinin hazır bulunması şartı aranmaz.

iii) *Kendiliğinden yapılan açıklamalar.*

Bu bakımından da hakların bildirilmesi kuralı geçerli değildir. Meselâ, kıskançlık nedeniyle karısını öldürdükten sonra karakola giderek teslim olan şahsın, kendiliğinden yaptığı açıklamalardan önce onun susturulması, müdafinin getirilmesi söz konusu olmaz.²⁰⁹²

iv) *Takip edilen kişinin söyledikleri.*

Susma hakkının bildirilmesi kuralının diğer bir istisnası da suç üstü halinde iken takip edilen kişinin söylediği sözler bakımındandır. Mesela, suç işledikten hemen sonra takip edilerek yakalanan sanığa, suç aleti olan silâhi nereye koyduğu sorulduğunda, sanık bunun yerini söylese, avukatı olmadan konuştuğu ileri sürülerek, elde edilen silâhin kanuna aykırı yöntemle elde edilmiş bir delil sayılacağı ileri sürülemez. Bu istisna toplumun güvenliği gerekçesi²⁰⁹³ ile kabul edilmiştir

v) *Polis merkezine çağrılan kişiler.*

Olaya ilişkin bilgi almak üzere, polis insanlara sorular sorabilir. Doğal olarak insanlar konuşarak anlaşılır. Kanunlarımızın kabul ettiği sisteme göre, kolluğun “tanık dinleme” ve “sanığı sorguya çekme” yetkisi yoktur: kolluk sadece *ifade* alır. Başlangıç soruşturmasında ortada henüz sanık olmadığından, ifade alma bakımından sanık ve tanık ayrımı zaten söz konusu değildir. Kolluk *lüzum*

değerlendirilebilir. Duruşmada hazır bulunmasa bile, kendisine hakları (StP0 163a IV ve 136 1, 2 uyarınca) öğretilmiş olmadığı halde (OLG Stuttgart MDR 1977, 70; Rogall MDR 1977), değerlendirme mümkündür.

²⁰⁹¹ *Şahin*’in naklettiğine göre, (*Şahin Cumhuriyet*, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Yetkin yayınları Ankara 1994, s. 86.) sorgu dışında ya da sorgu vasıtasıyla yapılan kendiliğinden (spontan) açıklamalar özel bir kategori teşkil etmekle birlikte, bu konuda da kanunlarda pek bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bu tür açıklamalar, örneğin Fransa’da, uygulamada, tıpkı şekli bir sorgu çerçevesinde yapılmış açıklamalar gibi işlem görmektedir. Aynı şekilde Avusturya’da, polis tarafından yapılan ön araştırmalarda bir sorgu söz konusu olduğu takdirde, şüpheliye sanığın sahip olduğu haklar aynen tanınmaktadır. ABD ve Hollanda’da ise, bu bilgilerden önce ilgilinin hakları bildirilmemiş olsa bile, bu şekilde verilen bilgiler muhakemede değerlendirilebilmektedir. Zira, içtihatlar göre, ilgili henüz kendisine herhangi bir soru yöneltilmeksizin bu açıklamaları yapmaktadır ve henüz bu aşamada bir susma hakkından söz edilemez. Yeni İtalyan Ceza Usul Kanunu ise (m. 136/2), tutanakta; her bir ifadenin sorulan bir soru üzerine mi yoksa kendiliğinden mi verildiğinin belirtilmesini şart koşmaktadır.

²⁰⁹² *Exception of spontaneous declaration.*

²⁰⁹³ Polis memurlarının şüpheli şahısları gözaltına alması, sorgulaması ve onlara karşı davranışlarını düzenleyen İngiliz Yönetmeliğinin de bakınız: *Yenisey/Nuhoğlu*, Ceza Hukuku Külliyyatı, Arıkan Yayınevi İstanbul 2005.

gördüğü kimselerin ifadesine müracaat eder, bunları çağırır, gerekli şeyleri sorar (PVSK 15). Bu kimseler ifade vermekten kaçınılırlar. Zira hukukî açıdan “tanıklık statüsü” yoktur.²⁰⁹⁴

ç) *Hakların kullandırılmamasının sonucu.*

Hakların söylenmesine ilişkin kuralların ihlal edilmesi, elde edilen beyanın kanuna aykırı yöntemle elde edilen delil olmasına neden olur.

i) *Hakların bildirilmemesi.*

Bu “kanuna aykırılık”, Anayasaya aykırılıktır. Anayasa (Any. 38) hiç kimsenin kendisi aleyhinde delil vermek mecburiyetinde olmadığını açıklamıştır.

İfadenin “kanuna aykırı bir şekilde” alınmış olduğunun soruşturma evresinde hâkim kararı ile tespit ettirilmesi gerekirken, Türk Hukuku bu konuda hüküm içermemektedir. Amerikan Hukukunda ise, “delilin dosyadan çıkartılması usulü” (*suppression motion*) vardır.

Hakları söylenmeden alınan ifade, savcı tarafından düzenlenen iddianamede, sanığın suçunu ispat etmeye yarayan bir delil olarak kullanılamamalıdır (Any. “2001-4709” 38). Alman, Amerikan ve AİHM Kararları, sadece basit hukuka aykırılıklarda delili kullanmayı kabul etmektedir. Hakların bildirilmemesi ise, şüpheli veya sanığın savunma hakkının özünü ortadan kaldırdığı için, esaslı bir hukuka aykırılıktır. Hakların söylenmesi sırasında yapılan hukuka aykırılık, “basit bir hukuka aykırılık” ise, cebir ve şiddet kullanılmamışsa, elde edilen deliller Amerikan Hukukunda kullanılmaktadır.²⁰⁹⁵ İfade alınırken cebir ve şiddet kullanılmışsa, menfaat vaat edilmişse (CMK 148), elde edilen delil hiçbir zaman kullanılamaz.²⁰⁹⁶

CMK 201 ve 215 duruşmada doğrudan soru ve çapraz sorgu hakkı kabul etmiştir. İfade alırken şüpheliye haklarını bildirmeyen kolluk memuru, müdafaa tarafından tanık olarak duruşmaya çağırılabilir ve nasıl ifade aldığı konusunda doğrudan ve çapraz sorguya tabi tutulabilir.

“Kanuna aykırı bir şekilde alınan ifade” üzerine suçlanan şüpheli, ifadeyi alan kolluk memuru aleyhine tazminat davası açabilmelidir. Amerikan Hukukunda, haklar söylenmeden ifade alınan durumlarda, kolluk memuruna karşı “İnsan Hakkı İhlali Davası” (*civil rights liability*) açılabilir. Memur bu davada, “aldığı eğitim sırasında kendisine öğretilen ifade alma yöntemlerini uyguladığını”, bir savunma olarak ileri süremez.²⁰⁹⁷

ii) *Susma hakkının bildirilmemesi veya kullandırılmaması.*

İfadesi alınan kişi “şüpheli” veya ‘sanık’ ise, susma hakkı vardır. Serbest iradeyi zorlayan metodlarla ifade almak hukuka aykırıdır. Hile, tehdit, fena muamele ve işkence yapılarak elde edilen delillerin hukuk nazarında değeri yoktur (CMK 148).

Kanunda (CMK 148/1) yer alan, ‘bedensel cebir ve şiddette bulunma’ ibaresi, *iradeyi bozan bedensel veya ruhsal müdahalelere* örnek olarak verilmiştir. Bu nedenle, tehdit edilen bir kişinin ifadesi de özgür iradeye dayanıyor sayılamaz.

Mülga Kanun kolluktaki ikrarı delil saymıyor, sadece hâkim huzurundakini “delil” olarak kabul ediyordu (CMUK 247/1): bir kimsenin kollukta verdiği ifade, ikrar şeklinde de olsa, ‘ikrar delili’ bahis

²⁰⁹⁴ Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 132 nci maddesi uyarınca ifadesi alınacak kişiler celpname ile çağırılırlar, gelmezlerse zorla getirilecekleri celpnameye yazılabilirlerdi. Zabıta bu kimseleri yeminsiz dinlerdi, gelmezlerse bizzat harekete geçerek zorla getiremezdi. Zira zorla getirme ancak hâkimin kararı veya c. savcısının emri ile uygulanabilen bir koruma tedbiridir. Fakat gelmemek kabahat türünden bir suçtu (TCK 526). Suç eğer meşhurlu bir suç ise, Polisin sanık, tanık ve hatta bilirkişiyi C. savcının emri üzerine mahkemede hazır bulundurmaya mecburiyeti vardı. Bu emir polise zor kullanma yetkisi de verirdi (MSMUK 7). Hazırlık soruşturması sırasında Cumhuriyet Savcılığının yazılı emri üzerine yakalanan kişiler, olayın sanık ve tanıkları, yapılan işleme ait evrak ile birlikte belirtilen gün, saat ve yerde zabıta kuvvetlerince hazır bulundurulurlardı (CMUK “1992/3842” 154/2).

²⁰⁹⁵ *People v. Carpenter* 1999, *People v. Whitfeld* 1996, *U.S. v. Reilly* 2000. AİHM de İHAS 8’e aykırılıklarda aynı şekilde karar vermektedir (*Khan ve P.G. - İngiltere, Schenck Kararları*).

²⁰⁹⁶ *Arizona v. Fulminante* 1991.

²⁰⁹⁷ *California Attorneys for Criminal Justice v. Butts* 1999.

konusu olmayıp, mahkeme önünde dinlenen memurların *tanık* olarak verdikleri beyanlar delil oluyordu. Hâkim böylece ikrarın samimi olup olmadığını anlıyordu.²⁰⁹⁸ Ceza Muhakemesi Kanunu, “müdafii hazır bulunduğu” ifade tutanağının duruşmada çelişkiyi gidermek için okunmasını kabul etmektedir (CMK 213).

Sanığın iki ayrı ikrarı bulunsa ve bunlardan sadece biri özgür iradeye dayanmasa bile, gene aynı kural uygulanır ve serbest iradeye dayanan ikinci ikrarı da hüküm verilirken kullanılamaz.²⁰⁹⁹

iii) Haklarını öğrenme hakkının kullandırılmaması.

Miranda kuralı diye bilinen haklarını öğrenme hakkı, Amerika Birleşik Devletleri’nde 1965 yılında verilmiş olan bir Yüksek Mahkeme kararına dayanmaktadır.²¹⁰⁰ Olayda Miranda adlı şahıs polis tarafından yakalanmış ve ifadesi alınmıştı. Ancak ifade almadan önce müdafaa hakları sanığa bildirilmemişti. Suçunu ikrar eden kişinin veya suç ile ilgili konularda polise bilgi veren, açıklamalar yapan kişilerin bu ikrar veya açıklamaları serbest iradeye dayanmalıdır. Serbest iradeye dayanmanın yanı sıra, ikrar veya ifade öncesinde ilgiliye Miranda hakları öğretilmiş olmalı, yani müdafii ile görüşmeden önce hiçbir şey söyleyebileceği ve söyleyeceği her şeyin kendisi aleyhine delil olarak kullanılabileceği ikazı yapılmış olmalıdır.²¹⁰¹ Bu ikaz yapılmamış ise, verilen ifade delil olarak kullanılamaz.

Soruşturma evresinde sulh hâkimi tarafından veya duruşmada mahkeme başkanı tarafından yapılan sorguda da sanığa hakları öğretilir. Bunun yapılmaması Kanuna (CMK 90/4) aykırılıktır (CMK 206/2). Özellikle duruşmadaki sorgu sırasında (CMK 191/3-c) sanığın haklarını bilip bilmemesi büyük önem taşır.

Ancak önceki aşamalarda hakları öğretilmiş ve fiili biçimde sanık tarafından da kullanılmışsa, bozma sebebi yapılmamalıdır.

Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 135 ve 136’ncı maddelerine göre de ifadesi alınacak olan kişinin müdafii yardımından yararlanması kendi isteğine bağlı idi. Mülga Kanunumuz batı yasalarının aksine, iki istisna dışında²¹⁰² “mecburi müdafilik” sistemini kabul etmemişti. Ceza Muhakemesi Kanunu ise, “mecburi” müdafilik veya “zorunlu” müdafilik (CMK 150) sistemini benimsemiştir. Bu sistemde, işlediği suç belli ağırlık derecesine ulaşmış olan sanıklar bakımından, sanık istese de istemese de ona bir müdafii tayin edilir. Böyle bir müdafii Devletin avcısı karşısında sanığın eşit

²⁰⁹⁸ Bununla birlikte, 1992 yılında yapılan değişikliklerle, hukuka uygun bir şekilde zabıta tarafından alınan ifadenin tutanağının “delil olma” yolu açılmış gibidir (CMK 135a maddenin ters anlamından çıkan budur). Konuya ilişkin Yargıtay içtihadı meseleyi aydınlatacaktır.

²⁰⁹⁹ *Haynes v. Washington*, 373 v.s. 503. 515 /1963 and (*Payne v. Arkansas* 356 v.s. 560.561 1958). Polis sanığa, ‘suçunu ikrar ederse, onu mafya’ya karşı korumayı’ vaad etmiş olsa, buna dayanan ikrar da, özgür iradeye dayanan bir ifade olarak kabul edilemez.

²¹⁰⁰ *Miranda v. Arizona* (No.759), 384 U.S. 436, 86 S. Ct. 1602, 16 L. Ed. 2d 694 (1966). *Kamisar/LaFave/Israel: Basic Criminal Procedure*, West Publishing, St. Paul, Minn., 1990, s. 445.

²¹⁰¹ Yüksek Mahkeme alınan ifadenin hukuka aykırı delil kategorisine gireceğine karar vermiştir. Miranda kararı dünyadaki önemli hukuk sistemlerini etkileyen ilginç bir karardır. Alman Ceza Usul Kanununun 163a maddesi de karar doğrultusunda değiştirilmiştir. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzda da bu yönde bir değişiklik yapılmışsa da, haklarını öğrenme hakkı ancak ifadenin alındığı sırada düzenlenmiştir (m. 135). Oysa ki şüphelinin polis ile temasa geçtiği ilk an olan yakalama anında Miranda hakkı sağlanmalıydı (*F. Yenisey*, Hazırlık Soruşturması ve Polis 1993, s. 121). *İçel*, Alman Ceza Usul Kanununun 136. maddesinde «sanığın ilk sorgusunda» ona haklarının bildirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Buna aykırı davranışların «hukuka aykırılık» meydana getireceğini vurgulayan İçel, bunun yaptırımının önem kazandığını; Alman doktrininin genel kural koymaktan çekindiğini belirtmektedir. Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 26.9.1994 E. 94/7114, K. 94/7264 sayılı kararında benimsenen «hukuka aykırılık ile, hüküm arasındaki illiyet bağı» ölçütüne taraftar olan İçel, bu görüşün diğer Yargıtay kararlarına da yansımaları temenni etmektedir.

²¹⁰² İstisnaen müdafii tayin etmek mecburiyeti getirilen hallerden birincisi sanığın 18 yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malül olması (CMK 138), ikincisi ise; şuur tetkiki için ‘gözlem altına’ alınmış olan sanığın müdafii yoksa, yardım için resen kendisine bir müdafii tayin edileceğine ilişkin olan hükümdür (CMK 74/2).

silâhlara sahip olmasını sağlamak bakımından önemlidir.²¹⁰³ Bu nedenle sanığın, polise ifade vermek mecburiyeti yoktur (CMK 147).

Kolluk memurunun sanığa susma hakkını usulüne göre öğretmiş olmasına rağmen, sanık o andaki ruhi durumu nedeni ile, bunun anlamını kavrayabilecek durumda değilse, polise verdiği ifade duruşmada delil olarak kullanılamaz. Ancak, sanığın duruşmada müdafii varsa ve kullanılmasına sanık razı olursa veya Alman Kanununda (257 StPO) öngörülen süre zarfında karşı gelmemiş ise, ifade delil olarak kullanılabilir.²¹⁰⁴

Burada önemli olan, sanığın sahip bulunduğu hakları gerçekten anlamış olmasıdır. İster duruşmada olsun²¹⁰⁵, isterse polise verilen ifade sırasında olsun, *sanık haklarını anlamış olmalıdır*. Ancak, bunları ilgililerin ikazı üzerine anladıktan sonra, her aşamada boş bir kalıp şeklinde tekrarlamak da zorunlu değildir.

iv) Diğer şüpheliye hak bildirmeme ihlal doğurmaz (BGH, 9 8.2016 – 4 StR 195/16)

Şüpheli, kendisi ile birlikte suçlanan diğer şüphelinin ifadesi alınırken CMK 147 karşılığı olan StPO 136/1 cü.2 hükümlerinin ihlal edilmiş olmasının, kendisi açısından da delil yasağı doğuracağını ileri sürmüştür. Somut olayda şüpheli müdafisinin hukuki yardımından yararlanmak istediği halde, bu isteği gerçekleştirilmeden ifadesi alınmıştı. BGH bu görüşü kabul etmeyerek, diğer şüphelinin haklarını ihlal eden bir hukuka aykırılığın kendisi hakkında yapılan işlemleri hukuka aykırı hale getirmeyeceğine karar vermiştir.

v) CGK 24.10.1995, E. 1995/7-165, K. 1995/302

İlk derece mahkemesi tarafından verilen hüküm sorguda sanığa haklarının bildirilmemesi nedeniyle savunma hakkının kısıtlandığı gerekçesiyle bozulmuştur. Yerel mahkeme bir gazetenin sorumlu müdürü olan daha önceden hazırladığı yazılı savunmasını duruşmaya müdafii ile birlikte gelerek sunduğunu, ayrıca müdafinin hukuki yardımından yararlanma hakkı ve susma hakkının bildirilmesinin şekli bir koşul olduğu sanığın yasal haklarını bildiği gerekçeleriyle direnmiştir. Ceza Genel Kurulu sanık sorgusunun savunma aracı olmasının yanı sıra kamusal bir yanı da bulunduğunu, bir davada suçun sübut ve vasfının ortaya çıkmasına ikrarı ile katkıda bulunan sanık hakkında mülga TCK 59'un uygulanması gerektiği ve sanığın usulüne uygun biçimde alınmayan sorgusunun hüküm verilirken kullanılamayacağına karar vermiştir.

vi) CGK 24.10.1995, E. 1995/6-238, K. 1995/3

Duruşmadaki sorguda sanığa hakları bildirilmemişse, bu durum beraat kararı verilse bile bozma nedeni olur. Zira sorgu sadece (sırf) sanık lehine konulmuş bir usul kurumu değildir. Kamusal niteliği oldukça ağır basan bir usul kuralıdır. Sanık haklarını bilseydi bazı delilleri sunmayabilirdi.

vii) AİHM 28.10.1994, Margaret Murray

Yakalama sırasında yakalama sebebi bildirilmeden şüphelinin ifadesinin alınması hukuka aykırıdır. Bununla birlikte şüpheliye açıkça söylenmese bile yakalama sebebi durumdan anlaşılabiliriyorsa hukuka aykırılık yoktur. Somut olayda aile mensuplarının bir kısmı Amerika Birleşik Devletleri'nde IRA örgütü için silah satın almak dolayısıyla mahkûm olduktan sonra İngiliz polisi Bayan Murray'ın 5 silahlı asker evine baskın yapmış fakat evde arama yapmamışlardır (n.12). Yakalanan Bayan Murray sabah saat 07.00'de evinde yakalanan bayan Murray merkeze götürülmüş ve 08.20 ile 09.35 saatleri arasında

²¹⁰³ Amerikan hukukunda yakalama dışındaki hallerde müdafaa isnatla (*prosecution*) birlikte başlar. Yakalanan kişi kendisine Miranda hakkı öğretildikten sonra müdafii istemediğini söylerse, polis tarafından ifadesi alınabilir. Ancak soruşturmada durum farklıdır. Devletin tayin ettiği bir müdafii olmadan duruşma yapılamaz. Savcının karşısında sanığın müdafaasının hukuku bilen bir müdafii eli ile yapılması silahlarda eşitliği sağlar. Bununla birlikte sanık soruşturmada da müdafiin yardımını kabul etmeyebilir. Ancak soruşturmada müdafii yardımını reddedebilmesi için sanığın önce müdafii ile konuşması şarttır. Bu konuşmayı yaptıktan sonra müdafiin yardımını reddedebilir.

²¹⁰⁴ BGH 12.10.1993-1 StR 475/93 (LG München II); NJW 1994, 333; *Kiehl*: Neues Verwertungsverbot bei unverstandener Beschuldigtenvernehmung, -und neue Tücken für die Verteidigung, NJW 1994, 1267.

²¹⁰⁵ BGH NJW 1974, 1570.

ifadesi alınmıştır. Suçlamanın bildirilmesi açısından aradan geçen zaman sözleşmenin 5/2.maddesindeki ‘derhal bildirme’ kuralına aykırı görülmemiştir (n.78).

d) Hukuka aykırı ifade alma ve sorgu örnekleri.

İfade verenin susma hakkı ve lehindeki hususları ileri sürmek için konuşma hakkı vardır (CMK 147). Sahip bulunduğu bu haklar sanığa öğretilmelidir. En doğrusu, bu hakların bir form şeklinde düzenlenerek, yazılı olarak sanığa verilmesi ve anlayıp anlamadığı sorularak, imzası ile tasdik ettirilmesi veya anladığı haklarını el yazısı ile yazması, kullanıp kullanmayacağını açıklamasının istenmesidir. İfade alma, mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 1992 yılında 3842 sayılı Kanun ile değiştirilen 135 inci maddesinde de ayrıntılı bir şekilde gösterilmişti.²¹⁰⁶

i) Kolluğun yeniden ifade alması yasaktır.

İlk ifade alınıp, CMK 147/1-i uyarınca tutanağa bağlanıp, imzalandıktan sonra, şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem “ancak” Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir (CMK 148/5).

Kanun, “yasak ifade alma” usullerinden biri olarak, şüphelinin kolluk tarafından ikinci kez ifadesine başvurulmasını göstermiştir. Bu demektir ki, kolluk Cumhuriyet savcısının emri ile bir kez ifade alabilecektir. İlk kez alınan ifade için de, kolluğun kendiliğinden ifade alma yetkisini ortadan kaldırıldığı için (CMUK 156’nın kaldırılması yolu ile), ifade almak için, kolluğun C. savcısından emir alması zorunlu hale gelmiştir (CMK 161/1, 2; YakalamaY 24/4). Eğer kolluk gözaltındaki şüphelinin savcı emri ile ilk kez ifadesini aldıktan sonra, birkaç saat sonra yeni bir gelişme olduğunda, tekrar ifadesine başvurmak isterse, bu ikinci ifade alma işlemi, “yasak sorgu” usullerine sokulmuştur. Cumhuriyet savcılarının bu kadar yoğun bir iş yükünün altından kalkmaları, pek mümkün görülmemektedir.

ii) İcra soruşturmasında verilen beyan (BGH, Beschluss vom 26. Juli 2017 – 3 StR 52/17).

Alman İflas Kanunundaki düzenleme uyarınca, borçlunun iflas idaresi ile iş birliği yapmak mecburiyeti bulunmakla birlikte, bu süreçte yaptığı açıklamalar ileride kendisi aleyhine delil olarak kullanılamaz (§ 97 Abs. 1 Satz 3 InsO). Bununla birlikte, bu yasağa aykırılık bir ceza muhakemesi engeli oluşturmaz. Borçlunun iflas idaresine yaptığı açıklamalar uzak etkiler doğurmuş bulunsa bile, muhakeme engeli teşkil etmez.

e) Duruşmada sorgu ile ilgili kararlar.

i) AİHM 24.2.2009, Protopapa-Türkiye.

Başvurucu Elliade Protopapa Lefkoşe’de yasadışı bir gösteriye katılmış ve yakalanarak para cezasına mahkûm edilmiştir. Duruşmada yapılan sorgusu Yunanca yapılmış fakat kendisine Türkçe tutanak imzalatılmıştır. AİHM yerel mahkemede geçen olayları başvuranın anlayabilmesini sağlamaya yeterli olan bir tercümanın duruşma sırasında hazır bulunduğunu dikkate alarak ihlal kararı vermemiştir.

ii) CGK 17.11.2009, E. 2009/7-160, K. 2009/264.

Sahte rakı imal edildiği ihbarı ile evde yapılan aramada kaçak rakı bulunmuş fakat şüpheli su pazarlamacılığı yaptığını o gün eve boş su bidonları almak için gittiğinde polislerin geldiğini, olayla ilgisinin olmadığını beyan etmiş, suçu kabullenmemiştir. Hâkim kararı olmadan yapılan aramadan elde edilen delil olan kaçak rakı delil olarak kullanılmamış, dosyada sanığa ait bir ikrar da bulunmadığı için mahkumiyet hükmü kurulmamıştır. Sanığın ikrarının olduğu kabul edilse dahi maddi kanıtlarla desteklenmeyen ve özgür irade ürünü olmayan ikrara dayanılmayacağı vurgulanmıştır.

²¹⁰⁶ Yasak Sorgu Yöntemlerinin önem ve fonksiyonu hakkında bkz. Şahin 1994, s. 169. CMK 254/2 ile 135a’nın ilişkisi hakkındaki diğer açıklama, Yurtcan tarafından yapılmıştır (Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı, Kunter’e Armağan 1998, 519): 135a maddeye aykırılık, 254/2 maddede belirtilen yasağın birinci örneğidir, ancak 254/2’de öngörülen yasak bununla sınırlı değildir. Yurtcan 4. Ceza Dairesinin 4.10.1994 tarihli (E. 94/7351, K. 94/7693) «hukuka aykırı sorgudan elde edilen delilin hüküm verilirken kullanılmamış olduğu için, nedensel değeri bulunmadığını» söyleyen kararını eleştirmektedir (Kunter’e Armağan 1998, 521). Bu kararı “çok tehlikeli” bulan Yurtcan, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin hüküm verirken kullanılması için, zemin hazırlandığından çekinmekte ve Ceza Genel Kurulunun 24.10.1995 tarihli kararına (E. 1995, 7-165, K. 1995/302) katılmaktadır.

iii) CGK 6.5.2008, E. 2008/1-90, K. 2008/100.

Görevli mahkemece CMK 191 ve 147 uyarınca sanığın yeniden sorgusunun yapılması yerine, görevsizlik kararı verilmeden önce Asliye Ceza Mahkemesince yapılan sorgusu yeterli kabul edilerek cezalandırılmasına karar verilmesi CMK 7 madde hükmüne aykırılık oluşturur. Görevsiz mahkemece yapılan işlemlerin, tekrarlanması olanağı bulunmayanlar dışındaki, görevli mahkemece yeniden usulüne uygun olarak yapılması zorunludur. Ancak CMK 7'deki 'hükümsüzlük' ifadesini yok anlamında değil, adil bir yargılama için tekrarlanma olanağı var ise yenilenmelidir, şeklinde anlamak ve yapılan işlemlerin bizzat o mahkeme huzurunda yapılmasının zorunlu olup olmadığı ölçüsüyle değerlendirilmesi gerekir.

iv) 8 CD 4.6.2008, E. 2007/463, K. 2008/6855.

Müdafiden yararlanma hakkı hatırlatılmadan sorgu yapılması bozmayı gerektirir.

v) 2 CD 2.5.2007, E. 2007/2984, K.2007/6102.

Sanığın görevli olmayan sulh ceza mahkemesince yapılan sorgusu hükümsüzdür. Görevli mahkeme olan Asiye Ceza Mahkemesince sorgunun tekrar yapılması gerekir.

vi) 1 CD 24.5.2006, E. 2006/1656, K. 2006/2116.

Duruşmada sanığın sorgusu yapılmadan hüküm verilemez.

vii) CGK 3.2.1987, E. 1986/7202, K. 1978/569.

Sorgusu yapılan sanıkların dosyanın görevsizlik kararı nedeniyle gönderildiği mahkemede yeniden sorguya çekilmeleri gerekmediğinden, gereksiz yapılan bu işlem zamanaşımını kesmez.

viii) CGK 24.12.1982, E. 1982/4239, K. 1982/4329.

Adli makamlar huzurunda sanığın sorguya çekilmesi zamanaşımını kesen sebeplerdendir. Bozmadan sonra sanığa bozma kararına karşı ne diyeceğinin sorulması hali sorgu sayılmaz.

ix) 9. CD 11.1.1978, E. 1977/4270, K. 1978/15.

Sanığın sorgusu yapılmadan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

x) Müdafinin yetersiz hukuki yardımı (AİHM 19.12.1989, Kamasinsky -Avusturya).

Başvurucu kendisi hakkında görevlendirilen zorunlu müdafinin suçlamanın yapıldığı ön duruşmada hazır bulunmamasını ve çocuk evinde şüpheli ile yaptığı görüşmelerin kısa olmasını gerekçe göstererek etkin savunma yapılmamış olduğunu, müdafin sağladığı hukuki yardımın kaliteli olmadığını iddia etmişti. Mahkeme diğer aşamalarda müdafin yaptığı hukuki yardımı dikkate alarak adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir (n.98).

f) İstinabe yoluyla sorgu.

i) 5. CD 22.1.1991, E. 1990/5742, K. 1991/76.

İstinabe yolu ile sorgu işleminin iddianame okunarak yapılması gerekirken iddianame eklenmeden gönderilen talimatın okunması suretiyle sorgusunun yapılması bozmayı gerektirmiştir.

ii) CGK 9.2.1987, E. 1987/524, K. 1987/45.

Talimat mahkemesinin trafik suç tutanağı örneği bulunmadığından okunamadığı hususunu tutanağa geçirerek talimatı geri çevirdiği olayda, trafik suç tutanağı okunup isnat edilen suç açıkça belirtilmek suretiyle sanığın savunmasının alınması ve tutanağı düzenleyen trafik görevlileri dinlenerek karar verilmesi gerekirken aksine hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

g) İfade almada yasak yöntemler.

i) Yasal düzenleme.

İfade veren veya sorguya çekilen sanığın iradesinin baskı altında olmaması ve beyanının özgür iradesine dayanması şarttır (CMK 148/1). Şüpheli ve sanığın irade özgürlüğünü engelleyici nitelikte; kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma

gibi, bedensel ve ruhsal müdahalelerin yapılması yasaktır. Şüpheli veya sanığa kanuna aykırı bir yarar vaat edilmesi de yasaklanmıştır (CMK 148/2). Özgür iradeye dayanmayan ve yasak usullerle elde edilen ifadeler, “rıza ile verilmiş olsa da”, delil olarak değerlendirilemez (CMK 148/3).²¹⁰⁷

ii) BGH, Urteil vom 6. März 2018 – 1 StR 277/17.

Şüphelinin ifade verme konusundaki özgür iradesinin engellenmesi, CMK 147 ve 148 karşılığı olan StPO 136, 136a maddeler dışında da delil yasağı doğurabilir.

İfade verirken şüphelinin özgür iradesinin korunması, kendisi aleyhine delil vermeme ilkesinin (*nemo tenetur se ipsum accusare*) gereği olup, hukuk devleti ilkelerinden insan onurunun korunması düşüncesinin de bir yansımasıdır. Bu ilkeler Alman Anayasasında da yer alır. Ceza muhakemesi hukuku açısından da, hiç kimse kendisi aleyhine delil vermeye zorlanamaz ilkesi geçerlidir. Şüphelinin iradesi ile ceza muhakemesini yönlendirebildiği işlemlerde, hiçbir zorlama altında olmaksızın, sorumluluğunu müdrük olacak şekilde, ne ölçüde katkıda bulunacağına özgür iradesi ile karar vermelidir.

iii) BGH, Urteil vom 3. Mai 2018 – 3 StR 390/17.

Savcı somut olayda hâkim kararı alınmadan yapılan aramadan elde edilen delilin hükümde kullanılmamasını temyiz sebebi yapmamıştır. Savcının temyiz sebebi, esas mahkemesi hukuka aykırı olan aramadan elde edilen delilin *mevsuf hak bildirme kuralına* tabi olduğunu kabul etmesi ve *sanığın ifadesi alınırken hakkında böyle bir hukuka aykırılık yapılmış olduğunun kendisine bildirilmemiş olması* nedeniyle, mahkemede verdiği beyanın yasak delil kapsamına girmesi noktalarına dayanmaktadır.

1. Sanığın mahkemede verdiği ifade hakkında şunlar söylenebilir: Sanığın sorgusunda CMK 148 karşılığı olan StPO 136a madde kapsamında özgür iradeyi nitelikteki yasak usuller uygulanmışsa, bu beyan istisnasız bir şekilde kullanılamaz. Ağır suçların aydınlatılmasında uygulanan menfaatlerin dengelenmesi teorisi bu konuda geçerli değildir.

Benzer şekilde, CMK 147 karşılığı olan StPO 136/1 cü.2 uyarınca haklar bildirilmeden ifade alınmışsa, verilen beyan kural olarak hukuka aykırı delil haline gelir. Zira haklarını bilmeyen bir kişi kendisi aleyhine delil vermeme hakkını kullanamaz.

Şüpheliye kanuna aykırı olarak elde edilen iletişimin denetlenmesi delili okunarak, fakat (susma hakkı ve müdafiden yararlanma vs) hakları bildirildikten sonra alınan ifade, özgür irade ile verilmiş bir ifade sayılmayacağı için CMK 148 kapsamında mutlak hukuka aykırı bir delil olur. Bunun gibi, kanuna aykırı olarak elde edilmiş diğer delillerin ortaya konması yolu ile elde edilen ikrar da hukuka aykırı delil olur.

2. Delil olarak kullanma yasağı, muhakeme hukukuna aykırılık yapılarak elde edilen diğer beyan delilleri açısından da geçerlidir. BGH içtihadı uyarınca, şüphelinin ilk defa ifadesi alınırken hakları bildirilmemişse, daha ileriki aşamalarda ifade alınırken hak bildirilmiş olsa dahi, bu ifadeler de delil olarak kullanılamaz. Zira, şüpheli hak bildirilmeden söylediği sözlerin, artık ortadan kaldırılamayacağını bilir. Bu nedenle, daha sonraki ifadelerin alınmasından önce şüpheliye önceki beyanının delil olarak kullanılmayacağını tekrar ve açıkça bildirilmesi gerekir; buna Alman Hukukunda „*qualifizierte Belehrung*“ denilmektedir. Eğer böyle bir mevsuf hak öğretme işlemi yapılmamışsa, daha sonra hak bildirilerek alınan ifade de hukuka aykırı bir ifade olur ve hüküm verilirken kullanılamaz.

Bununla birlikte, mevsuf hak bildirme yükünün ihlali ilk defa ifade alınırken hiç hak bildirmemeye nazaran daha hafif bir ihlal oluşturur. Zira ikinci kez ifade alınırken hak bildirimi yapıldığı için, şüpheli ikinci ifadesinde en azından susma hakkına sahip bulunduğunu bilmektedir. Bu nedenle

²¹⁰⁷ 2004 kanun koyucusu sadece değiştirmek amacıyla bazı temel maddelerde kelime değişiklikleri yapmıştır. Bunun bir örneğini, CMK 148’in karşılığı olan CMUK 135a ile yapılan karşılaştırmadan görmek mümkündür. CMUK (135a/3) “yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez” hükmünü içermekte iken; CMK 148/3 “yasak usullerle elde edilen ifadeler *rıza ile verilmiş olsa da*, delil olarak değerlendirilemez” demektir. “Rıza ile ifade vermek” ayrı şeydir “yasak yöntemlerle elde edilen ifadelerin rıza olsa dahi değerlendirilememesi” başka bir şeydir. CMK 148/3 deki yazım şekli, maksadı ifade etmekten uzaktır.

ikinci ifade kullanılırken hakların tartılması yöntemi uygulanabilir ve suçun aydınlatılmasındaki kamunun üstün menfaati nazara alınır.

Somut olayda esas mahkemesinin; polis memurlarının şüphelinin ifadesini alırken, hâkim kararı alınmadığı için hukuka aykırı olan aramadan elde edilmiş olan delili şüpheliye gösterirken, bunun hukuka aykırı delil olduğunu söylemedikleri için, şüphelinin verdiği ifadenin de kullanılamayacağını kabul ederek ulaştığı sonuç, yerinde değildir. Zira ilk defa ifade alınırken mevsuf hak bildirme yükümü yoktur.

Esas mahkemesinin şüphelinin ikinci kez ifadesini alan memura verdiği ve daha sonra üçüncü memura verdiği ifadelerin de, mevsuf hak bildirimi yapılamadığı gerekçesi ile kullanılamayacağı yolundaki kabulü de yerinde değildir. Zira ilk kez ifade alan memurlar şüpheliye susma hakkını bildirdikleri için, ikinci ve üçüncü kez ifade alan memurların mevsuf hak bildirme mecburiyetleri yoktur.

Burada asıl incelenmesi gereken husus, ilk ifadeyi alan polis memurlarının şüpheliye hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş bulunan delili göstererek sorular sormalarının, şüphelinin verdiği ifadeyi hukuka aykırı hale getirip getirmediği meselesidir. İçtihatla kabul edilmiş bulunmamasına rağmen, ilk defa ifade alınırken de mevsuf hak bildirme mecburiyeti bulunduğu kabul edilse bile, polisler tarafından yapılan bu davranış basit bin muhakeme hukukuna aykırılık oluşturan bir tutumdur. Devletin suçu ortaya çıkarma konusundaki yükümü ile mukayese edildiğinde, bunun delilin kullanılmasını engelleyecek boyuta ulaşmadığı görülecektir. Her iki ifade almada yapılan hukuka aykırılık, göreceli olarak basit hukuka aykırılıklardır. İkinci ve üçüncü ifade almada, şüphelinin ilk ifadesine dayanılmış olması da mevsuf hak bildirimi yapılmasını gerektirmez. Bu gibi hallerde ilk ifade almada hak bildirmemeye ilişkin kurallar uygulanır.

Somut olayda ifade alan polis memurları hukuka aykırı aramadan elde edilen delilin ifade alma sırasında şüpheliye gösterilmemesi konusunda bir içtihat olmadığını bildiklerinden, mevsuf hak bildirmek ihtiyacını hissetmemişlerdir. Bu nedenle, kasten veya taksirle hareket ettikleri söylenemeyeceği için, iyi niyetli oldukları kabul edilmelidir. Keyfi davrandıkları, temel haklara ilişkin güvenceleri planlı ve sistematik bir şekilde göz ardı ettikleri de söylenemez. Buna karşılık, sanığa isnat edilen suçun cezasının 5 yıldan az olmaması (silahlı olarak az miktarda olmayan uyuşturucu madde ticareti) dikkate alındığında, ikinci ve üçüncü kez ifade alan memurların mevsuf hak bildiriminde bulunmamış olmaları, şüphelinin verdiği ifadeleri hukuka aykırı delil haline getirmez.

iv) Gözaltı süresinin aşılması ve tekrar ifade alma (BGH, Urteil vom 28. Juni 2018 – 3 StR 23/18).

Temyiz yoluna başvuran, yakalama sonrasında, hâkim önüne çıkarılmadan önce şüphelilerin kolluk tarafından defalarca ifadelerinin alınması delil değerlendirme yasağı doğuran bir muhakeme hukukuna aykırılık olduğunu ileri sürmüştür.

Kanunun emredici hükmü gereğince, yakalanan kişi geciktirilmeksizin hâkim önüne çıkarılacaktır (StPO 128/1, cü.1 ve GG 104/2, cü.1 ile fıkra 3 cü.1). Alman Kanunundaki bu düzenleme yakalamanın gerçekleştiği günü takip eden günün sonunu ifade etmektedir. Ancak, halin gerektirdiği zorunluluklar varsa sürenin aşılması hukuken kabul edilebilir.

Kanunda yakalama sonrasında hâkim önüne çıkarılma için 24 saati (veya sair süreleri) geçememe kuralının öngörülmüş olması, hâkim önüne geciktirilmeden çıkarılma konusunda geciktirme yetkisini polise vermez.

Hâkim önüne çıkarma yapılan işlemlerin süresi ile sınırlıdır. Bu işlemler bitince, süre kalsa bile şüpheli hemen hâkim önüne çıkarılacaktır.

Yakalama emrine dayanan yakalamalarda (CMK 94) durum daha da açıktır: kolluğun yapacağı herhangi bir araştırma işlemi bulunmadığı için, hâkim önüne çıkarma hemen gerçekleşmelidir.

Buna karşılık, kolluğun kendiliğinden yaptığı suç üstü yakalamasında durum farklıdır. Kolluk şüpheliyi hâkim önüne çıkarmadan önce araştırma işlemlerini tamamlarsa, bazı hallerde savcının tutuklama kararı verilmesini istemesine gerek de kalmayacaktır. İşlemler tamamlanmadan hâkim önüne çıkarılma halinde hâkim o kişiyi serbest bırakma konusunda daha çekingen davranacaktır.

Bu nedenle, hakları bildirilen şüpheli, konuşma hakkını seçip kendisini şüpheden kurtaracak halleri ortaya koyarsa, kolluk ifade almaya devam edebilmelidir. Böylece şüphelinin lehine olan delillerin zamanında toplanmasına olanak sağlanmış olacak ve savcının tutuklama kararı verilmesini talep etmesine gerek kalmayacaktır.

Yakalanan kişi hâkim önüne çıkarılacağı ve hâkim güvencesi altında sorguya çekileceği için, şüphelinin araştırma işlemlerinin tamamlanmasına rağmen, hâkim önüne gecikme ile çıkarılmış olması, şüphelinin hâkim önünde verdiği ifade bakımından başlı başına bir delil değerlendirme yasağı doğurmaz (BGH, Beschluss vom 9. Februar 1995 – 5 StR 547/94, StV 1995, 283).

v) *AİHM 20.10.2009, Attı ve Tedik- Türkiye.*

CMK 148/4 madde hükmü uyarınca kollukça müdafî olmadan alınan ifadede mahkeme önünde doğrulanmış olmasına rağmen 1999 yılında yakalandığı sırada müdafinin hukuki yardımında yararlandırılmayan başvuruçular açısından 2009 yılında ihlal kararı verilmiştir. Yakalamaya konu teşkil eden suç terör suçu olsa da, şüphelinin müdafî ile görüşmesi sağlanmalı ve onun hukuki yardımından yararlandırılması gerekir.

vi) *AİHM 17.2.2009, İbrahim Öztürk-Türkiye.*

CMK 148/4 ifade alma sırasında müdafinin hazır bulunmaması durumunda alınan ifadenin hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli ve sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamayacağına amirdir. AİHM ise ifade alma sırasında müdafinin hazır bulunmamasının, bu ifade tutanağı hüküm verilirken kullanılmış ise, sonradan telafi edilebilir bir aykırılık olmadığı görüşündedir. Söz konusu olayda başvuranın polise verdiği ifadenin mahkûmiyetine kullanılması nedeniyle avukata erişim hakkının engellendiği, sonradan sağlanan avukat yardımı veya sonraki yargılamanın çelişmeli niteliği gözaltı sırasında avukatın yokluğunu telafi edemeyeceğine karar vermiştir. Başvuranın gözaltında tutulduğu sırada avukata erişme imkânı bulursa idi, bunun davanın sonucu üzerine nasıl bir etki yapabileceğini araştırmak AİHM'in görevi olmadığı vurgulanmıştır. Sonuç olarak Sözleşme'nin 6/3-c maddenin birinci fıkrası ile bağlantılı olarak ihlal edilmiş olduğu kararı verilmiştir.

vii) *10. CD 23.1.2006, E. 2005/1716, K. 2006/19.*

Sanığın ifadesi gerçeği öğrenmek konusunda hâkim için delil teşkil edebilirse de yan kanıtlarla doğrulanmayan, oluşa ve maddi gerçek soyut ikrara dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulması, baskıya dayalı olduğunu belirterek kabul etmediği kolluk ifadesi dışında delil bulunmaması beraat kararı yerine mahkûmiyet kararı kurulması bozmayı gerektirmiştir.

viii) *Küçük tanık Sezer olayı (1. CD, 16.02.2004, 2003/3819-2004/299).*

Yargıtay 1. Ceza Dairesi de 16.2.2004 tarihli kararı ile, gizlice kayda alınan ikrarı geçersiz saymıştır; kocasını öldürmek suçundan sanık (Mualla)'nın müşterek çocukları olan 7 yaşındaki (Sezer), amcası tarafından konuşturulmuş ve konuşması teyp kasetine kaydedilmiş ve kaseti C. savcısına vermiştir. (S) teypteki konuşmasında babasını (C) ve (E)'nin öldürdüğünü söylemişti. Yargıtay, 1) Tanık Sezer'in ifadesinde, olay gecesini sanıkların evden telefon görüşmesi yaptıklarını belirtmesine rağmen, telefon kayıtları getirilerek bu hususun araştırılması gerektiğinin düşünülmemesi, 2) Sanık Cengiz'in ikrarını içeren video kasetinin tamamı hukuken geçersiz kabul edilerek, bunun dışındaki delillerin değerlendirilmesi suretiyle, oluşacak kanaate göre sanıkların hukuki durumlarının tayin edilmesi gerekirken gerekçede yazılı olduğu şekilde yasak yöntemlerle elde edildiğinde şüphe bulunmayan delile dayanılarak hüküm kurulmasını bozma nedeni yapmıştır.

h) *İfade alma veya sorgu sırasında müdafinin hazır bulunmaması.*

i) *CGK 3.7.2018 E.2015/1-396, K. 2018/323.*

(CMK 217/2; CMK 147; Usul kurallarının zaman itibarıyla uygulanması sorunu): 28 Eylül 1996 tarihinde İstanbul Beyoğlu, Çukurcuma mahallesinde öldürülen kişi ile ilgili olarak 30 Eylül 1996 tarihinde bazı tespitler yapılmış, çeşitli aşamalardan sonra 28 Mart 1998 tarihinde sanığın polis tarafından müdafî hazır bulunmaksızın iki sayfalık ifadesi alınmış ve bu ifadesinde olayla ilgili ayrıntılı bilgiler vermiştir. Sanık bu ifadesinde "minik" lakabıyla tanıdığı bir kişinin olay sırasında yaptığını gördüğü davranışları anlatmaktadır. Daha sonra dava aşamalardan geçmiş ve sonuçta Ceza Genel

Kurulu 3 Temmuz 2018 tarihinde sanığın kollukta verdiği 28 Mart 1998 tarihinde kollukta müdafî olmaksızın verdiği ifade tutanağının duruşmada delil olarak kullanılabilceğini ve verilen mahkûmiyet hükmünün yerinde olduğuna karar vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu kararı verirken ifade alma işleminin yapıldığı tarihte yürürlükte olan CMUK 135'teki kurallara uygun bir işlem yapıldığına dayanmış, sonradan yürürlüğe giren CMK 148/4 madde hükmünün uygulanamayacağına karar vermiştir. Söz konusu hüküm uyarınca müdafî olmadan alınan ifadenin duruşmada reddedilmesi halinde geçerliliğini kaybedeceği düzenlenmiştir. Ceza Genel Kurulu usul kanunlarının zaman bakımından uygulanmasında genel ilkenin usul işlemleri yapıldığı sırada yürürlükte bulunan kanuna tabi olacağını belirtmiş ve derhal uygulanma kuralının geçerli olduğunu vurgulamıştır. Bu tespitini yaparken; usul işlemlerinin kural olarak yürürlükteki kanuna göre yapılacağını, sonradan yürürlüğe giren bir kanun sebebiyle işlemin geçerliliğini kaybetmeyeceğini, yeni kanunun yürürlüğünden yada Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra yapılması gereken usul işlemlerinin yeni kanuna yada iptal kararıyla ortaya çıkan usule tabi olacağına ve yeni kanunun getirdiği düzenlemelerin sanığın lehine ya da aleyhine sonuç doğurmasına bakılmayacağına ilişkin temel kuralları oluşturmuştur. (Somut olayda bizce eski kanun yürürlükteyken CMUK 135 uyarınca alınmış olan ifade tutanağının hukuki geçerliliğini kaybetmeyeceği doğrudur. Ancak ifadesi alınırken müdafî hazır olsa da, olmasa da sanığın hüküm verecek olan mahkemenin önünde sorguda verdiği ifade kullanılmalıdır. Mahkemenin vicdani kanaatini oluşturabilmesi için tutanak okunması kabul edilmemiştir. Sanık ve tanıkların önceki ifadelerinin tutanakları sadece çelişkilerin giderilmesi amacıyla kullanılabilir.)

ii) *AİHM Türk/Türkiye 5.9.2017, Başvuru No. 2744/07*

Başvuran, belirtilmeyen bir tarihte, arabasının satışına ilişkin bazı işlemleri gerçekleştirmek üzere Mersin Emniyet Müdürlüğüne gittiğinde, kendisi hakkında Antalya Emniyet Müdürlüğü tarafından çıkarılmış bir yakalama emri bulunduğunu öğrenmiştir. (n.6). Bunun ardından, 16 Şubat 2004 günü saat 13.00 civarında Antalya Emniyet Müdürlüğüne gitmiştir. Görüldüğü kadarıyla, başvuran bir noktada K.G. adlı bir kişinin silahla vurulması olayına karıştığını itiraf etmiş ve bunun sonucunda aynı gün saat 16.00'da fotoğraftan teşhis işlemine tabi tutulmuştur. Polis tarafından tutulan ve başvuranın imzaladığı tutanağa göre, başvuran teslim olmuş, 1992 yılında meydana gelmiş olan K.G.'nin silahla vurulması olayına karıştığını itiraf etmiş ve suç ortakları olarak S.K., M.N.A. ve A.Y.'yi teşhis etmiştir. Başvuranın o dönemde yürürlükte olan Türk Ceza Kanunu kapsamında sahip olduğu hakların, avukat yardımıyla faydalanma ve susma hakları da dâhil, kendisine hatırlatıldığını gösteren herhangi bir kayda rastlanmamıştır. (n.7). Başvuran, aynı tarihte saat 17.30 sularında, yer gösterme işlemine katılmıştır. Polis memurları tarafından tutulan ve başvuranın imzaladığı tutanağa göre, başvuran, silahla vurma olayından önce hangi adimleri attığını, K.G.'yi 1992 yılında Antalya'da nasıl vurduğunu ve olay yerini nasıl terk ettiğini ayrıntılı olarak anlatmıştır. Başvuranın o dönemde yürürlükte olan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu kapsamında sahip olduğu hakların, avukat yardımıyla faydalanma ve susma hakları da dâhil, kendisine hatırlatıldığını gösteren herhangi bir kayda rastlanmamıştır. (n.8). Polis, aynı gün saat 6.30 civarında başvuranın ifadesini almaya başlamıştır. Başvurana göre, kendisine 19 Kasım 1992 tarihli bir yakalama emri gösterilmiş; bu emirde, söz konusu suçun "6136 sayılı Ateşli Silahlar Hakkında Kanun'a aykırılık" olduğu ve zamanaşımını belirleyen kanunlar uyarınca "2 Eylül 1997" tarihinde zamanaşımına uğradığı belirtilmiştir. Bununla bağlantılı olarak, polis memurları, başvuran kendisinin arandığı suçun 6136 sayılı Kanun'a aykırı şekilde ateşli silah bulundurma olduğunu söylemişlerdir. Polis memurları, başvuranın vereceği her türlü ifadenin yalnızca "formalite" icabı alındığını, zira söz konusu suçla ilgili kovuşturma başlatılması için öngörülen zamanaşımı süresinin zaten 1997 yılında sona erdiğini söylemişlerdir. Bu nedenle, başvuran, ifade vermeyi kabul etmiştir. İfadeleri, önceden basılmış bir form üzerinde yazıya geçirilmiştir. Bu forma göre, susma ve avukat tarafından temsil edilme hakları başvuranına hatırlatılmıştır. Görüldüğü kadarıyla, başvuran, avukat yardımını reddetmiştir, zira söz konusu formun ilk sayfasında, önceden basılmış bir "Avukat talebinde bulunulmamıştır" ibaresi bulunmakta ve altında başvuranın imzası görülmektedir. Dolayısıyla, başvuranın ifadesi avukat yokluğunda alınmıştır. (n.9). Başvuranın yasadışı bir örgüt olan PKK (Kürdistan İşçi Partisi) ile olan bağı ve 1992 yılında K.G. adlı kişinin yaralanması olayına karışması ile ilgili ifadesi, Antalya Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğüne alınmıştır. Başvuran, dokuz sayfalık ifadesinde, PKK ile olan bağı kabul etmiş ve bu yasadışı örgütün talimatları uyarınca K.G.'yi vurduğunu ayrıntılı şekilde anlatmıştır. (n.10).

Avukata erişim, susma hakkı, kendi aleyhine tanıklık yapmama hakkı, avukat yardımı hakkından feragat ve bu hakların Sözleşme'nin 6. maddesinin cezai kısmı kapsamındaki yargılamaların genel anlamda adilliği ile olan ilişkisine dair genel ilkeler, yakın tarihli Simeonovi/Bulgaristan ([BD], no. 21980/04, §§ 110-120, 12 Mayıs 2017) kararında yer almaktadır. (n.42).

Mahkeme, bu şekilde bir zemine karşı olarak, başvuranın feragatini çevreleyen koşullar hakkında ulusal mahkemelerin dikkatli bir incelemesinin bulunmamasının, söz konusu noksanlığın yargılamalar esnasında başka bir usule ilişkin güvence ile çözüme kavuşturulmamasının söz konusu ifadelerin yargılamayı yürüten mahkeme tarafından başvuruları mahkûm etmek için kullanılmasıyla birleştiğinde, yargılamaların bir bütün olarak adil olmadığını ortaya koymaktadır. (n.58). Dolayısıyla, Mahkeme Sözleşme'nin 6 §§ ve 3 (c) maddesinin ihlal edildiği kanaatindedir. (n.59).

iii) *AİHM 12.07.2013, Allan v. UK.*

Allan v. UK kararında; gözaltına alınan bir şüphelinin yanına koyulan muhbir ile yaptığı kendisini suçlayıcı konuşmaların gizli olarak kaydedilmesi 6/1 ihlali olarak kabul edilirken, gerekçe olarak; şüphelinin susma hakkını kullanmış olması ve göz altına alınan kişinin zor durumda olması gösterilmiştir.

iv) *Müdafî şüpheli görüşmesi; Polisin duyduğu mahrem konuşma (BGH 4. Juli 2018 – 2 StR 485/17).*

Sanık duruşmada verdiği ifadede müdafî ile yaptığı konuşmanın delil olarak kullanılamayacağını ileri sürmüştür: soruşturma evresinde tutuklama öncesinde hâkim önüne çıkarılırken yanlarında kaçmasını önlemek için bulunan polisin yanında, müdafisine *parmağını biraz sokmanın irza geçme sayılmayacağını* sormuş, bu sözleri polis de duymuştur. Somut olayda polisin duruşmada tanık olarak dinlenip dinlenemeyeceği konusu tartışılmaktadır. Şüphelinin müdafî ile görüşmesi mahrem olup, başkaları tarafından dinlenemez ve Sözleşme tarafından korunur. Sanık somut olayda zorla getirme işlemi sırasında müdafî ile yaptığı konuşmanın kolluk memuru tarafından duyulmasının hak ihlali olduğunu ve delil yasağı doğurduğunu ileri sürmekte ise de, Yüksek Mahkeme bu görüşe katılmamıştır. Şüphelinin müdafî ile yaptığı mahrem konuşma, *şüpheliyi muhakemenin objesi olmaktan çıkaran ve bir süje haline getiren* önemli bir işlevi sahip bulunduğu için korunmaktadır. Müdafinin etkin bir savunma yapabilmesi için, serbest olmayan bir şüphelinin de müdafî ile her zaman hukuki yardımda bulunması engellenemez. Müdafinin bu konuşmayı sır olarak saklamak yükümü vardır; şüpheli ile yaptığı yazışmaya el konulamaz ve iletişimi denetlenemez. Ancak, somut olaydaki koşullar farklıdır. Eğer müdafî yanlarında kolluk memuru bulunduğu sırada, onun duyabileceği bir ortamda şüpheli ile bir konuşma yaparsa, kolluk memuru şüpheli-müdafî konuşmasının gizliliğini ihlal etmiş sayılmaz. Bu nedenle, kolluk memuru duyduğu sözleri tanık olarak duruşmada söyleyebilir ve bu sözler mahkeme tarafından delil olarak kullanılabilir. Bu nedenle somut olayda hak ihlali yoktur. Zira polisin duyabileceği bir şekilde, *kendiliğinden söylenen sözler* vardır.

v) *Müdafinin bulunmaması ve hâkimin değişmesi (AİHM 6.12.1988 Barbera, Messegue ve Jabardo v. İspanya).*

Katalan kökenli iş adamı José María Bulto Marqués, 9 Mayıs 1977 tarihinde kız kardeşinin evinde iken eve tamirci kılığında gelen kişilerce tehdit edilmiş ve bedenine patlayıcı madde içeren bir cihaz bağlanmıştır. 25 gün içinde beşyüz milyon peseta ödemediği takdirde cihazın patlatılacağını söyleyen saldırganlar evden ayrılmıştır. Bay Bulto kendi aracı ile evine dönmüş ve aynı gün akşam üstü patlama meydana gelerek Bulto'yu öldürmüştür. Olayı araştıran polis 1 Temmuz 1977 tarihinde önce içlerinde bireysel başvuruolarının bulunmadığı başka dört kişiyi yakalamış, Barbera, Messegue ve Jabardo adlı başvuruolar daha sonra ele geçirilmiştir. Barbera ve Jabardo yakalandıktan sonra Barselona sorgu hakimi tarafından sorguya çekilirken müdafinin hukuki yardımından yararlandırılmamışlardır. Müdafî daha sonra görevlendirilmiştir (§ 87). Dava daha sonra Barselona'dan Madrid'e nakledilmiş ve beklenmedik bir şekilde davaya bakan hakimler değiştirilmiştir. Duruşma başladıktan hemen sonra hüküm ile sona ermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu davayı bir bütün olarak incelemiş ve hâkim değişikliği yapılması, delillerin duruşmada tam anlamı ile ikame edilmemiş olması ve soruşturma evresinde müdafinin hukuki yardımından yararlandırılmama gibi unsurları nazara alarak adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir (6/1).

vi) *Zorunlu müdafî atanmaması (BGH 6.2.2018 – 2 StR 163/17).*

Zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu soruşturmalarda şüpheliye bu hakkın hatırlatılmamasının delil değerlendirme yasağı oluşmasına neden olup olmayacağı, BGH tarafından açık bir içtihadı bağlanmamıştır. Ancak, zorunlu müdafilik hakkını hatırlatma yükümlülüğü ön gören yasal düzenlemeden önce verdiği bazı kararlarda, bu hakkı hatırlatılmamanın kural olarak delil yasağı oluşturmayacağına hükmetmişti. Bu kararının gerekçesi olarak da, sadece ağır hukuka aykırılıkların delil yasağı oluşmasına neden olabileceği belirtilmiş, zorunlu müdafiden yararlanma hakkının bildirilmemesi ile, her zaman mutlak bir delil yasağı oluşturan şüphelinin müdafî ile görüşmesinin engellenmesi hukuka aykırılıklarının eşit ağırlıkta olmadığına dayanılmıştı. Yüksek mahkeme, CMK 147/1-c hükmünün karşılığı olan StPO 136/1, cü.3 madde ile zorunlu müdafilikte de, müdafî seçme hakkının ayrıca bildirilmesi gerektiği kuralının kanuna eklenmesinden sonraki hukuki duruma göre de önceki içtihadından farklı bir karar verilmesine yer olmadığı görüşündedir. Zira, kanun değişikliğinin gerekçesinde ve Avrupa Birliği'nin 22 Mayıs 2012 tarihli Ceza Muhakemesinde Hak Bildirme Direktifinde, zorunlu müdafilikten yararlanma hakkının bildirilmemesinin, CMK 147 karşılığı olan StPO 136/1 cü. 2 deki diğer hakların bildirilmemesine bağlanan sonuçları beraberinde getireceğine dair bir ifade yer almamaktadır. Zorunlu müdafilik sadece belli ağır suçlarda kabul edildiği için, tüm suçlarda geçerli olan müdafinin hukuki yardımından yararlanma hakkının bildirilmemesi ile, zorunlu müdafilikten yararlanma hakkının bildirilmemesi arasında fark vardır: zorunlu müdafilik şüphelinin istem ve iradesi dışında sistem tarafından kabul edilen bir hukuki yardım türüdür. Bu nedenle, zorunlu müdafilikten yararlanma hakkının şüpheliye bildirilmemesi mutlak veya nispi bir delil yasağı oluşturmaz.

vii) *Doğrudan soru hakkı (BGH, 26.4.2017 – 1 StR 32/17).*

Uluslararası hukukun kabul ettiği bir ilke olan tanığın yüzüne karşı soru sorma hakkının iç hukukta ihlal edilmiş olmasının tanık beyanını delil olarak kullanmayı engelleyip engellemediği konusunda bir karar vermeye gerek yoktur. Sıkı ispat kurallarına tabi bir ispatta sanığın doğrudan sorgulayamadığı bir tanık beyanının kullanıp kullanılmayacağı konusu da böyledir. Sözleşmenin 6/3-d maddesinde yer alan, savunmanın yüzleşemediği kişiden sadır olan bir beyanın delil olarak değerlendirme kapsamı dışında kalması için, bu hukuka aykırılığın ilk derece mahkemesi önünde dile getirilmiş bulunması ve o mahkeme önünde de süresi içinde karşı gelmenin yapılmış olması gerekir. BGH verdiği kararlarda hukuka aykırı delil karşı gelmesi yapılmış olması mecburiyetini, sanığın tanıkla yüzleşmesi bireysel bir özellik taşıdığı için, daha ziyade nisbi delil yasakları bakımından dile getirmişti. Ancak, bu konu önemli değildir. Zira, tanıklara doğrudan soru sorma hakkının tanınmaması söz konusu muhakemeyi tümünden adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş bir muhakeme haline getirmez.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Alman Yargıtayı tarafından da benimsenen düşünce tarzına göre, doğrudan soru sorma hakkının ihlal edilip edilmediğini üç aşamada denetlemektedir:

(1.) Önce tanığın duruşmada hazır bulunmamasını haklı gösteren yerinde bir sebep bulunup bulunmadığına ve beyanının delil olarak kullanılıp kullanılmayacağına bakılır. (2.) İkinci olarak, duruşmada hazır bulunmayan bu tanığın verdiği beyanın mahkûmiyet kararının tek veya belirleyici delili olup olmadığı incelenir. (3.) Üçüncü olarak ise, doğrudan yüze karşı soru soramamaktan ve böyle bir delilin kabul edilmesinden savunma için doğan zor durumu giderici ve muhakemenin tüm olarak adil olmasını sağlayıcı sair önlemler alınıp alınmadığına bakılmaktadır.

Sadece tanığın duruşmada hazır bulunmaması için makul bir sebebin mevcut olmaması, adil yargılanma hakkını olumsuz yönde etkileyen bir durum ise de, tek başına muhakemenin adil olmasını engelleyen bir unsur değildir. Eğer tanığın duruşmada hazır bulunmaması, onu ulaşılamamasından kaynaklanmış ise, ulusal esas mahkemesinin tanığa erişmek için yapılabilecek tüm girişimleri yapmış olması gerekir.

Sanığın hazır olmadığı bir ortamda dinlenen tanığın verdiği bilgilerin esas mahkemesi hâkimi tarafından vicdani kanaat oluşturulurken kullanılabilmesi için, mahkemenin bunu sanık aleyhine tek delil olmamasına dikkat etmesi gerekir. "Belirleyici delil olmama" ölçütü ise, dar yorumlanmalı ve hüküm içindeki ağırlığının sonucu etkileyici olmaması şeklinde anlaşılmalıdır. Dayanılan diğer delilin ispat gücü ne kadar fazla ise, sanığın yüzleşemediği tanığın verdiği bilgilerin hükme etkisi o kadar azalacaktır. Savunma açısından doğan zorlukların ek önlemlerle giderilmiş olup olmadığı incelenirken, esas

mahkemesinin tanık beyanını ne kadar derinlemesine incelemiş olduğuna bakılmaktadır. Bunun yanında, esas mahkemesi önünde yapılan duruşmada sanık yokluğunda dinlenen tanığın verdiği bilgileri çürütmeye yarayacak sair delillerin ortaya konulmuş olup olmadığı da önemli bir garanti olarak dikkate alınmaktadır.

viii) *Sanığın tanıklara doğrudan soru sorma hakkı (BGH, 4.5.2017 – 3 StR 323/16).*

Sözleşme sanığa aleyhindeki tanıklara soru sorma ve sordurma hakkını vermiştir. Bununla birlikte, sanık hiçbir aşamada aleyhindeki tanıklara soru sorma veya sordurma hakkını elde edememişse, bu durum tek başına bir Sözleşme ihlali olarak kabul edilmemektedir. Bu konuda muhakemenin bir bütün olarak değerlendirilmesi yapılmakta ve delillerin ortaya konması ile delil değerlendirilmesinin adil yargılanma hakkı korunarak yapılıp yapılmadığına bakılmaktadır. Avrupa Mahkemesi bu konudaki değerlendirmesini üç aşamalı olarak yapmaktadır: Önce, tanığın duruşmaya gelmemesi ve duruşmada dinlenmesinin yerine, belge okunması için haklı bir sebep bulunup bulunmadığına bakılmaktadır. İkinci aşamada ise, somut olaydaki tanık beyanının tek veya belirleyici delil olup olmadığı incelenmektedir. Üçüncü olarak da, tümünden bir değerlendirme yapılmakta ve savunmanın tanık ile yüzleştirilmemesinden kaynaklanan zorlukları bertaraf edecek ek bir garanti yaratılıp yaratılmadığı irdelenmektedir. Bu aşamalar bir sonrakini etkilediği için sıra ile arka arkaya uygulanmaları gerekir. Aradaki sebeplerden birinin eksik olması halinde adil yargılanma hakkının sağlanmadığı söylenebilir.

Diğer taraftan, sağlanması gereken ek garantiler uygulanmışsa, bunların da değerlendirilmesi gerekir. Eğer ek garantiler hukuka uygun bir şekilde sağlanmışsa, tek ve belirleyici delilin duruşmada soru sorulamayan tanık olması halinde bile, Sözleşmenin ihlar edildiği söylenemeyecektir.

Alman Ceza Muhakemesi Hukukunun uygulanmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadının, özellikle de ispat hukukuna ilişkin kararlarının dikkate alınması gerekir. Bu kararlarda özellikle üzerinde durulan bir husus, tanık dinlenirken sanığın müdafisinin hazır bulunmamış olmasının nasıl telafi edildiğidir. Eğer adli sistemin işleyişi yüzünden, tanık dinlenirken müdafii soru sormak olanağından yoksun kalmışsa, bu tanık tarafından verilen beyana dayanan mahkûmiyet kararı sadece tanığın verdiği bilgiler bağımsız başka kaynaklardan desteklenmiş ise, verilebilmektedir. Sanığın yüzüne karşı soru sormadığı (veya sordurmadığı) bu türlü tanık beyanlarını, esas mahkemesinin özenle ve eleştirel bir gözle değerlendirmesi beklenmektedir. Bu değerlendirme yapılırken, yaşanmış belli bir hayat olayına ilişkin detaylar içeren tanık tarafından yapılan açıklamalar hakkında sanığın karşı gelme olanağı bulunmadığı için, tanık beyanının ispat değerinin az olduğuna dikkat edilmesi gerekir. Bunun dışında, tanığın yaptığı açıklamaların başka vesilelerle adli makamlar dışındaki kişilere söyledikleri ile de karşılaştırılarak denetlenmesi gerekir. Sanık bunlara soru sorma olanağını bulmuş olmasa dahi, olayın başka tanıklarının aynı olaya ilişkin olarak yaptıkları açıklamalar da bağımsız ispat noktaları olarak göz önünde tutulmalıdır. Zira, farklı kişiler tarafından yapılan açıklamaların her biri, sanığın soru sorma hakkı bulamamasından kaynaklanan değer kaybına uğrasalar bile, müstakil birer delil olup, tamamen değerden yoksun sayılamazlar. İspat değerleri az olsa bile bu delillerin tümü esas mahkemesi hâkimi tarafından değerlendirme kapsamına alınmalıdır. Şayet, birbirleri ile tamamen veya ana hatları ile uyumlu olan ifadeler tümünden göz ardı edilecek olursa, bu hal delil değerlendirme yasağı oluşturabilir. Anayasal ilkeler de böyle bir tutuma izin vermez. Somut olayda sanığı tanıkla yüzleştirilmesine olanak bulunmaması ve diğer kişiler tarafından verilen bilgilerin eldeki diğer delillerle teyit edilmesine girişilmesi halinde, çok önemli sapmalar meydana gelebileceği için, böyle tutum inandırıcı da olmaz.

ix) *İddia tanığına doğrudan soru sorma (AİHM Schatschaschwili v. Almanya, 15 Aralık 2015).*

Kassel ve Göttingen şehirlerinde hayat kadınlarının evlerine girilerek silahlı soygun yapılması sonrasında polise ifade veren mağdurların ülkeyi terk etmeleri nedeni ile duruşmada sanık ile yüzleştirilmeleri mümkün olmamıştır. AİHM Al-Khawaja ve Taharry kararında belirlediği ilkelerden yola çıkarak, sanığın aleyhine ifade veren mağdurların polise verdiği ifadelerin mahkûmiyet kararı verilirken belirleyici delil olarak kullanılmasını ve sanığa mağdura duruşmada soru sorma hakkı verilmemesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiş ve 6/1 ve 6/3-d maddelerin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.

x) *Tanıklıktan çekinen tanığa soru sorma (BGH, 30.11.2017 – 5 StR 454/17).*

CMK 210/2 madde hükmünün karşılığı olan StPO 252, StPO 52/1, Nr.2 madde hükmü uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişilerin, bu haklarını duruşmada kullanmaları durumunda, daha önce alınan ifadenin de okunmamasını emreder. Somut olayda bu hükmü aykırılık yapılmıştır: tanıklıktan çekinen kişinin ifadesi alınırken hazır bulunan kişilerin de duyduklarının tanıklığını yapmaları kabul edilemez.

xi) Sonradan tanıklıktan çekinme (CGK 15.4.2014, E. 2013/1-255, K. 2014-180).

Sanığın resmi nikahlı eşini kasten öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verilen somut olayda, Özel Daireyle yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanığın atılı suçu işleyip işlemediği noktasında toplanmakta ise de, öncelikle maktule ve sanığın müşterek çocuğu olan, soruşturma ve kovuşturma aşamasında önce çekinme hakkını kullanmayan ancak daha sonra yapılan keşifte tanıklıktan çekinme hakkını kullanan tanık H. M. Ç.'in önceki beyanlarının hükme esas alınmayacağı belirlenmesi gerekmektedir.

Tanık H. M. Ç.'in soruşturma aşamasındaki tanıklığı 1412 Sayılı C.M.U.K.nun yürürlüğü zamanında başlayıp kovuşturma aşamasında 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra da devam etmiş olması sebebiyle ön soruna dair uyuşmazlık her iki kanun yönünden de ele alınmalıdır.

Başlangıçta tanıklıktan çekinme hakkını kullanmayan tanıkların daha sonra kovuşturma aşamasında tanıklıktan çekinme haklarını kullanmaları 1412 Sayılı C.M.U.K.nun "Şahitlikten çekinme hakkını sonradan kullanan şahidin ifadesi" başlıklı 245. maddesinde; "Duruşmadan önce dinlenipte ilk defa olarak duruşma esnasında şahitlik etmekten çekinmek hakkını kullanan şahidin yazılı ifadesi dahi okunmaz" şeklinde düzenlemiş iken 5271 Sayılı C.M.K.nun "Duruşmada okunmayacak belgeler" başlıklı 210. maddesinin 2. fıkrasında; "Tanıklıktan çekinebilecek olan kişi, duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, önceki ifadesine dair tutanak okunamaz" biçiminde düzenlenmiş, aynı kanunun 217. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde; "Hakim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir" ve "Duruşmada okunması zorunlu belge ve tutanaklar" başlıklı 209. maddesinin ilk fıkrasında; "Naip veya istinabe yoluyla sorgusu yapılan sanığa ait sorgu tutanakları, naip veya istinabe yoluyla dinlenen tanığın ifade tutanaklarıyla muayene ve keşif tutanakları gibi delil olarak kullanılacak belgeler ve diğer yazılar, adli sicil özetleri ve sanığın kişisel ve ekonomik durumuna dair bilgilerin yer aldığı belgeler, duruşmada okunur" hükümleri getirilmiştir. Böylece 5271 Sayılı Kanunun 210. maddesi uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı olmasına karşın daha önce bu hakkını kullanmayan bir tanık duruşmada tanıklıktan çekindiğinde önceki ifadesine dair tutanaklar da okunamayacak, 217. maddenin 1. fıkrasındaki hüküm uyarınca, hakim kararını duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabileceği için tanığın daha önceki aşamada tanıklıktan çekinme hakkını kullanmayarak verdiği beyanlar hükme esas alınmayacaktır. Gerek 1412 Sayılı C.M.U.K.nun 47, gerekse 5271 Sayılı C.M.K.nun 45. maddeleri uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı bulunan, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı ve kovuşturma aşamasında mahkeme huzurunda tanıklıktan çekinme hakkını kullanmayarak tanıklık yapan, ancak duruşmanın devamı niteliğindeki keşifte tanıklıktan çekinme hakkını kullanan, maktule ve sanığın ortak çocukları 1996 doğumlu H. M. Ç.'in tanıklıktan çekinmiş olması sebebiyle önceki beyanlarının 5271 Sayılı C.M.K.nun 210 ve 217. maddeleri uyarınca hükme esas alınmasının mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Bu itibarla, tanık H. M. Ç.'in beyanlarını hükme esas alan yerel mahkeme uygulamasında isabet bulunmamaktadır.

xii) Duruşmada tanıklıktan çekinme (2 CD 29.4.2009, K. 2009/20945).

Ceza Yargılama Yasası'nın 217/1. maddesine göre; yargıç kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve mahkeme/yargıç huzurunda tartışılmış kanıtlara (delillere) dayandırabilir. Aynı Yasa'nın 210/2. maddesine göre ise; tanıklıktan çekinebilecek olan kişi, duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz. Olayda, yasal olarak tanıklıktan çekinme hakkı olan sanığın kızı tanık Ayşe, soruşturma evresinde çekinme hakkını kullanmadığı için, tanık olarak dinlenmiştir. Kovuşturma evresinde ise, duruşmada tanıklıktan çekindiğinden tanık olarak dinlenmemiş ve önceki ifadesi de okunmamıştır. Duruşmada tanıklıktan çekindiği için, önceki ifadesine ilişkin tutanak 5271 sayılı CYY'nin 210/2. maddesinin emredici kuralı uyarınca okunmadığı ve böylece bu tanığın önceki ifadesi kanıt (delil) olarak duruşmaya getirilip mahkeme/yargıç önünde tartışılmadığı halde, tanık

Ayşe'nin ifadesine dayanılarak sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi suretiyle 5271 sayılı CYY'nin 217/1. maddesine aykırı davranılması, bozmayı gerektirmiştir.

3. Kanuna aykırı iletişim denetlemenin sonucu olan hukuka aykırı delil örnekleri.

cc

4. Kanuna aykırı gizli soruşturmacı görevlendirmenin sonucu olan hukuka aykırı delil örnekleri.

cc

5. Kanuna aykırı teknik araçlarla izlemenin sonucu olan hukuka aykırı delil örnekleri.

cc

YEDİNCİ BÖLÜM. KORUMA TEDBİRLERİ

44. § KORUMA TEDBİRLERİNİN MUHAKEME HUKUKU BAKIMINDAN GÖREVİ

359. Hüküm vasıtası olarak koruma tedbiri. 360. Koruma tedbirlerinin özellikleri. 361. Koruma tedbirinin ön şartları. 362. Koruma tedbirlerinin sınıflandırılması

359. HÜKÜM VASITASI OLARAK KORUMA TEDBİRİ.

I. Koruma tedbirlerinin muhakeme hukuku bakımından görevi.

Hüküm makamlarının ve özellikle yargılama makamlarının görevlerini yapmada, yani hüküm vermede kullandıkları üçüncü vasıta da *koruma tedbiridir*. Koruma tedbiri, Hukukun diğer dallarında da rastlanılan bir müessese olup *tehlike tedbirinin* bir çeşididir. Tehlike dediğimiz ve korktuğumuz zarar *ihtimaline* karşı aldığımız tedbirlere *tehlike tedbiri* adını veriyoruz. Bunlar iki çeşittir. Bir çeşidi, uzak tehlikeyi önlemeye çalışır. Bunlara “önleme tedbiri” denilir. Yahut tehlike yakındır. Önlemek için çok geçtir. Kendimizi ancak tehlikeli sonuçtan koruyabiliriz. Bunlara da “koruma tedbiri” diyoruz. Koruma tedbirini önleme tedbirinden ayıran birinci nokta, tehlikenin birinde yakın, diğerinde uzak olmasıdır. Birincilerde bu yüzden derhal, yani gecikmeden bir tedbir almak zorunluğu vardır. İkinci fark da önleme tedbirlerinden korunacak bir hakkın bulunması şartı arandığı halde, koruma tedbirlerinden, yine gecikmezlik yüzünden, hak aranmaması, haklı görünüşle yetinilmesidir (No. 361).

Önleme tedbirleri, rehin, kefalet ve hacizde olduğu gibi, daha çok para ile ifade edilebilen, üzerinde uyuşulmuş veya yargı ile belirtilmiş, bir diğer söyleyişle, uyumsuzluk konusu olmayan haklar söz konusu olduğu zaman *sağlama tedbiri* (teminat) adını alır.²¹⁰⁸

Önleme tedbirlerinin suçla ilgili olanları da vardır. Meselâ polisin henüz suç işlenmeden yani suç önlemek için aldığı tedbirler önleme tedbiri olduğu gibi suç işlediği sabit olan fakat ceza ehliyeti yok diye dar manada ceza ile cezalandırılabilmesi kabul edilmeyen kişi hakkında, tekrar suç işlemesini önlemek üzere uygulanan ve çok kere emniyet tedbiri adını taşıyan bir çeşit suç müeyyidesi de önleme tedbiridir (No. 487).²¹⁰⁹ Türk Ceza Kanunu bunlara *güvenlik tedbiri* demiştir.

²¹⁰⁸ Kunter: Tehlike tedbirleri genel teorisi, İHFM 68/34, 28. Bir örneğine başka hiçbir yerde rastlamadığımız “tehlike tedbiri genel teorisi” işlenmemiş bir konu olduğundan yabancı dillerde de gerekli terimler ya yoktur, ya da oturmuş değildir. Bizce meselâ Fransızcaya tehlike tedbiri “*mesure antidanger*”, önleme tedbiri “*mesure de prévention*”, koruma tedbiri “*mesure de défense*” olarak çevrilmelidir. Türkçede de terim sorunumuz vardır. Bir şeyin sonunu düşünerek gerekeni hazırlamak veya hazırlanan şey anlamına gelen “tedbir” yerine son zamanlarda önlem denilmesi isabetsizdir. Zira tedbir her zaman önlemez, bazen korur. Önlem, sadece önleme tedbirini karşılar. Koruma tedbirine ayrı bir ad konulmalı, genel olarak “tedbir” yerine “önlem” denilmemelidir.

²¹⁰⁹ Polisin suç önleme tedbirleri için Bkz. Yenisey, Kolluk Hukuku, 3. Bası, 2023, Sokullu-Akıncı, 125-165; Yenisey, I, n. 410-451.

Yakın tehlike yüzünden gecikmeden tedbir almak zorunluğu muhakemede de kendini gösterebilir. Gerçekten, olay anındaki durumu mümkün olduğu kadar muhafaza edip geçmişteki olayı hüküm zamanında aynen yaşatabilmek ve hükmü yerine getirebilmek için çeşitli vasıtalarla başvurulma zorunlu olabilir. Bu vasıtalar muhakemenin müşahhas olayla temasını kaybetmemesini ve verilecek kararların yerine getirilebilmesini sağlar. İşte muhakeme sonunda müşahhas olaya uygun ve yerine getirilebilir ve hüküm verilebilmesi için zarurî olan ve muhakemeyi muhtemel bir gecikmeye tahammülü olmayan tehlikelerden koruyan bu vasıtalar *tehlike tedbirinin* koruma tedbiri çeşidinden başka bir şey değildir.

Önce ihtiyaçların zoru ile içtihatla, sonraları yasalarla düzenlenen *koruma tedbiri*,²¹¹⁰ hukukun her dalında söz konusu olabilir. Meselâ İdarî Muhakemede *yerine getirmenin durdurulması tedbiri* (No. 69)²¹¹¹, medenî muhakemede *ihtiyatî tedbirler* ve *delil tespiti işlemleri* de koruma tedbirleridir.²¹¹² Seçim muhakemesinde *propaganda konuşmalarında yasaklamalar* da aynı niteliktedir.²¹¹³ Milletlerarası Muhakeme Hukukunda *interim measure* (geçici tedbir) adı verilen de koruma tedbiridir.²¹¹⁴

II. Koruma tedbirlerinin çeşitleri.

Koruma tedbiri iki çeşittir: 1) *Tutucu koruma tedbiri* değişikliğe engel olmak suretiyle eski durumu yaşatmağa çalışır, 2) *Önceleyici koruma tedbiri* ilerde gerçekleşecek durumu önceleyerek (daha önce gerçekleşecek duruma getirerek) belli bir işlemin tatbiki bir değeri olmasını sağlar. Eğer bu tedbirlere başvurulmazsa, o işlemin pratik bir değeri olmayacak, mücerret bir beyandan ibaret kalabilecektir. Bu iki çeşidi: 1) geçmişe yönelik koruma tedbiri, 2) geleceğe yönelik koruma tedbiri olarak da adlandırabiliriz.

²¹¹⁰ *Tosun* (I, 818) da *koruma tedbiri* terimini benimsemiştir. *Erem* (s. 411) ise “usul tedbiri” demektedir. Bu terim, “usul” dediği muhakeme hukukunda başvuru her tedbiri içine alacak kadar geniş olduğundan isabetli değildir. Kaldı ki Muhakeme Hukuku dışında da koruma tedbiri vardır. Sadece Muhakeme Hukukuna münhasır gibisi ad koymak doğru olmaz. *Yurtcan* (s. 255) ise *yargılama önlemleri* adını vermektedir. Önlem sözcüğü önlemeden geldiğine göre önleme tedbirlerini ifade eder. Koruma tedbirleri yerine kullanılamaz. Koruma ve önleme ayrı kavramlardır. *Yurtcan*’a göre, ceza muhakemesinde uygulanan önlem (yani tedbir) olduğunun belirtilmesi yetecektir. Diğer muhakeme dallarını da hesaba katarak, sadece muhakeme (veya *Yurtcan*’ın tabiri ile yargılama tedbiri mi diyeceğiz? Muhakeme hukuku dışındaki koruma tedbirleri ne olacak? Sonra, muhakeme hukukundaki tedbirlerin hepsi yan tehlikeden koruma amacını gütmüyor ki, “Gerçeği bulmaya yardım” amacı içine tanığa verilen yemin bile girer. “Yargılama önlemi” ile kastedilenler arasında bu da mı var? Sanığın duruşmadan savuşmasını önlemek için alınan tedbir de mi “gerçeği bulmaya yardım amacını” gütmekte? Görülüyor ki bu terim de *Erem*’in “usul tedbiri” terimi kadar isabetsiz. Tehlikenin yakın olduğu terimde koruma sözcüğü ile belirtilmezse, gecikmezlik niteliği nasıl açıklanabilir? Bizce yakın tehlike ve koruma kavramlarını kabul etmemek için her şeyden önce “tehlike tedbiri nazariyemiz” çürütülmelidir. Bunun çürütülmesinden vaz geçtik. Tartışılmasına da rastlamadık. Değil yakın olandan tehlikeden bile söz edildiğini görmedik.

²¹¹¹ Bu kararlara etkinlik kazandırmak üzere tazminat için kararın uygulanmamasının yeter görülmesi; kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların etkisinin araştırılmaması (İçBK: 22/10/79, RG 29/11/79), yani bu kararların iptal kararlarından özellikle geçici olmak ve haklı görünüşe dayanmak bakımlarından farklı oluşlarının gözden kaçırılması, çok yanlış olmuştur.

²¹¹² Borçlunun mal kaçırma yakın tehlikesinden korunmak üzere kabul edilmiş olan *hacizde* olduğu gibi (İİK 257), ihtiyatî sıfatı eklenerek *ihtiyatî haciz* denilmekle koruma tedbiri olan bu haczi, teminat tedbiri olan hacizden ayırma yolu tutulduğu vardır. Zaten bu *ihtiyatî hacizin* Fransızcası *sequestre* olduğundan *zapt* veya *elkoyma* denilmeli idi. Medenî Muhakemede ayrıca düzenlenmesine rağmen *delil tespiti* de bir ihtiyatî tedbir, yani koruma tedbiridir.

²¹¹³ Seçim muhakemesinde, Anayasa ilkelerine aykırı propaganda konuşmalarının millî güvenlik bakımından yasaklanması da bir çeşit koruma tedbiridir ve her yargılama organı gibi, Yüksek Seçim Kurulu da bu nitelikte tedbirlere başvurabilir. *Duran* (TRT de seçim propagandası konuşmaları üzerinde ön denetim, İDİİD 80, s. 25) bunu bir önleyici kolluk görevi sayarak karşı tezi ileri sürmektedir. Sanığın tutuklanması da kolluğun görevidir ama kararı yargılama makamı verir. Tehlikeli sonuç verecek bir idarî karar yerine getirmemek de koruma tedbiridir ama yerine getirmeyi durdurma kararını yargılama makamı verebilmektedir.

²¹¹⁴ Bu tedbir, taraflardan her birinin haklarını *korumak* için geçici olarak alınması gereken tedbir” diye tarif edilmektedir. Geçici koruma tedbiri denildiği de vardır (*Goldsworth*: Milletlerarası Adalet Divanında geçici tedbir kararları. İHFM 82-83, No. 1-4, s. 361). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de hakkında bireysel başvuru yapılmış olan bir Devlette ihtiyatî tedbir almasını «teklif» edebilir; kendisi ihtiyatî tedbir kararı alamaz: Komisyonun böyle bir teklifte bulunabilmesi için, ilk şart bireysel başvurunun yapılmış olmasıdır. Komisyon (şimdi Mahkeme) ilgili Devletle görüşmekte olan yargılama sırasında ihtiyatî tedbiri olarak, mesela hakkında bireysel başvuru yapılmış olan kararın yerine getirilmemesinin ihtiyatî tedbir olarak uygulamasını talep edebilir. 1999 yılına kadar sadece iade hukukuna ilişkin olarak *Soering*, *İngiltere*, *Altun-Almanya* ve *Lynos İsviçre* davalarında yapılan tavsiyeler, iadeyi engellememişken (*Frowein/Peukert* 1996, 526), *Öcalan*’ın yakalandıktan sonra, müdafileri ile görüştürülmemesi üzerine, 4 Mart 1999 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ihtiyatî tedbir alınmasını önerme kararı vermiştir.

Bu ayırım, muhakeme hukukunda başvuru koruma tedbirlerinde de kendisini gösterir. Gerçekten, hükmün verildiği zaman, hükme konu teşkil eden olay zamanından daima sonradır. Muhakemenin gerektirdiği bu süre zarfında bazı değişiklikler de olabilir. Bu değişikliklere, mümkün olduğu nispette, mâni olmak lâzımdır. Bunun da iki çaresi vardır. Birincisi, olay zamanı ile hüküm zamanı arasındaki süreyi mümkün olduğu kadar azaltmaktır. İkincisi de muhakeme sırasında meydana gelen değişiklikleri nazara almamaktır. Birincisine *muhakemenin yoğunlaşması (concentrazione del processo)*, ikincisine *kararın geçmişe uygulanırlığı (retroattività della decisione)* denilmektedir. Kararın geçmişe uygulanırlığı, geçmişteki olayı, sonradan meydana gelen değişiklikleri nazara almadan, aynen yaşatabilmek ve ona göre karar vermek demektir ki, bir imkân meselesidir. Bunu da temin edecek *tutucu koruma tedbiridir*. Bir diğer söyleyişle geçmişe yönelik koruma tedbiridir. Fakat muhakeme sonunda müşahhas olaya uygun bir hüküm vermekle tehlike tamamen savuşturulmuş olmaz. Verilen bu kararın yerine getirilememesi yakın tehlikesinden korunmak da gerekebilir. Bunun da vasıtası *önceleyici koruma tedbiridir*.²¹¹⁵ Bir diğer söyleyişle geleceğe yönelik koruma tedbiridir.

Tutucu olan koruma tedbirlerine muhakeme bakımından her ihtiyaç duyuldukça fakat her halde kesin hüküm verilinceye kadar başvurulduğu halde, önceleyici koruma tedbirlerine hükmün kesinleşmesinden sonra da başvurulabilir. Henüz yerine getirme (infaz) başlamamışsa ve yerine getirmeme yakın tehlikesi çıkarmışsa, koruma tedbirine başvurulur (No. 398, 496 IV).

Korunması gereken durumlar çok çeşitli olduğundan, bunların önceden görülemeyeceği ileri sürülerek, koruma tedbirleri çeşitlerinin kanunda gösterilmesi gerekmediği söylenmiştir.²¹¹⁶ Kanunumuz, bir eşyanın emniyet altına alınması tedbirini kabul etmekle beraber bunun nev'inin tayinini hâkime bırakmıştır. Ancak hürriyeti kısıtlayan tedbirlerin kanunlarda gösterilmesi büyük bir teminat olarak, kanunlar hatta Anayasalar tarafından kabul edilmiş ve bunların bazıları Anayasalar tarafından düzenlenmiştir.

360. KORUMA TEDBİRLERİNİN ÖZELLİKLERİ.

I. Vasıta oluş.

Koruma tedbirlerinin muhakeme hukuku bakımından vasıta oluş ve geçicilik olmak üzere iki özelliği vardır: Koruma tedbiri, kendi başına bir mana ifade etmeyen, muhakeme boyunca eski durumu yaşatmak veya verilecek kararın yerine getirilebilir olmasını sağlamak için kullanılan bir vasıttır. Muhakemenin bütünü bakımından olan bu vasıtalık, bazı defa doğrudan doğruya, bazı defa dolayısı ile dolayısı ile vasıta oluş, başka bir vasıtanın vasıtası oluşturur. Meselâ yakalama, tutuklama bakımından bir vasıttır. Vasıta oluş muhakemenin bütünü bakımındandır. Bu sebeple, koruma tedbirleri kesin bir şekilde sınıflandırılmamakta, sınıflandırmalar, hâkim vasıflara göre yapılmaktadır. Aynı sebeple, bu tedbirlerin değiştirilebilmesi, birinden diğerine geçilebilmesi, birkaçının bir arada uygulanabilmesi mümkündür.

II. Geçici oluş.

Koruma tedbirlerinin geçici oluşu, bazı defa, sadece zamanla sınırlama manasındadır. Örneğin yakalama, en yakın mahkemeye götürülmek için gerekli süre hariç, suçuna göre 24 saatten veya 4 günden fazla sürmeyecek (CMK 91), sanığın gözlem altına alınması uzatmalarla en çok üç ay devam edebilecektir (CMK 74). Yakalamada (yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç 24) saat ve toplu suçlarda 4 gün sınırı vardır (CMK 91/1). Ancak, geçicilik sürenin açıkça gösterilmesini gerektirmez. Zira geçicilik, bir tedbiri haklı gösteren sebebin kalmaması halinde o tedbirin nihayet bulmasını da ifade eder. Tutuklama kararı verilince, geçici olan “yakalama” tedbiri sona erdiği gibi, meselâ beraat hükmü verilince geçici olan “tutuklama” tedbiri de sona erer.

²¹¹⁵ Foschini, I, 500, 511. İlk dört basıda “cautela preventiva” karşılığı “önleyici koruma tedbiri” demiştik. Dördüncü basıda önleme ile koruma arasında, tehlikenin uzak veya yakın olmasına göre bir ayırım yaptıktan sonra, “önleyici koruma tedbiri”nin yersizliğini görerek, zaten ileride gerçekleşecek durumun öncelenmesi “anticipazione” söz konusu olduğunu (Foschini, I, 512, 525) düşünerek “önceleyici” demeyi tercih ettik.

²¹¹⁶ Carnelutti: Misura cautelari innominate. RDPr 49, II, 185 (Foschini, I, 510'dan nakil).

Geçici oluş, bir koruma tedbirinin sadece geri alınabilmesini gerektirmez. Tedbiri haklı gösteren tehlikenin çoğalmasa veya çok defa rastlandığı üzere azalması ile de orantılılık ilkesi gereği, yerini daha ağır veya daha hafif başka bir koruma tedbirine bırakır.

361. KORUMA TEDBİRLERİNİN ÖNŞARTLARI.

İnsan hak ve özgürlüklerini kısıtlayan koruma tedbirlerinin haklı görülebilmesi şu üç önşartın gerçekleşmesine bağlıdır: 1) *Gecikmezlik*, 2) *Haklı görünüş*, 3) *Orantılılık*.

Kanunlar bu önşartları, çok defa koruma tedbirinin çeşitlerine göre farklı şartlar öngörerek açıkça arar. Fakat bunların açıkça öngörülmediği koruma tedbirlerine rastlamak da mümkündür. Bu durum, bu tedbirlere bu önşartlar aranmadan başvurulabileceğini göstermez. Zira gözükmeseler de bunlar koruma tedbirlerinin hukukî temelinde yatmaktadır. Tedbir sadece kanuna değil, hukuka da uygun olmalı, bir diğer söyleyişle *haklı* olmalıdırlar (No. 309).

I. Gecikemezlik.

Her koruma tedbiri az veya çok da olsa hak ve özgürlükleri sınırlandırır. Muhakeme hukukundaki koruma tedbirleri de uyuşmazlığın esasını inceleyip çözmeye henüz vakit olmadan başvurulmuş bir tedbir olduğundan, bu sınırlama, hak ve özgürlüklerden yapılan bu fedakârlık, koruma tedbirinin bedeli olarak kabul edilir. Bu bedel ise *tedbire gecikmeden başvurma zarureti* veya kısaca *gecikemezlik*²¹¹⁷ ile haklı görülebilir. Bu önşart çok defa *gecikmede tehlike* (*periculum in mora*) diye ifade edilir. Bu terimin çok rastlanıldığı gibi *gecikmede sakınca* (CMK 135/1) diye Türkçeleştirilmesi isabetsizdir.²¹¹⁸ Gecikemezlik için tehlikenin mümkün olması yetmez, muhtemel olmalıdır. Herhangi bir muhtemel tehlike de yeterli sayılmaz, derhal müdahale edilmediği takdirde korkulan zararın meydana gelmesi ihtimalinin varlığını, bir surette kabul ettirilecek müşahhas ve fiilî unsurlarla belirlenen bir tehlike söz konusu olmalıdır.²¹¹⁹

Ceza Muhakemesi Kanunu, a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesi uyandıran *somut deliller* varsa²¹²⁰, b) davranışları delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında *kuvvetli şüphe* oluşturuyorsa”, ibareleri ile, *tehlike önşartını* ifade etmiştir (CMK 100/2).

Bu konuda suçun veya cezanın ağırlığına²¹²¹ veya suçun meşhurluğuna bakıldığı da vardır. CMK *suçun ağırlığı* ölçütünü kendisi takdir ederek, ağır suçları katalog halinde listelemiş (CMK 100/3) ve bu suçlarda sadece *suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin* varlığı halinde, tutuklama nedeninin var sayılabilmesini kabul etmiştir.²¹²² Yakalama için de *kişiyi suç işlerken rastlanması ve suçüstü fiilden dolayı izlenen kişinin, kaçma olasılığı bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması*, ölçüt olarak alınmıştır (CMK 90).

²¹¹⁷ Gecikmezlik; *urgence, urgenza*.

²¹¹⁸ Anayasa, yakalama dolayısı ile, zarar ihtimali demek olan tehlike yerine, tehlike (*danger, péril*) ile mahzur (*inconvenient*) arasındaki farka dikkat etmeden “gecikmede sakınca” tâbirini kullanmıştır (AY 19/3). Sakınca, mahzur karşılığıdır ve tehlikeye nazaran çok geniştir. Nezaket kaidelerine aykırılıklar dahi sakınca kavramına girer. Koruma tedbirleri için önşart olan “*periculum*” ise daha dar olup, ancak ağır sakınca yani tehlikedir. Anayasa dar olan tehlike kavramını genişletmek için sakınca demediğine ve tehlike sayılmayacak derecede olan mahzurları koruma tedbiri için yeter görmek doğru olmayacağına göre biz “geciktirmede tehlike” demeği uygun buluyoruz.

²¹¹⁹ *Foschini*, I, 506.

²¹²⁰ Gecikmede tehlike önşartını, kanunlar çok defa öngördükleri şartlar için belirledikleri ölçülerle ararlar. Meselâ mülga CMUK, “sanığın kaçma şüphesini uyandıracak vakıalar bulunması” gecikmede tehlike olduğunu gösteren ölçülerden biri olarak tutuklama adli koruma tedbirinin şartları arasında gösterilmişti (CMUK “92-3842” 104).

²¹²¹ Meselâ mülga kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda veya sanığın ikametgâh veya meskeninin bulunmaması veya kim olduğunu ispat edememesi durumunda sanığın kaçacak sayılarak tutuklanması için kaçma şüphesini uyandıracak olaya ihtiyaç duyulmaması (CMUK 104), yakalama için suçun meşhurluğunun yetmesi (CMUK 127), bu hallerde gecikmezliğin varlığının kanun koyucu tarafından kabul edildiğini göstermektedir. CMK bu istisnayı katalog suçlar ihdas ederek genişletmiştir (CMK 100/3).

²¹²² Katalog suçtaki bu istisnanın AİHM'nin *Buzadji* kararından sonra hukuki geçerliğini kaybettiğine ilişkin açıklamalar için bkz.: No. 365/II,2,ç.

Gecikmede tehlike tabiri, sanıldığı²¹²³ kadar, geniş değildir. Zira hem tehlikenin yakın olması şarttır (No. 359), hem hangi koruma tedbiri için söz konusu ise gecikme ve tehlikesi ona göre hesaplanacaktır.²¹²⁴ Bazı defa kanun koyucu gecikmede tehlike olup olmadığının araştırılmasını hâkime bırakır.²¹²⁵

Koruma tedbirleri gecikmez²¹²⁶ olduğundan, yetki bakımından çıkan uyuşmazlıkların çözülmesi beklenemez. Bu nedenle hukuk davalarında adli veya idari yargı mercilerince verilmiş bulunan tedbirlere, yetki konusunda son kararı alan yargılama makamının başvurabilmesi kabul olunmuştur (UMK 23).

II. Haklı görünüş.

Koruma tedbiri bir *tehlike tedbiri* olduğundan, bir hakkın tehlikede olmasını gerektirir. Ancak hakkın bulunup bulunmadığının araştırılması zaman alacağından ve koruma tedbirindeki yakın tehlike gecikmeye müsaade etmediğinden, önleme tedbirinden farklı olarak, haklı görünüşle (*apparenza giuridica*) yetinme zorunludur. Bunun içindir ki, meselâ ihtiyatî hacze karar verilirken hakka değil, haklı görünüşe bakılır. Medeni Muhakeme Hukukunda da durum aynıdır.²¹²⁷ Korunması düşünülen bir muhakeme durumunun gerçekleşeceğinin muhtemel görülmesi ve bu ihtimali gösteren sebeplerin bulunması aranır.

Bunun için bu önşarta “ihtimal sebepleri” demek de mümkündür. Muhakemenin her dalında söz konusu olabilen “ihtimal sebepleri”, ceza muhakemesinde “suçluluk şüphesi sebepleri” olarak gözüktür ve isnadın esası hakkında bir araştırmayı gerektirir. Bu araştırma elbet, ileride mahkûmiyet ihtimalinin %100 olduğunu tespit etmek değildir. Ancak koruma tedbirine başvurabilmesi için, tedbirin korumak istediği durumun ileride gerçekleşeceğinin sadece mümkün olması yetmez, muhtemel görülmesi de lâzımdır. Gerçekten, muhakeme bir şüphe ve tereddüt safhasıdır. Şüpheden belliliğe gidilmesi, şüphenin yenilmesi, uyuşmazlığın doğrudan doğruya çözülmesi demektir (No. 141, 146). Hükümden önce alınan koruma tedbirleri bu sebeple isnat olunan suç konusunda belliliğe dayanacak değildir. Ancak herhangi bir şüphe de “imkân” olarak kaldıkça, hak ve hürriyetleri kısacak olan koruma tedbirlerinin alınmasını haklı göstermeyecektir. Bu tedbirlerin alınması için imkân değil, daha fazla bir şey olan *ihimal* aranacaktır.

III. Orantılılık.

Gecikmede tehlike ve haklı görünüş gibi iki değişken temele dayanarak muhakemeyi zarardan korumak amacı ile hak ve hürriyetlerden fedakârlık pahasına bir koruma tedbiri uygulanmasına karar vermek, bir riski göze almak demektir. Böyle bir tedbirin *haklı*, dolayısı ile *caiz* görülebilmesi için,

²¹²³ Savcıya yemin verdirme yetkisini kaide olarak veren 1985 değişikliğinden önce bu yetki istisna olarak verilmekte ve gecikmede tehlike hali de bu istisnalardan biri olarak gösterilmekte idi. *Erem* bu vesile ile bu ibarenin genişliğinden şikâyet etmişti (5. bası, n, 227).

²¹²⁴ Meselâ savcının bilirkişi incelemesi yaptırması için aranan gecikmezlik (CMK 66/2), sulh hâkimine başvurmağa da vakit olmamasıdır. Eğer bu kadar beklebiliyorsa, gecikmezlik yok demektir.

²¹²⁵ Mülga Kanunda bu konuda çeşitli tabirler kullanılmış, 'tehirinde zarar umulan' (CMUK 158), 'tehirinde mazarrat umulan' (CMUK 92, 127) 'tehirinde mazarrat görülen' (CMUK 96) denilmiştir. Umut'tan gelen 'ummak' ta iyi bir şey söz konusu olduğundan, zarardan ancak korkulacağından, 'gecikmesinde zarar olacağından korkulan haller' denilmeli idi. En iyisi, objektif olarak, 'gecikmede tehlike varsa' demektir. Ceza Muhakemesi Kanunu değişmiş, fakat 'tehlike' kelimesi henüz yasaya dahil edilmemiştir.

²¹²⁶ Bazı defa kanun koyucu gecikmede tehlike olup olmadığının araştırılmasını hâkime bırakır. Mülga Kanunda bu konuda çeşitli tabirler kullanılmış *tehirinde zarar umulan* (CMUK 158), *tehirinde mazarrat umulan* (CMUK 92, 127), *tehirinde mazarrat görülen* (CMUK 96) denilmiştir. Umut'tan gelen *ummak* da iyi bir şey söz konusu olduğundan, zarardan ancak korkulacağından, *gecikmesinde zarar olacağından korkulan haller* denilmeli idi. En iyisi, objektif olarak, *gecikmede tehlike varsa* demektir.

²¹²⁷ Meselâ *Postacıoğlu* buna “hakkın varlığının hakikate mukarin olduğunun gösterilmesi” demektedir (s. 488). *Milletlerarası Adalet Divanı*'nın benimsediği, Anglosakson muhakeme hukukundaki “*prima facie*” ispat da (*Goldsworthy*: *Milletlerarası Adalet Divanında geçici tedbir kararları*, İHFM, 82-83, No. 1-4, s. 367) hukukî görünüşten pek farklı değildir. Ancak Divanın “makul bir *ihimal*” “reasonably probable” yerine “*imkân*” “*possibly*” ile yetinmesini aşırı bulmaktayız.

bütün tehlike tedbirlerinde olduğu gibi²¹²⁸, riski mümkün olduğunca azaltmak, bunun için de amaç ile kullanılacak araç arasında bir denge, karşılıklı bir uygunluk aramak veya Anayasamızın 13. maddesine 2001 yılına 4709 sayılı Kanunla giren ölçülülük (*tenasüp, proportionnalité*²¹²⁹) gerekmektedir. Bunun da anlamı, aracın amaçtan daha değerli olmaması kadar, daha az değerli bir araçla amaca ulaşılabilecekse onun tercih edilmesi, kısaca, gerekenden daha değerli araç kullanılmamasıdır.²¹³⁰

Ceza Muhakemesi Kanunu da sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda (kasten yaralama ve sağlık personeline karşı işlenen suçlar hariç!!!) tutuklamanın yasaklanmasını (CMK 100/4) ve adli kontrolü kabul etti (CMK 109) ayrıca ölçülülük ilkesine de yer verdi (CMK 100/1).

Muhakeme hukuku koruma tedbirlerinde amaç, yakın tehlikenin doğurabileceği zarar ihtimalinden yani riskten muhakemeyi korumaktır. Araç ise koruma tedbiri ve dolayısı ile hak ve hürriyetlerde yapılmak zorunda kalınan kısıtlamalardır ki bunu da önleme tedbiri olan sigortadaki prime, bir diğer söyleyişle risk karşılığı ödenen bedele benzetebiliriz. Bunların orantılı olmaları, yani aralarında bir uygunluk, bir denge bulunması, yukarıda sözünü ettiğimiz iki değişken temelin, her karar verişte iyice belirlenmesine göre farklı sonuçlar doğurabilecektir. Bu demektir ki bedel, her seferinde, hem tehlikeden daha doğrusu ihtimali bizi korkutan zarardan daha fazla değerli olmamalı, hem de hakkı aramayıp haklı görünüşle yetinerek şüphe sebeplerine baktığımızdan, bu sebeplerin kuvveti ile de bir orantı aranmalı, şüphe sebeplerinin kuvveti azsa, ödenen bedel de az olmalıdır.

Bedel ile risk arasındaki dengeyi, zorunluluğu yaratan ihtiyaç ile, alınan tedbir arasındaki uygunluk olarak da ifade edebiliriz. İhtiyaç da, değişken temellerden birincisi olan gecikmede tehlike esas alındığından, doğacağından korkulan zararın ağırlığına, ikincisi olan haklı görünüş de zarar ihtimalinin kuvvetine göre değişeceğinden, uygunluk konusunda her karar alışta bu iki değişken temelin iyice belirlenmesi gerekmektedir.

Biz bu nedenlerle, artık koruma tedbirlerinin üçüncü ön şartı olarak açıkça gösterdiğimiz²¹³¹ orantılılık kavramını; *hak ve hürriyetlerden kısıntı olarak ödenen bedel ile, bir yandan korkulan zararın ağırlığı, bir yandan da zarar ihtimalinin kuvveti arasında, ihtiyacın gerektirdiği ölçüde ikili bir denge aranması* diye tarif ediyoruz.

Koruma tedbirlerinin vasıta oluş ve gecikmezlik özellikleri, bu dengenin zamanla değişmesinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten, orantılılık araştırması sadece tedbire karar verilirken söz konusu değildir. Muhakemenin gidişi şüpheli veya sanık lehine gelişir ve koruma tedbirinin alınmasını gerektiren ihtimalin derecesi ile muhtemel zararın ağırlık derecesi gereken orantılılığın altına düşerse ya tedbir kararı geri alınacak yahut az zarara uygun daha az ağır bir tedbire başvurulacaktır. Muhakemenin gidişi şüpheli veya sanık aleyhine gerçekleştiğinde de daha önce uygun bulunmuş olan koruma tedbiri yerini daha ağırlına bırakacaktır.

²¹²⁸ AİHM, insan haklarının kısıtlanması için Sözleşmenin zorunluluk (*nécessité*) aradığı hallerde, mutlak bir sosyal ihtiyaç yüzünden alınan her tedbir ile haklı amaç arasında orantı olmasını aramaktadır (Meselâ *Müller ve diğerleri* dâvası, 24/5/88 n. 40-44; *Olsson* dâvası, 24/3/88 n. 82-83; *Schönenberger ve Durmaz* dâvası, 20/6/88 n. 27-30; *Leander* dâvası, 36/3/87 n. 58; *Berrenhab* dâvası, 21/6/88 n. 27-29).

²¹²⁹ Atılan taşın kurbağaya veya varılan sonucun katlanılan zahmete *değmesinde* görüldüğü gibi, *proportionnalité* kelimesini Türkçeye *karşılıklı değerlik, denklik* veya *dengelilik* diye çevirmek maksadı daha iyi ifade edebilecekse de, hem nispet hem de parçaların birbirleriyle ve bütünle ahenkli oluşu demek olan *tenasüp* anlamına geldiğini belirtmek suretiyle, nispeten alışılmış olan *orantılılık* sözcüğünü kullanmakta devamı tercih etmiştik. Ancak, Anayasada (m.13) *ölçülülük* terimi kullanıldığı için, biz de bunu benimsedik.

²¹³⁰ Mülga kanunumuz (CMUK “92-3842” 104) tutuklama kararının verilmesinin şartları arasında, orantılılığı da aramakta idi: “Soruşturma konusu fiilin önemi veya uygulanabilecek ceza veya emniyet tedbiri dikkate alındığında tutuklama haksızlığa sebep olabilecekse veya tutuklama yerine bir başka yargılama önlemi ile amaca ulaşılabilecek ise, tutuklamaya karar verilemez”.

²¹³¹ İlk sekiz basıda orantılılığı, kendisinden bu konuda esinlendiğimiz *Foschini* gibi (I, 506) biz de gecikmezlik ve haklı görünüşün gereği olduğu düşüncesiyle, onlarla birlikte açıklamıştık. Ayrıca belirtmenin öğreti açısından daha yararlı olacağını ve böylece koruma tedbirlerinin gelişi güzel, yerli yersiz uygulanmasını önleyebileceğini umarak artık açıkça ve üçüncü ön şart olarak gösteriyoruz.

362. KORUMA TEDBİRLERİNİN SINIFLANDIRILMASI.

I. Genel Tasnif.

Koruma tedbirleri, *klasik ve modern* ayrımı dışında, Muhakeme Hukuku ve Muhakeme-dışı Hukuk koruma tedbirleri diye ikiye ayrılır. Birinciler de muhakemenin çeşitlerine göre (No. 10) bölümlere ayrılır.

Ceza yargılaması makamları, kaide olarak, sadece ceza muhakemesi koruma tedbirlerini alabilirler. Medenî muhakeme koruma tedbirlerini, istisna olarak, medenî dâvalara baktıkları zaman alabilecektir.²¹³² Medenî muhakemede düzenlenen *delil tespiti* adlı koruma tedbirinin sonuçlarından ceza muhakemesinde de faydalanılabilecektir.

Ceza muhakemesi koruma tedbirleri de gaye bakımından, diğerleri gibi (No. 359), tutucu ve öneleyici diye ikiye ayrılabilir.

Ceza muhakemesindeki koruma tedbirlerinin diğer tedbirlerden ayırt edilmesi ve sistemli bir şekilde incelenmesi konusunda çalışmalar henüz pek azdır. Ayırıcı kıstasları kesin olarak tayin etmeğe imkân yoktur, zira bir işlem hem koruma tedbiri hem de başka bir tedbir niteliği taşıyabilir. Meselâ delillerin muhafaza edilebilmesi için önce elde edilmesi lâzımdır. Bu sebeple, arama işleminin *tutucu koruma tedbiri* olduğundan şüphe yoktur. Ancak, aramanın delil toplama için yapılan bir soruşturma işlemi olduğu da açıktır.

Ceza muhakemesi koruma tedbirleri kişi özgürlüğünü²¹³³ kayıtlıdır (No. 363-385) ve kayıtlı olmayanlar (No. 387-403) diye de ikiye ayrılabilir.

II. Katalog Suçlarda Uygulanabilen Koruma Tedbirleri ve Özel Muhakeme Usulleri.

Kanun koyucu temel hakların sınırlandırılması için hâkim kararı arayarak özel bir güvence sağlamıştır. Temel haklara daha ağır müdahale oluşturan koruma tedbirleri açısından ise, tedbirin sadece liste halinde saydığı suçlarda uygulanmasına izin vererek, mukayeseli hukuktaki düzenlemeler²¹³⁴ gibi katmerli bir güvence sistemi oluşturmuştur.

Bu katmerli güvencenin yanında, uzlaştırma (No. 431), seri muhakeme (No. 435) ve basit yargılama (No. 436) gibi özel muhakeme usulleri gibi özel usuller belli suçlarda uygulanır hale gelmiştir. Aşağıda, suçlardan yola çıkılarak, hangi suçlarda hangi muhakeme hukuku işlemlerinin yapılabildiğini ve hangi muhakeme usulünün uygulanacağını gösteren bir liste verilmektedir.

TCK 76; Soykırım: Tutuklama (CMK 100), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).

TCK 77; İnsanlığa karşı suçlar: Tutuklama (CMK 100), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).

TCK 78; Soykırım ve insanlığa karşı suç örgütleri: Katalog suç tutuklaması (CMK 100), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2),

TCK 79; Göçmen kaçakçılığı: Katalog suç tutuklaması (CMK 100), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2), Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1)

²¹³² Kamu dâvası açılmadan önce suçtan zarar gören medenî muhakeme koruma tedbiri aldırarak isterse medenî yargılama makamlarına başvuracaktır (4. CD 4/10/66, Ç. III, 295).

²¹³³ Anayasada “kişi hürriyeti” (AY 19), “kişi dokunulmazlığı” (AY 17) ve tutuklama ile yakalama dolayısı ile de “kişi güvenliği” (AY 19) tabirleri kullanılmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde (İHEB 3) ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde (İHAS 5) kullanılan “kişi güvenliği” hürriyetten ayrı bir kavramdır ve şahsına tecavüz edilemeyeceğinden emin olma manasındır. Tutuklama ve yasaklama konusundaki insan hakları hem kişi hürriyetini hem kişi güvenliğini koruma amacını gütmektedir (AİHM: *Bozano* dâvası, 18/12/86, n. 54). Ancak bu tedbirlerle kısıtlanan hak sonuçta kişi hürriyeti olduğundan, biz koruma tedbirlerini tasnifte sadece kişi hürriyeti kıstasını tercih ettik.

²¹³⁴ [Kingreen/Poscher 2024 ???](#)

TCK 80; İnsan ticareti: Katalog suç tutuklaması (CMK 100), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2), Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4); Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1)

TCK 81; Kasten öldürme: Kolluk amirini emri ile idari gözaltı (CMK 91/4), Katalog suç tutuklaması (CMK 100), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2).

TCK 82; Nitelikli kasten öldürme: Kolluk amirini emri ile idari gözaltı (CMK 91/4), Katalog suç tutuklaması (CMK 100), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2).

TCK 83; Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi: Katalog suç tutuklaması (CMK 100), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2).

TCK 85; Taksirle öldürme: Kolluk amirini emri ile idari gözaltı (CMK 91/4).

TCK 86; Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç): Uzlaştırma (CMK 253/1); Kolluk amirini emri ile idari gözaltı (CMK 91/4); Katalog suç tutuklaması (CMK 100)

TCK 86/3; Kasten yaralama (TCK 86, fıkra 3, bent b, e ve f ve Kadına karşı işlenen kasten yaralama suçu, sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sırasında veya görevleri dolayısıyla işlenen kasten yaralama suçu): Katalog suç tutuklaması (CMK 100).

TCK 87; Neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama: Kolluk amirini emri ile idari gözaltı (CMK 91/4), Katalog suç tutuklaması (CMK 100).

TCK 88; Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi: Uzlaştırma (CMK 253/1).

TCK 89; Taksirle yaralama: Uzlaştırma (CMK 253/1).

TCK 91; Organ veya doku ticareti: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1).

TCK 94; İşkence: Katalog suç tutuklaması (CMK 100), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8).

TCK 95; Neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence: Katalog suç tutuklaması (CMK 100), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8)

TCK 102; Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, TCK 102): Katalog suç tutuklaması (CMK 100), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2).

TCK 102; Cinsel saldırı: Kolluk amirini emri ile idari gözaltı (CMK 91/4).

TCK 103; Çocukların cinsel istismarı: Kolluk amirini emri ile idari gözaltı (CMK 91/4), Katalog suç tutuklaması (CMK 100), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2).

TCK 106/1; Tehdit: Uzlaştırma (CMK 253/1).

TCK 116; Konut dokunulmazlığının ihlali: Uzlaştırma (CMK 253/1).

TCK 117/1; İş ve çalışma hürriyetinin ihlali: Uzlaştırma (CMK 253/1).

TCK 119; İş ve çalışma hürriyetinin ihlalinde ortak hüküm; birden fazla kişi birlikte işlenmesi (TCK 119, birinci fıkra (c) bendi): Uzlaştırma (CMK 253/1)

TCK 125/3; Hakaret: İstinaftan sonra temyiz edilebilme olanağı (CMK 286/3).

TCK 141; Hırsızlık: Kolluk amirini emri ile idari gözaltı (CMK 91/4), Katalog suç tutuklaması (CMK 100), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2), CMK 253/1).

TCK 142; Nitelikli hırsızlık: Kolluk amirini emri ile idari gözaltı (CMK 91/4), Katalog suç tutuklaması (CMK 100), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8).

TCK 148; Yağma: Kolluk amirini emri ile idari gözaltı (CMK 91/4), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2), Katalog suç tutuklaması (CMK 100), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8).

TCK 149; Nitelikli yağma: Kolluk amirini emri ile idari gözaltı (CMK 91/4), Katalog suç tutuklaması (CMK 100), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).

TCK 154/2, 3; Hakkı olmayan yere tecavüz: Seri muhakeme (CMK 250/1).

TCK 155; Güveni kötüye kullanma: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2), Uzlaştırma (CMK 253/1).

TCK 157; Dolandırıcılık: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2), Uzlaştırma (CMK 253/1).

TCK 158; Nitelikli dolandırıcılık: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).

TCK 161; Hileli iflas: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).

TCK 165; Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi: Uzlaştırma (CMK 253/1).

TCK 170; Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması: Seri muhakeme (CMK 250/1).

TCK 174; Tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi: Postada elkoyma (CMK 129/3).

TCK 179/2 ve 3; Trafik güvenliğini tehlikeye sokma: Seri muhakeme (CMK 250/1).

TCK 183; Gürültüye neden olma: Seri muhakeme (CMK 250/1).

TCK 188; Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti: Gizli soruşturmacı görevlendirme (CMK 139/7).

TCK 188; Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti: Kolluk amirini emri ile idari gözaltı (CMK 91/4), Katalog suç tutuklaması (CMK 100), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Postada elkoyma (CMK 129/3), Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).

TCK 195; Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma: Kolluk amirini emri ile idari gözaltı (CMK 91/4).

TCK 197; Parada sahtecilik: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).

TCK 197/2 ve 3; Parada sahtecilik; Seri muhakeme (CMK 250/1).

TCK 203; Mühür bozma: Seri muhakeme (CMK 250/1).

TCK 206; Resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan: Seri muhakeme (CMK 250/1).

TCK 213; Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit: İstinaftan sonra temyiz edilebilme olanağı (CMK 286/3).

TCK 214; Suç işlemeye tahrik: İstinaftan sonra temyiz edilebilme olanağı (CMK 286/3).

TCK 215; Suçu ve suçluyu övme: İstinaftan sonra temyiz edilebilme olanağı (CMK 286/3).

TCK 216; Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama: İstinaftan sonra temyiz edilebilme olanağı (CMK 286/3).

- TCK 217; Kanunlara uymamaya tahrik: İstinaftan sonra temyiz edilebilme olanağı (CMK 286/3).*
- TCK 217/A; Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma: İstinaftan sonra temyiz edilebilme olanağı (CMK 286/3).*
- TCK 220; Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç): Katalog suç tutuklaması (CMK 100), Gizli soruşturmacı görevlendirme (CMK 139/7).*
- TCK 220; Suç işlemek amacıyla örgüt kurma: Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).*
- TCK 220/3; Silahlı suç örgütü: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1).*
- TCK 227; Fuhuş: Kolluk amirini emri ile idari gözaltı (CMK 91/4), Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1).*
- TCK 228; Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama: Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4).*
- TCK 228/1; Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama: Seri muhakeme (CMK 250/1).*
- TCK 232; Aynı konutta yaşayana kötü muamele: Kolluk amirini emri ile idari gözaltı (CMK 91/4).*
- TCK 234; Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması: Uzlaştırma (CMK 253/1).*
- TCK 235; İhaleye fesat karıştırma: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).*
- TCK 236; Edimin ifasına fesat karıştırma: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).*
- TCK 239; Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgilerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç): Uzlaştırma (CMK 253/1).*
- TCK 241; Tefecilik: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1).*
- TCK 247; Zimmet: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).*
- TCK 250; İrtikap: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).*
- TCK 252; Rüşvet: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).*
- TCK 268; Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması: Seri muhakeme (CMK 250/1).*
- TCK 282; Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama: Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1).*
- TCK 299; Cumhurbaşkanına hakaret: İstinaftan sonra temyiz edilebilme olanağı (CMK 286/3).*
- TCK 300; Devletin egemenlik alametlerini aşağılama: İstinaftan sonra temyiz edilebilme olanağı (CMK 286/3).*
- TCK 301; Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama: İstinaftan sonra temyiz edilebilme olanağı (CMK 286/3).*
- TCK 302; Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak: İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), Katalog suç tutuklaması (CMK 100), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).*
- TCK 303; Düşmanla iş birliği yapmak: Katalog suç tutuklaması (CMK 100), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).*

TCK 304; Devlete karşı savaşa tahrik: Katalog suç tutuklaması (CMK 100), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).

TCK 305; Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (TCK 305), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2); Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).

TCK 306; Yabancı devlet aleyhine asker toplama: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).

TCK 307; Askeri tesisleri tahrip ve düşman askeri hareketleri yararına anlaşma: Katalog suç tutuklaması (CMK 100), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).

TCK 308; Düşman devlete maddi ve mali yardım: Katalog suç tutuklaması (CMK 100), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).

TCK 309; Anayasayı ihlal: Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2), Katalog suç tutuklaması (CMK 100), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1).

TCK 310; Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı: Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2), Katalog suç tutuklaması (CMK 100), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).

TCK 311; Yasama organına karşı suç: Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2), Katalog suç tutuklaması (CMK 100), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1).

TCK 312; Hükümete karşı suç: Katalog suç tutuklaması (CMK 100), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2).

TCK 313; Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine karşı silahlı isyan: Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2), Katalog suç tutuklaması (CMK 100), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1).

TCK 314; Silahlı örgüt: Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2), Katalog suç tutuklaması (CMK 100), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4), Gizli soruşturmacı görevlendirme (CMK 139/7), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2), İstinaftan sonra temyiz edilebilme olanağı (CMK 286/3).

TCK 315; Silah sağlama: Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2), Katalog suç tutuklaması (CMK 100), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4), Gizli soruşturmacı görevlendirme (CMK 139/7), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2).

TCK 316; Suç için anlaşma: Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1).

TCK 318; Halkı askerlikten soğutma: İstinaftan sonra temyiz edilebilme olanağı (CMK 286/3).

TCK 326; Devletin güvenliğine ilişkin belgeler: Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2).

TCK 327; Devletin güvenliğine ilişkin belgeleri temin etme: Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2).

TCK 328; Siyasal veya askeri casusluk: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2), Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2).

TCK 329; Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2), Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2).

TCK 330; Gizli kalması gereken bilgileri açıklama: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2), Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1) İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2).

TCK 331; Uluslararası casusluk: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2), Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2).

TCK 333; Devlet Sırlarından yararlanma, Devlet hizmetlerinde sadakatsizlik: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2), Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2).

TCK 334; Yasaklanan bilgileri temin: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2), Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2).

TCK 335; Yasaklanan bilgilerin casusluk maksadıyla temini: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2), Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2).

TCK 336; Yasaklanan bilgileri açıklama: Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2), Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2).

TCK 337; Yasaklanan bilgileri siyasal veya askeri casusluk maksadıyla açıklama: Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2), Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2)

TMK; Terörle Mücadele Kanunu'nda yer alan suçlarda kolluk amiri idari gözaltı kararı verilebilir (CMK 91/4)

TMK 7/3; Terörle Mücadele Kanunu'nun 7 nci maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen suçlarda katalog suç tutuklaması yapılabilir (CMK 100).

TMK 6/2 ve 4, 7/2; Terörle Mücadele Kanunu'nun 6 ncı maddesinin ikinci ve dördüncü fıkrası ile 7 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlarda istinaftan sonra temyiz edilebilme olanağı vardır (CMK 286/3)

2911 sK m, 33; Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 33 üncü maddesinde sayılan suçlar. Katalog suç tutuklaması (CMK 100)

2911 sK m, 33/1-a; Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 33 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen suçlar. Kolluk amirini emri ile idari gözaltı (CMK 91/4)

2911 sK. m. 28/1, 31 ve 32; Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28 inci maddesinin birinci fıkrası, 31 inci maddesi ve 32 nci maddesinde yer alan suçlar. İstinaftan sonra temyiz edilebilme olanağı (CMK 286/3)

Toplumsal olaylar sırasında işlenen cebir ve şiddet içeren suçlar. Kolluk amirini emri ile idari gözaltı (CMK 91/4).

6136 sK m. 12; Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Kanununda tanımlanan silah kaçakçılığı, Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2); Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2); Postada elkoyma (CMK 129/3); Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4); İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8); Katalog suç

tutuklaması (CMK 100); Gizli soruşturmacı görevlendirme (CMK 139/7); Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1); Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2).

6136 sK m. 13; Postada elkoyma (CMK 129/3).

6136 sK m. 13/1 ve 3, 15/1, 2; Seri muhakeme (CMK 250/1).

2005-5411 sayılı Bankacılık Kan. 160 ıncı maddesinde tanımlanan zimmet suçu. Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2)

Bankalar Kan. 22'nci maddesinin 3. ve 4. fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4); İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8); Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2); Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2); Katalog suç tutuklaması (CMK 100).

İl İdaresi Kanunu'na dayanılarak ilan edilen sokağa çıkma yasağını ihlal etme. Kolluk amirini emri ile idari gözaltı (CMK 91/4)

Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan suçlar. Soruşturma dosyasını kısıtlama kararı (CMK 153/2)

Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2),

Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 3 üncü maddesinde belirtilen suçlar. Kolluk amirini emri ile idari gözaltı (CMK 91/4)

Kooperatifler Kanunu'nun ek 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde belirtilen suç. Seri muhakeme (CMK 250/1).

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 67 nci maddesinde tanımlanan suçlar. Postada elkoyma (CMK 129/3)

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 nci maddesinde tanımlanan suçlar. Tutuklama (CMK 100), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Postada elkoyma (CMK 129/3), Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Gizli soruşturmacı görevlendirme (CMK 139/7), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2),

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 74 üncü maddesinde tanımlanan suçlar. Tutuklama (CMK 100), Taşınmazlara elkoyma (CMK 128/2), Şirket yönetimi için kayyım tayin (CMK 133/4), İletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), Gizli soruşturmacı görevlendirme (CMK 139/7), Teknik araçlarla izleme (CMK 140/1), Zorlama amaçlı elkoyma (CMK 248/2),

Orman Kanununun 93 üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç. Seri muhakeme (CMK 250/1).

Orman Kanununun 110 uncu maddesinin dört ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları. Katalog suç tutuklaması (CMK 100).

Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanunun 2 nci maddesinde belirtilen suç. Seri muhakeme (CMK 250/1).

Koruma tedbirleri hakkındaki bu genel açıklamalardan sonra, tutuklama (45. §), yakalama (46. §), arama ve iletişimin denetlenmesi (51. §) gibi koruma ve araştırma tedbirlerini ayrıntılı olarak açıklamak istiyoruz.

45. § 1. TUTUKLAMA ve ADLİ KONTROL

363. Tutuklama: a) Gayesi ve niteliği. 364. b) Tutuklamanın ihtiyarîliği. 365. c) Tutuklamanın şartları. 366. ç) Tutuklama kararı ve infazı. 367. d) Tutuk hakkında yapılacak işlemler. 368. e)

Tutuklama tedbirlerine devam zorunluğunun araştırılması. 369. f) Tutuklamaya ilişkin kararlara itiraz. 370. g) Tutuklama kararının geri alınması ve hükümsüz kalması. 371. h) Adli kontrol. 372. ı) Adli kontrol ve güvence yükümüne uymamanın sonuçları. 373. i) Güvencenin geri verilmesi. 374. j) Özel tutuklama halleri. 375. k) Haksız tutuklananlara tazminat verilmesi.

363. a) TUTUKLAMAMANIN GAYESİ VE NİTELİĞİ.

I. Tutuklama kavramı.

Tutuklama muhakeme hukuku açısından zorunlu hallerde hâkimin verdiği karara dayanılarak henüz bir kesin hüküm ile hapis cezasına mahkûm olmayan bir sanığın kişi hürriyetinin kaldırılması, bir diğer söyleyişle tutuk durumuna sokulmasıdır. Tutuklamada, suç işlediği kuvvetli²¹³⁵ şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması halinde, şüpheli veya sanığın, kaçmasını veya delilleri karartmasını önlemek amacı²¹³⁶ ile, kişi özgürlüğü kesin hükümden önce, hâkim kararı ile kısıtlanmaktadır (CMK 100/1).

Mukayeseli hukuk *yeniden suç işleme tehlikesini* de tutuklama nedenleri arasında sayar. Tutuklama kararı verilebilmesi için, beş şartın (No. 365) bir arada gerçekleşmiş olması gerekir: 1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren *somut deliller* bulunmalıdır; 2) Bir *tutuklama nedeni* bulunmalıdır; 3) *Ölçülülük* ilkesine uyulmuş olmalıdır; 4) *Adli kontrol* tedbirinin uygulanması *mümkün olmamalıdır*. 5) Söz konusu suç açısından aranıyorsa, *ceza muhakemesi şartı da gerçekleşmiş* olmalıdır.²¹³⁷

Tutuklamanın zorunlu hallerde başvuru bir tedbir olduğu Anayasada da belirtilmiştir (AY 19/3). Tutuk, tutukevinde alıkonur. Kişi hürriyetinin kaldırılmasının tutuklama kararının yerine getirilmesinden başlayarak salıvermeye veya cezanın infazının başlamasına kadar devam eden durumuna *tutukluluk*²¹³⁸ denilir.

Tutuklama, onu haklı gösteren Muhakeme Hukuku gayesinin çeşidine göre ya *tutucu* ya da *önceleyici* (No. 359) bir koruma tedbiri niteliğini taşır. Sanığın ilerde cezadan kaçmasını önlemek gayesi ile yapılmışsa, ilerde verilmesi muhtemel mahkûmiyet hükmünün tatbiki bir değeri olabilmesini sağladığından *önceleyici* koruma tedbiridir. Delillerin karartılmasını, sanığın muhakemeden kaçmasını veya öldürülmesini önlemek gibi muhakemenin en isabetli bir sonuca varacak şekilde yapılmasını sağlayan gayelerle yapılan tutuklama ise *tutucu* bir koruma tedbiridir.

Eskiden, ceza muhakemesinin gayesi sanığı cezalandırmak iken (No. 12), tutuklamada cezalandırmak gayesi güdülmekte idi. Eski zihniyetin tesirinden kurtulamamış insanlar ve toplumlar, bugün de ceza verme gayesi ile²¹³⁹ sanığın tutuklanmasını istemekte dirler. Ancak, ceza muhakemesinin

²¹³⁵ Kanun “kuvvetli suç şüphesi” (CMK 100/1) terimini tercih ederken, basit şüphe ile tutuklama uygulamasının önünü kesmek istemiş ve bu şüphenin “olguya” dayanmasını emretmiştir (*Hakeri/Ünver* 2009, 168). Bu olgular muhakeme sonunda kişinin mahkûm olma olasılığının yüksek olduğunu göstermelidir (*Özbek, CMK İzmir Şerhi*, 2005, 347).

²¹³⁶ Tanık ve mağdur üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunulmasının önlenmesi, maddi gerçeğe ulaşılmasını sağlar (*Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan* 2007, 165).

²¹³⁷ *Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan* (2007, 108) bu şartları, ceza muhakemesi şartlarının gerçekleşmiş olması, sanığa teminat belgesinin verilmemiş olması (CMK 246), kuvvetli suç şüphesinin varlığı, oranlılık ilkesinin gerçekleşmesi, kanunda gösterilen tutuklama nedeninin varlığı ve tutuklama yasağı bulunmaması şeklinde kabul ederler. *Hakeri/Ünver* (2009, 167) ise, tutuklama şartlarını, maddi şartlar (kuvvetli suç şüphesini gösteren olgu + tutuklama nedeni) ve şekli şartlar (tutuklama yasağı bulunmaması, muhakeme engelinin bulunmaması, sanığa güvence belgesi verilmemiş olması, orantılılık ve hâkim kararı) şeklinde ikiye ayırırlar.

²¹³⁸ İlk beş basıda, tutukluk durumunu başlatan işlemi göz önünde tutarak *Kantar* (s. 114) ve *Yüce* (s. 81) gibi tutma demiştik. Tutuklama teriminin dilimizde yerleşmesi karşısında biz de onu kullanıyor, fakat bununla tutukluğun sadece başlamasını değil, sürmesini de ifade ediyoruz. Tutuklamak, bir kişiyi tutuk yapmak olduğuna göre, tutuklanana tutuk ve onun durumuna tutukluk denilmelidir. Anayasada tutuklu ve tutukluluk denilmesi yanlıştır. *Tosun* ilk iki basıda doğru olarak, “tutuk” demişti. Şimdi, çoğunluk gibi “tutuklu” demektedir (I, 858).

²¹³⁹ Bu ceza verme gayesi, ya sanığın cezalandırılmasına başlanmasını isteme şeklinde yahut cezanın Devlet otoritesini gösterip diğerleri üzerinde ibret dersi olması veya halkın adalet hislerini yatıştırması gayesini isteme şeklinde tecelli eder. Birincide ceza gayesi açıktır. Diğerleri ise cezaya mahsus gayeler olduklarından, onları istemek, dolayısı ile ceza vermek istemek manasına gelir. İläve edelim ki, sanığın serbest bırakılmasını çoğunluğumuzun anlamaması ve tutuklanmasını istemesi, toplum olarak, sanığın cezalandırılması gayesini güden eski devirlerin tesirinden kurtulamadığımızı gösteren bir diğer delildir.

gayesi artık sanığı cezalandırmak değildir. Hatta sanığın korunması gayesi de geride kalmış, hakikatin araştırılması gaye olmuştur. Suçlu olduğu bir mahkûmiyet yargısı ile sabit olmadıkça masum sayılan kimseye ceza vermeğe hakkımız yoktur (No. 13-15). Muhakeme boyunca kişi hürriyetinin kaldırılmasında güdülemeyecek gaye, ceza verme gayesidir. Ceza verme gayesinden ve muhakeme gayelerinden başka gayelerle bir kimsenin hürriyetini kaldıran işlem, sadece Muhakeme Hukuku müessesesi olan tutuklama değildir.

II. Tutuklamanın insan hakları boyutu.

Kişi hürriyetinin kaldırılması ve özellikle tutuklama, iktidar sahiplerinin çok defa keyfine ve çıkarına kullanıldığından, kişi hürriyetini kaldıran her tedbir ve bu arada tutuklama, insan hakları için yüzyıllar boyunca insanlığın yaptığı savaşta büyük bir önem taşımıştır. Kişi hürriyetinin bugün anayasalarla, milletlerarası sözleşmelerle teminat altına alınmasına çalışılmasının sebebi budur.

1. Birleşmiş Milletler.

Birleşmiş Milletlerin İnsan Hakları Beyannamesinde *kimse keyfi olarak tutulamaz, alıkonamaz veya sürülemez* denilmekle yetinilmiştir (İHEB 9). *Alıkonulma* denilen tutuklama bakımından aranan şey, *keyfi olmamak*, bir diğer söyleyişle kanunla düzenlenmiş olmaktır.²¹⁴⁰

2. Avrupa Konseyi.

Kanun mahiyetinde olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, meselâ bulaşıcı hastalığa yakalananların, akıl hastalarının, kanun tarafından konulan bir mecburiyete yahut kanuna uygun olarak hâkim tarafından verilen bir emre riayetsizlik edenlerin hürriyetinin kaldırılabilceğini kabul etmiş, bir kimsenin suç işlemesini önlemek zorunluluğunu gösteren makul sebepler varsa yetkili hâkim önüne çıkarmak gayesi ile hürriyetinin kaldırılmasını da insan haklarına aykırılık saymamıştır (İHAS 5). Bizce, Muhakeme Hukuku gayeleri ile yapılmayan bu hürriyet kaldırmalarını, Muhakeme Hukuku müessesesi olan tutuklamadan ayırmak ve ayrıca düzenlemek gerekir. 1982 Anayasası muhakeme-dışı amaçlarla yapılan hürriyet kısıtlamalarını ayrı olarak ele almış ve bunların şekil ve şartlarının kanunla gösterileceğini belirtmiştir (AY 19/2).

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS): (a) Bir kimsenin suç işlediğinden şüphelenmek için yahut bir suç işlemesine veya suç işledikten sonra kaçmasına engel olmanın zorunlu olduğuna inanmak için makul sebepler varsa, yetkili hâkim önüne çıkarılmak üzere yakalanmasına ve hürriyetinden yoksun kılınmasına imkân vermiş (İHAS 5. 1, c), (b) Yakalanan kişinin derhal hâkim²¹⁴¹ önüne çıkarılmasını istemiş (İHAS 5. 3), (c) Tutukların makul bir süre içinde yargılanma veya salıverilme hakları olduğunu (İHAS 5. 3), (ç) Yakalananların ve tutukların yakalama ve tutuklanmasının kanunsuzluğunu iddia ederek salıvermelerini mahkemeden isteyebileceklerini (İHAS 5. 4)²¹⁴², (d) Beşinci maddeye aykırı olarak yakalanan veya tutuklananların tazminata hakları olduğunu (İHAS 5. 5) açıklamış, muhakeme-dışı belli amaçlarla da hürriyetten yoksun kılmayı kişi hürriyetine aykırı bulmamıştır. Görülüyor ki,

Tutuklamayı ceza gibi görme, mahkemelerin ceza vermede gecikmeleri ile de açıklanmıştır (*Verin: La détention préventive et criminologie*, RSCDPC, 1960, I, 707, II, 917).

²¹⁴⁰ Birleşmiş Milletlerin 1966 da kabul ettiği “Medenî ve Siyasî Haklar konusunda Milletlerarası Andlaşma” (m. 9) da tutuklama sebeplerini göstermemiş, bunu kanunlara bırakmıştır.

²¹⁴¹ Sözleşme, hâkimden ayrı olarak “kanun tarafından hâkim görevlerini yapmakla yetkili kılınan bir diğer memurdan söz etmekle, hâkimden başkasının önüne çıkarılmadığı da kabul etmiştir. Fakat bu kişinin aynı teminatı sağlaması için hâkim gibi bağımsız ve objektif olması gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İsviçre Federal Mahkemesinin 14/6/76 tarihli kararında (*Poncet*, s. 116) olduğu gibi, bu vasıfların makamda değil, görevin yapılmasında aranmasından hareket ederek, Zürih kantonunun bir ilçe savcısı önüne çıkarılacağı sözleşmeye aykırı bulmamıştır (AİHM: *Schiesser* dâvası, 4/12/79) olayda iddia ve dolayısı ile kovuşturma makamının sorgu hâkimi gibi hareket ettiği tartışılabilir. Buna karşılık, tutuklamanın kanuna uygunluğunu denetlemek için ayrıca mahkemeye gidilebildiğine (İHAS 5.4) göre, tutuklama kararı vermek üzere, kanunla bu iş için görevlendirilmenin bile yeteceği düşünülebilir. Muhakkak olan şudur ki Türkiye’de hâkimden başkasına böyle bir yetki verilmemiştir.

²¹⁴² AİMH, müebbet hapse mahkûm kişinin şartla salıverilmesi kararının geri alınmasında dahi idarî kararın yetmediğine, mahkeme kararı gerektiğine karar vermiştir (*Weeks* dâvası, 2/3/87 n. 54-60).

Sözleşme ancak bir hâkimin verebileceği tutuklama kararının şartları üzerinde durmamıştır. Avrupa Konseyi üye Devletlere tutukluk konusunda tavsiyelerde de bulunmuştur.²¹⁴³

3. Anayasa.

Anayasa ise, yetkili hâkimin önüne çıkarılmak gayesi ile yapılan yakalama ile yetinmemiş, daha ileri gitmiş, hâkimin tutuklama kararı vermesini de düzenlemiş ve bunun da gayelerini belirtmeğe çalışmıştır. Suçluluğu hakkında kuvvetli belirtiler bulunan kişiler, ancak kaçmayı veya delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadı ile veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen diğer hallerde hâkim kararı ile tutuklanabilir (AY 19/2). Görülüyor ki, hâkimin tutuklama kararı vermesinin gayeleri: 1) *Kaçmayı önlemek*, 2) *delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini, bir kelime ile, karartılmasını önlemek*, 3) *Bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan diğer hallerde bu zorunluğa yaratan ihtiyacı gidermek*²¹⁴⁴ olabilecektir.

Anayasadaki ilk iki gaye, kanunda tutuklama şartları arasında düzenlenmiştir (No. 365). Üçüncü gayedeki tutuklamayı zorunlu kılan diğer haller²¹⁴⁵ sanığın öldürülmesine mâni olmada olduğu gibi muhakeme ile ilgili ise, mesele yoktur, ortada Muhakeme Hukuku müessesesi olan tutuklama vardır. Fakat bu haller, meselâ asayişin korunması, hastalık bulaşmasının veya yeniden suç işlenmesinin önlenmesi²¹⁴⁶ zorunluğunda olduğu gibi, muhakeme ile ilgili değilse, Anayasaya uygun, fakat

²¹⁴³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 9/4/65 tarihli ve (65)11 numaralı kararı şöyledir: Bakanlar Komitesi; Tutuklulukla ilgili olup 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesinde tanımlanan prensiplerin uygulanmasını geliştirmek ve hızlandırmak isteyerek, İstişare Meclisinin ceza reformu konusundaki 195 (1959) numaralı tavsiyesinin 3 b noktasını göz önünde tutarak: 1-Tutukluk konusunda aşağıdaki prensiplere uyulmasını hükümetlere tavsiye eder: a) Tutuklama hiçbir zaman mecburî olmamalıdır. Yargılama makamları, işin bütün özelliklerini hesaba katarak tutuklama konusunda karar vermelidirler. b) Tutuklama, istisnâ bir tedbir olarak kabul edilmelidir. c) Tutuklama veya tutukluluğun devamı kararı, ancak hakikaten zorunluk varsa verilmelidir. Tutuklamaya hiçbir zaman ceza gayesi ile başvurulmamalıdır. d) Tutuklama kararında kovuşturma konusu ve tutuklamayı haklı gösteren sebepler mümkün olduğu kadar açık bir şekilde belirtilmelidir. Karar tutağa derhal bildirilmelidir. e) Tutukluk halinin hakikî zorunluğun gerektirdiğinden fazla uzamasını önleyecek müessir çareler sağlanmalıdır. Özellikle aşağıdaki çarelere başvurulmalıdır: – Tutukluk süresini kanun veya hâkim tespit etmelidir.– Muntazam fasıllarla karar gözden geçirilmelidir.– Kanun yoluna başvurma hakkı tanınmalıdır.– Müdafin yardımından faydalanma hakkı tanınmalıdır. f) Tutuklama tedbiri yerine belli hallerde diğer tedbirlere ve meselâ şu tedbirlere başvurulmasında fayda vardır:– İkametgâhta gözetleme.– Hâkimin önceden izni olmadan belli bir yeri terk etmeme emri.– Belli makamlar önüne muntazaman çıkma emri.– Pasaportun veya diğer kimlik belgelerinin geri alınması.– Teminat isteme. 2-Bakanlar Komitesi, bu tavsiyelere ne şekilde uyulduğunu gösteren bir raporu üç yılda bir Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine yollamağa hükümetleri dâvet eyler. AKBK, bu karardaki tavsiyelerini 1980 de verdiği R(80) 11 numaralı kararı ile genişletmiştir. Bu uzun kararın Türkçesi için Bkz. *Yücel*: AdD 88/2 171.

²¹⁴⁴ 1961 Anayasasının başlığı sırasında Temsilciler Meclisindeki müzakereler, bu üçüncü gayeden maksadın, memleketin emniyet ve asayiş bakımından duyulan endişeye cevap vermek olduğunu göstermektedir. Bunlar Muhakeme Hukuku gayeleri olmadıklarından, suçlulukları hakkında kuvvetli belirtiler bulunan kişiler söz konusu olmasına rağmen hürriyetin, başka bir adla anılması daha uygun olacak bir kayıtlaması karşısında olduğumuz açıktır. İlâve edelim ki, Muhakeme Hukuku müessesesi olmayan ve sözü geçen gayelerle yapılan bir tutuklama, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine aykırı değildir, zira bu sözleşme, hâkimin tutuklama kararını düzenlemediği gibi, suç işlediğinden makul surette şüphelenilen kimsenin hâkim önüne çıkarılmak üzere yakalanıp hürriyetinden yoksun kılınmasına da cevaz vermektedir.

²¹⁴⁵ Meselâ Fransız Kanunu (CPPF 144) suçla bozulan kamu düzenini tekrar kurmak, suça son vermek veya sanığın yeni bir suç işlemesini önlemek zorundan söz etmektedir.

²¹⁴⁶ Almanya'da *yeniden suç işleme tehlikesi* 1950 de kaldırılmışken 1965 reformu (§ 112a) ile ırza geçme suçları bakımından tekrar kabul edildi (*Barosio*, 31). 1972 de “yakın bir tehlikeyi uzaklaştırmak için zorunlu görülme” şartı ilâve edildiye de bu halin uygulandığı suçların sayısı ve uygulama imkânları arttırdı. Eleştirilere rağmen Federal Anayasa mahkemesi bu son şekli Anayasaya uygun buldu (*Grebing*, 970). İkinci bir suçu önlemek için sanığın tutuklanmasını isteyenler, *Gölcüklü* (s. 27) gibi, tutuklamayı bir emniyet veya ihtiyat tedbiri saymaktadırlar. Bizce, işlemiş olduğu suç bakımından sanık olan kimse, işleyeceği diğer suç bakımından, herhangi bir kimse gibidir. Bu itibarla mesele, henüz suç işlememiş tehlikeli akıl hastalarının bir müessesede tedavi ettirilip ettirilmeyeceği meselesinden farksızdır. Suç işlemesi kuvvetle muhtemel kimseler hakkında ne tedbir alınmalıdır. Bu mesele, Muhakeme Hukukunun ve onun bir dalı olan Ceza Muhakemesi Hukukunun konusu dışındadır. Biz sadece, böyle bir tedbire, ancak şahısların hayatı ve vücut bütünlüğü bakımından bir tehlike teşkil eden kimseler hakkında ve işlenmesi kuvvetle muhtemel suçun cezasının da hürriyeti bağlayıcı ceza olması şartıyla başvurulabileceği kanaatinde olduğumuzu belirtmekle yetineceğiz. İlâve edelim, Almanya'da *yakalamadan ayrıca önleyici polisin hürriyet kısıtlanması* adlı tedbir de vardır (*Barosio*, 13). Yine ilâve edelim ki, suçun tekrarı tehlikesini önlemenin Avusturya'da tutukluğun devamı sebebi sayılmasını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Sözleşmeye aykırı bulmamış, sadece olayda gerçekleştirilmediğine dayanmıştır (10/11/69 *Stögmüller* dâvası). CMKT 2002 de bu tutuklama sebebinin kabul etmişti.

Muhakeme Hukuku müessesesi olmayan bir tutuklama var demektir. Buna tutuklama denilmeyip başka bir ad verilmelidir.

III. Cezadan mahsup.

Tutukluluk “ceza” değildir. İHAS 5, muhakeme hukuku dışı gaye ile de kişi özgürlüğünün kısıtlanmasını kabul etmektedir. Ancak, tutuklamanın gayesi ceza değildir. Hükmedilen cezadan mahsup, hakkaniyet gereği ile kabul edilmiştir. Tutuklulukta hürriyetten yoksun geçen günlerin²¹⁴⁷ ceza yerine sayılması, yani sanık mahkûm olursa bu günlerin cezadan mahsup edilmesi²¹⁴⁸, tutuklama ceza olmamakla beraber, adalet duyguları ile kabul edilmiştir.²¹⁴⁹ Kanun mahsup için *şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün hallerin*, hükmün kesinleşmesinden önce olmasını aramış, başka şart aramamıştır (TCK 63).²¹⁵⁰

Uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı fiilinin diğer ülke açısından ithal olarak nitelendirilmesi dolayısıyla bu ülkede yapılan yargılama sonucunda hükmolunan cezanın infaz edilen kısmı Türkiye’de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yapılacak yargılama sonucunda hükmolunan cezadan mahsup edilir (TCK 188/2).

Mahsubun en çok görülen şekli, aynı dâvada tutuklanmak halidir. CGİK 107 maddesi hükmüne göre, koşullu salıverme açısından *cezaların içtimaı muhakemesi* yapılan hallerde içtima sonunda verilecek cezadan tutukluk süresi düşülecektir, zira aranan şart gerçekleşmiştir. Bunun gibi, beraat edilen dâvada tutuklanmış olan kimsenin bu tutukluluk günlerinin de mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden önce olmak kaydı ile, cezasından mahsup edilmesi de içtihat yolu ile kabul edilmiştir.²¹⁵¹ Erteleme de beraata benzetilmektedir.²¹⁵²

IV. Tutuklama ve suçsuzluk karinesi.

Tutuklama, bir koruma tedbiri olarak, gecikmenin tehlikelerinden korunmak zorunluluğunun ifadesidir.²¹⁵³ Zorunluk olmadıkça başvurulmaması başka şey, zorunluk hatta fayda yok diyerek tutuklamanın kanunlardan çıkarılmasını istemek²¹⁵⁴ yine başka şeydir. Bazı hallerde zorunluk duyulabileceğine göre, bu kurumdan vazgeçilemez. Tutuklama kararının verilmesi yolu ile suçsuzluk karinesi ortadan kaldırılmış olmaz.

²¹⁴⁷ Mahsuba esas olacak ceza, sonuç-ceza ve gerektiğinde İnfaz Kanunu ile yapılan çevirmeden sonraki (CGK 25/6/75, YKD 76, 731) cezadır. Asıl cezanın, çevirmeden önceki ceza olduğu 1973’te kabul olunmasına rağmen bunun mahsupa uygulanmasına imkân yoktu. 1973 hatası 1987 de düzeltilmiştir.

²¹⁴⁸ *Mahsup etmek*, bir muhasebe terimi olup, hesap yapılırken, yani sadece kâğıt üzerinde bir sayının diğer bir sayıdan düşülmesini dile getirir. Gerçi elmalardan armutlar düşülemez, ama mahsup edilmesi kabul edilirse, bu armutların “elma gibi sayılması” demek olup armut olması demek değildir. Bunun gibi tutuklukta geçen günler, hapis cezasından hatta para cezasından mahsup edilir ama bu, tutuklukta geçen günlerin cezaya dönüşmesi anlamına gelmez. Bu nedenle, ödemediği para cezasını ödesin diye hükümlünün “hapse konması”, öder ödemez çıkarılmasından da anlaşıldığı üzere ceza olmayıp, koruma tedbiri olarak hürriyetten yoksun bırakma demek olan *tutuklamanın* özel bir çeşididir. Bu farkın gözden kaçırılması, bizde, para cezasının hapse çevrildiğinin sanılmasına yol açmıştır.

²¹⁴⁹ *İçel (Kayıhan)*: Mevkufen geçen müddetin mahsubu, İHFM, 63, 560.

²¹⁵⁰ 8. CD 17/9/84 YKD 84/11, s. 744.

²¹⁵¹ İçBK: 6/3/40 5-63.

²¹⁵² 4. CD 14/10/65, RKD 67, 34.

²¹⁵³ AKBK’nın R(80)11 numaralı tavsiye kararında bu zorunluluk *kesin zorunluluk (stricte nécessité)* olarak ifade edilmiştir (Genel ilkeler, I, 1).

²¹⁵⁴ *Erem*, tevkifi faydasız bulmaktadır (n. 257). Faydasızlık için kaçma ile ilgili gerekçeler ileri sürülmesini, tevkifin zaruretini yalnız kaçmada aramağın doğru bulmayan görüşle (n. 256) çelişik görmekteyiz. *Erem* Anayasanın tutuklamayı düzenleyen 19. maddesinin sanığı hükümden önce masum sayan 38. maddesi ile çatıştığı görüşünden hareketle “hükme kadar suçlu sayılmayanın tutuklanması nasıl izah olunabilir” diye sormaktadır (n. 256). Suçluyu tutuklamıyoruz ki, Sanığı tutukluyoruz. Bunlar farklı kavramlardır. Kaldı ki aynı kanun içinde çatışmadan söz edilemez.

Ancak, tutukluluk süresinin hükmedilmesi beklenen ceza kadar sürdürülmesi suçsuzluk karinesinin ihlali olarak kabul edilmektedir. Mesela *Wemhoff* davasında Avrupa Mahkemesi bu görüşü kabul etmiştir.²¹⁵⁵

364. b) TUTUKLAMAMANIN İHTİYARİLİĞİ.

Tutuklama gibi çok ağır bir tedbirin uygulanmasında çok ihtiyatlı davranmak lâzımdır. Mecburî kılmak, bazen yersiz tutuklamalara yol açabileceğinden, tutuklama *ihtiyarî* olmalıdır. Anayasada mecburîlik veya ihtiyarîlik konusunda bir hüküm yoktur.²¹⁵⁶ Kanun, kişi hürriyetine büyük değer verdiği için, kanunda yazılı hallerde bile kararı hâkimin ihtiyarına bırakmıştır: *Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir* (CMK 101/1). Bu ibare tutuklamanın ihtiyarî olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Tutuklamanın ihtiyarî olması, kanunda yazılı tutuklama sebepleri bulunsa dahi, hâkimin tutuklama kararı vermeğe mecbur olmayıp, o kişinin tutuklanmasının gerçekten zorunlu olup olmadığının araştırması demektir (No. 137). Kanunumuzda evvelce, istisnai olarak, bazı mecburî tutuklama halleri vardı. Meselâ mülga CMUK 200. maddesine bizim ilâvemiz olan fıkraya göre, bazı ağır suçlarda soruşturma açılması kararı ile birlikte tutuklama kararı vermek mecburî idi.²¹⁵⁷ Bu hüküm 1951 de kaldırılmıştır. Bugün Ceza Muhakemesi Kanununda mecburî tutuklama hali kalmamıştır. Başka kanunlarda da tutuklamaya ceza mahiyeti veren mecburî tutuklama müessesesi²¹⁵⁸ kalmamaktadır.²¹⁵⁹

Ceza Muhakemesi Kanununda tutuklama nedeni varsayılan ağır suçlar listelenmiştir (CMK 100/3) (No. 365/V). Bu suçlarda da tutuklama ihtiyaridir. Uygulamada CMK 100/3 de sayılan suçlarda adeta otomatik bir şekilde tutuklama kararı verilmesini yerinde bulmuyoruz.

²¹⁵⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 5.10.1977 tarihli kararı; (nakleden *Frowein-Peukert* s. 291). *Schroeder* de, tutuklama kararı verilmesi ve tutukluluk süresinin uzatılmasının suçsuzluk karinesine aykırı olmadığını belirtmekte, suçsuzluk karinesinin ihlal edilmemesi için kuvvetli şüphe sebeplerinin mevcut bulunmasının şart olduğunu vurgulamaktadır (*Schroeder/Yenisey*, Dürüst yargılanma hakkı, Alkim yayınevi, İstanbul 1997, 2. Bası 1999, 3. Bası, Güncel Kaynaklar, Beta C.VI 2002). Kuvvetli suç şüphesinin varlığı tutuklama için şarttır. Ancak, tutuklama nedenlerinin varlığı tutuklamanın otomatik olarak yapılmasını gerektirmez. (*Özbek* 2005, 348). (*Şahin*: 2005, 295): Tutuklama nedeninin varlığı yanında kuvvetli suç şüphesinin de aranması tutuklanmanın istisnai bir koruma tedbiri olarak öngörüldüğünü gösterir.

²¹⁵⁶ Anayasanın 19 uncu maddesinin *bir kimse ancak şu hallerde tutuklanabilir* yollu 3. fıkrasının ilk cümlesindeki *tutuklanabilir* sözcüğü, hâkim kararı ile tutuklanabilir sözcüğü, *tutuklanmayabilir* anlamına gelen bir ihtiyarî göstermemekte, *ancak* kelimesinden de anlaşılacağı üzere, bir erki, bir yetkiyi belirtmektedir. Bu demektir ki (Hâkimden başkası karar veremez, ancak hâkim verir). Yine bu demektir ki (hâkim dahi her sebeple tutuklama kararı veremez, ancak Anayasada gösterilen sebeplerle verebilir.) Gerçekten Anayasanın gerekçelerinden ve müzakerelerinden anlaşılacağına göre, ihtiyarîlik veya mecburîlik meselesi hiç ele alınmamış, sadece kimin tarafından ve bilhassa hangi sebeplerle yapılabileceği meseleleri üzerinde durulmuştur. Sebeplerin gösterilmesi, o sebepler dışında başka sebeplerin kanunlarla dahi kabul edilememesi demektir. Belli sebepler olduğu zaman, hâkimin isterse tutuklama kararı vermemesi veya vermeğe mecbur olması ise, sebeplerin kanunda gösterilmesi meselesinden ayrı bir meseledir. Anayasa Mahkemesi, sadece tutuklanabilir kelimesine bakarak Anayasaya göre tutuklamanın ihtiyarî olduğuna hükmetmiştir (26/6/63, RG 7/11/63; 26/6/63, RG 12/11/63; 2/12/63 RG 4/2/64). Kanun koyucu da Anayasayı böyle anlayarak, birçok mecburî tutuklama hükümlerini değiştirmiş, meselâ 1609 sayılı kanunun 3. maddesini kaldırmıştır. Biz mecburîlik taraftarı değiliz. İhtiyarîlik esasının Anayasada yer almasını da isteriz. Fakat Anayasanın söylemediğini, ona söyletmeğe de imkân göremeyiz. Anayasa Mahkemesinin bu yorumu, Anayasaya aykırı fakat yazılı olmayan Hukuka uygundur yani haklıdır ve normların hâkimler elinde bir vasıta olduğunu bir kere daha göstermektedir. İlâve edelim ki mecburîlik hükmü koyuyor diye Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği veya Meclisin ilga eylediği hükümlerin çoğu, zaten, zorunluğu olmayan hallerde de tutuklamaya imkân vermesi bakımından Anayasaya aykırı idiler.

²¹⁵⁷ Bu düzenleme Almanya'da 1997 yılında yeniden canlandırılmış ve duruşmada sanığın tutuklu (*Hauptverhandlungshaft*) yargılanması kabul edilmiştir (§ 127 b StPO).

²¹⁵⁸ Tutuklamayı mecburî kılan normlar, ihtiyarîlik kaidesinin istisnasını teşkil eder. İhtiyarîlik ise, ancak tutuklama şartlarının mevcudiyetinden sonra bahis konusu olabilir. Tutuklama şartlarının mevcudiyetine rağmen, genel hükümlere göre, hâkim tutuklama kararı vermeğe mecbur değildir. Ona bu mecburiyeti yükleyen hüküm, sadece bu noktada genel kanundan ayrılmış demektir. Tutuklama şartlarının bulunmaması halinde ihtiyarîlik bahis konusu olamaz ki mecburîlikten bahsedilebilir. Hülâsa, mecburîlik hükmü, ancak tutuklama şartlarının bulunması halinde uygulanabilir. Nitekim, soruşturmadaki tutuklamanın mecburî olduğu hallerde, mahkemeler, gerektiğinde, sanığı salıvermekte engel görmemişlerdir.

²¹⁵⁹ Bu kanunlar ya tâdil edilmekte, ya iptal olunmaktadır. İlâve edelim ki mecburîliğin kaldırılması, AKBK'nın R(80)11 numaralı kararına uygun düşmektedir. Koşulların tutuklamayı kesinlikle zorunlu kılmadığını tâyin için sanığın kişisel ve sosyal durumunu bilmek gerektiğinden, bu konuda bilgi sağlayacak hizmetlerin sağlanmasına ihtiyacımız vardır. AKBK'nin sözü geçen kararının 6. ilkesi de bunu gerektirmektedir.

365. c) TUTUKLAMA KOŞULLARI.

I. Tutuklamanın Genel Ön Koşulları.

Kanuna göre, tutuklama kararının verilmesi için, bazı ön şartların²¹⁶⁰ bulunması lâzımdır.

1. Ceza muhakemesi şartı gerçekleşmiş olmalıdır.

Aranıyorsa, *muhakeme şartı gerçekleşmiş olmalıdır*. Gerçekten, tutuklama ceza muhakemesi gayesi ile yapıldığına göre, muhakemenin yapılması bir şartta bağlanmış ve bu şart da gerçekleşmemişse, tutuklama işleminin de yapılamaması gerekir.²¹⁶¹ Muhakeme şartı sistemli bir şekilde ele alınmadığından (No. 39) kanunlarımızda, meselâ yasama ve memurluk dokunulmazlıklarının kalkmasında olduğu gibi, sadece bazı şartlar bakımından dağınık hükümler vardır. Ağır cezalı meşhurlar suçlarda bir istisna tanınmaktadır (No. 53, 54). Yakalamada kural olarak şikâyet şartı aranmadığı için, yakalamada da bir istisna vardır.²¹⁶²

2. Dava kamu davası olmalıdır.

Eğer ceza dâvası açılmışsa, bu dâva, *kamu dâvası olmalıdır*. Kabahatlerde, başvuru yolu üzerine (KK 27) yapılan muhakeme dosya üzerinden yapılacağı ve dinleme sırasında mazeretsiz bulunmama halinde yoklukta karar verileceği için (KK 28), tutuklama yolu kapalıdır. Bunun yanı sıra, kabahatlerde de prensip olarak tutuklama kararı verilmesi, kimlik tespiti için tutuklama yolu açılabilir (KK 40).²¹⁶³

3. Sanığa güvence belgesi verilmemiş olmalıdır.

Gaip olan sanığın duruşmaya gelmesi için bir tedbir olarak, tutuklanamayacağı hakkında “güvence belgesi” (CMK 246/1) verilebilmesi ve bunun koşullara bağlanması kabul edilmiştir.²¹⁶⁴ Bu belge, hakkında evvelce tutuklama müzekkeresi verilmiş olan sanığı da verilebilir. Bu belge bazı şartlara da bağlanabilir. Fakat bu şartlar ancak güvence belgesi verilmesi sırasında konabilir. Güvence belgesi, suç sayılan hangi eylem için verilmiş ise, yalnız o eylemden dolayı tutuklamaya mâni olur. Eylemin tavsifi değişse bile güvence belgesi muteberdir. Sanık hapis cezasına mahkûm olursa yahut kaçma hazırlığında bulunursa yahut şartlara riayet etmezse belgenin hükmü kalmaz (CMK 246/2). Mahkûmiyetin yargı halini alması aranmaz.

Tutuklama kararı verilebilmesi için, yukarıda belirtilen ön koşulların gerçekleşmesi durumunda Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan dört temel koşulun da bir arada gerçekleşmesi gerekir: (I) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delil bulunması (CMK 100/1, cü.1); (II) bir tutuklama nedeni bulunması (100/2); (III) tutuklamanın işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olması (100/1, cü. 2) ve (IV) adli kontrol tedbirinin uygulanmasına olanak bulunmaması. Kanun bu dört şartı birlikte aramıştır. Adli kontrol uygulanan suçlarda ise, ilgilinin karara uymaması halinde tutuklama kararı verilir (CMK 112). Aşağıda bu koşullar ele alınacaktır.

II. Tutuklamanın Temel Koşulları.

Kişi özgürlüğü gibi bir temel hakkı kesin hükümden önce kısıtlayan tutuklama tedbiri, dört temel koşulun birlikte gerçekleştiği hallerde uygulanabilir.: 1. Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren

²¹⁶⁰ “Olmazsa olmaz” (*sine qua non*) çeşidinden olan bu şartlara “sebebe” denildiği de vardır. Sebebe neticeyi gerektirdiği halde şart gerektirmeden, tutuklama da ihtiyarî olduğundan “tutuklama şartları” denilmelidir.

²¹⁶¹ Meselâ beraat eden kimse ne bis in idem engeli kalkmadıkça aynı suçtan tutuklanamaz (I. CD 24/6/65 *Çağlayan* “66” I, 617). Bu kararda “beraat kararı muhakemenin yenilenmesiyle kaldırılmadıkça” denilmesi isabetsizdir. Kaldırma ancak işin sonunda söz konusu olacağından, yenileme dâvası sırasında tutuklama yapılamayacak demek olur ki maksat elbet bu değildir. Muhakemenin yenilenmesi dâvasının kabule şayan görülmesinden sonra yapılan ilksoruşturma devresinde tutuklama mümkün olabilmelidir.

²¹⁶² Çocuklara, akıl hastalarına, malul veya güçsüzlüğü nedeniyle kendini idareden âciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde yakalama için şikâyet aranmaz (CMK 90/3). Mülga Kanun döneminde şikâyete ehil kişiye haber veriliyor ve bu kişi belirlenecek kısa süre içinde şikâyet etmezse, yakalanan salıveriliyordu (CMUK 127/2, 130). Ancak bu süre içinde yakalananın hâkim önüne çıkarılması ve hâkimin tutuklama kararı vermesi mümkündü. Süresinde şikâyet yapılmazsa bu karar geri alınıyordu. Şikâyeti beklerken yakalama gibi tutuklama da mümkün değildi.

²¹⁶³ Karşı görüş için bakınız; *Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan* 2007, 174.

²¹⁶⁴ Tafsilât için bakınız; *Öztürk*, 137-151.

somut delillerin bulunması; 2. Bir tutuklama sebebinin bulunması; 3. Tutuklama tedbirinin işin önemi, verilmesi beklenen ceza ile ölçülü olması; 4. Adli kontrol tedbirinin yetersiz kalacağını gösteren deliller bulunması. Bu delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek kararda gösterilmesi gerekir (No. 366/III). Aşağıda bu temel koşullar açıklanacaktır.

1. *Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delil bulunması.*

a) *Mevcut düzenleme.*

Anayasa'da belirlenen kural uyarınca, tutuklama kararı verilebilmesi için, sanığın suçluluğu hakkında *kuvvetli belirti*²¹⁶⁵ bulunması gerekir (AY 19/3). Ceza Muhakemesi Kanunu ise, daha büyük bir güvence sağlamak amacı ile, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delil tanımını yapmıştır. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5 inci maddesinin temel direği ise, makul bir başlangıç şüphesidir.*²¹⁶⁶ Başlangıç şüphesinin (No. 415/III) ölçüsünü belirlemek için, Devlete takdir yetkisi tanınmıştır.

Demek ki, tutuklama kararı verilmesi için, (Anayasa hükmü uyarınca *belirti*, daha doğrusu *şüphe sebebi*, CMK hükmü uyarınca) *şüphelinin suçu işlediğine dair somut delil* elde edilmiş olması yetmemektedir. Bunların *kuvvetli suç şüphesinin varlığını* göstermesi de gerekmektedir. Aksi takdirde tutuklama kararı verilemez. Kamu davası açılması için “*yeterli şüphe*” (CMK 170) araştırıldığı halde, burada “*kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delilden*” bahsedilmesi de gösteriyor ki, kovuşturma evresine geçilmesi sebepleri her zaman, tutuklamaya yetmez.²¹⁶⁷

b) *Mülga CMUK'taki düzenleme.*

Mülga Kanun cürümler için bu halleri iki²¹⁶⁸ grupta toplanmıştı (CMUK 104): (a) *Sanığın kaçacağı şüphesini uyandıracak olaylar bulunması.* Kanun, muhakemenin yapılabilmesi için sanığın el altında bulunmasını istemekte ve bu gaye ile tutuklamayı kabul etmişti. Kaçma şüphesi yetmemektedir.²¹⁶⁹ Suç işlendiği şüphesini uyandıracak olaylara ihtiyaç vardır. Bu olayların neler olduğunu hâkim kararında göstermeğe mecburdur. Kanun bazı durumların kaçma şüphesini uyandıracak bizzat kabul etmiştir. Bu durumlar şunlardı: i) Soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi. 1992-3842 numaralı Kanun ile değiştirilmeden önce, “suçun ağır cezalı olması”, kaçma karinesi olarak kabul edilmişti.²¹⁷⁰ ii) Sanığın

²¹⁶⁵ Mülga kanunda ve ondan naklen Anayasada *belirti* (emare) tâbiri varsa da burada delillerin bir çeşidi olan *belirti* değil, fakat meselâ sanık beyanı veya belgeyi de içine alan “*şüphe sebepleri*” “*şüphelenmeyi haklı gösteren sebepler*” kastedilmiştir. Mehaz kanundaki “*Verdachtsgründe*” tâbirinin “*şüphe sebepleri*” yerine “*emâre*” (*belirti*) diye tercüme edilmesi, *belirti* genel mahiyette temsilî delillerin adı olduğu için, hatalı olmuştur. Mülga CMUK 104. maddede kuvvetli şüphe arandığı, “*tutuklama müzekkeresi kesilmesini icap ettirecek kuvvetli şüphe altında ise*” diyen 283. maddeden de anlaşılmalıdır. Zaten tutuklama koruma tedbirlerinin en ağır olduğuna göre, her koruma tedbirinde olduğu gibi haklı görünüşe yol açan yani ihtimali haklı gösteren “*suçluluk şüphesi sebepleri*”nin bulunması ve bunun ötekilerden kuvvetli olması gerekeceği açıktır. Almanya’da 1965 den beri bu sebeplerin kararda gösterilmesi mecburidir (*Grebing*, 963).

²¹⁶⁶ Terör suçlarında da failin yakalanması ve tutuklanabilmesi için somut olaylara dayanan şüphe mevcut bulunmalıdır. *Fox, Campbell ve Hartley-Birleşik Krallık* (1990) davasında, İngiliz hükümeti terör şüphelisi oldukları suçlaması ile başvurucuları yakalamış ve gözaltına almıştı. Ancak, millî mahkemelere “suç işlediklerine dair, makul şüphe sebepleri”ni gösteren bilgi verilmediği için, burada Sözleşmenin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. Bununla birlikte, bu şüphenin yoğunluk derecesinin “*kuvvetli*” olması gerekmez. Birey hangi nedenle (adli veya önleme) gözaltına alınmış olursa olsun, 5 (1) (c) madde uyarınca yakalanmışsa, Sözleşmenin 5 (3) ve 5 (4) maddeleri uyarınca hâkim önüne çıkarılması mecburidir.

²¹⁶⁷ *Kantar*, 114.

²¹⁶⁸ 1992-3842 numaralı Kanundan önce üç adet olan sebepler, “suçun Devlet veya hükümet nüfusunu kıran fiillerden” olma sebebinin kaldırılması ile, ikiye inmişti.

²¹⁶⁹ 1965 Alman reformunda şüphe yerine tehlike denilmekte ölçü daraltılmıştır. Bu tehlikenin “her olayın özelliklerine ve bilhassa sanığın durumuna ve kaçmasını önleyecek hallere göre değerlendirileceği belirtilmiş iken gerekli hallerde de tutuklama yapılmadığı görülerek 1972 de sadece “her olayın özelliklerine göre değerlendirilir” denilmiştir. Diğer taraftan bu hal, sadece para cezasını veya 6 aya kadar hapsi gerektiren suçlarda uygulanamamaktadır; meğerki sanığın kimliği belli olmasın veya daha önce kaçmış veya kaçmağa kalkmış olsun (*Grebing*, 965).

²¹⁷⁰ (412) 104. maddenin 2. fıkrasının 1. bendinde yer alan bu hükmün Anayasaya aykırı olmadığına oybirliği ile haklı olarak karar verilmiştir (AYM. 13/5/63, RG 18/9/63). Almanya’da öldürme, ağır müesir fiil gibi belli suçlarda kaçma ve karartma tehlikesi olmadan da tutuklama 1964 de kabul edildi ve Anayasaya uygun yorumlanırsa Anayasaya aykırı olmayacağına karar verildi (*Grebing*, 968).

ikametgahı veya meskeninin bulunmaması²¹⁷¹ veya kim olduğunu ispat edememesi, iii) Yabancı olup da hâkimin daveti üzerine veya verilecek hükmün infazı için geleceğinden şüphe uyandıracak ciddi sebeplerin bulunması²¹⁷² kaçma karinesi sayılmıştı. Kanun bu halleri sanığın kaçacağına karine saymıştı. Bundan maksat, bu haller varsa, kaçma şüphesini uyandıracak başka olaya ihtiyaç olmadığını belirtmektir Her karine gibi bu da çürütülebilir, yani aksi (hilafı) kabul olunabilir (No. 340).²¹⁷³ Karinenin aksinin kabul edilmemesi, tutuklamanın mecburleşmesine ve klişeleşmesine yol açar ki bu da kişi hürriyeti bakımından büyük bir tehlike teşkil eder.²¹⁷⁴

(b) *Sanığın delillerin yok edilmesi, değiştirilmesi, gizlenmesi, şeriklerin uydurma beyana veya tanıkların yalan tanıklığa veya tanıklıktan kaçmağa sevk edildiğini,*²¹⁷⁵ *birlikçilerin etki altına alınmasına çalışıldığını gösteren hal ve davranışların bulunması:* Bu hallerin neler olduğu kararda gösterilecek, yani sanığın meselâ filân delili ortadan kaldırmak istediği ve bu sonuca falan hale dayandırılarak varıldığı kararda belirtilecekti. Görülüyor ki, mülga Kanun, Anayasaya uygun olarak (AY 19), doktrinde delillerin karartılması denilen tehlikeden korunmak istemekte, fakat mücerret tehlikeyi kâfi saymamakta, müşahas bir tehlike aramakta idi.²¹⁷⁶ Karartma tehlikesi, orantılılık prensibi gereğince, hafif suçlarda tutuklamaya yol açmamalıdır.²¹⁷⁷ Nitekim, 1992-3842 numaralı Kanun ile yapılan değişiklikle, altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda tutuklama yolu kapatılmıştı. Ancak, suçun toplumda infial uyandırması veya sanığın ikametgahı veya meskeninin bulunmaması veya kim olduğunu ispat edememesi durumunda, tutuklama mümkündür (CMUK “1992-3842” 104).

Suçun Devlet veya hükümet nüfusunu kıran veya memleketin asayişini bozan fiillerden bulunması veya umumî âdap aleyhinde olması. Bu üçüncü hal grubu, 1992-3842 numaralı Kanun ile mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundan çıkartılmıştı. Mehz Kanunda ve İstanbul Komisyonu tasarısında mevcut olmayıp Ankara Komisyonunca ilâve edilen şu sebeplerle yersizdi: i) Devlet veya hükümet nüfusunu kıran suçlarda cevaz vermek, tutuklamayı Devlet otoritesini göstermek için kabul etmek demektir ki, tutuklamanın gayesine (No. 363) aykırıdır. Bu hüküm Anayasaya da aykırı idi, zira bu hükmü, “bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen diğer haller” arasına sokmağa her zaman imkân yoktur.²¹⁷⁸ ii) Memleket asayişini bozan suçlardan dolayı tutuklama da muhakeme gayesi ile hareket edilmediğini göstermektedir ki bu da muhakeme işlemi olan tutuklamanın gayesine aykırıdır. Bu hüküm Anayasaya da aykırı idi, zira bu suçlarda sanığın serbest bırakılması her zaman asayiş

²¹⁷¹ 1992-3842 numaralı Kanundan önce “serseri ve şüpheli takımından olma” da kaçma karinesi doğuruyordu. Bu ibare Kanundan çıkarıldı.

²¹⁷² Bu sebep de Kanundan 1992-3842 numaralı Kanun ile çıkartıldı.

²¹⁷³ *Gölcüklü*, 87; *Tosun*, I, 851; k-m: *Kantar*, 115; k-m: Erem bu hallerin “kat’i karine” olduğunu, yani aksinin kabul edilemeyeceğini ileri sürmesine rağmen, 104. maddenin 2. fıkrasının 2. bendinde sayılan hallerin kaçma şüphesi bakımından değerlendirilmesi lüzumunu belirttiği yolundaki görüşü ile aksinin kabulünü de benimsemiştir.

²¹⁷⁴ Bu görüşümüzü Anayasa Mahkemesi açıkça benimsemiştir (13/5/63, RG 18/9/63).

²¹⁷⁵ 1992-3842 numaralı Kanundan önce, metinde “sanığın suç izlerini yok etmeğe veya suç ortaklarını uydurma beyana yahut tanıkları yalan beyana veya beyandan kaçınmağa sevk edebileceğini gösteren haller bulunması” şeklinde, ileride olmasından korkulan vakıtalardan bahsediliyordu. Değişiklik ile, geçmişte meydana gelmiş somut olayların mevcudiyeti şartı getirilerek, tutuklama imkânı daraltılmıştır. Mehz Alman Kanunu (StPO 112) her iki hali de birlikte düzenlemiştir.

²¹⁷⁶ *Kantar*, 115. “Delillerin karartılmasının Anglosakson hukukunda tutuklama sebebi olmadığı” iddiası üzerine Alman hükümetinin sorusuna Oxford Üniversitesi bu iddianın yanlış olduğu cevabını vermiştir (*Barosio*, 27).

²¹⁷⁷ Almanya’da da suç 6 aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı veya para cezasını gerektiriyorsa, karartma tehlikesine dayanılmamaktadır. Bu hallerde, bizim mülga 105/2’deki gibi şartlar da aranmaktadır (§ 113) (*Barosio*, 29).

²¹⁷⁸ Gerçekten, işlenen suçun devlet veya Hükümet nüfusunu kıran bir suç olması başka şey, bir suçlunun serbest bırakılmasının Devlet veya Hükümet nüfusunu kırmaması yani Devlet veya Hükümet nüfusunu iade için tutuklamanın zorunlu olması yine başka şeydir. Her Devlet nüfusunu kıran suç failinin tutuklanmasında devlet nüfusunu iade zorunluğu olmayabilir. Buna karşılık, Devlet nüfusunu kırmayan bir suç failinin dahi serbest kalması bazen karışıklıklar çıkmasına sebep olabilir. Bu son halde tutuklama, Muhakeme Hukuku müessesesi olan tutuklamanın gayesine aykırı olsa dahi, Anayasaya uygun olur. Bunun içindir ki, sanığın serbest kalmasının Devlet Hükümet nüfusu bakımından bir tehlike teşkil etmesine ve dolayısı ile tutuklanmasının zorunlu olmasına bakmalı ve madde tâdil edilmelidir. Anayasa Mahkemesi belirttiğimiz ayrımı yapmadığı ve toplumun güvenini önemli surette bozan her suçta güveni iade için tutuklamayı zorunlu gördüğü için bu hükmü Anayasaya aykırı bulmamıştı (13/5/63, RG 18/9/63).

bakımından tehlike teşkil etmeyebilir, yani tutuklama zorunluğu bulunmayabilir.²¹⁷⁹ “Suçun Devlet veya hükümet nüfusunu kıran veya memleketin asayişini bozan fiillerden olması veya umumi adap aleyhinde olması” sebebinin Kanunumuzdan 1992-3842 numaralı Kanun ile çıkartılmış olması yerinde ise de, getirilen “suçun toplumda infial uyandırması” kriteri ile, kaldırılan sebebin sadece bir noktası tekrar kabul edilmişti. iii) Umumî âdap aleyhine işlenen suçlarda tutuklamaya müsaade olunması kanaatimizce halkı tatmine yarar ve bu da tutuklamanın gayesine aykırıdır. Bu hüküm de, tutuklama zorunluğunu ifade etmemesi ve işlenen suça bakması sebebi ile Anayasaya aykırı idi.²¹⁸⁰ Bu üç hüküm, Anayasa Mahkemesinin anladığı şekilde uygulanırsa, yani tutuklamanın zorunlu olması şart her tutuklamada aranırsa, Anayasaya aykırılık söz konusu olmayacaktı (No. 314 II).

Kanunda yazılı olmayan bir hal vardır ki, kabulü kanaatimizce uygun olacak ve Anayasaya aykırı sayılmayacaktır. Bu da sanığın öldürülmesi tehlikesinin mevcudiyeti halidir. Sanığın hayatını kurtarmak, netice itibariyle ceza muhakemesinin yapılabilmesini mümkün kıldığı için, bu halde yapılacak tutuklama, Muhakeme Hukuku müessesesidir. Fazla olarak bu hal Anayasadaki “tutuklamayı zorunlu kılan haller” tâbirine de girmektedir.

Mülga CMUK altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlar ve kabahatler için bu haller bir grupta toplanmıştı: 1992-3842 numaralı Kanun, 105. maddeyi yürürlükten kaldırarak, 104. maddede altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda sanığın kural olarak tutuksuz yargılanması esasını kabul etmişti. Ancak, a) suçun toplumda infial uyandırması veya sanığın b) ikametgâh veya meskenin bulunmaması veya c) kim olduğunu ispat edememesi hallerinde tutuklanabilmesi kabul edilmişti (CMUK “1992-3842” 104).

2. Tutuklama nedenlerinden birinin varlığını gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilmesi koşulu.

a) Şüphelinin kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması.

Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması, Kanunda birinci tutuklama nedeni olarak gösterilmiştir (CMK 100/2-a).²¹⁸¹

b) Şüphelinin davranışlarının delil yok etme hususunda kuvvetli şüphe oluşturması.

İkinci tutuklama nedeni, delil karartma şüphesidir; şüpheli veya sanığın davranışlarının, delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında “kuvvetli şüphe” oluşturuyorsa, Kanun tutuklama nedenini var saymaktadır (CMK 100/2-b,1).²¹⁸²

c) Şüphelinin davranışlarının tanık üzerinde baskı girişimi hususunda kuvvetli şüphe oluşturması.

Üçüncü tutuklama nedeni, şüphelinin davranışları, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususunda kuvvetli şüphe oluşturmasıdır (CMK 100/2-b,2).²¹⁸³

²¹⁷⁹ Gerçekten Anayasa sanığın tutuklanmasının zorunlu olmasını aramıştır. Bir kimsenin tutuklanmasının asayiş bakımından zorunlu olması başka şey, asayiş bozan suçlunun tutuklanması yine başka şeydir. Madde “sanığın tutuklanması asayiş bakımından zorunlu ise” şeklinde değiştirilmelidir. Anayasa Mahkemesi yukarıdaki nottaki kararında, bu ayırımı yapmadığı ve asayiş bozan her suçta sanığın tutuklanmasını asayişin iadesi bakımından zorunlu gördüğü için bu hükmü Anayasaya aykırı bulmamıştır.

²¹⁸⁰ Anayasa Mahkemesi bu suçların “toplum gelenekleri ve telakkileri bakımından işlendikleri zaman muhitte önemli tepki ve sarsıntılar husule getireceğini şüphesiz” gördüğü için bu hükmü Anayasaya aykırı bulmamıştır. Bizce, umumî âdap aleyhinde işlenen bir suç, muhitte önemli bir tepki ve sarsıntı yapmış ve sanığın serbest bırakılması tehlikeli ve tutuklanması zorunlu ise o zaman tutuklamaya cevaz verilmeli ve madde değiştirilmelidir.

²¹⁸¹ Şüphelinin evini satılığa çıkarması, uçak bileti veya otobüs bileti satın alması gibi, somut olgular bulunmalıdır. Buna karşılık, tanıklar önünde suç işleyip teslim olan kişi açısından kaçma şüphesi yoktur (*Hakeri/Ünver* 2009, 169).

²¹⁸² Eğer deliller zaten toplanmış ise, artık bu nedenle tutuklama kararı verilemez, verilmişse hukuki varlığı sürdürülemez ve geri alınır (*Centel/Zafer* 2005, 264).

²¹⁸³ *Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan* 2007, 173.

Bu nedenler, koruma tedbirlerinin ön şartlarından biri olan *ölçülülük* gereği, mülga Kanuna göre, cürümlerde ve altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda ayrı ayrı idi.²¹⁸⁴

Görüldüğü gibi, kanun iki ayrı “olgu” bulunmasını aramış, bunların da *kuvvetli şüphe* derecesinde olmalarını gerekli görmüştür: Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgu (CMK 100/1) ve şüpheli veya sanığın kaçacağı şüphesini uyandıran veya delil karartma kuvvetli şüphesini oluşturan somut olgu (CMK 100/2). Bu iki ayrı olgu bir arada gerçekleşmedikçe ve her iki olguyu destekleyen ayrı delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilemediği hallerde tutuklama kararı verilemez.

ç) *Katalog suçlarda tutuklama nedeni mevcut olmadan tutuklama.*

Kaçma şüphesi ve delil karartma şüphesinin dışında, Ceza Muhakemesi Kanununda liste halinde sayılan ağır suçlarda, bu suçların işlendiği hususunda “kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde” tutuklama nedeni varsayılabilir (CMK 100/3).

Bu suçlarda kolluğun yakalama yetkisi daha genişlemiştir: Sadece “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgu” (CMK 100/1) veya listede sayılan katalog suçlarının “işlendiği hususunda” kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı (CMK 100/3) yeterlidir. “Kuvvetli suç şüphesini gösteren olgu” ve “suç işlendiği hususunda kuvvetli suç şüphesi sebebi” arasında bir fark olmaması gerekir. Kanunun hazırlanması sırasındaki zaman darlığından doğan bir özensizlik örneğidir. Bu iki kavram arasında kurum olarak bir fark yoktur.

Suçun CMK 100/3 de sayılan suçlardan olması halinde “tutuklama nedeninin varsayılabilmesi”, hâkimin kaçma şüphesi veya delil karartma şüphesini ortaya koyan ikinci olgunun tamamen ihmal etmesi sonucunu doğurmaz. Hâkime CMK 100/3 ile takdir yetkisi verilmiş ve ikinci olguyu değerlendirmede bir karine yaratılmıştır. Hukukumuzda mecburi karine, kanuni karine diye bir kurum olmadığı için her somut durumda hâkimin her iki olgunun da varlığına kanaat getirmesi aranacaktır. Böyle bir yaklaşım tutuklama kararı sayısının azalmasına ve insan haklarının bu yolla korunmasına yol açacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları da, tutuklama için, bazı şartların mevcut bulunmasını aramaktadır. Mesela, “kaçma şüphesi” bunlardan biridir. *Neumeister-Avusturya* (1968), *Stogmüller-Avusturya* (1969) ve *Matznetter-Avusturya* (1969) kararları, bu kriterlere dayanmıştır. Tekrar suç işleme tehlikesi de (*Matznetter*) bir tutuklama sebebi olarak kabul edilmektedir. Önceleri (Mooren ve Schöps kararları ile) ilk tutuklama kararı verilirken karineye dayanma olanağı tanıyan AHİM, daha sonra içtihat değiştirmiş ve ilk tutuklama kararında da karineye dayanılmayacağına karar vermiştir (Buzadji kararı).

Ceza Muhakemesi Kanunu bazı muhakeme hukuku kurumlarının sadece belli suçlarda uygulanmasına izin vermek üzere suç listelerine yer vermiştir. Örneğin, iletişimin denetlenmesi veya gizli soruşturmacı görevlendirme tedbiri sadece kanunda belirtilen suçlarda uygulanabilir. Tutuklamada ise kaçma şüphesi veya delil karartma şüphesi aranmadan tutuklama kararı verilebilen bir suç listesi yapılmıştır. Liste halinde sayılan suçlar diğer koruma tedbirlerinde de vardır (Bkz. No. 362).

3. *Ölçülülük koşulu.*

a) *Ölçülülük kavramı.*

Her koruma tedbirinde olduğu gibi (No. 361), gecikmede tehlike ile hürriyeti kısıma, bir diğer söyleyişle, amaçla araç arasında orantılılık olmalıdır.²¹⁸⁵ “İşin önemi verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde” tutuklama kararı verilemez (CMK 100/1). Bu nedenle önce daha az hak kısıtlayan tedbirler denenmeli, mesela “adli kontrol” (CMK 109) kurumu uygulanmalıdır. Kanun, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların, yani “kuvvetli şüphe

²¹⁸⁴ Fransız Kanunu (CPPF 144) tutuklamayı ancak iki yıl ve meşhut suçlarda bir yıl ve daha fazla hafif hapis gerektiren suçlarda doğrudan doğruya kabul ediyor. Daha aşağısında önce, denetleme denilen (bizim adli kontrol dediğimiz) tedbiri öngörüyor ve tutuklamaya denetlemenin müeyyidesi olarak başvuruyor (CPPF 141-2).

²¹⁸⁵ 1965 Alman reformu eylem, ceza veya emniyet tedbiri ile orantılı olmayan tutuklamaya müsaade etmemiştir (§ 112, 1) (*Barosio*, 19). Nitekim, bizde de 1992 yılında 3842 numaralı Kanunla, 104. madde değiştirilerek, son fıkraya bu husus eklenmiştir.

sebeplerinin” elde edilmiş olmasını aramakla, tehlikenin ihtimal ağırlığı ile koruma tedbirinin getirdiği kısıntılar demek olan bedel arasındaki orantılılığı açıkça aramıştır.²¹⁸⁶

Alman Kanunu da “tutuklama, işin önemi ile ve hükmedilecek ceza ile orantılı değilse, tutuklama kararı verilmez” demektir (StPO 112). Koruma tedbirlerinin hukukî temelini oluşturan bu önşart, aranmalıdır ki alınan karar haklı olabilsin. Kaldı ki bu önşart, Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulunun R (80)11 numaralı kararında 5. ilke olarak tavsiye edilmektedir.²¹⁸⁷

b) Suçun türü bakımından “tutuklama kararı verilemeyen suçlardan” olmaması koşulu.

Ceza Muhakemesi Kanununa göre, “sadece adli para cezası” ve “üst sınırı iki yıldan fazla olmayan hapis cezası” olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez (CMK 100/4).²¹⁸⁸ Bu suçlarda tutuklama kararı verilemez ama “adli kontrol kararı” verilebilir (CMK 109/2).

Vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenen suçlar bu kuralın dışında tutulmuştur. Sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sebebiyle kasten işlenen suçlardan şüpheli olanlar, kolluk görevlilerince yakalanır ve gerekli işlemleri yapılarak Cumhuriyet başsavcılığına sevk edilir. Cumhuriyet savcısı adli işlemleri tekemmül ettirir. Bu suçların soruşturmasında, kolluk tarafından müşteki, mağdur veya tanık olan sağlık personelinin ifadeleri işyerlerinde alınır. Bu fıkra hükmü, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sebebiyle kasten işlenen suçlar hakkında da uygulanır (3359 sK. Ek m. 12’ye 2018-7151 sK ile eklenen fıkra).

Çocuk Koruma Kanunu, onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerden dolayı tutuklama kararı verilmesini yasakladı (ÇKK 21)²¹⁸⁹, ama üst yaş grubu bakımından istisna kabul etmedi.

4. Adli kontrol tedbirinin yetersiz kalması koşulu.

Tutuklama kararı verilebilmesi için, son koşul, adli kontrol tedbiri (No. 371) uygulanmasının yetersiz kalacağını gösteren deliller bulunması ve bu delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek durumun kararda açıkça gösterilmesidir (CMK 101//2-d). Bu koşul Kanuna 2021 yılında 7331 sayılı Kanun ile eklenmiştir. Böylece bütün suçlar bakımından *adli kontrol uygulanmasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlerin* (CMK 101/1) tutuklama kararında yer alması mecburiyeti tekrar ifade edilmiş olmaktadır.

366. ç) TUTUKLAMA KARARI.

I. Tutuklama kararının verilmesi.

1. Cumhuriyet savcısının gerekçeli tutuklama istemi.

Yargılama makamının tutuklama kararı verebilmesi için, C. savcısının istemde bulunması gerekir. Soruşturma evresinde şüphelinin, kovuşturma evresinde ise sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet

²¹⁸⁶ Korkulan muhtemel zararın ağırlık derecesi ile bedel arasındaki orantı çeşidi 1992 öncesinde sadece CMUK 105’te kabahatlerde tutuklama kararı verilmesinde gösterilmiş idi. CMUK ya 1992 de eklenen düzenlemeye göre, “soruşturma konusu fiilin önemi ve uygulanabilecek ceza veya emniyet tedbiri dikkate alındığında tutuklama haksızlığa sebep olabilecekse veya tutuklama yerine bir başka yargılama önlemi ile amaca ulaşabilmek ise tutuklamaya karar verilemiyordu” (CMUK “1992-3842” 104/son).

²¹⁸⁷ Sözü geçen 5. ilke aynen şöyledir: “5. Tutuklama kararı verilip verilmeyeceğini araştırırken, adli makamlar her dâvanın koşullarını (*circumstances*) ve özellikle duruma göre aşağıdaki hususları göz önünde tutacaklardır: a) İsnat edilen suçun niteliği ve ağırlığı, b) Belirtilerin önemi ve sanık aleyhindeki karinelerin kuvveti, c) Sanığın kişiliği, adli geçmişi, kişisel ve sosyal durumu ve özellikle toplumsal bağları, ç) Kişinin davranışı, özellikle önceki ceza yargılaması sırasında kendisine yüklenmiş olan ödevlere riayeti.”

²¹⁸⁸ Bu prensibin mülga Kanunumuzdaki bir uygulaması da altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda sanığın ancak toplumda infial hallerde tutuklanabilmesi idi (CMUK “1992-3842” 104/3). Evvelce, küçüklerin tutuklanabilmesi için işledikleri suçun aşağı haddinin 3 yılı aşan hürriyeti bağlayıcı ceza gerektirmesi aranmakta idi (ÇMK “1988-3412” m. 19).

²¹⁸⁹ 18 yaşından küçükler bakımından ÇMK 18 de yer alan üç sene hürriyeti bağlayıcı cezası 2005-5395 numaralı Çocuk Koruma Kanunu ile üst sınırı beş yıla çıkartılırken yaş sınırı onbeş’e indirildi (ÇKK 21).

savcısının istemi²¹⁹⁰ üzerine karar verilir (CMK 101/1).²¹⁹¹ Kovuşturma evresindeki tutuklama kararı, mahkemece re'sen de verilebilir (CMK 101/1).

Cumhuriyet savcısının tutuklama isteminin *mutlaka* gerekçeli olması ve *adli kontrolün neden yetersiz kalacağı açıklamasının*, hukuki ve fiili nedenlere yer verilerek yapılmış olması gereklidir (CMK 101/1, cü.2).

2. Tutuklama kararını hâkim veya mahkemenin vermesi.

Tutuklama, sanığın kişi hürriyetini çok ağır bir şekilde kısıyan bir tedbir olduğundan, buna bir yargılama makamının karar vermesi, teminat olmak üzere kabul edilmiştir (AY 19/3). Bu yetkinin bağımsız hâkimlere verilmesi, tutuklamanın, siyasî iktidarın muhafazası âleti haline getirilmesine mâni olma hususunda büyük bir güvencedir. Bağımsız olmayan ve olmaması gereken savcının tutuklamaya karar verebilmesi bu bakımdan büyük bir tehlike teşkil ederdi. CMK 98 ile Cumhuriyet savcısına yakalama emri²¹⁹² verme yetkisi tanınmış ise de bu yetkinin sınırlı olduğu ve sadece kolluk görevlisinin veya tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan şüpheli, sanık, tutuklu, hükümlü hakkında verilebileceği unutulmamalıdır.²¹⁹³

3. Tutuklama kararı verme yetkisi.

Tutuklama kararı verme yetkisi şöyle düzenlenmiştir: (a) *Soruşturma evresinde* tutuklamaya savcının istemi²¹⁹⁴ üzerine *sulh ceza hâkimi* karar verir (CMK 101/1). Bu sulh hâkimi, suçun işlendiği veya sanığın yakalandığı yerdeki sulh hâkimidir.²¹⁹⁵ (b) *Kovuşturma evresinde* tutuklamaya karar vermeğe yetkili makam mahkemedir (CMK 101/1). (c) *İstinaf muhakemesi esnasında* da tutuklama kararı verme yetkisi kovuşturma evresindeki gibidir.²¹⁹⁶ Bölge adliye mahkemesi, Yargıtay özel dairesi veya Ceza Genel Kurulu da *salıverilme istemi* üzerine veya re'sen dosya üzerinden karar verir (CMK 104/3). Yargıtay sadece bozma sebebine göre, bir an önce salıverilmeği sağlar. Adli kontrol kararı verilmesine ilişkin özellikler hakkında aşağıda ilgili bahsine bakınız (No. 371).

II. Tutuklama kararının verilme usulü.

1. Tutuklama kararının yüze karşı verilmesi mecburiyeti.

a) Tutuklamada yüze karşılıklı kuralı.

Ceza Muhakemesi Kanunu iki istisna dışında sadece, *sanığın yüzüne karşı tutuklama kararı verme* sistemini benimsemiştir. Tutuklama kararının vicahi olarak, sanığın hazır bulunduğu bir ortamda

²¹⁹⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu kural olarak hâkimin kendiliğinden tutuklama kararı vermesini kabul etmemiştir. Mülga Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu soruşturma evresinde sulh hâkimine re'sen tutuklama kararı verme yetkisi vermişti (CMUK 158). Bu yetki nedeni anlaşılabilen bir biçimde ortadan kaldırılmıştır (CMK 163/1). Buna karşılık, kovuşturma evresinde mahkemenin re'sen tutuklama kararı verme yetkisi sürmektedir (CMK 101/1, cü.1).

²¹⁹¹ Savcı yakalanan kişinin tutuklanmadan, sadece sorguya çekilmesini de isteyebilir (*Centel/Zafer* 2005, 255).

²¹⁹² Özel yetkili ağır ceza mahkemeleri döneminde CMK 251/6'nın eski şekli ile Cumhuriyet savcısına *yakalama emri* verme yetkisi tanınmış olması, hukuka aykırı idi. Zira Anayasa savcının tutuklama kararı verme yetkisini bu sebeple kabul etmemektedir (AY 19/3). Mülga 36-3005 numaralı Meşhut Suçların Muhakemesi Kanununun kabul ettiği tek istisna da 1951 yılında kaldırılmış idi

²¹⁹³ Kesin hükümden sonra hürriyeti bağlayıcı cezanın infazını tehlikeden korumak için savcının yakalama emri çıkarma yetkisi varsa da (CGİK 20/2), burada "yakalama", sanıklar hakkında söz konusu olan yakalama olmayıp infaz bakımından koruma tedbiridir. Adının dahi farklı olması için "*ele geçirme*" diyeceğiz. Hürriyetin kısılmasının bu şekli İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 5. maddesinin (a) bendinde şöyle ifade edilmiştir: "Yetkili bir mahkeme tarafından mahkûmiyet üzerine normlara uygun olarak hapsedilme". Bu çeşit hürriyet kısıtlaması artık, 1982'den beri, Anayasaya da girmiş, muhakeme amacı ile yapılanlardan ayrı olarak yapılanlar arasında "mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik (emniyet) tedbirlerinin yerine getirilmesi... gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması" diye ele alınmıştır (AY 19/2).

²¹⁹⁴ İstisna olarak, gecikmede tehlike varsa, sulh hâkimi re'sen de tutuklama kararı verebiliyordu (CMUK 158). Ceza Muhakemesi Kanunu bu hükümleri düzenlemedi.

²¹⁹⁵ Mülga Kanun fiili veya hukuki imkânsızlık hallerinde yetkili hâkimin mensubu olduğu (doğrusu çevresi içinde bulunduğu) ağır ceza merkezindeki (doğrusu ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki) sulh hâkimine de yetki verilmek suretiyle (CMUK "1985-3206" 125/2) tek hâkimli asliye teşkilâtı bulunan yerlerde rastlanılan güçlükler yenilmeğe çalışılmıştı.

²¹⁹⁶ 1. CD 13/7/59, *Çağlayan* "66" III, 519. Keza 1965 Alman reformu (§ 125, 2 StPO).

verilmesi öngörülmüştür (CMK 101/2). Dosya üzerinden verilen “gıyabi tutuklama kararı” tipi²¹⁹⁷ kaldırılmış, şüphelinin yüzüne karşı verilmeyen karar olarak sadece “hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri” (No. 367) korunmuştur (CMK 98).

b) Yüze karşılıklı kurallının istisnaları.

Dosya üzerinden verilen *gıyabi tutuklama kararı* tipi kaldırılmış ise de hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri (CMK 98) korunmuştur. Mahkeme sanığın duruşmada hazır bulunmasını gerekli görmüş ise, gıyabi tutuklama kararı veremediği için, yakalama emri veya zorla getirme kararı vermektedir (CMK 199). Bu kararda kişinin *duruşma için çağırıldığı* konusunda, bir açıklama yer almalıdır.

Bunun dışında, yabancı ülkede bulunan kaçaklar hakkında gıyabi tutuklama kararı verilmesi öngörülmüştür (CMK 248/5). Diğer bir istisna, yabancı ülkede bulunan ve suçluların iadesi prosedürüne göre geri verilmesi istenen kişi bakımından kabul edilmiştir (6706 sK m. 18).

c) Gıyabi tutuklama kararının kaldırılmasının sakıncalı yönleri.

Gıyabi tutuklama kararı tipinin kaldırılması yerinde olmamıştır.²¹⁹⁸ Bu durum *hâkim tarafından verilen yakalama emrini* ön plana çıkarmıştır. CMK 100’de öngörülen garantilerden şüpheli ve sanıkların mahrum edilmesi, Sözleşmenin 5. maddesine ve Anayasanın 19. maddesine aykırılık oluşturabilir.

²¹⁹⁷ Mülga CMUK 106, CMUK 401, CMUK 34, tutuklama kararının içeriği konusunda hükümler koymuştu. Yeni Kanunda gösterilmeyen bu hususlar, tutulan sanığa, “tutuklamanın sebeplerinin bildirilmesi için” gerekli idi. Kararda; sanığın kim olduğu, isnat edilen suç ve tutuklama sebebi açıkça yazılıyordu. Hâkim, Savcı veya kolluk tarafından tebliğ edildiği sırada, itiraz hakkının bulunduğu kendisine açıklanacağına dair, maddede açıklık vardı. Yakınlarına bildirmedeki “geciktirme” istisnası (AY 19) 2001 yılında kaldırılmıştı. Tutuklama kararı, “*tutuklama müzekkeresi*” ile infaz olunurdu (CMUK “1992-3842” 106) yani yerine getirilirdi. Tutuklanması talep edilen sanık hazırsa karardan önce dinlenir, hazır bulunan sanık isterse sorgu sırasında vekaletname aranmaksızın müdafii de hazır bulunabilir ve karar vermeden önce Cumhuriyet savcısı ile hazır olan müdafii dinlenirdi. Sanık hazır değilse talebe ilişkin karar yokluğunda ve evrak üzerinden verildi (CMUK “1992-3842” 106/1). Eğer sanık, karar verildiği zaman hazırsa, yine müzekkere kesilirdi. Zira Anayasaya göre (AY 19/4), tutuğa tutuklama sebepleri ve hakkındaki isnat yazılı olarak bildirilecektir. Bu da müzekkerenin bir suretinin tevdi suretiyle olabilecektir. Tutuklama müzekkeresi, sanığın tutuklanması için, tutuklama kararını veren makamın, bulunduğu yere göre sanığı tutuklayacak belli bir kolluk makamına verdiği yazılı emirdir. Bu müzekkerede şunlar yazılacaktı (CMUK 106): a) Tutuklanacak kimsenin mümkün olduğu kadar açıkça kim olduğu ve şekli. Maksat, yanlışlıkla başkasının tutuklanmasını önlemektir. b) Sanığa isnat olunan suç daha doğrusu suç teşkil ettiği iddia olunan ve sanığa isnat edilen eylemin (Kanun “fiil”, demekte idi) gerçekleştiği zaman ve yer, eylemin kanunda hükme bağlandığı maddeler, suçun kanuni unsurları (CMUK “1992-3842” 106/2). 1965 Alman reformunda da, zaman ve yerin bildirileceği açıklanmıştır (§ 114, 2 StPO) (*Barosio*, 45). Maksat sanığa ne için tutuklandığını bildirmek ve müdafaa imkânlarını ona göre hazırlamasını sağlamaktır. c) Tutuklamanın sebebi, daha doğrusu tutuklama şartları ve dayandıkları olaylar. Devlet güvenliğine zarar verebilecekse, bu olayların açıklanmayabileceği 1965 Alman reformu ile kabul edilmiştir (§ 114, 2 StPO) (*Barosio*, 44). Bundan da maksat, tutuklama kararına karşı haklarını kullanabilmesi için sanığa imkân tanımaktır. Yargılama makamları tutuklama müzekkeresini infaz için savcılığa gönderirler, savcı da kolluğa yollardı. Kolluk da infaz eder idi. Sulh hâkimleri, kararlarını doğrudan doğruya infaz edebildiklerinden (CMUK 34), müzekkereyi doğrudan doğruya kolluğa gönderebilirler idi. Tatbikatta savcılık makamı olmayan yerlerdeki sulh hâkimleri bu yetkilerini kullanıyorlardı. Kolluk, sanığı tutukladığı zaman, tutuklama müzekkeresi suretini tevdi ederek tebliğ eder idi. Müzekkerenin tebliğinde, karara itiraz hakkı olduğu bildirilirdi (CMUK 106/4). Tebliğ, müzekkerenin aslına, bir suretinin sanığa verildiği tarihi ile birlikte yazılmak ve sanığın tutulduğu gün gösterilmek ve altı sanık ile tebliği yapan memur tarafından imzalanmak suretiyle olur. Bu asıl, tutukevi dosyasında saklanır. Bu işlemlerin yapıldığı yazılı olan müzekkerenin diğer sureti dâva dosyasına konurdu (CMUK 106/3). Tutuklama sırasında tevdi mümkün olmazsa, tutuklama sebepleri ve aleyhindeki isnat sanığa hemen sözlü olarak bildirilmekle beraber tutukevine konulduğunun en geç ertesi gün kendisine müzekkere sureti tebliğ olunurdu. Toplu suçlarda sözlü bildirme en geç hâkim huzuruna çıkarılınca kadar yapılabilirdi (AY 19/4). Anayasanın yeni şekli karşısında CMUK 106/3 değişmiş olmaktadır. Yazılı olarak bildirimin derhal mümkün olmaması, bizce, ancak derhal sözlü bildirmeyi haklı kılar ve yazılı bildirmeden vazgeçme anlamına gelmemelidir. Hattâ toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarken yapılabilen sözlü bildirmede dahi yazılı bildirmeden vazgeçilmemeli, Kanuna bu yolda açıklık getirilmelidir.

²¹⁹⁸ *Yurtcan* (2007, 344) da aynı görüştedir. Kanunun gerekçesinde gıyabi tutuklama kararının kaldırılmış olduğu söylenmekte ise de, yakalama emrinin (CMK 98), adının yakalama olmasına rağmen, aslında bir gıyabi tutuklama kararı niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Bunun en büyük delilini, yakalama emrinin yargıç tarafından düzenlenmesinde görmektedir. Sorunsuz olarak uygulanmış olan gıyabi tutuklama kararının kaldırılma nedeninin de gerekçede açıklanmamasını eleştirmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu gıyabi tutuklama kararını ilke olarak kaldırdığı için, hâkim önünde yapılan işlemlere ilişkin hükümlere²¹⁹⁹ de yer vermedi. Sonradan yapılan düzenleme ile (2005-5353), yetkili hâkime gönderme kısmı düzeltildi ise de “hâkimin sorgusu” kısmı gene de eksik kaldı. Kanun şüpheli veya sanığın sorgusunu da düzenlemelidir.

Şüpheli veya sanık ile müdafinin hazır bulunmasını sağlamak, gözaltına alınanlar bakımından kolaylıkla mümkünse de serbest olan şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilmesi, bu kişilerin *tutuklama oturumuna* davet edilmelerini gerektirecektir. Gelmeyen şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilemeyecektir.

2. Tutuklama oturumunda zorunlu müdafilik sistemi.

Tutuklama oturumunda şüpheli veya sanığın ve müdafinin hazır bulunması gerekir. Tutuklama istendiğinde şüpheli veya sanık kendisinin seçeceği veya baro tarafından görevlendirilecek bir müdafinin yardımından yararlanır (CMK 101/3).²²⁰⁰ Kanun zorunlu müdafilik sistemini prensip olarak suçun ağırlığı gibi nedenleri nazara alarak düzenlemiş ise de (CMK 150/2, 3), bunun da ötesinde, bu nedenlere bağlı olmaksızın, tutuklama celsesi için özel olarak zorunlu müdafilik sistemini kabul etmiştir.

3. Tutuklama kararında yer alması gereken noktalar.

Tutuklama kararı özgürlük kısıtlayan önemli bir karar olduğu için, bu kararın şekil koşulları ve gerekçesinin nasıl yazılacağı Kanun tarafından (CMK 101/2) belirlenmiştir. Tutuklama kararında Kanunda belirtilen noktalarda eksiklikler bulunması veya hukuki hatalar yapılması durumunda tutuklama kararı kendiliğinden hukuki değerini kaybetmez. Bu hatalar itiraz üzerine giderilir.²²⁰¹ İtirazı inceleyen makamın kararı değerlendirebilmesi için, aşağıda incelenen *gerekçe* (III) büyük önem taşır. Tutuklama kararında yer alması gereken noktaları aşağıda açıklıyoruz.

a) Şüphelinin tanımlanması.

Tutuklama kararında başkası ile karıştırılmayacak şekilde, adı, soyadı, doğum tarihi, doğum yeri, son oturduğu yer, yabancının vatandaşlık durumu belirtilerek şüpheli tanımlanır. Kimliğin tam olarak belirlenmesi için, kişisel özelliklerinin anlatılması ve resminin karara eklenmesi gerekir. Tutuklandığı açıkça yazılır.

b) Yüklenen suçun unsurları ve bu suçu düzenleyen hüküm.

²¹⁹⁹ *Mülga CMUK daki düzenlemeler.* Tutuğun önüne götürüleceği hâkim, kaide olarak yetkili hâkim idi. Yani tutuklama kararını veren hâkimdi. Ancak tutuk 24 saatlik süre içinde yetkili hâkim önüne çıkarılmayacaksa, aynı süre içinde, tutuklama yerine en yakın sulh hâkimi önüne çıkarılırdı (CMK “1992-3842” 108/1, 109). Yakınlıktan maksat, mesafe değil, çabukluktur. En çabuk hangi sulh hâkimi önüne çıkarılabiliyorsa, en yakın hâkim odur (*Erem*, 481). Hâkim, sanığı sorguya çeker ve tutuklamanın devam edip etmeyeceğine karar verirdi (CMUK 108/1). Sorguda aleyhindeki durum ve hallerden tutuğa haber verilir. Sorguya çekilme, sanığın kendi lehinde meydana koyacağı delillere engel olmayacak surette yapılırdı (CMUK 108/4). Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 223 üncü maddesinin ikinci fıkrası ile 229 uncu maddesindeki tutuklama sebepleri hariç, sanığın sorgusu sırasında yalnız Cumhuriyet Savcısı ile müdafî hazır bulunabilir ve tutuklamanın devam edip etmeyeceği hakkında bir karar verilmeden önce Cumhuriyet Savcısı ve hazır bulunan müdafî dinlenirdi (CMUK “1992-3842” 108/6). Sorgu sonunda hâkim şu iki halde sanığı derhal serbest bırakırdı: a) Tutuklama müzekeresi geri alınmışsa, b) Tutuk, müzekerede yazılı şahıs değilse. Görülüyor ki, tutuğun hâkim önüne çıkarılıp derhal sorguya çekilmesi büyük bir teminattır. Yanlışlıkların derhal meydana çıkması bu sayede mümkün olabilecekti. En yakın sulh hâkiminin salıvermediğini yetkili hâkim gecikmeksizin sorguya çekerdi (1965 Alman reformu (§ 115a StPO) (*Barosio*, 56).

²²⁰⁰ Bu müdafinin tutuklama oturumu öncesinde soruşturma dosyasını inceleme olanağına sahip olmuş olması gerekir. Müdafiden öte, şüphelinin bizzat kendisinin de soruşturma dosyasını incelemiş olmasını öngören AİHM kararları vardır: *Habeas Corpus* tali muhakemesinde “silahlar eşit” olmalıdır (*equality of arms principle*) (*Sanches-Reisse-İsviçre* 1986). *Lamy-Belçika* (1989) kararında, tutuklama kararını veren makam tarafından incelenen araştırmaya makâmı tarafından düzenlenmiş olan dosyanın sanığa da açık olması gerektiği belirtilmiştir. *Bouamar-Belçika* (1988) kararında, çok küçük bir çocuğun haksız yere yakalandığını iddia ettiği hallerde, Sözleşmenin 5(4) maddesine uygun olarak, kendisine hukuki yardım yapılması gerektiği içtihat edilmiştir.

²²⁰¹ Sözleşmeye taraf olan Devletler, 5(4) madde uyarınca “etkin iç hukuk kanun yolları” sağlamaya mecburdurlar. AİHM, *Sakık ve diğerleri-Türkiye* (1997) kararında, hükümetin 5(4) veya bu maddenin karşılığı olan Anayasa hükmü uyarınca aynı durumdaki bireylerin haklarını aramış olduğuna dair başka örnek uygulamalar gösteremediği için, Türkiye’yi başvuruclara tazminat ödemeğe mahkûm etmiştir.

Tutuklama kararında şüpheliye yüklenen *suçun unsurlarının* ayrıca belirtilmesi ve tutuklama kararında tanımlanan fiilin (hayat kesitinin) bu suçun tüm unsurları ile örtüşmesi gerekir.²²⁰² Yüklenen suçun yer aldığı kanun maddesi de ayrıca belirtilmelidir.

c) *Şüpheliye isnat edilen fiilin tanımlanması.*

Tutuklama kararında şüpheliye geçmişte vuku bulmuş *tarihi bir olay (fiil)* yüklenmektedir. Bu fiilin zaman ve yer bildirilerek somutlaştırılması gerekir (StPO 114/2, No. 2).²²⁰³ Almanya'da²²⁰⁴ bunun yapılmaması ve sadece fiili genel hatları ile belirtmekle yetinilmesi, tutuklama kararının itiraz üzerine kaldırılmasına yol açmaktadır.²²⁰⁵

Şüpheli işlediği iddia edilen ve bu konuda *kuvvetli suç şüphesi* bulunan fiilin ne olduğunu anlayabilmelidir.²²⁰⁶ Tutuklama kararında "fiil" tanımlanırken, hüküm verildiği sırada muhakeme hukuku açısından fiil nasıl tanımlanıyorsa (CMK 225/1), o şekilde ayrıntılı olarak belirtilir: şüpheli tutuklama kararını okuduğu zaman, kendisine *isnat olunan fiili*, diğer hayat olaylarından soyutlanmış bir olay olarak, tam bir şekilde kavrayabilmelidir.

Aynı failin işlediği birden fazla fiil varsa ve bunlar henüz araştırma aşamasında ise, tutuklama kararı sadece kuvvetli şüphesi bulunan suçlara inhisar ettirilmeli ve tutuklama kararında bu fiil, tutuklamamanın bir unsuru olarak belirtilmelidir.²²⁰⁷

ç) *Şüphelinin isnat edilen fiili işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin gösterilmesi.*

Tutuklanması istenen kişinin yüklenen bir suç işlediği konusunda kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut olguları oluşturan *deliller* mevcut bulunmalıdır. Tutuklama kararında da soruşturma dosyasında mevcut ana delillerin tek tek gösterilmesi ve özel olarak gereken hallerde bu delillerin değerlendirilmesi yapılmalıdır.²²⁰⁸ Tutuklama kararında şüphelinin hangi suç ile suçlandığı, adeta bir iddianame (CMK 170/2) yazar gibi yazılmış olması gerekir.²²⁰⁹ Zira, tutuklama kararı verilmesi için, aranan *kuvvetli suç şüphesinin* yoğunluğu, iddianame düzenlenmesi için gereken *suçun işlendiği hususunda yeterli şüpheden* daha fazladır (No. 408).

Bu husus savunma hakkı bakımından büyük önem taşır. Sözleşmenin 6 ncı maddesine göre, sanığın kendisine yüklenen fiili tam olarak anlayabilmesi gerekir. *Bunun yapılmaması, adil yargılanma hakkının ihlali* nitindedir. Tutuklama, kişi özgürlüğünü kısıtlayan bir tedbir olduğu için, şüphelinin hangi hukuki ve fiili nedenlerden dolayı özgürlüğünün kısıtlandığını anlayabilmesi için, tutuklama kararının çok özenli bir şekilde kaleme alınması şarttır.²²¹⁰

d) *Tutuklama nedeni, bunu doğuran somut deliller ve şüphelinin davranışlarının belirtilmesi.*

²²⁰² Scholz, Alman Ceza Muhakemesinde Tutuklama Kararlarında Gerekenin Derinliği, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 11, sy. 143-144, 2016, sh.182.

²²⁰³ OLG Karlsruhe NSTZ 1986, 135; Pfeiffer: Strafprozessordnung Kommentar, 5. Auflage, München 2005, m. 114 Rn. 1.

²²⁰⁴ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, tutuklama kararında yer alması gereken noktaları şöyle sıralamıştır (StPO 114): (a) Şüphelinin kimliği, (b) Şüphelinin işlediğinden kuvvetle şüphe edilen fiil, bunun işlendiği zaman ve yer, suçun kanuni unsurları ve uygulanan ceza hükümleri, (c) Tutuklama nedenleri ve (ç) Açıklandığında devlet güvenliği tehlikeye düşmeyecekse, kuvvetli suç şüphesini doğuran olgular ve tutuklama nedenini oluşturan olgular. (d) İşin önemi ve verilmesi beklenen yaptırım ile ölçülü olmama ihtimali varsa veya şüpheli bu hükmün (StPO 112/1) cü.2) uygulanmasını talep etmişse, tutuklama kararı verilirken, somut olayda, tutuklamamanın neden ölçülü görüldüğünün gerekçesi de bildirilir (StPO 114/3).

²²⁰⁵ OLG Düsseldorf NSTZ-RR 1996, 267; nakleden Pfeiffer 2005, m. 114, Rn. 4.

²²⁰⁶ LR, StPO § 114, Rn. 9.

²²⁰⁷ LR-Wendisch Rn. 12; KK-Boujong Rn. 8; nakleden Pfeiffer 2005, m. 114, Rn. 4.

²²⁰⁸ Scholz 2016 182, dn. 15.

²²⁰⁹ Uygulamadaki yerleşik kanaat ise, hâkimin tutuklama kararı verirken *delilleri takdir edemeyeceği* (delilleri CMK 206 uyarınca mahkeme takdir eder, denilmektedir) ve kovuşturma sırasında değerlendirilmesi gereken delillerin soruşturma aşamasında (nöbetçi hâkim) tarafından yapılmasının, *görüş açıklama yasağına* (ihzas-ı rey) aykırı olduğu ileri sürülmekte ve neticede gerekçesiz tutuklama kararları verilmektedir.

²²¹⁰ OLG Hamm NSTZ-RR 2002, 267; nakleden, Pfeiffer 2005, m 114, Rn. 4.

Tutuklama kararı verilebilmesi için aranan koşullardan biri olan *tutuklama nedeni* kararda belirtilmelidir: şüpheli kaçma şüphesi ile mi, yoksa delil karartma şüphesi ile mi tutuklandığını bilmelidir. Tutuklama kararında, CMK 100/2 de tanımlananlardan *hangi tutuklama nedeninin* uygulandığı yer almalıdır. Şüphelinin *kaçma şüphesi* ile tutuklanması veya *delil karartma şüphesi* ile tutuklanması, farklı sonuçlar doğurur. Birden fazla tutuklama nedeni aynı karar açısından birlikte gerçekleşmiş ise, o takdirde, her bir tutuklama nedenini ayrı ayrı gerekçelendirmektense, en güçlü tutuklama nedeni üzerinde durup, onun gerekçelendirilmesi tavsiye olunmaktadır.²²¹¹ Bununla birlikte, kaçma şüphesi ile delil karartma şüphesinin birlikte var olduğu hallerde, adil yargılanma hakkını olumsuz yönde etkilememek için, her iki tutuklama nedeninin gerekçelendirilmesini öngören yargı kararları da vardır.²²¹²

Kanunda katalog halinde sayılan suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri varsa, tutuklama nedeni var sayılmaktadır (CMK 100/3). Bu kararenin eleştirisi hakkında yukarıda (No. 365/V) yapılan açıklamalara bakınız.

e) Tutuklama kararının işin önemi ile ölçülü olduğunu ve adli kontrolün yetersiz kalacağını gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek gösterilmesi.

Tutuklama kararı verilmesinin üçüncü temel koşulu olan *ölçülülük* (CMK 100/1), somut olaydaki tutuklamanın işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmasını gerektirir (No. 365/II). Kararın gerekçesinde bu husus da tartışılmalıdır.

Kanun temel hakların korunmasına verdiği önemi göstermek ve tutuklama kararının ikincil olma niteliğini ortaya koymak üzere 2021 yılında yasa değişikliği yapmış ve adli kontrol tedbirinin öncelikli uygulanmasını sağlamak istemiştir. Bu amaçla tutuklamanın temel koşullarına bir yenisi daha eklenmiş ve adli kontrolün yetersiz kalacağını delillerle açıklanması mecburiyeti getirilmiştir (CMK 101/2-d).

4. Tutuklama tali davasında uygulanan ispat kuralları.

Tutuklama kararının verildiği muhakeme usulü *tali ceza muhakemesidir*. Asıl ceza davasında doğrudanlık ve vicdani kanaat ilkelerinin geçerli olduğu *sıkı ispat kuralları* uygulanırken, tali ceza muhakemelerinde şüphenin ortaya konması ile yetinen *serbest ispat kuralları* uygulanır. Tutuklama kararı veren hâkimin “suç şüphesinin kuvvetli” olduğunu kabul etmesi için, mahkûmiyet kararı verilirken aranan *kesin kanaat* derecesinin elde edilmiş olması gerekmez; kriminalistik tecrübe kaidelerinden de yararlanılarak, şüphelinin suçu işlediği konusundaki şüphenin kuvvetli olduğu, gerekçe olarak karara yazılmalıdır.²²¹³

Tutuklama kararını veren hâkim, kendisine C. savcısı tarafından sunulan “olguları” değerlendirir. Bu değerlendirmenin amacı, “suç şüphesinin kuvvetli” (CMK 100/1) olup olmadığını denetlemektir. Tutuklama kararında “delillerin kalitesinin” tartışılmasına gerek yoktur.²²¹⁴ Delillerin tartışılmasına da gerek yoktur.²²¹⁵ Tutuklama nedeni de özenle, fakat özet olarak gerekçelendirilmelidir.

Şüphelinin suçu işlemiş olma ihtimalinin yüksek olup olmadığına bakarken “serbest değerlendirme yöntemini kullanır” (delillerin takdirinde duruşmada “kurallara sıkı bir şekilde bağlı olan ispat hükümleri vardır; bunlar burada uygulanmaz). Uygulanan bu muhakeme usulü, doğal olarak, tutuklama kararının gerekçesine de yansımakta (aşağıda III) ve gerekçenin bir mahkûmiyet kararında olduğu kadar ayrıntılı olması aranmamaktadır.

III. Tutuklama kararının gerekçesi.

Şüpheli veya sanık hakkında *ilk defa tutuklama kararı verilmesi* veya *tutukluluk durumunun devamına karar verilmesi* ile, hakkında mahkûmiyet kararı verilen sanığın tutuklanması veya tutukluluk durumunun devamına karar verilmesi arasında fark vardır. Tutukluluk durumunun devamı hakkındaki

²²¹¹ LR-Wendisch Rn. 15; Meyer-Gossner Rn. 13, 14.

²²¹² BGH 34, 36 = NJW 1986, 1821; nakleden Pfeiffer 2005, m. 114, Rn. 5.

²²¹³ Kleinknecht/Janischowsky, Rn. 13.

²²¹⁴ OLG Düsseldorf StV 1991, 521.

²²¹⁵ KK-Boujong Rn. 12.

kararların gerekçesinde ilk tutuklama kararı verilirken mevcut bulunan suç işleme şüphesinin kuvvet derecesinin daha da yoğunlaştığı vurgulanmalı ve delil karartma tehlikesinin devam ettiği veya kaçma şüphesinin ortadan kalkmadığına ilişkin delil sunulmalıdır.

1. Tutuklama kararının gerekçesinde yer alması gereken hususlar.

a) Cumhuriyet savcısının gerekçeli tutuklama istemi.

Cumhuriyet savcısının tutuklama isteminde, “mutlaka gerekçe gösterilmesi” ve “adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere” yer verilmesi emredilmiş olduğu için (CMK 101/1), savcının gösterdiği gerekçe hâkimin kararına belli ölçüde yansıtacaktır.

b) Savunmanın görüşleri.

Bunun yanında, savunmanın karşı görüşlerinin de hâkimin kararının gerekçesinde yer bulması beklenir. Bunu temin etmek üzere, zorunlu müdafilik sistemi benimsenmiş, müdafinin soruşturma evresinde dosyayı incelemesi ve şüpheli ile görüşmesi sağlanmıştır.

c) Kuvvetli suç şüphesinin gerekçelendirilmesi.

Tutuklama kararının temel unsuru asıl ceza davasının konusunu teşkil eden suçun şüpheli tarafından işlendiği konusunda şüphe bulunmalıdır. Bu şüphenin delillere dayanması ve kuvvetli olması gerekir (CMK 100/1).

Soruşturma evresinde tutuklama kararı veren hâkim, dosyanın o anki durumuna göre bir değerlendirme yapacaktır. Karara itiraz edildiğinde, itirazı inceleyen hâkim dosyayı bu gözle inceleyecektir.

Tutuklama kararı kovuşturma evresinde veriliyorsa, kuvvetli suç şüphesinin varlığını esas mahkemesi takdir edecektir. Mahkemenin verdiği tutuklama kararına itiraz edildiğinde, itirazı inceleyen hâkim duruşmada hazır bulunmadığı için, doğrudanlık ilkesi gereğince, mahkemenin verdiği tutuklama kararındaki olgu değerlendirmesini inceleyemez.²²¹⁶ Buna mukabil, duruşmanın yeni başladığı aşamada henüz delillerin ikame edilmiş olmadığı bir sırada, esas mahkemesi delil karartma şüphesini sadece dosyadaki delillere dayanarak yapacağı için, itirazı inceleyen hâkimin durumu farklıdır: ilk kararın hatalı olduğu açıkça ortada ise, tutuklama kararı kaldırılabilir.

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, tutuklama kararının gerekçesinin kapsamını belirleyen husus, itiraz edildiği zaman, itirazı inceleyen hâkimin kararın verildiği andaki delil durumunu görebilmesini sağlayacak şekilde ayrıntı içermesidir. Tutuklama kararının gerekçesinin itirazı inceleyen makamca yazılması da mümkündür. Eğer somut olayda tutuklama nedenleri gerçekleşmişse, yukarıdaki koşulları taşımayan gerekçe ile düzenlenen bir tutuklama kararının gerekçesi, itiraz üzerine incelemeyi yapan makam tarafından yazılabilir.²²¹⁷

ç) Tutuklama nedeni olarak şüphelinin ‘kaçması’, ‘saklanması’ veya ‘kaçacağı şüphesi’.

Tutuklama kararının gerekçesinde hâkimin “olgu” belirtmesi gerekir. Bu “olgu”, kuvvetli suç şüphesinin ve tutuklama nedeninin varlığının kabul edilmesini gerektiren bir olgudur. Kuvvetli suç şüphesi (CMK 100/1), yapılan araştırmalardan elde edilen sonuçların az bir kısmının açıklanması sureti ile gerekçelendirilir.

d) Delil yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık üzerinde baskı oluşturma girişimi şüphesinin gerekçesi.

Şüphelinin delil karartma hususunda kuvvetli şüphe oluşturan davranışlarına gerekçede yer verilmesi gerekir (CMK 100/2-b, 1).

Şüphelinin davranışlarının tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunacağı hususunda şüphe oluşturmalarının gerekçesinin belirtilmesi (CMK 100/2-b, 2).

²²¹⁶ Scholz 2016, 184.

²²¹⁷ OLG Brandenburg NStZ-RR 1997, 107.

e) Tutuklama nedenlerinin var sayıldığı suçlarda tutuklama kararının gerekçesi.

Gerek Türk Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK 100/3), gerekse mukayeseli hukuktaki muhakeme kanunları ağır suç işleyen şüpheli veya sanıkların kaçma olasılığının yüksek olmasından yola çıkarak, tutuklama nedeni karinesi kabul etmiştir. Eleştiri konusu olan katalog suçlardaki bu düzenleme, adeta otomatik tutuklamaya yol açan uygulamaya dönüşmüştür. Önceleri (Mooren ve Schöps kararları ile) ilk tutuklama kararı verilirken karineye dayanma olanağı tanıyan AHİM, daha sonra içtihat değiştirmiş ve ilk tutuklama kararında da karineye dayanılmayacağına karar vermiştir (Buzadji kararı).

f) Ölçülülük konusundaki gerekçe.

Somut olayda tutuklamanın “zorunlu” olması gerekir. Sanık tutuklanmadığı takdirde, delilleri karartacak veya delillerin kuvvetini azaltacak olmalı ve savunmasını buna dayandıracak olmalıdır. Ölçülülük bakımından diğer önemli bir husus, somut olayda adli kontrol tedbirinin yeterli olmamasıdır. Hâkim kararının gerekçesinde adli kontrolün neden yeterli olmadığını açıklamak mecburiyetindedir.

g) Gerekçede yer verilmesi gereken deliller.

Gerekçenin yazılması sırasında soruşturma evresinde elde edilmiş olan delillerin açıklanması mecburi değildir. Bununla birlikte, müdafaanın gerektiği gibi sağlanabilmesi için, delillerin de tutuklama kararında gösterilmesi yerinde olur.²²¹⁸ Ancak, delillerin açıklanmasında, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek için, adil yargılanma hakkını ve sanığın sorgu hakkını kısıtlamamak koşulu ile, kısıtlama yapılabilir. Değerlendirme sırasında sadece hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş olan delilleri (CMK 217/2) kullanabileceği tabiidir; hukuka aykırı delile dayanarak tutuklama kararı verilemez.²²¹⁹ Şüphelinin susması aleyhine değerlendirilemez.

h) Gerekçede yer alması zorunlu olan hususların ne kadar ayrıntılı olması sorunu.

Tutuklama kararının gerekçesinin kararda gösterilmesinin yararı, bir taraftan hâkimin karar verirken kendi kendisini denetlemesini, verdiği kararın üst mahkeme tarafından denetlenmesini ve diğer yandan ise, tutuklanan kişinin neden tutuklandığını anlamasını sağlamaktır. Bunu sağlamak üzere, 2021 yılında 7331 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle²²²⁰ 2012-6352 başlatılan gelişme tamamlandı ve tutuklama kararında yer alması gereken hususlar Kanunda açıkça düzenlendi: *Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda (a) kuvvetli suç şüphesini, (b) tutuklama nedenlerinin varlığını, (c) tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu ve (d) adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir.*

i) Tutuklama talebinin reddi kararının gerekçesi.

Soruşturma evresinde verilecek tutuklama kararının C. savcısı tarafından talep edilmesi gerekir (CMK 101/1). Duruşmada verilen tutuklama kararları ise, mahkeme tarafından re’sen verilir, ama sanığa sorgu hakkı tanınmış olmalıdır. C. savcısı tarafından talep edilen tutuklama hâkim tarafından kabul edilmezse, bunun gerekçesinin de yazılması gerekir.

2. Hükümözlü tutuklular: Mahkûmiyet hükmünde tutukluluk hakkındaki kararın gerekçesi.

Esas mahkemesi sanık hakkında mahkûmiyet kararı verirse, delilleri dikkate alarak sanığın fiili işlemiş olduğunu kabul etmiş demektir. Böylece delil karartma şüphesi ortadan kalkmış olur. Tutuklama kararı delil karartma şüphesine dayanıyorsa, bu kararın da kaldırılması gerekir. Fakat tutuklama sebebi kaçma şüphesi ise, mahkeme sanığın kaçma olasılığını gerekçeli olarak değerlendirerek tutukluluk durumunun devam etmesine karar verilebilir. Mahkûmiyet kararından sonra kanun yolu aşamasında da devam eden tutukluluk durumuna Türk uygulamasında *hükümözlü tutukluluk* adı verilmiştir. Buradaki tartışma, tutukluluktaki üst süreler açısından önemlidir (No. 368/III).

²²¹⁸ KK-Boujung Rn. 12.

²²¹⁹ *Karlsruher Kommentar, Boujong* § 112, Rn. 8.

²²²⁰ Daha önce tutuklama kararında nelerin yer alacağı Kanunda açıkça sayılmamış, sadece; tutuklama kararı verilirken “hukuki ve fiili nedenler ile gerekçelerin” gösterilmesi mecburi kılınmıştır.

3. Gerekçesi yazılmayan kararlar.

Alman Hukukunda tutuklama kararında şüpheliye yüklenen fiilin ayrıntılı olarak ve delilleri gösterilerek yazılması kuralının bir istisnası öngörülmüştür: Devlet güvenliğini ilgilendiren suçlarda gerek yüklenen fiilin ve gerekse tutuklama nedeni oluşturan olguların kararda açıklanması kabul edilmemiştir (StPO 114/2, No. 4). Bu yasağın diğer suçları da kapsayacak şekilde genişletilmesi konusu tartışmalıdır. Bu istisnai hükmün uygulanması halinde, kararın gerekçesinde bunun tartışılması öngörülmüştür.²²²¹

IV. Tutuklama kararının bildirilmesi.

1. Tutuklama oturumunda bildirme.

Tutuklama oturumunda kararın içeriğinin sözlü olarak şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilmesi ve kendisine bir örneğinin verilmesi öngörülmüştür (CMK 101/2).²²²²

2. Tutuklananın durumunun yakınlarına bildirilmesi.

Kişinin tutuklandığı yakınlarına *derhal* bildirilir (AY 19/6).²²²³ Tutuk Türkçe bilmiyorsa, tutuklama sebepleri ve aleyhindeki isnat en kısa bir zamanda bildiği bir dille kendisine anlatılır (İHAS, 5, 2).

Sanığın tutuklandığını veya tutuklamanın uzatılmasına ilişkin karar verildiğini, Devletin tutuklunun bir yakınına veya belirlediği bir kişiye bildirmesi, hâkimin bu konuda vereceği bir kararla olur. Bildirim “gecikmeksizin” yapılır (CMK 107/1). Kanun, yakalanan kişinin yakalandığının haber verilmesinde de aynı formülü kullanmıştır (CMK 95/1).

Tutuklamada bizzat kendisinin bildirmesine de, hâkim kararı ile izin verilebilir. Ancak soruşturmanın amacının tehlikeye düşmemesi koşulu vardır (CMK 107/2).

Şüpheli veya sanık “yabancı” olduğunda, tutuklanma durumu vatandaşı olduğu devletin konsoloslukuna bildirilir. Sanık yazılı olarak karşı çıkarsa, (CMK 95/2’de olduğu gibi) konsolosluka bildirim yapılmaz (CMK 107/3).

Kanunun bu düzenlemesi, yakınlarına veya belirlediği bir kişiye haber vermenin “hak mı”, yoksa “görev mi” olduğu konusundaki tartışmayı da sona erdirmiş bulunmaktadır: Türk vatandaşı olan sanıkların, yakınlarına (veya belirlediği bir kişiye), sanık istese de istemese de, haber vermek mecburiyeti getirilmiştir; sanık yabancı olduğunda, bildirmeme hakkı tanınmıştır. Bu ayrımı yapmanın mantığı da anlaşılabilir. Hakkın kullanılmasından vazgeçme söz konusu ise, Türk ile yabancı arasında bir fark yaratılmaması gerekirdi.

V. Yakalama emri ile tutuklama.

Ceza Muhakemesi Kanununda *gyabi tutuklama kararı* verilmesi benimsenmediği için, “tutuklama genel müzekkeresine” yer verilmemiş, sadece daha az sanık garantileri sağlayan “yakalama emri” (CMK 98) düzenlenmiştir.²²²⁴ Yakalama emri (CMK 98) (No. 377/V) üzerine yakalanan kişi en geç 24 saat

²²²¹ Scholz 182, dn. 16.

²²²² Ceza Muhakemesi Kanununun kabul ettiği sisteme göre, şüpheli veya sanık ve müdafisinin hazır bulunduğu bir oturumda tutuklama kararı verildiğinde, bu kararın CMK 107’nci maddesine göre, tutuklunun bir yakınına veya belirlediği bir kişiye tutuklama ve tutuklamanın uzatılmasına ilişkin her karar, hâkimin kararı ile gecikmeksizin haber verilir. Mülga Kanundaki “*tutuklanan kişiye, tutuklama sebepleri ve hakkındaki iddialar yazılı, mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılincaya kadar bildirilir*”, hükmü Ceza Muhakemesi Kanununa alınmalıdır.

²²²³ Hâkime kanunla dahi emir verilemeyeceği, bu hüküm hâkime takdir yetkisi tanıyan bir düzenlemedir. Anayasa değişikliği ile 19. madde metninden çıkarılan “bildirmede tehlike” unsuru, kanaatimizce halen geçerlidir ve hâkim sakıncalı görüyorsa, gerekçelendirmek kaydıyla, bildirmeme kararı da verebilir. Nitekim CMK nın 107. maddenin ikinci fıkrasında, tutuklanan kişinin bizzat bildirmesi için izin vermede, “soruşturmanın amacını tehlikeye düşürme” unsuru açıkça zikredilmiştir. 1961 Anayasasının 30. maddesinin 73 de değişen 4. fıkrası gibi 1982 Anayasasının 19/6 maddesi de, kanunun 5/3/73 de değişen 107. maddesini de değiştirmişti. “Yakınlar” Anayasada düzenlendiğinden 107. madde sadece “esaslı alakası olan diğer kimseler”e uygulanacak, yani bunlara da haber vermesine müsaade edilecek veya sanık isterse resmen haber verilecekti. CMUK 107 2002-4744 numaralı Kanun ile değiştirildi ve “yakınına veya belirlediği bir kişiye” haber verme hakkı tanındı.

²²²⁴ Mülga CMUK’daki düzenleme şöyle idi: Tutuklama kararının “genel müzekkere” ile infaz edildiği de vardı (CMUK 131). Bu müzekkere bütün kolluk makamlarına hitap ederdi. Tutuklanacak kişi belli bir yerde bulunmaz ve kaçtığı veya saklandığı anlaşılırsa kanunda “yakalama müzekkeresi” adı verilen “tutuklama genel müzekkeresi” düzenlenirdi. Tutuklama

içinde hâkim önüne çıkarılır. Bu süre içinde hâkime çıkarılmıyorsa SEGBİS sistemi ile yetkili hâkim tarafı sorgusu yapılmak üzere en yakın adliyeye götürülür (CMK 94/2). Yakalama emri ifade almak için düzenlenmişse ve kişi mesai saatleri dışında yakalanmışsa, belirtilen gün gelmeyi taahhüt ederse Cumhuriyet savcısı tarafından serbest bırakılabilir. Taahhüde uymamak idari para cezası ile cezalandırılır (CMK 94/3).

CMK gıyabi tutuklama kararını düzenlemediği için, tutuklama kararı üzerine ele geçirilen kişinin ne kadar süre zarfında, hangi makama götürüleceğine dair CMUK 108'deki hükme²²²⁵ yer vermemiş ve yakalama emri üzerine başka ilde yakalananların durumunu açıkta bırakmıştı. Anayasaya göre, “tutuk”, yakalanan gibi, tutuklama yerine en yakın mahkemeye götürülmesi için gerekli süre hariç, en geç 48 saat ve toplu işlenen suçlarda²²²⁶ en çok dört gün (45 idi) içinde hâkim²²²⁷ önüne çıkarılır. Bu süreler geçtikten sonra kimse hâkim kararı olmaksızın hürriyetten yoksun kılınmaz. Bu süreler olağanüstü hal ve savaş hallerinde uzatılabilir (AY 19/5) (No. 378).²²²⁸

367. d) TUTUKLAMA KARARININ İNFAZI.

I. Tutuklama Kararının Ceza İnfaz Kurumunda Yerine Getirilmesi.

1. Tutuklama kararının yerine getirilmesinin düzenlendiği hukuk normu.

genel müzekkeresi, sanığın tutuklanması için, tutuklama müzekkeresine dayanarak savcılığın ve zaruret halinde hâkimin bütün kolluk makamlarına hitaben yazdığı bir müzekkere idi. Bu müzekkerede, tutuklanacak şahsın mümkün olduğu kadar açıkça kim olduğu ve eşkâli yazılırdı. İsnat olunan suç ve tutuklanınca nereye gönderileceği de kaydedilirdi (CMUK 131). Tutuklandığı sırada sanığa yazılı olarak bildirilebilmesi için (AY 19/4) tutuklama sebebi de gösterilecekti.

²²²⁵ Mülga CMUK daki düzenlemeler. Mülga CMUK'ya göre, tutuklama kararı üzerine tutulan sanık, derhal yetkili hâkim önüne çıkarılıyordu. Derhal çıkarmak mümkün değilse, üst süre 24 saattir (CMK “1992-3842” 108). Kanunumuz toplu işlenen suçlarda bu süreyi, 1985 de kaldırılana kadar, (yakalamadaki gibi) 7 güne kadar uzatmıştı (CMUK “1973-1696” 108/5). Ancak tutuğun hâkim önüne çıkarılması yakalananınkinden farklı idi. Zira tutuklama bir hâkim kararına dayanmaktaydı. Onun yeniden hâkim önüne çıkarılmasının amacı, yanlışlıkla başka bir kişinin tutuklanmış olup olmadığının ve kararlar tutuklama arasında geçen sürede kararın geri alınıp alınmadığından denetlenmesi idi. Toplu işlenen suçlarda dahi tutuklananın hâkim önüne çıkarılmasının uzamasına ihtiyaç yoktu. Bu nedenledir ki 1985 de 108. maddenin sürenin uzayabilmesini öngören 2. fıkra, pek isabetli olarak, kaldırılmıştı (1985-3206 No. K. m. 82). Yargı çevresi geniş CMUK 394/a ağır ceza mahkemelerinde yargılanan suçlarda gözaltı süresi kırksekiz saat olarak uygulanıyordu (CMUK 394b/7). Olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde yakalanan ve tutuklanan kişiler hakkında CMUK 128/II'de dört gün olarak belirlenen süre C. Savcısının talebi ve kişi dinlenerek verilen hâkim kararı ile, yedi güne kadar uzatılabilir (CMUK 394b/8). 2004-5190 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan mülga Devlet Güvenlik Mahkemeleri Kanununun 16. maddesine göre bu mahkemelerin görev alanına giren suçlarda yakalama veya tutuklanan şahıs yakalama veya tutuklama yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç en geç 48 saat içerisinde hâkim önüne çıkarılırdı. Toplu olarak işlenen suçlarda cumhuriyet savcısı süreyi yazılı emir ile 4 güne kadar uzatabilirdi. Olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde süre uzatma 7 güne kadardı; Cumhuriyet savcısının talebi üzerine, hâkim uzatma kararı vermeden önce yakalanan veya tutuklanan kişiyi dinler, uygun görürse, 7 güne kadar uzatma kararı verebilirdi (DGMK “2002-4744” 16). Mülga kanun hâkim önüne çıkarma süresini en son şöyle düzenlemekte idi: Sanık tutuklama müzekkeresi üzerine tutulduğunda (doğrusu tutuklandığında) derhal ve nihayet 24 saat içinde yetkili hâkim önüne çıkarılarak sorguya çekilir ve tutmanın (doğrusu tutulmanın) devam edip etmeyeceği hakkında bir karar verilir. Sanığı en yakın hâkim önüne götürmek için gerekli süre bu 24 saatlik (1992-3842 numaralı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, “yetkili hâkim” önüne götürmek için gereken süre öngörülmüştü. Süre ise, 48 saat idi), süreye dahil değildi (CMUK “1992-3842” 108/1 ve 2).

²²²⁶ Anayasasının “Toplu olarak işlenen suç” ile kastettiğinin 3 kişinin işlediği suç olabileceğini sanmıyoruz.

²²²⁷ Süre 2001 öncesi 45 gün idi. Önce 7'ye, sonra da 4'e indirildi. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, tutuğun hâkimden başka, kanunun hâkimlik görevini yapmakla yetkilendirdiği bir diğer adli memur (*officer, magistrat*) önüne çıkarılmasını da kabul etmiştir (İHAS 5/3). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hâkimlik görevinin esasında bulunan teminatı burada da aramaktadır. Ancak İsviçre'nin Winterthur savcısına, hâkim gibi denetim görevi verilmesinde Sözleşmeye çoğunlukla aykırılık bulunmamıştır (4/12/79 *Schiesser* dâvası, § 32-38).

²²²⁸ Kanaatimizi, “bunların en yakın hâkime çıkarılması ve kimlik tespitinden sonra gereken başka ile nakline karar verilmesi yerinde olacağı şeklinde”, Mayıs 2005'te yayınlanan Ek Kitapta belirtmiştik. Kanunda 2005-5353 numaralı Kanun ile yapılan değişiklik yerinde olmuştur: “Yakalama emri üzerine yakalanan kişi, en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılacak ve en kısa zamanda yetkili hâkime götürülmek üzere tutuklanacak veya serbest bırakılacaktır” (CMK 94). Ancak, bu düzenleme de uzun “nakil için bekleme” sorunu doğurmuştur. Başka bir ile götürülmek üzere tutuklanan şüpheli, jandarma tarafından nakli için bekletilmektedir. “Tutuklu” olduğu için, teknik hukuk açısından sorun yoktur ama, dosyayı bilmeyen en yakın hâkimin aksine, yetkili hâkimin şüpheliyi bırakma olasılığı vardır. Sistemdeki değişiklikler adalet makinesini zedelemektedir. Mehz Kanunun sistemine geri dönülmelidir.

Tutuklama kararının yerine getirilmesi ile ilgili kurallar Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunda düzenlenmiştir (CGİK 111-116). Mülga CMUK ise, tutuklama kararının nasıl yerine getirileceğine ilişkin kurallara da yer vermişti.

2. Tutuklunun tabi olduğu rejim.

Sanık tutuklandıktan sonra da tutukevinde bulunduğu sırada da hakları vardır. Müdafî ile görüşmesi engellenemez (CGİK 114). Tutuklunun ziyaretçi kabul etme hakkı, haberleşme hakkı ve çalışma hakkı bulunduğu gibi, yükümlülükleri de vardır.²²²⁹

Mülga CMUK 116 ve takip eden maddelerde düzenlenen bu rejim, Ceza Muhakemesi Kanununa alınmamıştır. Alınmama sebebi, tutuklama kararının yerine getirilmesi ile ilgili hükümlerin 2004-5275 numaralı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunda düzenlenmesidir.²²³⁰

İnfaz Kanunu 111, 112, 113, 114, 115, 116 ncı maddelerinde tutuklama kararının yerine getirildiği kurumlar, tutukevine kabul, tutukluların barındırılması, tutukluların hakları, kısıtlayıcı önlemler ve tutukluların yükümlülüklerini, ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir.

Tutuk, hükümlü değil, sanıktır. Bu itibarla cezaevine değil, tutukevine götürülmeli ve orada alıkonulmalıdır. Ancak her yerde tutukevi bulunmadığından, mülga kanun “tutuklanan kimse mümkün olduğu kadar hükümlülerden ayrı bir yere konur veya ayrı bir odada bulundurulur” demek zorunda kalmıştı (CMUK “84-3063” m. 116/1). İnfaz Kanunu da aynı düzenlemeyi sürdürdü (CGİK 111/1).

Tutukların²²³¹ rejimini düzenleyen Hukuk normlarının kaynakları çeşitlidir. Bu arada Birleşmiş Milletlerin 1957 de kabul ettiği “Hükümlü ve tutukların tretmanında taban kurallar”²²³² ve Avrupa Konseyinin bunlara ek olarak kabul ettiği “Hükümlü ve tutukların seçim hakları ile medenî ve sosyal hakları hakkındaki tavsiye kararı”²²³³ ile “Hürriyetleri kısıtlananların tretmanı konusunda taban kurallar hakkındaki karar”²²³⁴ büyük önem taşımaktadır.

²²²⁹ Öztürk/Erdem 2006, 529.

²²³⁰ Mülga CMUK daki düzenleme. Tutuk isterse tutukevinin nizam ve emniyetini bozmamak ve tutuklanmasındaki gayeye uygun olmak şartı ile servet ve durumuna göre kendi masrafı ile istirahat ve meşgalesini temin edebilirdi (mülga CMUK “1984-3063” 116/2). Tutuklardan çalışmak isteyenler, tutukevi dahilinde çalıştırılabilirlerdi (mülga TCK 14). Cezaların İnfazı Kanununun 1985 de değiştirilerek, tutukların da çalışmaya mecbur tutulmasını (mülga CİK “1985-3193” 17/1 ve 8), disiplinin gerektirdiği kayıtlamalar sınırını aştığı için, hükümlü ve tutuk ayrımı esasına aykırı bulmakta idi. Kaldı ki kurumlar içinde atölye ve işyerlerinde de olsa askerî tutukevindekiler çalışmağa mecbur tutulmamışlardı (mülga AsMK 76). Tutuk, tutukevinde ciddi bir tehlike teşkil ettiği ve özellikle öteki tutukların emniyeti için zorunlu görüldüğü veya intihara veya kaçmağa kalktığı yahut bu yolda hazırlıkta bulunduğu takdirde, sağlığına zarar vermeyecek tedbirler alınabiliyordu. Tutukevinin kanun, tüzük, yönetmelik ve emirler ile belirlenmiş düzenini bozan tutuklar hakkında, hükümlülere uygulanan disiplin cezalarına ve bunların neticelerin dair hükümler uygulanırdı. Bu disiplin cezaları ve tedbirleri hakkındaki kararlar, ilgili kurul veya memurlar tarafından alınır ve hâkimin onayına sunulurdu. Kararlar hâkimin onayından sonra tatbik edilirdi. Acil hallerde bu kararlar ilgili kurul veya memurlar tarafından alınarak uygulanmaya konulur ve derhal hâkimin onayına sunulurdu (mülga CMUK “1984-3063” 116/3 ve 4). Yolda kaçmasını önlemek zorunluğu ile eline kelepçe takılmış olsa bile “tutuk duruşmaya bağlı olmayarak (kelepçesiz) çıkarılırdı” (CMUK “1984-3063” 116/5). *Erem*, kelepçeyi demire vurma saydığından yolda kelepçe takılmasını kanuna aykırı bulmaktadır (n. 267). Tutuk kadın ise ve küçük ve bakıma muhtaç çocuklarını verecek kimsesi veya himaye müessesesi yoksa, çocuklar da tutukevine kabul olunurdu (Tüzük m. 96). Tutuk askerî bir kıyafet taşıyan kimse ise, askerî tutukevinde alıkonulurdu (AsCK 39/2). Tutuk ve cezaevlerindeki disiplin işleri, benzerlikleri dolayısı ile, çok defa birlikte düzenlenmişti. Tutukların da 1985 denberi disiplin cezası olarak her defasında 15 günü geçmemek üzere ve her türlü ihtilâtı önleyecek şekilde hücreye konulabilmesi kabul edilmişti (CİK “1985-3193” 15). Burada sözü geçen “ihtilâttan yasaklanma”, müdafî ile görüşmeye engel olmadığı biçimde yorumlanırdı.

²²³¹ Mülga kanunda tutuklanan kişinin konulduğu yere pek isabetli olarak “tutukevi” denildiği ve tutuk kelimesi kullanıldığı halde, tutuklanan kişiye hâlâ tutuk yerine tutuklu denmesine doğrusu aklımız ermiyor.

²²³² Bu kurallar *Erem* tarafından 1963 yılında “mahpusların tâbi tutulacağı asgari insanî muameleler hakkında Birleşmiş Milletler Teşkilâtınca tespit olunan esaslar” adı altında tercüme ve broşür halinde neşredilmiştir.

²²³³ Suç Meseleleri Avrupa Komitesince hazırlanan bu karar Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince 1/2/1962 de kabul olunmuştur.

²²³⁴ 1973 de kabul olunan bu kararın tercümesi için Bk: *Tosun*: İHFM “40”, 76, 663.

Tutuklar hükümlülerden farklı işleme tâbi tutulur. Tutuğun tâbi tutulacağı rejim, tutukluğun zaruretlerine münhasır kalmalıdır. Tutuk hakkında, ancak tutuklama ile gözetilen gayeyi ve tutukevinin nizamını temin edecek kadar kayıtlamalar yapılmasına cevaz vardır.²²³⁵

3. İnfaz Kanunundaki düzenleme.

a) Tutuklunun tutulacağı yer.

Tutuklular, güvenlik görevlisi bulunan ve firara karşı engelleri olan, oda ve koridor kapıları kapalı tutulan, dışarıyla irtibat ve haberleşme olanağı bulunmayan “normal” güvenlik esasına dayalı “tutukevlerinde” tutulurlar. Buna maddi olanak yoksa, diğer kapalı ceza infaz kurumlarının ayrı bölümleri kullanılır (CGİK 111/1). “Yüksek güvenli tutukevleri” (CGİK 111/2), kadın, çocuk ve gençlik tutukevleri (CGİK 111/3) de öngörülmüştür.

b) Tutukevine kabul.

Kabul tutuklama kararına dayanılarak yapılır ve tutukevine konulduğu kararı veren mahkemeye bildirilir (CGİK 112).

c) Tutukluların barındırılması.

Tutukluların ayrı odalarda barındırılması esası kabul edilmiştir (CGİK 113).

II. Tutukluların hakları.

1. Haklar.

Tutukluların; i) çalışma hakkı, ii) ziyaretçi kabul etme; iii) yazılı haberleşme ve telefonla görüşme; iv) müdafî seçmek ve görevlendirmek, v) müdafî ile haberleşme ve temas hakları vardır (CGİK 114).

Tutuklunun diğer bir hakkı da “yaşama hakkıdır”. CGİK 116 madde hükmünde yer alan sağlık denetimi, hastaneye sevk ve infazı engelleyecek hastalık hali, doğal olarak tutuklular hakkında da uygulanır.

2. Kısıtlayıcı önlemler.

Soruşturma evresinde C. savcısı, kovuşturma evresinde de hâkim veya mahkeme, tutuklunun tek başına, sıkı bir rejim altında muhafaza edilmesine ve kaldığı odanın kamera ile izlenmesi, dışarıyla ilişkisinin kesilmesi, kelepçelenmesi veya yüksek güvenli kuruma nakledilmesi tedbirleri uygulanabilir (CGİK 115).

3. Tutukluların yükümlülükleri.

“Tutukluluk hali” ile uzlaşır nitelikte olma ve hükümlülerin tabi buldukları yükümlülükler tutukluluklar hakkında da geçerlidir (CGİK 116).

368. e) TUTUKLAMA TEDBİRİNE DEVAM ZORUNLUĞUNUN ARAŞTIRILMASI.

I. Araştırmanın Yapılması.

1. Soruşturma evresindeki otomatik inceleme.

a) En geç otuzar günlük sürelerle periyodik inceleme.

Tutuklama, her koruma tedbiri gibi geçicidir. Hakkı gösteren şartlar kalmayınca tutukluğun sona ermesi için, şartların kalıp kalmadığını araştırmak gerekir. Tutukluğun kendiliğinden denetimini kanun mecburî kılmıştır (CMK 108/1).²²³⁶ Bu araştırmalarda tutuklama şartlarının bulunup bulunmadığına

²²³⁵ Mülga CMUK 116. maddenin demire vurmadan bahseden ikinci fıkrası, demire vurma işkence sayılarak iptal edilmiştir (AYM: 15/6/67 RG 26/1/68). Bizce demire vurma işkence için değil, delilere gömlek giydirilmesinde olduğu gibi, ciddi tehlikeleri önlemek için alınan bir tedbirdir. Nitekim bu gerçek, 2. fıkraya yeni şeklini veren 2246 numaralı kanunla 79 da dile getirilmiş, tutukevinde ciddi tehlike teşkil ettiğinde tutuğun sağlığına zarar vermeyecek tedbirler alınabilmesi kabul edilmiştir. Meclis Adalet Komisyonu bu tedbirlerin hâkim kararı veya onayı ile uygulanmasını temenni etmiştir.

²²³⁶ Soruşturma evresinde savcı dâva açmazsa veya tutuklamaya lüzum görmezse sanığı salıverir. Ancak savcı salıvermedikçe tutukluluk hali bir hâkim kararı olmadan uzayıp gidebilmekte idi. Tutuğun makul süre içinde serbest bırakılmasından ve yargılanmasından söz eden Anayasaya (AY 19/7), Avrupa Sözleşmesine (İHAS 5/3) ve muntazam

bakılır. Tutukluğun devamına karar vermek için de hâkimin, tutuklama kararını haklı gösteren şartlara dayanarak bir karar vermesi gerekir (AY 19/3).

Bu araştırma veya başka söyleyişle tutukluğun denetimi ya kendiliğinden ya istek üzerine (CMK 108/2) yapılır. Savcı 30 ar günlük süreler içinde Sulh Ceza Hâkiminden inceleme talep eder. İstek üzerine yapılmış da ilgilinin ya karara itiraz etmesi veya kararın geri alınmasını istemesi üzerine olur. Kanun tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda soruşturma evresinde hâkim ve kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kendiliğinden denetim yapılmasını emretmektedir (CMK 108/3).

b) İncelemenin yüze karşı yapılması.

Tutuklama kararı yüze karşı verilir. Bunun gibi tutukluluk durumunun devam edip etmeyeceği konusunda yapılan incelemenin de kural olarak *şüpheli veya müdafisi dinlenilerek*, yüze karşı yapılması gerekir (CMK 108/1). Bu araştırma, sanık tarafından istenilmiş olmasa dahi yapılır. Sözleşmenin 5/4 maddesine göre, yakalanan veya tutuklanan herkesin özgürlük kısıtlamasının hukuki hukuka uygunluğu hakkında kısa²²³⁷ bir süre içerisinde karar vermesi ve yasaya aykırı görmesi halinde serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkı vardır. Anayasa Mahkemesi de tutukluluk durumunun etkin bir şekilde incelenebilmesi için, tutuklunun beyanlarının *hâkim önünde sözlü olarak açıklanmasına* olanak bulunması gerektiğini söylemektedir.²²³⁸

c) Şüphelinin kuvvetlenmesi zorunluluğu.

Tutukluluk durumunun devamı kararı, tutuklama kararından daha kuvvetli gerekçelere dayanmalıdır. Tutuklama sebeplerinin halen devam etmekte olduğu ve ilk tutuklama kararına göre daha da kuvvetlenmiş olduğu inandırıcı bir biçimde açıklanmalıdır.

ç) Cumhuriyet savcısının tutukluyu salıvermesi.

Cumhuriyet savcısı tutuklama tedbiri veya adli kontrolün artık gereksiz olduğu kanısına varacak olursa, şüpheliyi kendiliğinden serbest bırakabilir (CMK 103/2, cü.1). Kovuşturmaya yer olmadığı kararı (CMK 172) verildiğinde tutuklu şüpheli serbest kalır (CMK 103/2, cü.2).

2. Kovuşturma evresindeki tutukluluk incelemesi.

Kovuşturma evresinde mahkeme kendiliğinden araştırabilir. Ceza Muhakemesi Kanunu kovuşturma evresinde de en geç otuzar günlük süreler itibarıyla, re'sen karar verme sistemini benimsemiştir. Hâkim veya mahkeme tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk durumunu her oturumda veya oturumlar arasında denetler (CMK 108/3).²²³⁹

fasılalarla tutuklama zorunluğunun araştırılmasını tavsiye eden Avrupa Konseyi Kararlarına aykırı düşen bu uygulamayı önlemek gerekiyordu. İlk soruşturma varken biz bunu, sanıklı hazırlık soruşturmasının kısa tutulması ile, yani kısa soruşturma ile sağlamağa çalışmıştık. İlk soruşturmayı kaldıran kanun, aynı amaçla, savcıyı en geç otuzar günlük süreler içinde tutukluk halinin devamının gerekip gerekmediğini incelemesini sulh hâkiminden istemeğe mecbur tutmuştu (CMUK "1985-3206" 112/1). Ceza Muhakemesi Kanunu da bu hükme yer verdi. En geç otuzar günlük süreler itibarıyla, C. savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkimi tarafından CMK 100'deki hükümlere göre tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmediği denetlenir (CMK 108/1).

²²³⁷ AHİM, tutuklanan kişinin ancak 6 ay sonra tekrar hâkim önüne çıkarılmasını Sözleşmenin 5/4 maddesine aykırı bulmuştur (Karaosmanoğlu ve Özden/Türkiye, 17.6.2014). Bu konuda benzer diğer kararlar da vardır (Erişen/Türkiye 4 ay, Deniz Seki / Türkiye 7 ay).

²²³⁸ *Firaz Aslan ve Hebat Aslan*, no. 66, *Süleyman Bağrıyanık*, no. 267, *Haldun Yavuz* no. 333. Ancak, her tahliye isteminin değerlendirilmesinde duruşma yapılması sistemi işlemez hale getireceği için, duruşma yapılmasını gerektiren özel bir durum olması aranır (*Firaz Aslan Hebat Aslan*, no. 73). Anayasa Mahkemesi en son 5.10.2023 tarihinde verdiği *M. S. başvurusunda*, şüphelinin tutukluluk durumunun sona ermesi gerektiği konusundaki görüşlerini 2 ay boyunca sözlü olarak dile getirememesinin, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ile bağdaşmadığına ve Anayasa'nın 19/8 maddesi bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliğinin ihlal edildiğine karar vermiştir (RG 13.2. 2024).

²²³⁹ Mülga Kanunda bu konuda evvelce açık bir hüküm yoktu. 1936 tâdilinde duruşmalı araştırma hakkındaki hükümler ile birlikte, sonsoruşturmada duruşmasız araştırmadan bahseden 113. madde de dikkatsizlikle kaldırılmıştı. Kanun koyucunun maksadı, kovuşturma evresinde re'sen araştırma yapılmasını önlemek olmadığından, bu evrede de re'sen araştırma yapılması gerekiyordu (*Kantar*, 123). Ancak bu evrede süre hükümleri uygulanmadığından, her oturumda ve gerektiğinde oturum aralarında bu konunun re'sen ele alınmasını önermekteydik. 1985 de bu önerimiz kanunlaştı (CMUK "1985-3206" 112/3). Duruşmaya ara vermeler bir ayı geçemeyeceğinden (CMUK "1985-3206" 222/1), devam denetlemesinin en geç ayda bir

II. Kısa soruşturma: tutuklu hakkında hemen dava açılmalıdır.

Sözleşmenin 5(3) maddesinin bireye sağladığı diğer bir garanti, serbest bırakılmadığı takdirde, makul bir süre (*reasonable time*) içerisinde yargılanma hakkıdır. Türk hukukunda tutuklu sanıkların davaları diğerlerinden önce görülür ve “acele” işlerden sayılır.

Bu düzenlemenin amacı, Devlet araştırmalarını sürdürürken, belirsiz ve sınırsız bir süre içinde tutukluluk durumunun devam etmesini önlemektir. Mesela, *Müller-Fransa* (1997) davasında hazırlık soruşturmasının başlangıcında suçu işlediğini iradi olarak ikrar etmesine rağmen şüphelinin Fransa tarafından dört sene müddetle tutuklu bulundurulması Sözleşmeye aykırı görülmüştür.

Wemhof-Almanya (1968) davasında, tutuklu sanığın duruşmasının diğerlerinden önce görülmesi gerektiği kuralı konmuştur. Mahkeme bu kararında, sanığın (*accused person*) geçici bir süre için serbest bırakılmasının, onun makul süre içinde yargılanma hakkını ortadan kaldırmayacağına karar vermiştir.

III. Tutukluluğun azami süresi.

Evvelce tutukluluğun devamı konusunda belli bir üst süre yoktu.²²⁴⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İHAS 6'yı uygulayarak, 1,5 yıl veya 3,5 yıl süren tutukluluk durumlarını makul görmüştü. Ceza Muhakemesi Kanunu tutuklulukta geçecek üst süreyi belirlemiştir. Sonradan yapılan değişikliklerle tutuklulukta üst süre soruşturma evresinde ve kovuşturma evresinde farklı düzenlendi. Tutukluğun normal olarak uzayabileceği süreyi kanunun göstermesi yerinde olmuştur.²²⁴¹ Zira herkesin makul süre içinde yargılanma hakkı vardır (İHAS 6/1). Bunun dışında ayrıca, *tutuğun* makul süre içinde yargılanma hakkı da vardır (İHAS 5/3; AY 19/7). Bu hak, ilk mahkemenin hüküm vermesine kadarki tutukluk süresinin, her davanın verilerine göre makul (haklı) sınırlar ötesinde devam ettirilmemesini gerektirir.²²⁴² Keza tutuğun mahkemeye başvurarak kısa bir sürede²²⁴³ tutukluğunun kanuna uygunluğu konusunda karar verilmesini ve kanunsuzsa salıverilmesini isteme hakkı vardır (İHAS 5/4). Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de tutukluk süresinin kanun veya hâkim tarafından tespitini tavsiye etmektedir.

yapılabilmesi sağlanmış ise de duruşma hazırlığında başkana tanınan yetki bakımından (CMUK “1985-3206” 124/4) bir sınırlama ihtiyacı yine mevcuttu. Bizce, 112. maddedeki otuzar günlük süreler burada da kıyas ile uygulanmalı, savcı da bu süreler içinde bu yolda bir istekte bulunmalı idi.

²²⁴⁰ Sanığın “makul sürede yargılanma hakkı” bulunduğu için, 1992 yılında yapılan değişiklikle hazırlık soruşturmasında 6 ay, kamu davasının açılması halinde ise, azami iki yıl tutukluluk süresi öngörülmüştü (CMUK “1992-3842” 110). Devam zorunlu ise, kararla uzatmak mümkündür. Mülga kanunumuz tutukluluğu belli bir süre için; hazırlık soruşturmasında azami altı ay, kamu davasının açılması halinde, hazırlıkta tutuklulukta geçen süre dahil azami iki yıl süre ile, kabul etmişti (CMUK “1992-3842” 110/1). Devam zorunluluğu varsa yeni bir karar ile uzatmak mümkündür: soruşturmanın veya yargılamanın özel zorluğu veya geniş kapsamlı olması sebebiyle kanunda belirtilen sürelerde kamu davası açılmamış veya hüküm tesis edilememiş ise, soruşturma konusu fiilin kanunda belirtilen cezasının alt sınırı yedi yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda tutuklama kararı kaldırılıyordu. Yedi sene ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezalar ile ölüm cezasını gerektiren suçlarda tutuklama sebebine, delillerin durumuna ve sanığın şahsi hallerine göre tutukluluk halinin devamına veya sona erdirilmesine veya nakdi kefaleti vermesi şartıyla sanığın tahliyesine karar verilebiliyordu (CMUK “1992-3842” 110/2). Gerçi 1992 değişikliğinden önce de devam konusundaki araştırmalar dolayısıyla, tutukluluğun süreli olduğu söylenebilirdi. Ancak hazırlık soruşturmasında bir aydan fazla uzamak için sulh hâkiminden tekrar karar isteneceği ikinci ay sonunda sanık salıverilmediği veya iddianame ile dâva açılmadığı takdirde ilksoruşturmaya geçmenin mecburi olacağı yolunda yeni normlara ihtiyaç vardı. Maddedeki süreler azami sürelerdir. CMK 250. maddede belirtilen suçlar bakımından da geçerlidirler. Dolayısıyla muhakeme söz konusu süreler içinde sona erdirilmeli ya da tutukluluk hali kaldırılmalıdır (*Özbek* 2005, 361).

²²⁴¹ 1965 Alman reformunda, hürriyeti kaldırıcı cezaya veya emniyet tedbirine mahkûmiyete kadar geçecek sürenin, geçici olarak salıverme hariç, 6 ayı geçmemesi ve istinaf mahkemesinin her 3 ayda bir uzatabilmesi kabul edilmişti (*Barosio*, 84-91). 1972 de sadece tekrar suç işleme tehlikesi halinde tutukluğun bir yılı geçmemesi kabul edildi (*Grebing*, 981). Bugün kaide 6 ayı geçmemesidir fakat çoğunda üst sınırı olmayan istisnalar da kabul edilmiştir (StPO 121, 122, 122a). Kesin süre kabul eden Devletler vardır. İtalya’da 1970 den beri çeşitli hallerde göre çeşitli süre vardır (CPPI 272). Fransa’da 1984 den beri cünhalarda 4 aydır. Ancak bir defa ve en fazla 4 ay için uzatmak mümkündür. 2 ay uzatılacak haller de vardır. Cürümlerde süre 1 yıldır. En fazla 4 ay uzatılabilir. Uzatmaların tekrarlanması mümkündür (CPFF 145-1).

²²⁴² AİHM: 27/6/68 *Wemhoff* dâvası, Derleme No. 65 ve 70. AİHK bir dâvada 1,5 yıl (n. 62), bir diğerinde 3,5 yıl haklı görülmüştü.

²²⁴³ *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*, karar süresinin kısıllığını, makul sürede yargılanmada olduğu gibi, her davanın koşullarına göre tâyin etmektedir (*Sanchez-Reise* dâvası, 21/10/86 n. 55-59). AİHM Türkiye aleyhine açılan *Yağcı-Sargin* davasında uzun süren tutukluluk durumlarının Sözleşmeye aykırı olduğuna karar vermiştir.

1. Soruşturma evresindeki azami süre.

Soruşturma evresindeki üst süre asliyelik suçlarda altı ay, ağır cezalı suçlarda ise bir yılı geçemez (CMK 102/4, cü.1).

Tutukluluktaki azami süre millete ve devlete karşı suçlar, terör suçları ve toplu olarak işlenen suçlarda bir yıl altı ay olup, gerekçesi gösterilerek altı ay daha uzatılabilir (CMK 102/4, cü.2). Uzatma kararı verilebilmesi için, Cumhuriyet savcısının, şüpheli veya sanık ile müdafisinin görüşleri alınır (CMK 102/3)

2. Kovuşturma evresindeki azami süre.

Kovuşturma evresindeki üst süre asliyelik suçlarda bir yıldır (CMK 102/1).²²⁴⁴ Ağır cezalı suçlarda ise en çok iki yıldır (CMK 102/2). Bu süre, zorunlu hallerde toplam üç yılı geçmemek üzere, gerekçesi gösterilerek, Cumhuriyet savcısının, şüpheli veya sanık ile müdafisinin görüşleri alınarak (CMK 102/3) uzatılabilir. Böylece iki artı üç yıl olmak üzere, beş sene²²⁴⁵ tutukluluk süresi ortaya çıkmaktadır.

Ağır cezalı suçlardaki bu beş yıllık üst süre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5 inci maddesinde gösterilen makul süreyi aşar niteliktedir. Bu nedenle maddeyi (CMK 102/2) maksada uygun bir şekilde yorumlamalı ve *sürenin uzatma ile birlikte üç yılı geçemeyeceği* kabul edilmelidir.²²⁴⁶

3. Uzatma kararının gerekçesi.

Uzatma kararları Cumhuriyet savcısının, şüpheli veya sanık ile müdafisinin görüşleri alındıktan sonra ve gerekçeli olarak verilir (CMK 102/3). Burada gösterilecek olan gerekçede, “ilk tutuklama kararından daha kuvvetli suç işleme şüphesi” bulunduğu ortaya konması gerekir. Türkiye aleyhinde verilen 5 inci madde ihlallerinde, “gerekçesiz” tutukluluk durumunun uzatılması kararlarının rol oynadığı bilinmektedir.²²⁴⁷

4. Tutukluluk süresinin insan hakları boyutu.

Tutuklama geçici bir tedbirdir. 5(3) maddeye göre, Devlet bireyi sonsuza kadar tutuklu tutamaz. *Stögmüller* kararında, AİHM, makul şüphenin (*reasonable suspicion*) mevcudiyetini yitirdiği hallerde, bundan sonra devam edecek olan tutukluluk durumunun Sözleşmenin 5(1)(c) maddesini ihlal edeceğine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, “makul şüphe” varlığını sürdürse bile, şüphenin tek başına tutuklamayı haklı göstermediğini vurgulamıştır. *Neumeister, Stögmüller ve Matznetter* kararlarında, AİHM teminat (kefalet) yatırmanın kaçma şüphesini azalttığını ve bu yola başvurmak mümkünse, tutukluluk durumunun sürdürülmesinin kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. AİHM *Matznetter* kararında, şüphelinin yeni suçlar işleme tehlikesinin tutuklamanın sürdürülmesi için yeterli olduğuna karar verirken, *Stögmüller ve Ringeisen-Avusturya* (1971) kararında bu gerekçe ile sürdürülen tutukluluk durumunu kabul etmemiştir.

Tutukluluk durumunun sürdürülmesi için ne kadar önemli sebepler bulunursa bulunsun, Devlet usul kurallarını özenle (*diligence*) uygulamak mecburiyetindedir *Letener-Fransa* (1991), *Van de Tang-İspanya* (1995) ve *Scott-İspanya* (1996) kararları bu yöndedir.

Kanuni karinelere yola çıkılarak, şüphelilerin uzun süre tutuklu (gözetim) (*detention*) kalmalarının kabul edilemeyeceğine karar verilmiştir (*Mansur-Türkiye* 1995 ve *Yağcı ve Sargin Türkiye*

²²⁴⁴ Bu süre genel olarak en çok altı aydı ve zorunlu hallerde gerekçesi gösterilerek dört ay daha uzatılabiliyordu. 2006 yılında 5560 sayılı Kanunla maddede yapılan değişiklikte temel süre bir yıla çıkarıldı, zorunlu hallerde 6 ay uzatma kabul edildi (CMK 102/1). Ceza Adalet Sistemini daha etkin ve verimli bir şekilde çalıştıracak yerde, tutukluluk süresinin uzatılması uygulamasını benimsemiyoruz.

²²⁴⁵ *Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan* (2007/ 175) bu süreyi 3 yıl olarak yorumlamaktadır.

²²⁴⁶ Ülkemizde uzun yıllardan beri devam eden çok sanıklı ve birçok sanıkları tutuklu olan örgüt davaları vardır. Kanun koyucu uzun süren bu davalarda bütün standartları zorlayarak sanıkların tutukluluk durumlarının sürdürülmesini amaçlayan istisnai düzenlemeler getirmiştir. Davaları kısa sürede bitirmeyi hedefleyen tedbirlere ağırlık vermek yerine tutuklu sanıkları el altında bulundurma çarelerini aramak, korkarız ki önümüzdeki yıllarda çok sayıda AİHM’de ihlal kararı verilmesine neden olacaktır.

²²⁴⁷ Uzatma kararı aslında tutukluluğun devamı kararı olduğu için, tutuklama duruşması yapılarak ve gerekçeli olarak verilmelidir (*Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan* 2007, 175).

1995 kararları). Bu olaylarda Türkiye ağır suçlar işleme isnadı altında olan kişilerin “delil karartma (*obscoding*) ve “kaçma şüphesi” bulunduğunu kabul eden kanuni karineye dayanmıştır.

IV. Tutukluluktaki makul süre.

Sözleşmenin 5(3) maddesindeki makul süre (*reasonable time*) ile 6(1) maddedeki dürüst yargılanma hakkı (*fair trial*) için aranan makul süre, aynı standartlara tabi değildir. *Habeas corpus* hakkı Sözleşmenin 5(4) maddesi, yakalama veya tutuklama yolu ile özgürlüğü kısıtlanan kişilere, bunun hukuka aykırılığını mahkeme önünde ileri sürme hakkını tanımıştır. Bu başvurunun çabuk incelenmesi gerekir. Mahkeme yakalamayı hukuka aykırı bulursa bireyi serbest bırakmalıdır.

Sözleşmenin 5(4) maddesi nev’i şahsına münhasır (otonom) bir yapıya sahiptir: yakalama 5. maddenin diğer hükümlerine uygun olsa bile, Devletin bu hükmü ihlal ettiğine karar verilebilir. Bu maddenin özü; özgürlük kısıtlamasının hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesi imkanının kabul edilmiş olmasıdır.

5(4) maddeye ilişkin başvurularda, tutukluluk durumunun hukuka uygun olup olmadığının periodik bir şekilde denetlenmesi yolu açık değilse, sözleşmenin ihlal edildiği kabul edilmektedir. Komisyon ve mahkemenin bu husustaki kararları aynı yöndedir.

Yetkili mahkemenin verdiği mahkûmiyet kararının yerine getirilmesini sağlamak için yapılan yakalama, Sözleşmenin 5(1)(a) maddesini ilgilendirir ve 5(4) madde kapsamına giren diğer yakalamalardan farklıdır. Komisyon ve Mahkeme 5(4) madde kapsamına giren yakalama ve tutuklamalarda, maddi olayda yeni değişikliklerin, yani tutuklama kararı verilirken mevcut olmayan durumların incelenmesinde zorunluluk görmektedir.

Hussain-Birleşik Krallık (1996) ve *Singh-Birleşik Krallık* (1996) davalarında, küçük iken süresi belli (*to serve a set tariff*) bir hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilen bireylerin ilk süre bittikten sonra azalarak, “*at her Majesty’s Pleasure*” adı verilen ve süresi önceden belli olmayan, ne kadar süreceği hâkim tarafından denetlenemeyen “genç cezası”na dönüştürülmesinde, bu cezaya hükmetmek bakımından “toplum için tehlikenin devam etmesi” şartı aransa bile, Sözleşmeye aykırılık görülmüştür.

Winterwerp-Hollanda (1979) kararında, tutukluluk durumunun hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesi açısından, bireyin belli aralıklarla denetleme ve inceleme talep etme yetkisi bulunması gerektiği saptanmıştır.

Mahkeme *Bezicheri-İtalya* (1989) davasında, bu sürelerin tutukluluk sırasında oldukça kısa aralıklar olması gerektiğine karar vermiştir. Buna karşılık, gözlem altına alınmada Sözleşmenin özü ihlal edilmeden, daha uzun aralıklar öngörülebilmektedir. Mesela, tutukluluk durumunun devamının kontrolü açısından, beş buçuk ayda bir denetim talep etme hakkı verilmesi sözleşmeye aykırı bulunmuştur.

De Jong, Baljet ve Van den Brink-Hollanda (1984) kararında Mahkeme, yakalanan kişinin gözaltında kalıp kalmayacağını altı ve onbir gün içinde denetlenmesini, Sözleşmeye aykırı bulmuştur.

Mahkeme gözlem altında tutma ile ilgili başka bir kararında (*Koendjibiharie-Hollanda*, 1990) dört ay, *E.-Hollanda*, (1990) kararında da sekiz hafta süre geçtikten sonra yapılan hâkim denetlemesinin gecikmiş olduğuna kanaat getirmiştir.

Yakalanan kişi hâkim önüne çıkarıldığı vakit, bu hâkim bir karar verebilmek için tali mahiyette bir ceza muhakemesi yapar. “*Habeas Corpus*” muhakemesi adı verilen bu duruşma Sözleşmenin 5(4) maddesine göre yapılır. Sözleşmenin 6. maddesinin aradığı bütün garantiler burada uygulanmazsa da *fair trial*’ın asgari kuralları tatbik edilmelidir.

5. Tutukluluk süresi hakkında Türkiye ile ilgili bazı AHİM kararları.

Tutukluk süresinin uzatılması kararları Cumhuriyet savcısının, şüpheli ve sanık ile müdafisinin görüşleri alındıktan sonra ve gerekçeli olarak verilir (CMK 102/3). Bu kararın gerekçesinde, ilk tutuklama kararından daha kuvvetli suç işleme şüphesi bulunduğu ortaya konması gerekir. Türkiye aleyhinde verilen 5 inci madde ihlallerinde, gerekçesiz tutukluluk durumunun uzatılması kararlarının rol oynadığı bilinmektedir.

Tutukluk süresinin makul süreyi aşip aşmadığının incelenmesi, önce yerel mahkemenin görevidir. Bu anlamda, yapılan başvurular üzerine, her türlü olgu tartışılmalıdır. Bu değerlendirme yapılırken de “masumiyet karinesi” göz önünde tutulur (*Dursun/Türkiye*, § 20; *Karagöz/Türkiye*, § 37).

Tutuklanan kişinin suç işlediğinden şüphe duyulması, tutukluluğun devamı için olmazsa olmaz bir şarttır. Ancak, belli bir süreden sonra, tutukluluğun devamı açısından bu yeterli değildir; mahkeme, hürriyetten yoksun bırakmayla ilgili diğer sebeplerin de halen devam ettiğini göstermelidir (*Dursun/Türkiye*, § 21).

Diğer sebepler “ilgili” ve “yeterli” olsalar dahi, AIHM ulusal makamların muhakemenin yürütülmesinde “özel bir özen” gösterdikleri yönünde tatmin edilmelidir (*Karatay ve diğerleri/Türkiye*, § 40).

Her duruşmada tutukluk halinin devamına ilişkin karar verilirken, “suçun niteliği ve delillerin durumuna göre tutukluluğun devamına” tarzında tek tip gerekçe kullanmak yeterli değildir (*Özden Bilgin/Türkiye*, § 29). Aynı şekilde, “suçun niteliğine, delillerin durumuna ve tutuklama tarihine göre” gibi terimler de yeterli değildir (*Kalay/Türkiye*, § 31; *Karagöz/Türkiye*, § 39).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, işlenen suçun ağırlığının tek başına kaçma şüphesini uyandırmayacağı fikrindedir. Kaçma şüphesi, başka unsurların da göz önünde tutulması suretiyle incelenir (*Dursun/Türkiye*, § 23, *Demirel*, § 59). Bunun yanı sıra, “delillerin durumu” ibaresi, suçun işlenmesine dair önemli bir gösterge olsa da, çoğu zaman tek başına tutukluluk süresinin uzunluğunu haklı göstermez (*Karagöz/Türkiye*, § 42).

Tek başına, “dosyanın içeriğine göre” deyip, tutukluluğun devamına karar verilmesi yeterli değildir. Yapılan suçlamaların ağırlığı, uzun tutukluluk süresini haklı çıkarmaz (*Duyum/Türkiye*, § 66-67, *Demirel*, § 59).

Yerel mahkeme, sanığın sürekli ikameti olduğuna, dolayısıyla kaçma şüphesi olmadığına ve tüm delillerin toplanmış olması sebebiyle delillerin karartılması riskinin olmadığına dair açıklamalarını dikkate almamıştır. Bunun ötesinde, yerel mahkeme, tutuklamadan başka bir koruma tedbirini değerlendirmeye almamıştır (*Duyum/Türkiye*, § 68). Bundan başka, “delillerin durumu” ve “dosyanın içeriği” gibi ibareler, muhakemenin başında suçluluğa ilişkin önemli göstergeler olarak kabul edilebilirse de, tutukluluk süresinin uzunluğunu haklı çıkaracak husus değildir (*Duyum/Türkiye*, § 69).

Eğer tutukluluk süresinin uzatılması kaçma şüphesine dayanıyorsa, kararı veren merci adli kontrol ile de istenen faydanın sağlanıp sağlanamayacağını göz önünde tutmalıdır (*Letellier/Fransa*, § 46). Ceza Muhakemesi Kanunu da, adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlerin, C. savcısı tarafından hazırlanan tutuklama kararı isteminde yer almasını mecburi tutmuştur (CMK 101/1).

369. f) TUTUKLAMAYA İLİŞKİN KARARLARA İTİRAZ.

Tutuklama kararı ve tutuklamaya ilişkin sair kararlar, kişi hürriyetini esaslı surette sınırlandırdığından, Ceza Muhakemesi Kanunu 100’üncü madde uyarınca verilen kararlar ile 101’nci madde uyarınca verilen kararlara itiraz edilebilmesini kabul etmiştir (CMK 101/5) (No. 518-1).²²⁴⁸ İtiraz konusunda CMK 267 uygulanır.

²²⁴⁸ Mülga CMUK hâkimlik makamı kararlarına itiraz kaide olarak kabul edildiği için bu konuda mesele çıkmamakta idi. Dönmezer Tasarısı (m. 297) itiraz sistemini Mehaz Alman Kanununa uygun olarak düzenlediği ve sadece açıkça gösterilen hâkimlik ve mahkeme kararlarına itiraz yolunu açtığı için, Yeni Kanunda itiraz edilebilen hâkimlik kararları tek tek gösterilmişti. Ancak, daha sonra tekrar eski sisteme dönüldü ve hâkimlik kararlarının hepsi itiraza bağlandı, mahkeme kararları ise, kanunun gösterdiği hallerde itiraza tabi hale getirildi (CMK 267). Bu arada mülga CMUK 298/2 deki “tutuklamayı, tutukluluğun devamına hacze ve üçüncü şahıslara ilişkin kararlara karşı itiraz yolunu “açan” hüküm, eksik düzenlendi (CMK 101/2) (CMK İzmir Şerhi 2005, 1067). Yeni Kanun CMK 100 ve 101 gereğince verilen kararlara itiraz yolunu açmakta ise de (CMK 101/5), hacze ve üçüncü şahıslara ilişkin mahkeme kararları kapsam dışında kalmıştır. Kanun mahkeme ara kararlarına itirazı kaide olarak kabul etmediği halde, sırf kişi hürriyetini korumak endişesi ile *tutuklamaya ilişkin kararlar* için bir istisnaya ihtiyaç duymuştu. (CMUK “1992-3842” 298). Mülga Kanundan çıkartılan “tevkife taallük eden karar” tâbirine dikkat edilmelidir. Bundan maksat, itiraz edilebilen kararın sadece tutuklama kararı olmadığını, neticede tutukluluğun devamına yol açan kararlara da itiraz olunabileceğini belirtmektir (*Gölcüklü*, 137; *Erem*, n. 265, 325; *Tosun*, I, 866). Tatbikatta tahliye talebinin reddi kararına karşı sanki bu karar tutuklamaya ilişkin değilmiş gibi, itiraz kabul olunmamakta böylece kişi hürriyetini sağlamak için konulmuş bir normun sahası çok daraltılmakta idi. Bu hatalı uygulamaya son vermek için Hükümet 1972 tasarısı

370. g) TUTUKLAMA KARARININ GERİ ALINMASI ve HÜKÜMSÜZ KALMASI.

I. Geri alma ve hükümsüz kalma.

1. Tutuklama kararının geri alınması.

Hakkında tutuklama kararı verilmiş olan “sanığın” adli kontrol altına alınarak serbest bırakılmasını Cumhuriyet savcısı sulh ceza hâkiminden isteyebilir.²²⁴⁹ Aynı hak şüpheli veya müdafisine de verilmiştir (CMK 103/1).

Mülga Kanun döneminde tutuklama kararını vermiş olan hâkim, tutuklama ve sebeplerinin kalmadığını görünce, kararını istek üzerine veya kendiliğinden geri alabilirdi. Bu geri alma (No. 294), koruma tedbirlerinin geçiciliğinin bir sonucu idi (No. 360).²²⁵⁰ CMK bu yetkiyi düzenlemedi.

Kanunda yer alan “sulh ceza hâkimi Cumhuriyet savcısı ile şüpheli ve müdafii dinledikten sonra üç gün içinde karar verir” ibaresi 2005 yılında 5353 sayılı Kanunla metinden çıkarılmıştır.

2. Cumhuriyet savcısının tutukluyu kendiliğinden serbest bırakması.

Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tutukluyu veya adli kontrol altına alınmış olan kişiyi resen serbest bırakmak yetkisi ile donatılmıştır (CMK 103/2). Mülga CMUK 126 da var olan bu yetki, Ceza Muhakemesi Kanununda da sürdürülmüştür.

Tutuklamanın amacı delil karartılmasını önlemek veya kaçmayı engellemek olduğu için, eğer bütün deliller toplanmışsa ve kaçma şüphesi de yoksa, suçu işlediğine dair “yeterli şüphe” mevcut olsa da C. savcısı tutukluyu serbest bırakabilmelidir. Kanun koyucu tercihini özgürlükten yana kullanmıştır. Bununla birlikte uygulamada görülen örneklerde bu yetkisini kullanan Cumhuriyet savcılarının haklarında inceleme yapılma riski içine girdikleri de görülmektedir. Toplumda genellikle yerleşmiş bulunan kanaate göre, şüphelilerin tutuklanması arzusunu yansıtan bu adli kültürün, toplum insan hakları açısından bilinçlendikçe ortadan kalkacağını umarız.

Kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verildiğinde de şüphe ortadan kalktığı için, tutuklu kendiliğinden serbest kalır (CMK 103/2). Biz buna tutuklama kararının hükümsüz kalması diyoruz.

3. Tutuklunun salıverilme istemi.

Şüpheli veya sanık soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında salıverilmesini isteyebilir. Bu istem hâkim veya mahkemece incelenerek tutukluluk halinin devamına veya şüpheli veya sanığın salıverilmesine karar verilir (CMK 104/2). Bu kararlara itiraz edilebilir (2017-KHK 696 değişikliği öncesinde sadece red kararına itiraz edilebiliyordu).

ile bir açıklık getirmek istemişti. Meclis Adalet Komisyonu “dâvayı gören mahkeme, hâdiseyi, suçun işleniş şeklini ve suçlunun durumunu bilmektedir, sanığın tahliye talebinin reddi hakkındaki kararın isabetinde tereddüt edilemez” diye tâdili kabul etmedi. Bu gerekçe doğru ise, tutuklama kararının isabetinde de tereddüt etmemek gerekmez mi? Neticede, 1992 yılında 298. maddede yapılan değişiklikte, *tutukluluğun devamına* da itiraz edilebileceği kabul olundu (1992-3842 numaralı Kanun).

²²⁴⁹ Bu hak soruşturma evresinde kullanılabilir (Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan 2007, 176).

²²⁵⁰ Hâkim, karar verdiği kolla hitaben tutuklama müzekkeresi tanzim ettiğinden, kanunda tutuklama geri alınması kararı yerine, tutuklama müzekkeresinin geri alınmasından söz edilmekteydi. 1985 değişikliğinde 123. maddenin bu yersiz başlığına dokunulmamış, gereksiz bir önerenin müzakeresiz kabulü ile oluşan metinde, sanki “tutuklama sebeplerinin ortadan kalkması kararı diye bir karar varmışçasına veya sebeplerin ortadan kalkması ile müzekkere (doğrusu karar) hükmü kendiliğinden kalkacakmışçasına bir formül kullanılmıştı (CMUK “1985-3206” 123/1). Böyle bir karar olmadan müzekkere hükmünün kendiliğinden sona erdiği nasıl bilinebilecektir de sanık salıverilecektir? Sebeplerin ortadan kalktığı ancak başka bir karardan anlaşılabilir. Sanığın tutuklama kararına karşı bir mahkemeye başvurabilmesi insan haklarından (İHAS 5.4). 1985 de kararın geri alınması için sanığın müracaatını düzenleyen CMUK 123/1’in bu hakkı kısıtlayacak biçimde değiştirilmesi çok isabetsiz olmuştur. Madde eski haline getirilmelidir. Eski metinde tutuklama sebeplerinin kalmaması ile tutuklama müzekkeresinin geri alınacağından bahsolunduğuna göre, yeni metinde de tutuklama sebeplerinin ortadan kalkması halinde tutuklama kararının geri alınacağı belirtilmeliydi. Bu karar sonunda sanık salıverildiğinden, sanığın salıverilmesi (tahliyesi) kararından da söz edilmektedir. Tatbikatta bu *tahliyeye*, güvence ile salıvermeden ayırt etmek için, *bihakkın tahliye* denilmektedir.

Bölge Adliye Mahkemesi veya Yargıtay'ın ilgili dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulu, salıverilme istemi hakkındaki kararı, dosya üzerindeki incelemelerden sonra verir. Bu karar resen de verilebilir (CMK 104/3).

Cumhuriyet savcısının, hakkında tutuklama kararı verilmiş olan şüpheli ve müdafisinin, şüphelinin adli kontrol altına alınarak serbest bırakılmasını istemeleri (CMK 103/1) veya şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamalarında salıverilmelerini istemeleri (CMK 104/1) üzerine, merciiince Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya müdafisinin görüşü alındıktan sonra üç gün içinde istemin kabulüne, reddine veya adli kontrol uygulanmasına karar verilir. Bu kararlara itiraz edilebilir (CMK 105).

4. Salıverilenin yükümlülükleri.

Tutuklu iken salıverilen sanığın muhakemesi devam etmektedir. Bu nedenle, usuli işlemlere ve duruşmaya gelmek mecburiyeti vardır. Şüphelinin sağlıklı bir şekilde çağırılmasını temin etmek için, Kanun salıverilmeden önce şüpheli veya sanığı, yetkili yargı merciiine veya tutukevinin müdürüne adresini ve varsa telefon numarasını bildirmekle yükümlü kılınmıştır (CMK 106/1). Her türlü adres değişikliklerini bildirmek mecburiyeti de vardır. Şüpheli veya sanık adres değişikliğini bildirmedeği takdirde, bilinen adrese yapılan bildirimler geçerli olur (CMK 106/2).

II. Geri alma usulü.

Tutuklama kararını geri alınmasını istemenin, itirazdan iki farkı vardır. 1) Kararın geri alınmasını istemek, kararın ilk verildiğinde doğru olduğunu, fakat devamına lüzum kalmadığını ileri sürmektir. İtirazda ise kararın ilk verildiğinde hatalı olduğu iddia olunur. 2) Kararın geri alınması isteğini, kararı veren makam inceler. Halbuki itirazı inceleyecek makam, kararı veren makamlardan başka bir makamdır.²²⁵¹

Tutuklama kararının geri alınmasına veya sebebin değiştirilmesine, o anda iş elinde olan yargılama makamı karar verir. Soruşturma evresinde sulh hâkimliğinin verdiği bir kararla tutuklanan sanık hakkında, tutuklama sebebinin kalmadığı kovuşturma evresinde görülürse, mahkeme ve acele hallerde başkanlık²²⁵² tutuklama kararının geri alınmasına karar verir. Yargıtay da geri almaya karar verebilir.²²⁵³

Tutuklama kararının geri alınması kararı²²⁵⁴ hâkimlik makamı tarafından verilmişse, savcı buna itiraz edebilir (CMK 267). Bu karar mahkeme tarafından verilmişse, tutuklamaya ilişkin olması sebebi ile

²²⁵¹ Mülga Kanunda tutuklama kararının geri alınmasını isteme bakımından tutuklama sebebinin ortadan kalkmasını sağlayıcı bir zaman sınırlaması (CMUK 123/1) kabul edilmişti. Gerçi İstanbul Komisyonu gerekçesinde (s. 54), bu hakkın yalnız tutuklandığı zamana münhasır olarak sanığa tanıdığı beyan edilmekte ise de, bu beyan iki bakımdan hatalıdır. Bir kere, yargılama makamı tutuklama kararını geri almağa her zaman yetkili olduğuna göre, bunu sanığın her zaman isteyememesi mantıklı değildir. Sebep, tutuklamadan çok sonra kalkarsa, sanık ne için talepte bulunamasın? Diğer taraftan, tutuklama anında sebebin kalktığından bahsetmeğe çok defa imkân yoktur. Tutuklama kararının geri alınmasını isteyebilmek için, mevcut sebebin kalkmasına imkân verecek kadar bir zamanın geçmesi gerekir. Tutuklama kararının geri alınması için mülga kanunda, "tutuklama sebebinin kalkmaması"ndan bahsedilmekte idi. Burada "sebebi" tutuklama şartları manasına alınmalıdır. Eski sebep kalmamış fakat, yeni bir sebep ortaya çıkmışsa, sebebin müzekkerede açıklanması gerektiğinden, tutuklama kararının sebebi değiştirilmeli, eski müzekkere geri alınmalı ve yeni sebebi ihtiva eden yeni bir müzekkere tanzim edilirdi. Bu hükümler Ceza Muhakemesi Kanununa alınmadı.

²²⁵² 1965 Alman reformunda başkanlığın karar vermesi için savcının muvafakati şartı aranmıştır (§ 126, 2 StPO) (Barosio, 92).

²²⁵³ 1. CD 24/6/65 Çağlayan "66" I, 617. Geri alma için daima karar isteyen, otomatik hükümsüzlüğü kabul etmeyen Alman Kanununa, Yargıtay'ın da bu kararı verebileceği 1965 reformunda eklenmiştir (§ 126 StPO) (Barosio, 92).

²²⁵⁴ Tutuklama sebebinin kalmadığı başka bir kararla tespit ediliyorsa ve bu yokluk tutuklamaya muhakkak engel olacaksa, bu karar, tutuklama kararını ve ona dayanılarak çıkarılmış olan müzekkereyi otomatik olarak hükümsüz bırakır. Meselâ beraata karar verilmiş ise, sanığın suçu işlediğine dair kuvvetli şüphe sebepleri bulunması sebebi kalmamış demektir, sanığın derhal salıverilmesi gerekir (Mülga CMUK 123); çünkü tutuklama kararı hükümsüz kalmıştır. Bunun gibi, Yargıtay da sanığın suçsuzluğunu kabul edince, tutuklama kararı hükümünü kaybeder. Bunun için, eğer başka bir sebeple tutuk değilse, derhal salıverilmesi için tel çekilir. Aynı şekilde, muhakeme şartları gerçekleşmeyince verilen durma veya düşme kararları da, tutuklama kararını hükümsüz bırakır. Keza mahkûmiyetin tecili kararı da aynı sonucu doğurur. Tutuklama müzekkeresinin geriltilmesi sonucunu kendiliğinden doğuran bir hal de hürriyeti kaldırıcı cezaya mahkûmiyet kararının kesinleşmesidir. Yargı söz konusu olur olmaz tutukluluk sona erer ve hükümlü sıfatını alan tutuk, cezaevine nakledilir. Hükümlünün cezaevinden

itiraz istisnaen mümkün olabilecekse de bu istisna (CMK 101/2 ve 5) ancak kişi hürriyetinin korunması için kabul edildiğinden, bu hak kişi hürriyeti korunacak kişiye, yani tutuğa tanınmış olduğundan, savcının itiraz hakkı yoktur.

Mülga Kanuna göre tutuklama kararlarının geri alınması kararına karşı kanun yoluna başvurulması, sanığın salıverilmesini durduramıyordu (CMUK 123/2).²²⁵⁵

Tutuklama kararının geri alınması (yani salıverilme) isteğinin reddine dair karara karşı, sanık da itiraz edebilir.

Soruşturma evresi sonunda savcının kamu dâvasını açmaması ve *kovuşturmaya yer olmadığı kararı* vermesi de tutuklama müzekkeresini hükümsüz bırakır (CMK 103/2). Ortada tutuk olduğuna ve kovuşturma başladığına göre, kovuşturmaya son verme kararnamesi söz konusudur. Bu kararnameden önce de savcı, tutuklama sebebinin kalmadığını görebilir. Tutuklamaya artık lüzum görmeyen savcıya, kamu dâvası henüz açılmamış olmak şartıyla, sanığı derhal salıverme yetkisi tanınmıştır (CMK 103/2, cümle 1).²²⁵⁶

371. h) ADLİ KONTROL.

I. Adli kontrol usulü.

Şüphelinin tutuklanması için gerekli koşulların olduğu hallerde, belli yükümlülüklerle tabi tutularak serbest bırakılmasına *adli kontrol* adı verilmiştir (CMK 109). Tutuklamadan daha hafif bir tedbir olarak şüphelinin kaçmasını veya delil karartmasını önlemek *amacına ulaşmak* mümkünse, adli kontrol tedbirlerinin uygulanması, *ölçülülük ilkesi gereğidir*.²²⁵⁷ Adli kontrol, *daha hafif* tedbirlerden oluşan ve mukayeseli hukukta²²⁵⁸ da kabul görmüş olan bir kurumdur.

başka bir yerde hürriyetinden yoksun bırakılması da mümkündür. Bu hale TCK 32 ile muhafaza ve tedavi altına alma kararı verilmesinde rastlanır.

²²⁵⁵ Tutuğun salıverilmesi kararı derhal yerine getirilirse, bu karar sonradan kaldırıldığı zaman sanık ele geçirilemeyebilir. Bu tehlikeyi önlemek için, Fransa'da olduğu gibi (CPPF 471, 501), beraat veya sadece para cezasına mahkûmiyet gibi tutuklamayı gerektirmeyecek bir hükümlerle birlikte olmamak şartı ile, savcı muvafakat etmedikçe salıverme kararının derhal yerine getirilmesi kabul edilmemeli, ancak savcının bu karara karşı itiraz süresi de 24 saate indirilmelidir.

²²⁵⁶ Bu norm, idarenin mahkeme kararlarını değiştiremeyeceği, yerine getirilmesini gerektiremeyeceği prensibine (AY 138/4) aykırı değildir. Zira hazırlık soruşturmasında zaten geçici olan tutuklama için hâkime gidilmesi mecburiyeti, sırf sanık lehine konulmuş bir hükümdür. Buna karşılık, geri alma için hâkime gitmek sanığın lehine değildir. Bu sebeple, hâkimin tutuklama kararında "hazırlık soruşturmasındaki gelişmeye göre ve henüz dâva açılmamış olmak şartıyla savcı lüzum görmeyinceye kadar devam etmek üzere" diye bir kayıt koyması veya bu kaydın kanunca koyulmuş sayılması hâkim kararına duyulan ihtiyaca aykırı düşmez. Netice olarak, savcının salıvermesi, kararın bu zımî hükmünü yerine getirmek sayılabilir. Kaldı ki *Tosun*'un da belirttiği gibi (II, 173), Anayasanın tutuklamayı özel olarak düzenleyen 30. (şimdiki 19.) maddesi salıverme için hâkim kararı aramamıştır.

²²⁵⁷ Anayasada ifadesini bulan ölçülülük ilkesinin bir sonucu olarak muhakemenin sağlıklı bir şekilde ilerlemesi ve hükmün infaz edilebilmesi için adli kontrol mekanizması düzenlenmiştir (*Şahin* 2005, 317).

²²⁵⁸ 10/6/83 de değişen 17/7/70 tarihli Fransız Kanunu, tutuklamadan hafif olan bu tedbirlerin hepsini "denetleme" (*mise sous controle judiciaire*) altında toplamış bir sisteme bağlamıştır. Denetlemenin 16 çeşidi vardır: 1) Sorgu hâkimin tayin ettiği çevre sınırlarını aşmama, 2) İkametgâhından veya sorgu hâkiminin tayin edeceği oturma yerinden ayrılmama, 3) Belli yerlere gitmeme veya sadece sorgu hâkiminin bildireceği yerlere gitme, 4) Belli yer dışına her çıkışta sorgu hâkimine haber verme, 5) Sorgu hâkiminin tayin edeceği makamlara belli zamanlarda gözükme, 6) Sorgu hâkiminin tayin edeceği makamların her çağrısında gitme ve meslek hayatı veya öğrenimine devamı konularındaki sorulara cevap verme, 7) Kimlik kâğıdı veya pasaport gibi belgelerini belli bir makama teslim etme, 8) Motorlu vasıtaları veya bir kısmını kullanmama, gerekiyorsa ehliyetnamesini sorgu hâkimliği yazı işleri müdürlüğüne teslim etme, 9) Sorgu hâkiminin tayin edeceği şahıslarla temas etmeme, 10) Hastanede yatma dahil her çeşit muayene ve tedavi tedbirine tâbi olma, 11) Malî gücüne göre teminat yatırma, 12) Suç bir meslekî faaliyetle ilgili ise ve tekrar suç işleme tehlikesi varsa, belli meslek faaliyetini yapmama, 13) Yasaklanmış çek formüllerini keza yazı işlerine teslim etme ve ancak yasaklanmamış çekleri çekme, 14) silâh taşımama ve bulundurmama, sahibi olduğu silâhı yazı işlerine teslim etme, 15) Suçtan zarar görenin haklarını korumak üzere sorgu hâkiminin tayin edeceği miktarda teminatı belli bir süre içinde belli bir süre için yatırma, 16) Aile giderlerine katıldığını veya evlilik dolayısı ile ödemeğe mahkûm olduğu nafakaları ödemediğini belgeleme. Bu mükellefiyetler, re'sen veya istek üzerine her zaman değişebilir, kaldırılabilir, yenisi eklenebilir. Değişiklik kararlarına karşı sadece savcı itiraz edebilir. Sanık bu mecburiyetlere riayet etmezse daha sıkı mecburiyetler yüklenebilir veya aslında tutuklama imkânı olmasa dahi, tutuklama kararı verilebilir. Fransa'da kabahatlerde adli kontrol kabul edilmemiştir. Cürümlerde uygulanması için en az hapis cezasını gerektirmelidir. Bu tedbir

Ceza Muhakemesi Kanunu tutuklamanın önüne *adli kontrol engeli* koymuştur: *Adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilmedikçe* tutuklama kararı verilemez (CMK 101/2-d). Ancak, adli kontrol hükümleri ihlal edilirse, hapis cezasının süresine bakılmadan tutuklama kararı verilebilir (CMK 112/1).

Adli kontrol tedbiri olarak uygulanmasına karar verilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi 5402 sayılı *Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu* kapsamında kurulan *denetimli serbestlik müdürlüğü* tarafından sağlanır (5402 sK m.12). Bu konuda *Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği* (m. 55-57) uygulanır (RG 10.11.2021).²²⁵⁹

II. Adli kontrol kararının verilmesi ve kaldırılması.

1. Adli kontrol uygulanması istemi, kararın verilmesi ve kaldırılması.

a) Adli kontrol uygulanması istemi ve kararı.

Adli kontrol kararı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından verilir (CMK 110/1). Görevli ve yetkili diğer yargılama mercileri de gerekli gördükleri takdirde kovuşturma evresinde adli kontrol tedbiri uygulayabilirler (CMK 110/3).

Hâkim veya diğer yargılama mercileri şüpheliyi bir veya birden çok yükümlülük altına koyabilir, bunları değiştirebilir, yeni yükümlülükler altına koyabilir veya bazılarına uymaktan geçici olarak muaf da tutabilir (CMK 110/2).

Şüphelinin ağır hastalığı veya engelliliği nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremediği tespit edilmesi (CGİK 16/3) halinde, tutuklama kararı yerine adli kontrol altına alma kararı verilebilir. Aynı kural, gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçmemiş olan kadın şüpheli hakkında da uygulanır (CMK 109/4, cü. 1).

Adli kontrol kararı verilebilin diğer bir hal, *hükümözlü sanıklardır*: Sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilir ve bu karar ile ilgili olarak istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulursa, ilk derece mahkemesi de UYAP kayıtlarını inceleyerek adli kontrol kararı verebilir (CMK 109/4, cü. 2).

Mahkeme tarafından verilse bile, adli kontrole ilişkin kararlara karşı itiraz edilebilir (CMK 111/2).

b) Adli kontrol kararının kaldırılması.

Tutuklama tedbirinin devamının gerekli olup olmadığının denetlenmesi gibi, adli kontrol yükümlülüklerinin uygulanmasına devam edilip edilmeyeceği *en geç dört aylık aralıklarla* incelenir. Bu inceleme soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi tarafından Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, kovuşturma evresinde ise, mahkeme tarafından resen yapılır. İncelemede CMK 109 hükümleri göz önünde bulundurulur (CMK 110/4).

Şüpheli veya sanık da adli kontrol kararının kaldırılmasını talep edebilir. Hâkim veya mahkeme bu istem konusunda Cumhuriyet savcısının görüşünü aldıktan sonra beş gün içinde karar vererek, adli kontrol kararını kaldırabilir (CMK 111/1).

c) Adli kontrolde geçecek süre.

Adli kontrol süresi asliye mahkemesinin görevine giren işlerde en çok iki yıl olup, zorunlu hallerde bir yıl uzatılabilir (CMK 110/A/1). Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde ise, süre en çok üç yıl olup, zorunlu hallerde üç yıl daha uzatılabilir. Ancak, millete ve devlete karşı işlenen suçlarla terör suçlarındaki uzatma dört yıl olarak belirlenmiştir (CMK 110/A/2). Uzatmalarda gerekçe göstermek mecburiyeti vardır. Adli kontrol süreleri çocuklar bakımından yarı oranında uygulanır (CMK 110/A/3).

III. Adli kontrolde uygulanabilen yükümlülükler.

ilksoruşturmada sorgu hâkimi, sonsoruşturmada tutuklamaya karar veren makam karar verir. Tutuklamadan farklı olarak, gerekçe mecburiyeti yoktur.

²²⁵⁹ İlk yönetmelik olan ve 18.4.2007 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan *Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği*, 5.3.2013 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmış, bu yönetmelik de 10.11.2021 tarihinde yürürlükten kaldırılmış ve yeniden düzenlenmiştir.

Adli kontrol altına alınan şüpheliler, bir arada veya tek tek uygulamak üzere, CMK 109/3 de gösterilen yükümlülükler altına konabilir.

1. Yurt dışına çıkamamak.

Ölçülülük ilkesinin gereği olarak, tutuklamanın gayelerine daha hafif tedbirlerle varılabilecekse, bunlar tercih edilmelidir. Bu sebeple, “yurt dışına çıkarmama” tutuklama yerine geçen bir koruma tedbiri olarak kabul edilmiştir (CMK 109/3-a).

Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzda “yurt dışına çıkarmama” diye bir koruma tedbiri yoktu. Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda yurt dışına çıkma yasağı mülga Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun 9 uncu maddesi ile ilk defa açıkça düzenlenmişti.²²⁶⁰ Mülga Bankalar Kanunu’nun 24/3-b bendi uyarınca, kanun kapsamına giren suçlardan dolayı yurt dışına çıkarmama tedbiri uygulanabiliyordu. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 109. maddesi uyarınca da tedbirin uygulanabilmesi kabul edilmiştir.

Pasaport Kanunu “yurt dışına çıkmaları mahkemelerce yasaklananlara pasaport verilmez” demekle (1950-5682 K “1988-3463” m. 22), kendilerine pasaport veya belge verilmesi söz konusu olan kimselerin, yani Türk vatandaşları ile tâbiyetsiz durumu muntazam olmayan (m. 18) şahısların yurt dışına çıkmalarını mahkemelerin menedebileceğini kabul etmiştir.

“Mahkemece yasaklanma” bir koruma tedbiri olduğundan ve koruma tedbirlerinin genel normlarının ve özellikle genel ön şartlarının aranacağı açıktır. Meselâ mahkûm olup cezası ertelenen kişi hakkında bu yasak, hüküm temyiz edilse de sona erdirilecektir.

Anayasa, vatandaşın *seyahat hürriyetinin* (AY 23/3) ve vatandaşın *yurt dışına çıkma hürriyetinin* (AY 23/5) ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle kanunla sınırlanabileceğini kabul ederken elbet bunun muhakeme hukuku esaslarına uygun olmasını, açıklamamış olsa da aramıştır. 12 Eylül 2010 tarihinde referanduma sunulan 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile, maddenin 5 inci fıkrasında yer alan “*vatandaşlık ödevi*” kelimeleri metinden çıkarılmakla, mesela vergi borcu nedeni ile *yurt dışına çıkma yasağı* konulması engellenmiştir. Bu değişikliğin bir yenilik gibi takdim edilmesi ilginçtir. Vatandaşın ülkesine girme hakkı kadar, ülke dışına çıkma hakkı da vardır. Bu hakkın kısıtlanabilmesi için hâkim kararı aranması doğrudur.

Hayatının kurtarılması için yurt dışına tedaviye gitmesi gereken bir sanık hakkında bu yasak ölüm cezasından farksızdır. Böyle bir durumda mahkemece, orantılılık ilkesi gereği olarak, kaldırılabilir.

Pasaport Kanunun sözü geçen 22’nci maddesinin 1) memleketten ayrılmalarında genel güvenlik bakımından sakınca bulunduğu İçişleri Bakanlığınca tespit edilenler ve pasaport vermeğe yetkili makamlara bildirilenlere de pasaport vermemesi, muhakeme hukuku tedbiri olmadığından üzerinde durmuyoruz. Fakat, vergiden borçlu olanlara²²⁶¹ pasaport verilmeyeceğine ilişkin düzenleme 4.6.2008 tarih ve 5766 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. 2010 Anayasa Değişikliği ile, bunun pekiştirildiği, yani vergi kaçırانların yurt dışına kaçmalarının kolaylaştırıldığı görülmektedir.

Ülke dışına çıkmak, insan haklarından biridir (İHAS, Protokol No. 4, m. 2). Bu nedenle, bu hakkın sınırlanması demek olan yurt dışına çıkarmama, demokratik toplumlardaki ölçülere uygun biçimde düzenlenmeli, bu tedbire kaide olarak bir yargılama makamı karar vermelidir.

Gecikmede tehlike olan hallerde bu yetki idareye veya kolluğa verilse dahi, meselâ elkoyma tedbirinde olduğu gibi (CMK 90), üç-beş gün içinde hâkim kararı alınmazsa yasak kendiliğinden kalkmalıdır. Keza idarenin ve kolluğun yasaklama emri veya hâkimin kararı ilgiliye bildirilmelidir ki

²²⁶⁰ Buna göre, şüpheli veya sanıkların bu kanunun kapsamına giren suçlarından dolayı yurt dışına çıkmalarının geçici olarak yasaklanmasına, hazırlık soruşturmasında hâkim, son soruşturmada da mahkemece karar verilebiliyordu. Gecikmesinde sakınca olan hallerde savcı da bu kararı verebilmekte ve kararı derhal ve nihayet 24 saat içinde hâkimin onayına sunması gerekmekte idi (1999-4422 m. 9).

²²⁶¹ Güneş, Adnan Tezel Armağanı, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2006.

sınır kapılarında sürprizle karşılaşmasın ve yasağı kaldırtmak için yargılama makamına başvurma hakkı (İHAS 13) sağlanabilsin.

Hakkında yakalama veya tutuklama veya ele geçirme müzekkereleri çıkarılmış kişilerin yurt dışına çıkmak isterken yakalanacakları açıktır. Buna karşılık meselâ tutuklama yerine daha hafif olduğu için yurt dışına çıkması yasaklananların ise, bu yasaktan haberleri olmaları gerekir ki bunun da en kesin biçimi bu yasağın kendilerine bildirilmesidir.

İçişleri Bakanlığı Adalet Bakanlığına yazdığı 3 Mart 2000 tarihli yazıda seyahat özgürlüğü ile ilgili temel kriterleri açıklamıştır.

Yurt dışına çıkış yasağı niteliği taşıyan yabancı memleketlere gitmek isteyenlere Pasaport Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca pasaport verilmemesi açısından İçişleri Bakanlığına ülkenin genel güvenliği bakımından yetki tanınmıştır. Davası devam eden sanıklar bakımından yetki mahkemelere ait olduğu için, Bakanlık genel güvenlik bakımından yurt dışına çıkma yasağı koymamaktadır. Aynı konu, mahkûm olup cezasını çekerek tahliye olanlar ve şartla salıverilenler bakımından da geçerlidir.

Bu iki hal, dışında olmak şartı ile, İçişleri Bakanlığı "ülkenin genel güvenliği bakımından aşağıdaki kişilerin yurt dışına çıkışlarını idari bir işlemle kısıtlarken şu kısıtlara göre karar verecektir:

Vatandaşın ülkemizin genel güvenliği aleyhine bireysel veya örgütsel faaliyet gösteren, yardım eden veya bunları yönetenlerden olması, evvelce mülga DGMK m. 9 da şimdi CMK m. 250 de tanımlanan eylemlerden birinin söz konusu olması gerekmektedir.

Bu konuda diğer bir kriter, adli makamlara sevk edilmesini teminen yeterli delil toplanması, faaliyetlerinin bağlantılarının tespit edilmesi için hakkında kısa süre içerisinde operasyon yapılmasına yönelik takip ve tasarruf faaliyeti yürütülmekte olan kişilere de Pasaport Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca pasaport verilmesi engellenmek üzere tahdit konulabilecektir. Ancak kişinin durumunun bu üç kistasın hepsine birden uyması şarttır.

Ceza Muhakemesi Kanunu adli kontrol yükümlülükleri arasına, yurt dışına çıkma yasağını da aldı. Yurt dışına çıkamama (CMK 109/3-a, mülga 4422 m. 9, mülga BK. 24/3-b, 3463 m. 22), tutuklama yerine geçen, daha hafif tedbirlerden biridir.

Tutuklamanın gayelerine daha hafif tedbirlerle varılabilecekse, bunlardan biri olan yurt dışına çıkarmama tedbiri uygulanabilir (CMK 109/3-a).

Uyarılma Kanunu niteliğinde olan 2005-5353 numaralı Kanun ile yapılan değişiklikle, "ceza süresi sınırı olmaksızın", bütün suçlarda yurt dışına çıkma yasağı konulması imkânı yaratılmıştır.

Adli kontrol şeklinde düzenlenmesi nedeniyle, yurt dışına çıkmama kararının verilebilmesi için, CMK 100'deki kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular ve bir tutuklama nedeninin bulunması şarttır.

Bu ön şartlarının yanı sıra, suçun üst sınırının üç yıl ve daha az hapis cezasını gerektiren bir suç olması gerekiyordu; 2005-5353 numaralı Kanun, bu tedbiri her suç bakımından uygulanabilir hale getirdi.

2. Belirlenen yere düzenli olarak başvurma.

Hâkim tarafından belirlenen yerlere başvurma yükümlülüğü;

3. Belirlenen kişilerin çağrılarına, meslek veya eğitim tedbirlerine uymak.

Hâkimin belirttiği merciin çağrılarına uymak veya eğitime devam konusundaki kontrol tedbirine uymak yükümlülüğü;

4. Taşıt kullanmama, sürücü belgesini teslim etme.

Taşıt kullanmama yükümlülüğü;

Şüphelinin mesleki uğraşlarında sürekli veya geçici olarak araç kullanmasına hakim veya Cumhuriyet savcısı izin verebilir (CMK 109/6).

5. Bağımlılıktan kurtulma tedavisine tabi olmak.

Tedavi veya muayene olmak yükümlülüğü;

6. *Silah bulundurmamak, silahını teslim etmek.*

Silah bulundurmamak veya taşımamak yükümlülüğü;

7. *Konutu terk etmeme.*

Konutunu terk etmeme yükümlülüğü

8. *Belirli yerleşim bölgesini terk etmeme.*

Yerleşim yerini terk etmeme

9. *Belirlenen yere gitmeme.*

Belirlenen yer veya bölgelere gitmeme

IV. Adli kontrol süresinin cezadan mahsubu.

Adli kontrol tedbiri olarak uygulanan yükümlülüklerin bir kısmı kişi özgürlüğünü kısıtlamaz. Kanun bu yükümlülükler bakımından cezadan mahsup kabul etmemiştir (CMK 109/6, cü.1). Buna karşılık, bağımlılıktan kurtulmak için hastaneye yatmak ile konutunu terk etmeme yükümlülüklerinde geçen günler hapis cezasından mahsup edilir (CMK 109/6, cü.2). Fakat konutu terk etmemek yükümlülüğünde geçen her iki gün cezanın mahsubunda bir gün olarak dikkate alınır (CMK 109/6, cü.3).

372. GÜVENCE ve ÖNCEDEN ÖDETME.

I. Güvence Yatırmak Yükümlülüğü.

1. *Güvence Türleri.*

a) *Koruma tedbiri olarak güvence.*

Tutuklama sebeplerinin bulunmasına rağmen, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol uygulanması üç halde söz konusu olur. İlk hal, CMK 109/3-f maddede yer alan, şüphelinin kaçmasını engellemeye yönelik olan, tam anlamı ile ceza muhakemesi koruma tedbiri olan güvencedir.

b) *Suç mağdurunun haklarının güvencesi.*

Mağdurun haklarını karşılayacak aynı veya kişisel güvence göstermek yükümlülüğü vardır. Diğer iki hal, mağdur hakları (CMK 109/3-h).

c) *Aile yükümlülüklerinin güvencesi.*

Aile yükümlülüklerini yerine getirme yükümlülüğü. Bu güvence nafaka yükümünün güvencesidir (CMK 109/3-i).

ç) *Önceden ödetme.*

Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı şüpheli ve sanığa mağdurun haklarını karşılayan kısımların mağdura ödenmesini emredebilir (CMK 114/1).

2. *Güvencenin hizmet ettiği amaçlar.*

Güvence iki amaca hizmet eder: güvenceyi kaybetmemek için, şüphelinin ileride yapılacak bir usul işlemine gelmesi sağlanır; mağdurun zararı bu paradan karşılanabilir.

Artık bütün suçlarda genel olarak uygulanabilen “güvence göstermek” yükümlülüğünde (CMK 109/4), şüpheli veya sanık, usul işlemlerine çağırıldığında gelmek veya hakkında hükmedilecek olan hükmün infazında zorluk çıkartmamasını sağlamak amacıyla, güvence göstermeye zorlanabilir (CMK 113/1).

Şüpheli veya sanık tarafından gösterilen güvenceden katılanın masrafları, suçun neden olduğu zararlar, kamusal giderler ve para cezaları tahsil edilir (CMK 113/1).

Güvence gösterme, hâkim kararı ile sanığa yüklenebilir. Bu durumda güvencenin karşıladığı kısımlar ayrı ayrı gösterilir (CMK 113/3).

Hükümlü 113'üncü maddenin öngördüğü yükümlülükleri tamamen yerine getirirse, güvence kendisine iade edilir (CMK 115).²²⁶²

Kanunda kabul edilen “güvence” (CMK 113), adli kontrol ile bağlantılıdır. Adli kontrol kararı verilen hallerde öngörülen yükümlülüklerden olmak üzere, C. savcısının isteği üzerine hâkimce belirlenecek güvence (CMK 109/2-f) ve suç mağdurunun haklarını karşılamak üzere güvence (CMK 109/2-g), mülga kanundaki *teminatla salıvermeden* çok farklıdır.

Güvencenin amacı şüpheli veya sanığın bütün usul işlemlerinde, hükmün infazında hazır bulunmasını ve kanunda (CMK 113/1, b) gösterilen ödemeleri yapmasını sağlamaktır. Gerçekten, “önceden ödemeyi” düzenleyen CMK 114 de aynı amacı takip etmektedir.

Böylece, muhakeme hukukunun amacı olan, işlemlerin sanık kaçmadan yapılabilmesini sağlama amacı arka plana itilmiş olmaktadır. Bu gelişmenin mukayeseli hukuka aykırı olduğu söylenebilir.

Adli kontrol altına alınarak salıverilmiş olan kimsenin aynı tutuklama kararına dayanılarak yeniden tutuklanması mümkündür. Adli kontrol, tutuklama kararının geri alınması demek olmadığından, salıverilenin yeniden tutuklanmasına karar vermek, yeni bir tutuklama kararı vermek olmayıp, eski kararın durmuş olan infazını yeniden başlatmak demektir. Bunun içindir ki, teminatla salıverilenin yeniden tutuklanması hali, tutuklama sebebi niteliğinde değildir ve Anayasada da gösterilen tutuklama sebeplerinden farklı olabilir.²²⁶³ Teminatı kaybetmek korkusunun kaçmaya mani olacağı düşüncesinin hatalı olduğunu gösteren haller varsa, verilmiş olan teminata bakılmaksızın, şu hallerde yeniden tutuklama cihetine gidilecektir (CMUK 120) : 1) Sanık kaçma hazırlığında bulunursa, 2) Usulü dairesinde yapılan davete mazeretsiz gelmezse, 3) Yeni tutuklama sebepleri çıkarsa.

Teminatla salıverme kararı geri alındığında, sanığın yeniden tutuklanması için yeni bir tutuklama müzekkeresi çıkarılmalı, tutuklanan sanığa tebliğ edilmeli, tutuk hâkim önüne çıkarılmalıdır. Yanlışlıkla başkası tutulmuşsa, bu yolla meydana çıkarılacak sanık, yeni tutuklama sebebi bulunup bulunmadığını bu yeni müzekkereden öğrenecek, haklarını ona göre koruyacaktır.

II. Önceden ödetme.

Mağdurun haklarını (CMK 114).

III. Güvencenin Geri Verilmesi.

Ceza Muhakemesi Kanununa göre, hükümlü CMK 113/1 (a) bendinde yazılı bütün yükümlülükleri yerine getirmiş ise, güvencenin 113'üncü maddenin 1'nci fıkrasının (a) bendini karşılayan ve aynı maddenin 2 nci fıkrasına göre verilecek kararda belirtilen kısmı kendisine geri verilir (CMK 115/1).

Güvencenin, suç mağduruna veya nafaka alacaklısına verilmemiş olan ikinci kısmı, kovuşturmayaya yer olmadığı veya beraat kararları verildiğinde de şüpheli veya sanığa geri verilir. Aksi halde, geçerli mazereti dışında, güvence devlet hazinesine gelir yazılır (CMK 115/2). Hükümlülük halinde CMK 113/1, b'de yer alan hükümlere göre kullanılır, fazlası geri verilir.

373. KEFALETLE SALIVERME.

Ceza Muhakemesi Kanunu ilk yürürlüğe girdiği şeklinde, üç seneye kadar hapsi gerektiren suçlarda tutuklama kararı verilmesi yerine, adli kontrol uygulanmasını kabul ettiği (CMK 109) ve adli kontrolün güvencesi olarak, faile bazı ödemelerin yapılması yükümlülüğü yüklenmesini öngördüğü için (CMK 113), mülga CMUK'daki *teminatla salıverme* kurumuna²²⁶⁴ yer vermemiştir. Sonradan, 2005-5353

²²⁶² *Mahmutoglu*, (Kunter'e Armağan 1998, 179), tutuklama yerine geçebilecek diğer önlemlerin uygulanmasını önermekte ve bu konuda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 9/4/65 tarihli kararına dayanmaktadır. Güvencenin mağdura, ya da nafaka alacaklısına verilmeyen ikinci kısmı kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karar ya da beraat kararı verilmesi durumunda şüpheli veya sanığa geri verilir (*Özbek* 2005, 392).

¹ Anayasa Mahkemesi de 120. maddeyi bu sebeple Anayasaya aykırı bulmamıştır (22/9/69, RG 10/2/65).

²²⁶⁴ Mülga Kanundaki düzenlemeler şöyle özetlenebilir: Kişiyi hürriyetinden yoksun kılan “tutuklama” koruma tedbirlerinin en ağırlı olduğundan, bu tedbire orantılılık prensibi gereğince en ağır durumlarda başvurulabilir. Daha hafif durumlarda daha hafif tedbirlerle yetinilebilir. Bu hafif tedbirlerin birine veya daha fazlasına başvurulabilir. Kanunlarımız

“teminatla salıverme”, “yurt dışına çıkarmama”, “müşahede içinde gözaltına alma”, “emniyet tedbirlerine geçici olarak başvurma”, “faaliyetten menetme” gibi çeşitli tedbirleri ayrı ayrı ve sistemsiz olarak düzenlemişti. Almanya’da tutuklama kararının yerine getirilmesine engel olan daha hafif tedbirler alınabilir (adli kontrol!) (StPO 116.I). 1) Belli zamanlarda belli makamlara başvurma mecburiyeti, 2) Hâkimin veya savcının izni olmadan yerini terketme yasağı, 3) İkametgâhından izinsiz ve kontrolsüz çıkma yasağı, 4) Teminat verme. Bu tedbirler, Ceza Muhakemesi Kanunu 2002 Tasarısı tarafından da kabul edilmiştir. Teminat yatırma iki şekilde düşünülebilir: a) “Önceden tutuklama kararı verilir. Teminat yatırılırsa bu kararın yerine getirilmeyeceği kabul olur. b) Tutuklama kararı vermeden sanıktan teminat vermesi istenir, vermezse tutuklama kararı verilir. Bizim mülga Kanun birinci sistemi benimsemiş ve tutuklamanın şiddetini azaltmak üzere tutuklamanın gayesine malî teminat ile varmak mümkün olan hallerde, kararın ve delayısı ile müzekkerenin infazına mâni olan “teminatla salıverme” müessesesini kabul etmişti. *Kantar*, 131. Almanya’da da durum aynıdır (StPO 116. I). Ancak fazla olarak, kuvvetli şüphe sebepleri olup da tutuklamanın diğer şartları yoksa ve şüphelinin Almanya’da sabit ikametgâhi veya meskeni bulunmuyorsa, ayrı bir koruma tedbiri olarak, muhtemel para cezasını ve muhakeme masraflarını karşılayacak teminat göstermesi de istenebilmekte ve şüpheli bu karara uymazsa, kendisine ait şeyler ve özellikle nakil vasıtasına el konulabilmektedir (StPO 132). Teminat yerine yanlıs olarak kefalet denildiğinden (*Gölcüklü*, 146), kanunumuzda bu müessese “kefaletle salıverme” diye adlandırılmıştı. Sistemimize göre, teminatla salıverme, tutuklama kararının infazının şarta bağlı olarak durdurulması demektir. Teminatla salıvermeyi, ayrı bir koruma tedbiri saymak (*Tosun*, I, 873), hâkim tutuklama kararı vermeden teminatla salıverseydi doğru olurdu. Bizde şartla salıverme için tutuklama kararı verilmesi şarttır. Karar geri alınmamış sadece infazı durdurulmuştu. Bunun içindir ki teminat geriverilirse, sanığın tutuklanması gerekir. Hem geri vermek, hem tutuklamamak olmaz (4. CD 16/1/70 *Alicanoğlu*, 200). Teminatla salıvermenin aleyhinde olanlar ve “fakir faydalanamıyor, hukukî eşitlik esasına aykırı oluyor” diyenler vardır. (*Gölcüklü*, 148). Teminatla salıverme İHAS 5.3 de öngörüldüğüne göre, ayrımcı (*dicriminatoire*) (İHAS 14) değildir. Fakat teminatın suçtan doğan zarara göre hesaplanması Sözleşmeye aykırıdır (AİHM: *Neumeister* dâvası 27/6/68, Derleme No. 76). Bizce, teminatın malî durumuna göre ayarlanması, pekalâ mümkündür. Anayasa Mahkemesi de bu görüşü benimsemiş ve 117. maddenin, Anayasada eşitlik esasını koyan 12. maddeye aykırı olmadığına karar vermiştir (13/5/63, RG 18/9/63). Kaldı ki bu müessese zengin de faydalanamaz hale gelirse, fakir tutuğun durumu daha iyi olmayacaktır. Yine kaldı ki, belli şartlar koymak suretiyle teminatsız salıverme kabul olunmalı veya tutuklama kararı verilmeden, «adli kontrol» biçiminde sanığa belli davranışlarda bulunma mecburiyeti yüklenmelidir. Meselâ CPPI 284/2. Almanlar 1965 reformu ile tutuklamadan daha hafif olan koruma tedbirlerine başvurma suretiyle salıvermeyi kabul etmişler ve tedbirlere bazı örnekler vermişlerdir, teminat bunlar arasındadır (§ 116) (*Barosio*, 59). Fakat bu teminat az uygulanmakta, en çok ilgili makamlara belli sürelerde gözükmeye başvurulmaktadır (*Grebing*, 979). Teminatla salıverme kararı tutuklama müzekkeresinin infazına iki şekilde mâni olurdu: Sanık ya tutuklanmaz ya da tutuklanmışsa salıverilirdi (*Taner*, 151; *Gölcüklü*, 153; *Kantar*, 131). Mülga kanunumuz teminatla salıvermeği bir halde kabul etmemekte idi. O da tutuklamanın, suç delillerini ve izlerini yoketmeğe, değiştirmeğe sanığın teşebbüs etmesi sebebine dayanması hali idi (CMUK “1985-3206” 117). 1985’den önce teminatla salıvermenin ikinci sebebi sanığın mükerrer olması idi. 85-3206 numaralı kanun, 117. maddenin 2. fıkrası sorgu hâkimi kararına atıf yapıyor diye bu fıkrayı ilga etti. Halbuki fıkrada ya tatfından başka mükerrirler hakkında da hüküm vardı. Bu hüküm de kalkabilirdi ama gerekcede gösterilmemiş olması, yanlışlıkla kaldırıldığı izlenimini vermektedir. 1965 Alman reformunda sözü geçen iki sebep de çıkarıldı, onun yerine yeni bir tutuklama sebebi kabul edilmiştir: isnat olunan suçun adam öldürme olması (StPO 112, II) (Alman CK 211, 212, 220a, 1) (*Barosio*, 59). Teminatla salıverme yetkisi, yargılama makamlarına aitti. Hazırlık soruşturmasında sulh hâkimliği ilksoruşturmada sorgu hâkimliği, sonsoruşturmada mahkeme ve acele hallerde başkanlık bu kararı verirdi. Hüküm temyiz edildikten sonra da teminatla salıvermeme için sebep yoktu. Kanunda aksine bir hüküm mevcut değildi. Bu halde de son kararı vermiş olan mahkeme kararı verirdi. Mülga Kanunda “tevkiften vazgeçebilir” denilmiş, hâkime bir mecburiyet açıkça yüklenmemiştir. Bu itibarla sanık için de bir hak söz konusu değildi. Tutuklamanın gayesine teminatla erişileceği anlaşılabilir hallerde teminatla salıverme ödevi yine vardır, zira ihtiyar serbestlik değildir. Teminat, hürriyeti kısımadan tutuklamanın gayelerine erişmek için kabul olunduğundan ya hazineye irat kaydolunur, ya serbest kalır. Herhangi bir masraf veya tazminat delayısı ile bu teminata müracaat olunamazdı. Mülga kanunumuz teminatla salıverme için iki şart aratmıştı: 1) Teminat göstermek. Teminat olarak ya para veya Devlet esham ve tahvilleri yatırılır ya kefil gösterilirdi. Miktarını ve çeşidini hâkim tayin ederdi (CMUK 118). Bu tâyinde bu teminatın sanığın kaçmasına engel olacağı gözönünde tutulurdu. Mülga Kanunda, “suç niteliğinin, suçlu kişiliğinin ve muhtemel cezanın gözönünde tutulacağı” gösterilmesi yersiz idi. 2248 numaralı kanunla 118. maddeye eklenen fıkraya göre, hâkim teminatın miktar ve nevini tâyinde suçun niteliğini, sanığın kişisel durumunu ve yargı(lama) organlarınca yapılacak işlemlere uyup uymayacağını gözönünde tutacaktır. Bu sonuncu bakımın amacı, gerekçeye göre, gerektiğinde suçta uyan maddede öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezaya mülga TCK 4/1 de yazılı hadler üzerinden tekabül eden mitarın ve varsa para cezasının eklenmesidir. Teminat ile ceza arasında ilişki kuran bu görüş, teminatın peşin ceza değil, sadece tutuklanan sanığın kaçmamasını sağlayan bir tedbir olması esasına ters düşmektedir. Bu yeni hüküm, “mal canın yongası” diye sanığın parasını kaybetmemek için kaçmayacağı düşüncesi ile kabul edilen “teminat ile salıverme”nin uygulanmasını daraltacaktır. Zira imkânı kıt bir kişinin kaçmamasını sağlayacak para cezasının karşılığı paradan daha az olabileceken, şimdi ondan fazlası istenecek, o da bunu ödeyemeyeceğinden salıverilemeyecektir. Kaldı ki bu yeni düzenleme, teminatın serbest kalmasına da ters düşmektedir. Zira meselâ sanığın yeniden tutuklanmasında teminat serbest kalır. O halde teminatın para cezası ölçüsünde tayin edilmesinin anlamı yoktur. Para cezasını bağlamak istiyorsak, bunun çaresi tutuklama karşılığındaki teminat değil, teminatın serbest kalacağı hallerde de devam edecek olan “elkoyma” tedbiridir. Bu iki kurumun birbirine karıştırıldığı görülmektedir. Diğer taraftan, hürriyeti bağlayıcı cezanın paraya çevrilmesindeki ölçü, meselâ 1 gün için 200 lira, zengin tutuk için tesirsiz olacaktır. Bu nedenle bu yeni kanunî ölçü, kaldırılıncaya kadar, teminatın aşağı haddi diye yorumlanmalıdır. Teminatı üçüncü bir kişi de gösterebilirdi. 2) Eğer sanık Türkiye’de oturmuyorsa, kendisine yapılacak tebligatı kabul için mahkemenin yargılama çevresi içinde oturan birisini tevkil edecekti. Teminatla salıverme sona erince bu vekâlet de sona ererdi. Para olarak tayin edilen teminatın, sanığın ülkesinde oturduğu yabancı Devletin parası ile o tarihteki kur üzerinden ödenmesine karar verilebilirdi (CMUK 119/2). Mülga Kanun, istemeyi şart koşmamıştı. Teminatla salıverme

numaralı Kanun ile, ceza süresi sınırı kaldırılarak (CMK “2005-5353” 109/4), güvence altında adli kontrol genişletildi.

Mülga kanundaki teminatla salıverilme, “delil karartması şüphesi” olan durumlarda uygulanmıyordu. Yüksek bir teminatın öngörüldüğü durumlarda, şüphelinin kaçmasını önlemek mümkündü.

Ceza Muhakemesi Kanunu “kaçma şüphesi” veya “karartma şüphesi” olan her durumda güvence kurumunu işletmektedir (CMK 113-115). Bu düzenlemenin yerinde olduğu kanaatinde değiliz.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda düzenlenmiş olan kefaletle salıverme kurumu halen yürürlükte olan adli kontrol sisteminden farklı idi. *Mülga Kanunundaki hükümler şöyle idi:*

a) *Sanık tarafından verilen teminat ve üçüncü şahsın teminatı.* Mülga kanunda teminatın serbest kalması, sanık tarafından verilmiş olup olmamasına göre farklı şekilde düzenlenmişti: *Sanık tarafından verilmiş olan teminat*, daha önce hazineye irat kaydedilmemişse, şu hallerde kendiliğinden serbest kalırdı: Serbest kalan teminat derhal iade edilmelidir. Hükümün infazına başlandıktan sonra iade kanuna aykırıdır (8. CD 15/11/83 YKD 84/2 319): 1) Sanığın yeniden tutuklanması (CMUK 121). Bu tutuklama aynı suçtan dolayı olmalı idi. Aksi takdirde, ikinci suçtan dolayı tutukluk hali her hangi bir sebeple sona erince, tutuk birinci suçtan dolayı teminatsız olarak serbest kalmış olurdu. 2) Tutuklama kararının geriltilmesi (CMUK 121) veya hükümsüz kalması. Hürriyeti bağlayıcı ceza para cezasına çevrilmişse tutuklama kararı hükümsüz kalmaz. Bu durumda teminat, hükümün kesinleşmesi anında serbest kalır (9. CD 28/6/78 YKD 78, 1596). 3) Sanığın hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm olması üzerine cezanın infazına başlanması (CMUK 121). Daha önce, meselâ hükümün kesinleştiğinde iadesine karar verilmesi kanuna aykırıdır (4. CD 1/4/88 İKİD 88, 5763). 4) Sanığın ölmesi. 5) Sanığın serbest kalmaktan vazgeçerek tekrar tutuklanmasını istemesi.

Üçüncü şahıs tarafından verilmiş olan teminat, daha önce hazineye irat kaydedilmemişse, şu hallerde serbest kalırdı: 1) Teminatın sanık tarafından gösterilmesinde serbest kalma halleri (CMUK 121/1). 2) Üçüncü şahsın, hâkim tarafından tâyin edilen süre içinde sanığı getirmesi (CMUK 121/2). 3) Sanığın kaçmak niyetinde bulunduğunu gösteren olayları, tutuklamaya imkân verecek bir zamanda üçüncü şahsın haber vermesi (CMUK 121/2). Teminatın serbest kalması kendiliğinden olursa da, yetkili yargılama makamı bunu bir kararla tespit ederdi.

b) *Karar.* Teminatın geri verilmesi için, serbest kalışın bir kararla tespit edilmesi gerekirdi. Kararda serbest kalışın nedeni gösterilmeli idi. Bu kararı, iş o anda hangi yargılama makamı elinde ise o verirdi.

c) *Hazineye irat kaydı.* Teminat, daha önce serbest kalmış olmamak şartı ile, şu hallerde hazineye irat kaydolunurdu: 1) Sanığın soruşturmadan kaçınması (CMUK 121). “Tahkikatta hazır” kelimelerinden sonraki “bulunmaktan” kelimesi, kanunun ilk neşrinde tertip hatası yüzünden atlanmış, 1936 tâdilinde boşluk doldurulmak üzere, dikkatsizlikle, “bulunmazsa” denilmiştir. Bir davete mazeretsiz gelmeyişi, yeniden tutuklamayı haklı gösterir. Bu halde zaten teminat serbest kalır. Teminatın “yanması” için, mehzaz kanunda olduğu gibi, “soruşturmaktan kaçınmak” gibi daha ağır bir durum gerekir. Meselâ sanık duruşmada bulunma ödevinden kurtarılmış ve sorgusu istinabe ile yapılmışsa, sonraki celselere gelmedi diye teminatı yakılamaz (4. CD 11/3/50 AdD 50, 980). Gelmezse teminatın irat kaydedileceği hatırlatılmışsa, gelmeme, elbet kaçınma sayılır. Ancak hatırlatmayı şart saymak (7. CD 4/11/76 YKD 77, 879), hatırlatılmamışsa, kaçınma halinde dahi irat kaydedilemeyeceği sonucunu doğuracağından isabetsizdir. Teminatla salıverilen sanığın hazır bulunması gerekli görülmeyip duruşma bitirilebiliyorsa (CMUK 224), teminat yine yanmamalıdır (6. CD 12/4/79 YKD 79, 1513). 2) Sanığın, hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olup da bu cezanın infazından kaçması (CMUK 122). Hazineye irat kaydedilen teminat, sonradan serbest kalma sebepleri gerçekleşse, meselâ sanık beraat etse de geri verilmezdi. Teminatın hazineye irat kaydı, yetkili yargılama makamının kararı ile olurdu. Bu karar, durumu tespit eder. İrat kaydedilişi, sebeplerin gerçekleşmesi ile kendiliğinden olmuştu (*Kantar*, 137). Yetkili makam, yargılayan veya mâhkûmiyet kararının infazı söz konusu ise bu kararı veren makamdır. Hazırlık soruşturmasında ise tutuklamaya karar vermiş olan sulh hâkimi idi. İrat kaydı kararından önce

kararını hâkim kendiliğinden de verebilecekti. Teminat tatil günlerinde de yatırılabilir; özgürlük esastır (Adalet Bakanlığı genelgesi, YMB, sy. 219, sh. 30).

teminat yatıran üçüncü şahıs dinlenirdi. 1936 tâdilinden önce teminatı kim vermişse davet olunur irad kaydı kararı ondan sonra verilirdi. Tâdilden sonra ancak üçüncü şahsın daveti kabul olunmuş, teminatı vermiş olan sanığın davet edilmesinden “sanık hazır değil” diye vazgeçilmiştir. Sanığın bu haktan mahrum edilmesi doğru olmamıştır (*Kantar*, 138; *Taner*, 152). Hazır bulunabilecekse çağrılmalıdır. Hazineye irat kaydı kararını veren mahkeme ise, duruşma yapılmayan hallerde, savcının mütalâasını aldıktan sonra, karar verecekti (CMUK 31). Hazineye irat kaydı kararına karşı savcıya, üçüncü şahsa ve sanığa *acele itiraz yolu tanınmıştı*. İtiraz mercii, itirazı *duruşmalı* olarak incelerdi (CMUK 122). Bu hal, itiraz incelemesinin duruşmasız yapılacağı kaidesinin tek istisnası idi. Teminatın irat kaydı kararına itiraz olunması, kararın geçici olarak infazına engel olmazdı (CMUK 122/3). Teminatın irat kaydı kararı, süresinde itiraz edilmezse veya itiraz reddedilirse, kesinleşirdi (CMUK 122/4).

374. İ) ÖZEL TUTUKLAMA HALLERİ.

I. Özel tutuklama kavramı.

Kanun, bazı hallerde, genel hükümlere tâbi olmadan da sanığın veya başka bir süjenin özgürlüğünün bir hâkim kararı ile kısıtlanmasını, bir anlamda “tutuklanmasını” mümkün kılmıştır. Özgürlük hâkim kararı ile kısıtlandığı için, biz bunların hepsine “özel tutuklama” adını veriyoruz. Bu özel hallerde tutukluluk, çok kısa sürelidir ve genel tutukluktan, sürenin sonunda kendiliğinden nihayete ermesi ile ayrılır.

Keza bu hallerdeki tutuklamanın şartları da genel tutuklamadan farklıdır. Bu özel tutuklama halleri iki grupta mütalâa olunabilir: 1) Müzekkere ile yapılan özel tutuklamalar. Müzekkereye dayandığından, burada “tutuklama” tâbiri yerindedir. 2) Müzekkeresiz yapılan özel tutuklamalar. Burada tutuklama müzekkeresi olmadığından, tutuklama tâbiri, teknik mânâda kullanılmamaktadır. Başka bir tâbir kullanılması doğru olacaktır.²²⁶⁵ Biz, sanıkların özel şartlar ile tutuklandığı bütün halleri²²⁶⁶ “özel tutuklama” diye adlandırarak genel tutuklamadan ayrılığını belirtmek istiyoruz.

Özel tutuklama ceza muhakemesinde sadece sanıklara uygulanmaz. Aşağıda görüleceği gibi sanıktan gayri kişilere uygulandığı da vardır. Ceza muhakemesi dışındaki uygulanmalarına da rastlanmaktadır.

Bunların başında, İcra Hâkimi kararı ile gerek özel alacaklarda gerek kamu alacaklarında mal beyanında bulunmayan borçlunun, 3 ayı geçmemek üzere beyanda bulununcaya kadar, yani beyana zorlanmak için tutuklanması gelir. Kanun burada da *hapis ile tazyik (contrainte par corps)* terimini kullanmıştır (İİK 76).

Burada ceza niteliğindeki “hapis” değil, özel tutuklamanın bir türü sözkonusudur. Ceza olmadığı, öngörülen cezalardan ayrı olarak verilmesinde de anlaşılmaktadır (İİK 337).²²⁶⁷

Özel tutuklamaların, zorlama tutuklaması dışında kalan uygulamaları da vardır.²²⁶⁸

²²⁶⁵ Meselâ İHAS 5’in b, d ve c bentlerinde belirtildiği üzere, kanunun koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesi için yerine getirmeyen kişinin, yetkili makam önüne çıkarılması için, küçüğün, bulaşıcı hastalık yaymasını önlemek üzere yayabilecek hastanın, kanunların öngördüğü hallerde akıl hastasının, alkoliğin, uyuşturucu bağımlısının veya serserinin kanuna uygun olarak hürriyetlerinden yoksun bırakılmaları da mümkündür.

²²⁶⁶ Fransa, “geçici tutuklama” diyebileceğimiz “*incarcération provisoire*” ile yeni bir özel tutuklama tedbiri yaratmıştır. 9/7/84 tarihli kanunla değişik CPPF 145 gereğince, tutuklama kararı verilmeden önce sanığa müdafaasını hazırlamak ve müdafiden yararlanmak isteme hakkı olduğu bildirilir. Sanık bu hakkı kullanmak isterse en fazla 5 gün süre verilir. Bu demektir ki tutuklama kararı derhal verilmez. Ama hâkim onun yine tutukevinde alıkonulmasına karar verir. Bu karara karşı kanun yoluna gidilemez. Hâkim tarafından verildiği için tutuklama niteliğinde olan bu hürriyet kısıtlaması, gerçekten tutuklama için gerekli formaliteler yerine getirilmeden verildiğinden, bizce, özel tutuklama hallerinden birini oluşturmaktadır.

²²⁶⁷ Bu nedenle bu özel tutuklama kararları Yargıtayın ceza dairesinde değil, 12. Hukuk dairesinde incelenmelidir, zira başvuru, İcra hâkimi kararından şikâyet niteliğindedir (YK 14). 8. CD., hukuk ve ceza ayrımı yapmayan “temyiz edilemez” diye karar vermektedir (26/2/87 İKİD 87, 4874; 29/3/88 YKD 88/8, 1163). Anayasanın 38. maddesinde yapılan değişiklikle eklenen “hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz” kuralı ile “hapis ile tazyik” arasında bağlantı yoktur, zira Anayasa ödeme imkansızlığı olan halleri kapsamaktadır (AY “2001-4709” 38/7).

²²⁶⁸ Meselâ, memleketi terke davet edildiği süre içinde terketmeyen ve sınır dışı edilmelerine karar verilen yabancıların, sınır dışı edilinceye kadar hürriyetlerinden yoksun bırakılmaları, keza terke davet edilip de pasaport tedarik edemediklerinden

Hâkim kararına dayandıkça ve sanıklar söz konusu olduğunda kanunda gösterilen sebepler tutuklamayı zorunlu kıldıkça, özel tutuklama normları Anayasaya da, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine de aykırı değildir, meğer ki ödeme gücü olmayana da uygulansın ve kanunda değilse de uygulamada cezaya dönüşsün.

II. “Özel tutuklama” örnekleri.

Kanunlarımızda ceza muhakemesi alanında özel tutuklamaya şu hallerde rastlamaktayız:

1. Sanığın duruşmada hazır bulundurulması.

Geçerli bir nedeni olmamasına rağmen duruşmaya gelmeyen sanık hakkında, Kanun zorla getirmeyi kabul etmiştir (CMK 193/1). Mahkeme sanık hazır bulunmaksızın yapılabilen duruşmalarda da sanığın hazır bulunmasına ve zorla getirme kararı veya yakalama emriyle getirilmesine her zaman karar verebilir (CMK 199). Mülga Kanun duruşmada bulunmak ödevinden kurtarılan sanığın bizzat bulunmasına lüzum gören mahkemeye, sanığın her vakit zorla getirilmesine veya tutuklanmasına karar verme yetkisi tanımıştı (CMUK 229).²²⁶⁹

Mahkemeye gelen sanığın duruşmanın devamı süresince savuşmasının önüne geçmek için mahkeme *gereken tedbirleri alır* (CMK 194). Kanun bu tedbirler arasında zorla getirme veya tutuklama kararı verilmesini öngörmemiştir.²²⁷⁰

2. Duruşmanın düzenini bozanın yakalanması ve disiplin hapsi.

Kanun, duruşmanın düzenini bozan kişinin salondan çıkmamakta direnmesi üzerine, “yakalanmasını” ve bir kararla dört güne kadar disiplin hapsine konulmasını kabul etmiş (CMK 203/2), avukatlar bu hükümden hariç tutulmuştur (CMK 203/3).²²⁷¹

3. Tanığa veya zilyede uygulanan disiplin hapsi.

Tanıklıktan veya yeminden yasal bir neden olmadan çekinen tanığın, tanıklığa veya yemine zorlanması için, üç ayı geçmemek üzere veya dava hakkında hüküm verilinceye kadar, *disiplin hapsine* alınması mümkündür (CMK 60/1).²²⁷²

veya başka sebeplerden dolayı Türkiye’yi terkedemiyenlerin Bakanlıkça gösterilen yerde ikamete mecbur tutulmaları (Yabancıların Türkiye’de ikamet ve seyahatleri hak. K. 1950-5683, m. 19, 21, 23).

²²⁶⁹ Bu tutuklama için de genel tutuklama şartları aranmamaktadır ve tutukluk da sanığın duruşmaya gelmesi ile sona ermekte idi (k-m: *Kantar*, 225). Ancak, zorla getirmede olduğu gibi, sanık evvelâ celpname ile davet edilmeli, gelmemesinin müeyyideleri gösterilmeli ve mazeretsiz gelmediği takdirde zorla getirme veya tutuklama yoluna gidilebilmeli idi (*Kantar*, 162).

²²⁷⁰ Mülga Kanuna göre ise, gelmemenin makbul sebepleri ispat edilmezse, zorla getirme kararı verilebildiği gibi tutuklama kararı da verilebiliyordu (CMUK 223). Bu tutuklama kararına dayanılarak tutuklama müzekkeresi tanzim ediliyordu. Bu tutuklama için genel tutuklama şartları aranmıyordu (*Kantar*, 226; *Erem*, n. 137; *Schwarz*, 404.). Bu tutukluk, sanığın mahkemeye gelmesine kadar devam ederdi (*Tosun*, I, 869; k-m: *Kantar*, 226; *Schwarz*, 404). Zorla getirmeden farkı, duruşma gününden çok önce sanığın hürriyetinin tahdit edilmesi idi. Zorla getirme ayrı bir koruma tedbiridir, özel tutuklama (*Tosun*, I, 868) değil. Zorla getirmede olduğu gibi, burada da, sanık önce celpname ile çağırılmalı, gelmemesinin müeyyideleri gösterilmeli, mazeretsiz gelmediği zaman, gerekiyorsa tutuklanmalı idi. Ceza Muhakemesi Kanunu, verilen arada sanığı nezarete aldırma yetkisini kaldırdı ama, mahkemenin savuşmanın önüne geçecek tedbirlerine ne olduğunu belirtmedi (CMK 194/1).

²²⁷¹ Mülga Kanuna göre duruşma sırasında mahkemeye karşı münasip olmayan bir söz söyleyen veya bir harekette bulunan kimse, bir disiplin suçu işlemiş demektir. Bu suçun sanığı derhal, mahkeme kararı ile tutuklanırdı. Sanık 24 saat içinde aynı mahkemece sorguya çekilerek hafifhapis veya hafif para cezasına mahkûm edildi (CMUK 379), (HMK 75.8). İçBHG, gerek HMK 150 gerek CMUK 379 daki cezaların disiplin cezası olduklarına, temyiz edilemeyeceklerine, tekrüre esas olamayacaklarına, ceza kanunlarındaki rejimlere tâbi tutulamayacaklarına ve bu nedenlerle mülga CİK 4 ile hafifpara cezasına çevrilemeyeceklerine karar vermiş, aksi takdirde CİK 4/2 ile çevirme mecburiyeti olacağından, disiplin sağlama amacının dışına çıkılacağını eklememiştir (2/11/83 YKD 84/2 167). Görülüyor ki bu tutuklama için de genel şartlar aranmamakta ve bu tutukluluk da sorguya kadar devam etmekte idi.

²²⁷² Mülga kanuna göre, kanunî bir sebep olmaksızın, beyandan veya yeminden çekinen tanık, beyana veya yemine zorlanmak için, cürümlerde altı ayı, kabahatlerde altı haftayı geçmemek üzere hâkimlik veya mahkeme kararı ile “hapsolunabilirdi” (CMUK 63). Buradaki hapis kelimesi yanıltıcı idi. Burada hürriyeti bağlayıcı ceza olan hapis değil, tanığın beyanda bulunmaması veya yemin etmemesi yakın tehlikesinden korunmak için alınan tutuklama niteliğinde bir koruma tedbiri söz konusudur. Sanığın tutuklanmasındaki genel şartlar aranmadığından özel bir tutuklamadır. İhtiyari olan ve ancak koruma

Disiplin hapsi, delil olmak üzere faydalı görülen yahut müsadereye tâbi olan eşyayı göstermek²²⁷³ veya teslim etmekten çekinen zilyet hakkında da uygulanır (CMK 124/2). Şüpheli, sanık veya tanıklıktan çekinebilecekler hakkında bu hüküm uygulanmaz.

4. İade tutuklaması.

Suçluların iadesi işlemi de, iade edilmesi istenilen kişinin genel şartlar aranmadan tutuklanmasını gerektirebilir (6706 sK, m.16). Genel tutuklamadan ayırmak için *iade tutuklaması (arrestation ou détention extraditionnelle)*²²⁷⁴ denilen ve acele hallerde yabancı tutuklama kararı olmadan da verilebilen, geçici çeşidi de bulunan tutuklama da özel bir gözaltı durumudur ve en geç, iade edilecek kişinin Türk sınırlarını terk etmesine kadar sürer. Daha önce sona ermesi de mümkündür. Bu karar, Türk Hukuku açısından giyabi tutuklama kararının ikinci örneğidir.

5. Kaldırılan yol tutuklaması.

Ceza Muhakemesi Kanunu giyabi tutuklama kararı verilmesini kaldırıp, yakalama emri (CMK 98) ile yetinince, yakalama emri üzerine yakalanan kişi hakkında ne yapılacağı belli değildi. Uygulamada görülen aksaklıklar üzerine, CMK 94, 2005 yılında 5353 sayılı Kanun ile değiştirildi, yakalama yerine en yakın sulh ceza hâkiminin yetkili mahkemeye götürmek üzere tutuklama kararı verebilmesi esası kabul edildi.²²⁷⁵ Bu da hâkim kararı ile yapılan bir hürriyet kısıtlamasıydı ve genel şartlar aranmadığından özel tutuklama idi. Yol tutuklamalarının uzun bekleme sürelerine yol açtığı için, SEGBİS sorgusu sistemine döndü (CMK 94/2) (No. 366/V).

375. k) HAKSIZ TUTUKLANANLARA TAZMİNAT VERİLMESİ.

Haksızca tutuklu geçen günlerin cezadan mahsup edilmesi gerekir. AİHS 7 Numaralı ek Protokol, tazminat ödenmesini insan hakları arasında ele almıştır. Özgürlük kısıtlamasında Anayasadaki esaslar dışına çıkılmışsa, zarar “tazminat hukukunun genel prensiplerine göre”, Devletçe ödenir (Any “2001.4709” 19/son). Ceza Muhakemesi Kanunu, koruma tedbirleri nedeniyle zarar gören kişilerin her türlü maddi ve manevi zararlarını devletten talep etmelerine ilişkin olarak, yedinci bölümde yeni bir düzenleme (CMK 141 vd) yapmıştır. Bu düzenleme mülga 466 sayılı Kanunu gereksiz hale getirdiği için yürürlükten kaldırılmış ve haksız tutuklama ve yakalamalarda zararın giderilmesini öngören kurumlar, Ceza Muhakemesi Kanununun içine yerleştirilmiştir. Bu konudaki açıklamalar için koruma tedbirleri nedeniyle tazminat bahsine (No. 380) bakınız.

46. § 2. YAKALAMA ve GÖZALTINA ALMA

376. Yakalama: a) Gayesi ve niteliği. 377. b) Yakalama şartları. 378. c) Gözaltı süreleri. 379. ç) Gözaltına alma kararı ve nezarethane işlemleri. 380. d) Yakalama ve tutuklama nedeniyle tazminat. 381. Elegeçirme. 382. Zorla getirme. 383. Yurt dışına çıkarmama. 384. Gözlem altına alma. 385. Geçici olarak güvenlik tedbirlerine başvurma.

tedbirleri ön şartları varsa uygulanabilen, çok defa “hapis ile tazyik (zorlama)” (*contrainte par corps*) denilen bu tedbire biz hem niteliğini hem zorlama için yapıldığını belirtmek üzere “zorlama tutuklaması” diyoruz. 1. CD. 26/1/60 (Çağlayan “66” I, 394). Zilyedin istenen eşyayı teslim etmemesi halinde hakkında CMK 60 anlamında disiplin hapsi uygulanır (Özbek 2005, 462).

²²⁷³ Mülga 87. maddenin 1. fıkrasında göstermek ve teslim etmek mecburiyeti konmakta ve 2. fıkrada kaçınmadan sözedilmektedir. Teslimden kaçınmanın müeyyidesi elkoyma olduğuna göre (CMUK 86/2), ikinci fıkradaki kaçınma sadece gösterme bakımındandır.

²²⁷⁴ Geriverilecek olan kişinin de sanık haklarından yararlanacağı açıktır. Bu hakların tanınmaması, Avrupa Sözleşmesine aykırıdır: *Soering-İngiltere* (7.7.1989); *Cruz Varas-İsveç*; *Nasri-Fransa* davaları.

²²⁷⁵ Mülga Ceza Muhakemesi Kanuna göre hakkında kamu davası açılmış olan kişi yakalandığında, davaya bakan makama değil de, sulh hâkimine götürülmüşse, bu hâkim yetkili makama kadar götürülmesi için bir yollama kararı veriliyordu (CMUK 109). Ayrıca, giyabi tutuklama kararı ile aranan kişi hakkında nasıl karar verileceği de düzenlenmişti (CMUK 129).

376. YAKALAMA: a) GAYESİ VE NİTELİĞİ.

I. Kavram.

Yakalama, bir kişinin hâkim kararı alınmış olmamasına rağmen, geçici bir süre için özgürlüğünün kısıtlanması demektir. Çok kısa süreli özgürlük kısıtlamaları *yakalama* sayılmaz. Meselâ, kimlik veya soru sormak amacı ile yolda durdurulan kişi, *yakalanmış* sayılmaz (No. 403-6).²²⁷⁶

Anayasamız “kişi hürriyeti ve güvenliğini” 19. maddede düzenlemiştir. Sınırlama alanları ise, ikinci fıkrada gösterilmiştir. İlk alan, *tehlikeyi önleme* alanıdır. *Küçüğün korunması, toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastasının yakalanması* buna örnek gösterilebilir. İkinci alan adli yetkilendir: *suçluluğu hakkında kuvvetli belirti* bulunan kişiler, kaçma veya delil karartma şüphesi ile yakalanabilirler.

Anayasa yakalanan kişilerin haklarını da düzenlemiştir (AY 19/4-9): Yakalanan veya tutuklanan kişinin, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç, en geç 48 saat ve toplu suçlarda en çok 4 gün içinde hâkim önüne çıkarma mecburiyeti getirilmiş, kişinin yakalandığının derhal yakınlarına bildirilmesi mecburiyeti konmuş, Anayasa’daki kurallar dışında bir işleme tabi tutulanların zararının *tazminat hukukunun genel prensiplerine göre*, Devletçe ödenmesi kabul edilmiştir.

Avrupa Sözleşmesine (İHAS 5) göre, *her ferdin hürriyet ve güvenlik hakkı* mevcut olup, Sözleşmede gösterilen istisnalar dışında, hiç kimse hürriyetinden mahrum edilemez. Sözleşmenin 5. maddesi, kişi özgürlüğünün devlet organlarınca kısıtlanması halinde uygulanır. Millî mevzuat ile, üç grupta toplanan şartlar gerçekleşirse, kişi özgürlüğü kısıtlanabilir: a) Yakalama ve tutuklama işlemlerinin hukuka uygun olması; b) kısıtlama nedenlerinin kanunda sınırlı sayıda belirlenmesi. c) Özgürlüğü kısıtlanan fertlere haklar tanınması gerekir.²²⁷⁷ Avrupa Organlarına göre, özgürlük ve güvenlik deyimleri bir bütün olarak anlaşılmalıdır.²²⁷⁸

Yakalama; (a) uzak bir tehlikenin önlenmesi için, (b) Türk Hukukunda kabul edilmiş olmamakla birlikte, hazırlanmakta olan, fakat henüz işlenmemiş bir suçun işlenmesini önlemek için, *proaktif* olarak veya (c) suç işlendikten sonra, şüpheli veya sanığın ele geçirilmesi için yapılır. İlk halde ‘önleme yakalamasından’, ikinci halde ‘proaktif yakalamadan’, üçüncü halde ise, *reaktif yakalamadan* veya *adli yakalamadan* bahsedilir. (d) Kabahatler Kanunu bunlara “kontrol altında tutma” adı altında, sadece sarhoşluk kabahatlerini işleyenleri kapsayan bir yeni yakalama türü (KK 35) ile, *kimlik tespiti tutması, gözaltısı* ve hatta *tutuklaması* (KK 40/2) eklemiştir. Aşağıda önce *önleme yakalaması* ve sonra *adli yakalama* konuları açıklanacaktır.

II. Önleme yakalaması.

Kamu emniyeti ve kamu düzeninin korunması için gerekli olan hallerde, suç işlenmiş olmasa bile, kolluk görevlisi, muhafaza altına alma gibi, kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte tedbirler alabilir. Kolluğun idarî görevleri arasında, *toplumu tehdit eden tehlikeleri önlemek amacı ile, bireylerin özgürlüklerini kısıtlama yetkisi* de vardır. Ayrıca, kişinin vücudu veya hayatı bakımından mevcut bir tehlikeden korunması için gerekli ise, o kişinin özgürlüğünün kısıtlanması, yani *muhafaza altına alınması* mümkündür. Bu gibi hallerde kolluğun bir kişiyi muhafaza veya gözaltına alması iki amaca hizmet eder: Birinci amaç, kamu düzenini veya kamu emniyetini korumak ihtiyacıdır. İkinci amaç ise, kişilerin kendi emniyetlerinin sağlanmasıdır. Bu tür *önleme yakalaması*, suç ile ilgili değildir. Ayrıca kolluğun tehlikeyi önlemek amacıyla eşyaya elkoyması ve önleme araması yapması kabul edilmiştir.²²⁷⁹

²²⁷⁶ Almanya’da okulda hırsızlık yaptıkları iddiası üzerine karakola götürülerek bir saat bekletildikten sonra ifadeleri alınan Türk çocuklarının durumu Avrupa Komisyonu tarafından yakalama olarak değil, ifade almak olarak kabul edilmiştir (Centel 1992, 190).

²²⁷⁷ Gölçüklü/Gözübüyük 1994, 180.

²²⁷⁸ Gölçüklü/Gözübüyük 1994, 179.

²²⁷⁹ Kolluk, baş vuracağı ‘polis tedbirleri’ ile kişilerin özgürlüğünü ve mülkiyet haklarını kısıtlamak zorunda kalabilir. Bu tedbirler, ancak kamu yararının bunu zorunlu kıldığı hallerde uygulanabilir. Meselâ, gece yüksek sesle şarkı söyleyerek sükûnu bozmakta olan bir grup, kolluk tarafından susmaya davet edilip de daha yüksek sesle şarkıya devam ederlerse, sükûnun

Kişinin emniyetinin sağlanması için özgürlüğü kısıtlandığında, *önleme yakalamasından* bahsedilir. Basamak teorisi içinde, yakalama öncesinde *durdurma* gelir. Polis mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek amacıyla kişileri ve araçları durdurabilir (PVSK 4A/1). Kimliği belirlemezse gözaltına alınabilir (PVSK 4A/9). Diğer taraftan, bir küçük kendisi üzerinde gözetim yetkisine sahip bulunan kişiden kaçmış ise, o kişiye geri verilmek üzere kolluğun küçüğü muhafaza altına alma yetkisi vardır.

Özel durumları itibariyle tedavileri gereken veya toplum için tehlike teşkil eden akıl hastaları, uyuşturucu madde tutkunları, küçükler, aşırı derecede sarhoş olup halkın huzurunu bozacak kişiler, kolluk tarafından yakalanarak, kontrol altına alınır ve hakkında ıslah veya tedavi tedbiri alınması gerekiyorsa, “ilgili kurum yetkililerine teslim edilirler” (PVSK 13).

III. Muhafaza altına alma.

“Muhafaza altına alma”, önleme amaçlı yakalamanın sonucu olan hukuk durumu olup, adli yakalamanın sonucu olan *gözaltının* bir başka şeklidir. Yönetmelikteki tanım şöyledir: *Muhafaza altına alma, Kanunun yetki verdiği hallerde yetkili merci önüne çıkarılması gereken kişilerin, ilgili kurumlar veya kişilerce teslim alınana kadar sağlıklarına zarar vermeyecek şekilde ve zorunlu olduğu ölçüde özgürlüklerinin kısıtlanıp alıkonulmasını, ifade eder* (YakalamaY 4).

Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı gereken kişiler; toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu tutkunu kişiler veya serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişiler, kolluk tarafından yakalanarak, muhafaza altına alınabilirler (YakalamaY 5h). Haklarında tedbir kararı verilmiş olan çocuklar (YakalamaY 5i) ve usulüne aykırı şekilde ülkeye girenler ile geri verilecek kişiler (TCK 18) de, yakalanarak, muhafaza altına alınabilir (YakalamaY 5j).

Kolluğun önleme görevi çerçevesinde başvurduğu tedbir olarak muhafaza altına alınan ve bu şekilde özgürlüğü kısıtlanan kişiye, geciktirilmeksizin muhafaza altına alınmasının sebebi açıklanmalıdır. Muhafaza altına alınan kişiye, bir yakınına veya güvendiği bir kişiye haber vermesi için imkân sağlanmalıdır. Anayasa’da 2001 yılında yapılan değişiklik (“2001-4709” m. 19) uyarınca değiştirilen Polis Kanununa göre, özgürlük kısıtlanmasının amacını tehlikeye düşürecek olsa bile, yakınlarına haber vermek mecburiyeti vardır (PVSK 13/5). Muhafaza altına alınan kişiye bunun sebebi, yakalamaya itiraz etme hakkı ve bu hakkı nasıl kullanacağı açıklanır (PVSK “2002.4771” 13; Yakalama Yön 6/10). Muhafaza altına alınmak amacı ile yakalanan kişiler hakkında da gözaltı biriminde kaba üst araması yapılır (YakalamaY 10). Yakınlarına haber verme hakkı bu kategori bakımından da geçerlidir.

Muhafaza altına alınan kişi hakkında ıslah ve tedavi tedbiri alınması gerekiyorsa, ilgili kurum yetkililerine teslim edilmeli (PVSK “2002-4771” 13), yoksa nezarethaneye alınmalı, fakat tutuklu ve hükümlülerle bir arada muhafaza edilmemeli, kadın ve erkekler ayrı ayrı muhafaza edilmelidir. Muhafaza altına alınan kişi hakkında, sadece, muhafaza altına alma amacının veya içinde bulunduğu kurumun düzeninin gerektirdiği kısıtlamalar uygulanabilir.

Karantinaya alınma ve emniyet nezaretinde bulundurma ile ilgili her türlü giderler, yani yiyecek ve barınma ile her türlü harcamalar mesela, cenaze ve gömme, mültecilerin her türlü giderleri bütçeden karşılanır.²²⁸⁰

IV. Kolluğun yakalama yetkileri.

1. PVSK'daki yakalama yetkileri.

Polis Vazife ve Salahiyet Kanununa göre, kolluk, her biri bir suç teşkil eden belli hallerde, yakalama genel şartları olmadan da bir kimseyi yakalayabilir (PVSK “2002-4771” 13 ve “2007-5681” 4A ve 17).²²⁸¹

a) Suçüstü hali ve tutuklama yakalaması.

sağlanması amacıyla gözaltına alınabilirler. Kamu düzeninin korunması için bu tür bir gözaltına alma işlemi zorunludur. Ancak, Kanunun açıkça düzenlemediği ve bu şekilde müsaade etmediği hallerde, kolluk kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlayamaz.

²²⁸⁰ 1998 Yılı Bütçe Kanunu, R Cetveli, m. 850: RG. 27. 12. 1998.

²²⁸¹ PVSK 13 Anayasaya aykırı görülmemiştir (AYM. 26/11/86 RG 14/8/87).

PVSK 13 kapsamında; a) Kolluk memurları; suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hallerde suç işlendiğine veya suça teşebbüs edildiğine dair haklarında kuvvetli iz, eser, emare veya delil bulunan şüphelileri,

b) *Yakalama emrine dayanan yakalama.*

Haklarında yetkili mercilerce verilen yakalama veya tutuklama kararı bulunanları,

c) *Kabahat işleyenleri tutma yetkisi.*

PVSK 4A maddeye göre, durdurulan ve kimliği sorulan kişinin kimliğini ibraz etmemesi durumunda tutma yetkisi doğar.

ç) *Saldırgan sarhoşların yakalanması.*

Halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkaracak derecede sarhoş olanları veya sarhoşluk halinde başkalarına saldıranları, yapılan uyarılara rağmen bu hareketlerine devam edenler ile başkalarına saldırmaya yeltenenleri ve kavga edenleri,

d) *Emirlerine karşı gelenleri yakalama.*

Polisin kanunlarına uygun olarak aldığı tedbirlere karşı gelenleri, direnenleri ve görev yapmasını engelleyenleri²²⁸² *karakola götürme*, yani yakalama yetkisi vardır (PVSK 17/1). Bu yetki, araştırma işlemlerini engelleyen “menedilmesini” (PVSK Ek 6/6) tamamlar niteliktedir. Menedilen kişi davranışlarını sürdürürse, polis onu karakola götürebilir.²²⁸³ Kanaatimizce, burada söz konusu olan yakalama, tedbir niteliği ağır basan ve işlemlerin sağlıklı yapılabilmesini amaçlayan bir yakalamadır. CMK ise, olay yerinde soruşturma yapan memurun adli yakalama yetkisini kaldırmış²²⁸⁴, sadece gerektiğinde zor kullanarak menetme yetkisi²²⁸⁵ vermiştir (CMK 168).²²⁸⁶

e) *Tehlikeyi önleme yakalaması.*

Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri, g) Haklarında gözetim altında ıslahına veya yetkili merci önüne çıkarılmasına karar verilen küçükleri, yakalar ve gerekli kanunî işlemleri yapar (PVSK 13/1).

f) *İade yakalaması.*

Usulüne aykırı şekilde ülkeye giren ya da haklarında sınır dışı etme veya geri verme kararı alınanları,

2. *Bekçilerin yakalama yetkisi.*

Yeniden düzenlenerek 2020 yılında 7245 sayılı Kanun olarak yürürlüğe giren Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanununa göre, bekçiler şüphelileri suç işlenirken veya işlendikten sonra, henüz izleri meydanda iken yakalayabilir, bunların kendilerine veya başkalarına zarar vermelerini engelleyici

²²⁸² Olay yerinde adli görev yaparken engel olanlar bakımından ise, sadece “zor kullanarak men etme” yetkisi vardır (PVSK Ek 6/6), yakalama yapılamaz.

²²⁸³ Mülga Kanunda mevcut bulunan bu “yakalama” yetkisi (CMUK 157), CMK ya alınmamıştı. 2007 değişikliği ile Polis Kanununa eklendiği görülmektedir. CMK’nın eksikliklerini, PVSK ile gidermeğe çalışmak, ne kadar yerindedir? İki madde arasında çelişki vardır: adli görevi engelleyen yakalanamayacak (PVSK Ek 6/6), fakat vazife yaparken zorla karşı koyan yakalanabilecektir (PVSK 17/1-B).

²²⁸⁴ Mülga Kanun zamanında olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan memur, bu işlemlerin yürütülmesini kasten engelleyen veya yetkisi dahilinde verdiği emirlere karşı gelen kişileri yakalama yetkisine sahipti (CMUK “1985-3206”157). Bu yakalama, araştırma bitene kadar ve en geç 24 saat içinde sona eren bir gözaltına alma yetkisi veriyordu.

²²⁸⁵ *Özbek /Kanbur/Bacaksız/Doğan* ise, buradaki *men etmenin* bir nevi disiplin tedbiri olan bir yakalama olduğu görüşündedirler (2007, 158).

²²⁸⁶ Özel kanun olan PVSK, genel kanun olan CMK’ya nazaran öncelikle uygulanır. Bu nedenle, kolluğun “düzeni bozanları” yakalama yetkisi devam etmekte ise de adli işlemler sırasındaki engellemelerde kullanılamamaktadır. Bu tespitimiz 2007 yılında PVSK da yapılan değişiklikle teyit edilmiştir. PVSK Ek 6/6 olay yerinde adli görev yapan polise engel olanı, polis gerektiğinde zor kullanarak menedebilmekte, fakat yakalayamamaktadır. Ek 6/6 madde ile PVSK 17/1-B çelişkilidir.

tedbirleri alabilir ve delillerin kaybolmaması veya bozulmaması için gerekli tedbirleri alarak, olayın tanıklarının kimliklerini belirleyerek durumu genel kolluk birimlerine bildirirler (7245 sK. m.8/1). Hakkında yakalama kararı çıkarılmış olan kişileri gördüklerinde, bunları yakalar ve bağlı bulunduğu genel kolluk kuvvetlerine teslim ederler (7245 sK. m.8/2).

3. Özel güvenlik elemanlarının yakalama yetkisi.

Temel eğitim almış ve valilikçe ruhsat verilmiş özel güvenlik elemanlarının, kendi faaliyet alanları içinde işlenen suçlarda, özel kişilere tanınan yakalama yetkisi kadar, yakalama yetkileri vardır. Ayrıca, hakkında yakalama emri bulunan kişileri de yakalayabilirler (2005-5188 m. 7).

377. b) YAKALAMA ŞARTLARI.

I. Yakalama kavramı.

Tutuklamanın mümkün kılınması ve dolayısı ile ceza muhakemesinin selâmetle ve emniyetle yapılabilmesi gayesi ile ve henüz bir tutuklama kararı verilmemiş olmasına rağmen, şüphelinin kişi özgürlüğünün kaldırılmasına *yakalama* denir. Yakalamanın gayesi sadece Muhakeme Hukuku gayesidir. O halde, yakalama ceza olmayıp, vasıta olduğu tutuklama gibi, Muhakeme Hukuku işlemidir ve onun gibi bir koruma tedbiridir.²²⁸⁷

Yakalamanın ilk şartı, işlenen fiilin suç²²⁸⁸ olmasıdır: *kabahatte* yakalama değil, *durdurma* (PVSK 4A) veya *tutma* yetkisi vardır. Kimliği belli olmayan kabahat failinin tutuklanması da gündeme gelebilir (KK 40). Bu kuralın *ölçülü* olmadığı belirtilmelidir.

Kişi hürriyetinin hâkim kararı olmadan sınırlanması demek olan yakalama, ancak zorunlu hallerde haklı görülebilir. Geçici mahiyette olması da bunun içindir. Yakalanan kimse *gecikmeden* hâkim huzuruna çıkarılır. Hâkim tutuklama kararı verirse, yakalama tedbiri sona erecek, tutuklama tedbiri başlayacaktır. Hâkim tutuklama kararı vermezse, yakalanan kimse serbest bırakılır, yani yakalama tedbiri yine sona erer. Yakalanan kimse, mukavemet ederse koşulların zorunlu kıldığı sınırı aşmamak üzere, zor kullanılabilir. Meselâ eline kelepçe vurulabilir. Yakalanan kişi kolluğun elinden kaçarsa, kolluğun diğer kolluk görevlilerine hitaben verebileceği *yakalama emri* ile (CMK 98/2) tekrar yakalanması sağlanır.

II. Yakalama anı.

Kişinin fiilen denetim altına alındığı an, yakalama anıdır.²²⁸⁹ *Yakalama anında* kişinin İHAS 5 ve AY 19'dan kaynaklanan insan hakları doğar. Kısa süreli durdurular, teknik anlamda yakalama değildir.²²⁹⁰ Yakalama sayılmayan kısa süreli durdurular ve trafik kontrolü için durdurular sırasında ilgili kişiye sorular sorulabilir. Ancak, ısrarlı bir şekilde soru sorulmaması gerekir.²²⁹¹ Yakalama

²²⁸⁷ Yakalananın durumuna *gözetim altında bulundurulmak* denildiği için, *yakalandı* yerine, çok defa *gözetim altına alındı* denilmektedir.

²²⁸⁸ Kabahatlerdeki yakalamanın hukuka aykırı olduğunu belirten yazarlar da vardır (*Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan* 2007, 147). Bizce, “tutma” denen de bir tür yakalamadır.

²²⁸⁹ Tutuklamanın vasıtası olan yakalama yetkisinin doğması için, tutuklama kararın verilmesi için aranan koşullardan, *kuvvetli suç işleme şüphesinin varlığını gösteren deliller* (CMK 100/1) ve gözaltı kararı verilmesi için aranan *kişinin bir suçu işlediğini gösteren somut delillerin varlığı* (CMK 92/2), gerektiğinden, su şüphesi ile yakalanan bir kişi, bizce *sanık* statüsüne girer. Kanun ise, sanıklık statüsünü *iddianamenin kabulü* anından başlatmıştır (CMK 175/1).

²²⁹⁰ “Zararı önleyici tedbir almak” (PVSK ‘2007-5681’ 4A/6) veya “kontrol”, durdurulan kişi üzerinde giysilerinden herhangi birisi çıkartılmaksızın, yoklama biçiminde yapılır (AramaY 27/5). Özel güvenlik görevlilerinin de “kontrol” yetkileri vardır (AramaY 21). “Denetleme” ise, belge veya ruhsat incelemek olup, kolluğun kanunları uygulamak görevi cümlesinden yaptığı denetlemelerdir (AramaY 18).

²²⁹¹ Yolda durdurma uzun sürse bile, gitmeyi engelleme için zor kullanma yoksa, yakalama gerçekleşmiş sayılmaz (*People v. Foster* 1994). “Uyuşturucu madde satıyor musunuz?” şeklinde sorulan tek bir soru, kişiye “hakkında soruşturma yapılmakta olduğunun bildirilmesi” anlamını taşımaz (*People v. Vasquez* 1993). İki memurun 15-20 kişilik bir gurubu yolda durdurarak, yakalama öncesi sorular sormaları, *yakalama* sayılmaz (*U.S. v. Galindo-Gallegos*).

sırasında yaralanan şüpheli, cankurtaran ile hastaneye götürüldüğü sırada tedavi edilirken, kısa sorular sorulabilir.²²⁹²

Yakalama ile gözaltına alma iki ayrı muhakeme hukuku işlemidir. Yakalanan şüphelinin *gözaltına alma* hukuk durumuna girmesi için Cumhuriyet savcısı tarafından ayrıca bir karar verilmesi gerekir (CMK 91/1).

Yakalamanın *ne zaman*, hangi anda meydana geldiğini bilmek, gözaltı süresinin hesaplanması ve sanık haklarının kullanılıp kullanılmadığını belirlemek açısından önemlidir. Yakalamayı tespit etmek üzere kullanılan *ilk kriter*, objektif ölçüttür: Makul ve orta zekalı bir kişi kendisini serbest hissetmiyorsa ve fiilen denetim altına alınmışsa,²²⁹³ yapılan işlem *yakalamadır*. O halde; *kişi, fiilen denetim altına alındığı için, objektif olarak kendisini serbest hissetmiyorsa*, yakalanmış sayılır.

Kişinin yakalanmış olup olmadığını belirleyen ikinci ölçüt, *tüm olayların birlikte değerlendirilmesi* kriteridir. Olay bir bütün olarak değerlendirilirken şu noktalara bakılır: (i) Kişi ile ilk teması *kimin* yaptığı; (ii) İlk temasın meydana geldiği, yakalamanın gerçekleştiği, soru sormanın yapıldığı *yer*; (iii) Durdurma ve soru sormanın *süresi*; (iv) Sorulan soruların *niteliği*; (v) Yakalama sırasında *kaç memurun* hazır bulunduğu; (vi) *Zor* kullanılıp kullanılmadığı, *silah* çekilip çekilmediği; (vii) Şüpheliye *“isterseniz gidebilirsiniz”* denilip denilmediği; (viii) Sorulan soruların *esas amacı*: tanık olarak mütalaa edildiği için mi soru sorulduğu, yoksa kendisinden şüphelenilerek mi soru sorulduğu.

III. Yakalama türleri.

Yakalama türleri; (1) suçüstü halinde herkes tarafından yapılabilen yakalama, (2) yakalama emri veya tutuklama kararı verilebilen ve gecikmesinde sakınca olan hallerde, kolluğun kendiliğinden yakalaması, (3) yakalama emrine (CMK 98) dayanan tutma ile kesinleşmiş hapis cezasının veya güvenlik tedbirinin infazı için Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen yakalama emrine dayanan yakalama (CGİK 19, AY 19/3) ve (4) kimlik tespiti amaçlı tutma şeklinde tasnif edilebilir.

1. Suçüstü halinde herkes tarafından yapılabilen yakalama.

a) Suçüstü kavramı.

Anayasa, yakalamanın ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca (doğrusu tehlike) bulunan hallerde yapılabileceğini belirtmiş, şartların tayinini kanuna bırakmıştır (AY 19/3). “Suçüstü” tâbiri, “meşhut olan” veya “meşhut sayılan suç” manasına alınmalıdır. Bu tür yakalamanın yapılabilmesi için, prensip olarak suçun *tutuklanabilir suç* olması lazımdır. Yakalanan kişinin içinde bulunduğu hukukî duruma *gözaltında bulundurma*²²⁹⁴ denilir. Suçu işlerken rastlanan, yani “suçüstü” yakalanan faili, herkesin²²⁹⁵ “geçici olarak” yakalama yetkisi vardır (CMK 90/1). Özel kişilerin geçici yakalama yapma hakları mevcut bulunmakla birlikte, bu bir görev değildir. Kanun “geçici yakalama” yetkisini verirken, önce kişiye suç işlerken rastlanması halini ele almış, sonra suçüstü durumunu ele almıştır. Suçu işlerken rastlanan kişinin herkes tarafından yakalanması için kaçma olasılığı veya kimlik belirleme gibi başka bir koşul aranmamıştır (CMK 90/1-a).

Sadece suç üstü hallerinde, yakalamanın ilk işlem olarak yapılması mümkündür. Suç haberinin alınması üzerine yapılan diğer araştırmalar sırasında ilk işlem olarak yakalama uygulanamaz.

b) Suçu işlerken herkes tarafından yakalamanın şartları.

Herhangi bir kişinin yakalama yetkisini kullanabilmesi için, olayda aşağıdaki şartların gerçekleşmiş olması aranmalıdır.

i) Suçun tanıklar önünde işlenen bir suç olması ve failin yakalanması şartı.

²²⁹² Berkemer v. McCarty 1984; People v. Mosley 1999.

²²⁹³ Berkemer/McCarty 1984; Thompson/Keohane 1995, Gren v. Superior Court 1985: (Objective test).

²²⁹⁴ Uygulamada yakalamaya *gözlem altına alma* denilmektedir. Gözlem altına alma, psikiyatri kliniğinde müşahade anlamını taşıdığı için (CMK 74), bu terim yakalama için kullanılmamalıdır.

²²⁹⁵ Yurtcan (1991, 311) yakalamanın şartlarını, herkesin yakalaması ve savcı ile zabitanın yakalaması açısından ayrı ayrı ele almaktadır.

Suç, kişi tarafından işlenilirken rastlanılan bir suç olmalıdır.²²⁹⁶ Yani suç henüz işlenmiş olup, fail cürmün işlenmesinden sonra kovalanmalı veya ilgili, suç işlediğini gösteren eşya ve izlerle yakalanmalıdır. İşlenmekte olan bir suça rastlayan bir sivil şahıs, faili bir süre takip ettikten sonra takip etme işini *hırsız yakalayın* diyerek başka bir kişiye devredebilir. Henüz işlenmiş olan suç ile, suçun işlenmesinden sonra zabıta veya suçtan zarar gören şahıs yahut başkaları tarafından takip edilerek veya suçunun pek az evvel işlendiğini gösteren eşya ve izlerle yakalanan kimsenin işlediği suç da, ‘suçüstü sayılır’ (CMK 2/1-j).

Olayda gerçekleşmiş bulunan *dış görünüş*, suçun işlendiği konusunda *çok kuvvetli bir suç işleme şüphesi* doğurmalıdır. Fiilin kasten veya taksirle işlenmiş olması önemli değildir; sadece kovuşturulabilir olması yeterlidir.²²⁹⁷

ii) *Kaçma şüphesinin mevcut bulunması şartı.*

Yakalanan kişinin, o anda ele geçirilmediği takdirde kaçma olasılığı bulunmalı, yani kaçmasından korkulmalıdır (CMK 90/1-b). Suç işlerken yakalanan veya takip edilen kişinin kaçarak cezaî müeyyidelerden kurtulmak istediği izlenimini doğuran davranışları varsa, kaçma şüphesi gerçekleşmiş sayılır.²²⁹⁸ Ancak, CMK kaçma şüphesini var kabul ettiği ağır suçları sayarak gösterdiği için (CMK 100/3), bizce özel kişilere yakalama yetkisi, sadece bu listede sayılan suçlarda tanınmalıdır. Bununla birlikte, *kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren delillerin* (CMK 100/1) mevcut bulunması şart değildir.²²⁹⁹

iii) *Hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması şartı.*

Suç işlerken rastlanan kişi, yanında taşıdığı resimli bir belgeyi göstererek kimliğini kanıtlarsa, artık *hemen kimliğini belirleme mümkün olmadığı*, gerekçesi ile yakalanamaz. Suçu işlerken rastlanan kişi adını soyadını söyler, fakat kimlik ibraz edemezse, kimliği saptanmış²³⁰⁰ sayılamaz ve yakalama şartı oluşur.²³⁰¹ Kişi kimliğini kanıtlarsa, yakalanması yerine, kimlik belgelerine elkonulabilir veya kimlik tespit yapıldıktan sonra, belge ona iade edilebilir. Ancak, bu ihtimal sadece *kimlik tespiti amacı ile yakalama* (PVS 4A/9) seçeneğinde geçerlidir.²³⁰² Kaçma şüphesi ile yakalanan kişi, kimlik gösterse bile, serbest bırakılmamalıdır.²³⁰³

iv) *Şikâyet şartı.*

Eğer fiil soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bir suç ise, Ceza Muhakemesi Kanununa göre, *şikâyet şartı gerçekleşmiş*²³⁰⁴ olmalıdır. Suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı ise, failin yakalandığı, şikâyete yetkili olan kişiye, bunlar birden fazla ise hiç olmazsa birine haber

²²⁹⁶ Meşhut suç konusunda ayrıntılı açıklama için, bakınız, *Centel* 1992, 177.

²²⁹⁷ Kabahatten dolayı muvakkat yakalama yetkisi doğmaz. Nitekim Almanya’da özel kişiler idarî kabahatlerde muvakkat yakalama işlemi yapamazlar (OWiG 46/3 cü. 1). Savcılık ile polis memurları ise meşhut idarî kabahat sırasında rastlanan bir kişinin sadece kimliğinin tespiti işlemi ile yetinebilirler (OWiG 46/1; StP0 163b/1, 163c). Yakalama ve Gözaltına Alma Yönetmeliği de, 11 yaşına kadar olan çocukların yakalanmasını kabul etmemiştir.

²²⁹⁸ BGH MDR 1970/197.

²²⁹⁹ *Centel* aksi görüşte olup, tutuklamadaki kaçma şüphesi ile yakalamadaki kaçma şüphesinin aynı kavramlar olduğunu belirtmektedir (*Centel* 1992, 182).

²³⁰⁰ Kimlik tespiti konusundaki sürenin hesaplanmasında, özel şahıslar tarafından gerçekleştirilmiş bulunan muvakkat yakalama sırasında geçmiş olan zaman hesaba katılmaz (*Kleinknecht/Meyer* § 127/3). Almanya’da yakalanan kişinin kimliğinin tespit edilmesi konusunda yetki, (StP0 163b/1 madde uyarınca) sadece savcı ve polise aittir.

²³⁰¹ *Centel* 1992, 183.

²³⁰² Alman Kanununda 1978 yılında yapılan değişiklikte, polisin şahsın kimliğini tespit edememesi nedeni ile yakalama yetkisine son verilmiş, kimlik tespiti için gözaltına alma sadece 163b/1, 163e maddeler uyarınca yapılabilir olmuştur.

²³⁰³ *Roxin* 1993, 225.

²³⁰⁴ Şikâyeti beklemek yakalamayı imkânsız hale getirebilir. Mehz kanunda olduğu gibi şikâyet, yakalama için şart sayılmamalı idi.

verilir. Bu kişi şikâyet etmezse, yakalanan derhal salıverilir.²³⁰⁵ Ancak, suç küçüklere veya beden ve akıl hastalarına karşı işlenmiş olursa, Kanun (CMK 90/3) şikâyet şartını aramamaktadır.²³⁰⁶ Bu düzenleme uzlaştırmaya tabi suçlar (No. 431) bakımından önem kazanmaktadır (CMK 253).

Kanaatimizce, yakalamada şikâyet şartının aranması, müessesenin niteliğine aykırıdır. Yakalama zaten zaruretten doğan bir muhakeme hukuku kurumudur. Şikâyetin gerçekleşmiş olması şart koşulursa, yakalama işlemez hale gelir.

c) *Özel kişilerin suçüstü yakalamasının şekli.*

Yakalama sırasında ve yakalananın gözaltında tutulması esnasında arama ve doğrudan doğruya zor kullanma yetkisi sadece kolluğa tanınmış bir yetkidir.²³⁰⁷ Özel kişiler faili yakalarken (CMK 90/1, 4), zor kullanılabilir ama bunun makul bir oranı aşmaması gerekir, silah kullanamaz. Bu oranı aşan zor ve silah kullanılmaz. Olayda meşru savunma veya zorunluluk halinin şartları gerçekleşmişse (TCK 25), yukarıda söylenen kurala istisna tanınabilir.

Suçüstü halinde herkesin sahip bulunduğu yakalama yetkisinin *şekli* konusu²³⁰⁸ kanunda gösterilmemiştir. Özel kişiler geçici yakalamayı gerçekleştirirken, suç işlerken rastlanan veya takip edilen kişiyi sadece elle tutarak yakalayabilecekleri gibi, orantılılık kuralına riayet ederek, bağlayabilir veya bir yere kapatabilirler. Arama ve elkoyma da CMK 90 ıncı maddenin 2 inci fıkrasında veya CMK 116 ncı madde ile kişiye verilmiş bir yetki olmadığı için, arama veya elkoyma işlemleri, özel kişilerce yapılamaz.

Özel kişiler tarafından yakalanan bir kişi, geciktirilmeksizin kolluğa teslim edilir (CMK 90/5) ve kolluk merkezine götürülür.²³⁰⁹ Kolluk kendisine teslim edilen bu kişiyi *yakalayabilir*, ama *gözaltına* alamaz ve kendiliğinden serbest de bırakamaz: durumu Cumhuriyet savcısına bildirir ve emir bekler. Cumhuriyet savcısı ya gözaltına alma emri verir veya serbest bırakır. Bu nedenle, kolluğun kendiliğinden bırakma yetkisi, artık²³¹⁰ yoktur. Herkes tarafından yapılabilen yakalama öncesinde de en azından *basit başlangıç şüphesinin* doğmuş olması gerekir.²³¹¹ Sebepsiz yere, bir vatandaş tarafından *yakalanan* kişinin, polis tarafından serbest bırakılmayıp, Cumhuriyet savcısının emrini beklemek, kişi haklarını koruyan bir yaklaşım değildir.

²³⁰⁵ Mülga Kanun, gıyabi tutuklama kararı üzerine «tutulmadan» (CMUK 108) farklı olarak, yakalananın doğrudan hâkim önüne çıkarılmasını emretmediğinden, bu kimse önce kolluk dairelerine götürülebiliyordu. Mevzuat kanun ise, yakalamada şikâyet şartının gerçekleşmiş olmasını hiçbir halde aramaz (StP0 127, III).

²³⁰⁶ Suçtan zarar gören ehil olmadığına göre, haber kanunî temsilciye verilecektir. Haber verilirken, belirlenecek çok kısa süre içinde şikâyet edilmezse yakalananın salıverileceği de bildirilmelidir.

²³⁰⁷ Özel kişilere tanınan yakalama hakkındaki eleştiriler için bakınız: *Centel* 1992, 176.

²³⁰⁸ Kişinin kendisini serbest hissetmediği biçimde gerçekleşen ve özgürlüğü kısıtlayan her işlem, yakalamadır. Meselâ, bir kişinin yolda durdurularak polis aracının içine alınması, yakalamadır. Bununla birlikte, omuza el koymak gibi, belli bir şekil şartı yoktur.

²³⁰⁹ Yakalama emri (CMK 98) üzerine yakalanan kişi hakkında yapılacak işlem net değildir. Mülga CMUK gıyabi tutuklama kararı üzerine tutulan kişinin doğrudan hâkim önüne çıkarılmasını öngören (CMUK 108) hükmü yeni Kanuna alınmamıştı. Yeni Kanunda bu düzenlemenin bulunmaması, eksiklikti. Sonuçta Kanun değiştirildi ve CMK “2005-5353” 94, en yakın hâkime yetkili mahkemeye götürene kadar tutuklama kararı verme yetkisi tanıdı (kaldırılan yol tutuklaması!!! No. 377/V).

²³¹⁰ Mülga Kanun zamanında geçici olarak yakalanan bir kişi özel şahıs tarafından kolluğa teslim edildiğinde, kolluk CMUK 127 inci maddenin aradığı şartların olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini ve halen devam edip etmediğini araştırıyor; şartlar gerçekleşmemişse yakalanan kişi derhal serbest bırakmıyor; yakalanan kişi ve olay hakkında Cumhuriyet Savcısına hemen bilgi vererek, emri doğrultusunda işlem yapıyordu. Mülga Kanun zamanında kolluk bu kişiyi kendisi serbest bırakabiliyordu (CMUK 128/1). Ancak, tutuklama müzakeresi kesilmesini gerektiren ve gecikmenin zarar doğurmasından korkulan bir hal varsa, yakalanan bırakılmazdı.

²³¹¹ Bu husus İngiliz Hukukunda da aranmaktadır. PACE 24 (4)’e göre, “herkes herhangi bir yazılı belge veya izin olmadan, (a) failinin tutuklanması hukuken mümkün olan bir suçu işlemekte olan kişileri, (b) hakkında tutuklama yolu açık olan bir suç işleyeceğine dair makul sebeplere dayanan şüphe bulunan kişileri”; PACE 24 (5)’ göre de, tutuklama yolu açık olan bir suç işlendikten sonra, “herkes herhangi bir yazılı belge veya izin olmadan (a) suçun faili olan kişiyi, (b) hakkında suçun faili olduğu konusunda makul sebeplere dayanan şüphe bulunan kişileri” yakalayabilir. Aynı yetkilerin polise de verildiği PACE 24 (6) ve (7) ile açıklanmıştır.

Cumhuriyet savcısı gözaltına alma kararı verirse (CMK 91/1 ve 2), ilgilinin en geç 24 saat içinde yakalanma yerine en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkartılarak, sorguya çekilmesi için harekete geçilir. Ancak, bunun için *tutuklama kararı verilmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan bir hal* bulunmalı ve özellikle gözaltına alma tedbirinin soruşturma yönünden zorunlu olması ve kişinin bir suçu işlediğini gösteren somut delillerin varlığı koşulları (CMK 91/2) aranmalıdır. Bu şartlar yoksa, yakalanan kişi Cumhuriyet savcısının kararı ile serbest bırakılır.

2. Kolluğun suçüstü yakalama yetkisi.

Herkes, kavramına görevli olduğu yer dışında da olsa, kolluk memurları da dahildir.²³¹² Suçüstü sırasında rastlanan faili, kolluğun *geçici olarak* yakalamak mecburiyeti vardır. Bu kolluk memurları hem önleyici hizmetler yapan kolluk memurları, hem de *adli kolluk* memurlarıdır.

3. Tutuklama yakalaması: Kolluğun CMK 90/2 kapsamındaki yakalama yetkisi.

Herkese tanınan yakalama yetkisi kapsamı dışında, suçüstü olmayan hallerde de kolluk yakalama yetkisini kazanabilir. Gerek önleyici hizmetler yapan ve gerekse adli kolluk olarak hizmet veren kolluk görevlilerinin bu ek yakalama yetkisine sahip olmaları için, Kanun şu koşulları aramaktadır (CMK 90/2):

(i) Birinci koşul, tutuklama kararında aranan *kuvvetli*²³¹³ *suç şüphesinin*²³¹⁴ (CMK 100/1) gerçekleşmiş olması veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren bir halin mevcut bulunmasıdır.

(ii) Bu birinci koşulun gerçekleştiği durumlarda, buna ek olarak, *gecikmesinde sakınca bulunan bir hal* söz konusu olmalıdır.²³¹⁵

(iii) Diğerleri ile birlikte gerçekleşmesi gereken üçüncü koşul ise, kolluk görevlisinin o an Cumhuriyet savcısına veya amirlerine *derhal* başvurma olanağının bulunmaması koşuldur.²³¹⁶

Bu üç şartın bir arada bulunduğu durumlarda, kolluk görevlilerinin *suç üstü fiiller dışında da* faili kendiliğinden (re'sen) yakalama yetkisi vardır (CMK 90/2). Görüldüğü gibi, suçüstü hallerine ek olarak, savcının ve kolluğun, yakalama yetkileri, (CMK 90/2) herkesinkine oranla daha geniştir.

Kolluğun *tutuklama yakalaması* yoluna başvurabilmesi için, işlendiğinden makul sebeplere dayanarak şüphelendiği suçun, *tutuklanabilir bir suç* olması gerekir. Zira, CMK 100 ve ÇKK 21 bazı suçlarda tutuklama yolunu kapatmıştır. Bu gibi hallerde, kimlik tespit edildikten sonra, birey Cumhuriyet savcısının kararı ile, serbest bırakılır. Yani, tutuklama yolu kapatılmış olan suçlarda, şartları oluşmuş ise, sadece kimlik tespiti yakalaması yapılabilir.

²³¹² Cumhuriyet savcısının “bizzat” yakalama yetkisi yoktur ama kolluğa yakalama emri (CMK 98) verebilir (*Centel* 1992, 176).

²³¹³ Yakalama için kuvvetli şüphe bulunmalıdır. Basit şüphe ile önce araştırma yapılmalı, suç isnadı yapabilecek kadar kuvvetli emare elde edilince şüphelinin yakalanması yoluna gidilmelidir. *Eryılmaz*'ın 23 karakolda yaptığı araştırmanın neticelerine göre, kolluk yakaladığı kişilerin % 49'unu kendisi serbest bırakmakta, savcılığa sevk edilen % 51 oranındaki şüphelilerin % 45'i savcılık veya hâkim tarafından serbest bırakılmaktadır. Neticede yakalanların % 75'i ya suçsuz yere veya kuvvetli delil olmadan yakalanmakta ve kolluğa düşman olmaktadır. *Eryılmaz* (ABD 1998/4, 99), toplumun binde birini oluşturan suçlularla mücadele etmek için, bu kadar yüksek oranda suçsuz insanı rahatsız etmenin, bir strateji hatası olduğunu, fabrikanın % 75 oranında defolu mal ürettiğini ileriye sürmektedir. Hâkim kararı almak için kaybedilecek olan zaman, tedbirin amacına ulaşmasını tehlikeye sokuyorsa, ‘gecikmede tehlike’ vardır. Somut olayda böyle bir tehlikenin mevcut olup olmadığını, memur takdir yetkisini kullanarak tâyin eder.

²³¹⁴ Yakalanma açısından “basit şüphe” ile yetinen, “kuvvetli suç şüphesini” sadece tutuklamada arayan görüşe (*Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan* 2007, 165) katılmıyoruz. Zira, Kanun (CMK 90/2) tutuklama kararı düzenlenmesi için gerekli koşulların oluşmasını emretmiştir. Yakalama emri (CMK 98) düzenlenmesi için “basit şüphe” ile yetinmeyiz.

²³¹⁵ Memurun amirinden emir almak için zamanı varsa, emri veren ile, yerine getirenin ayrı ayrı şahıslar olması gerekmez. Burada amirden maksat, sadece savcı değildir. Zabitanın diğer amirlerine (CMUK 127/1) başvurusu imkânı da bulunmamalıdır. Memura tanınan yetkinin amire tanınmaması için yoktur (k-m: *Gölcüklü*, 72)

²³¹⁶ Kolluk memurunun tutuklama kararı verilmesini gerektiren bir hal olup olmadığı konusunda fazla bilgisi bulunamayacağına göre, bunu kolluk amirlerinden de sorup tahkik etmesi mümkündür. Zaten amire müracaat imkânı olmaması şartı bunun için konmuştur (*Esbabi Mucibe* 150).

Yakalamanın temel şartı, *kişinin bir suç işlediği şüphesini gösteren somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesidir* (CMK 91/2 ve 100/1).²³¹⁷ Bu şüphe, *somut olaya has şartlar değerlendirilerek oluşturulmalıdır*.²³¹⁸ Suç işlediğini gösteren makul ve kuvvetli sebep ve belirtiler mevcut olmadıkça, kimse yakalanamaz (PACE 24). Şahıstan bilgi almak amacı ile yakalama, Sözleşmeye aykırıdır.²³¹⁹

IV. Tutuklama kararı verilemeyen suçlarda yakalama.

1. Faili tutuklanmayan suçlar.

Kanunlarımızda “tutuklama yasakları” vardır. Kanun²³²⁰ “sadece adli para cezasını gerektiren suçlarla”, “hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda”, tutuklama kararı verilmesini yasaklamıştır (CMK “2005.5353” 100/4). Çocuk Mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda, onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında da, beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren hallerde, tutuklama kararı verilemez (ÇKK 21). Onbeş yaş üstü failler için tutuklama yolu açıktır.²³²¹ İngiliz Adli Polis ve Delil Kanunu tutuklama kararı verilemeyen suçları düzenlemiştir (PACE 25).²³²² Bu gibi hallerde suç işlediği şüphesi ile, bir kişinin yakalanması, istisnai bazı hallerde mümkündür.

Yukarıda açıklanan durumlarda, ilgili hakkında tutuklama kararı verilemeyecekse de, suçüstü halinde görüldüğünde, yakalanarak kimlik tespiti yapılması gereklidir. Kimlik tespitinden sonra, kişinin serbest bırakılması gereklidir. Bırakılmazsa, bireyin Devletten tazminat isteme hakkı doğar (CMK 141). Tutuklama kararı verilmesi yasak olan hallerde, failin adli kontrol altına alınması mümkündür (CMK 109/2).

2. Kimlik tespiti yakalaması.

Polis Kanunu (PVSK 4A/9), kimlik tespit amaçlı yakalama yetkisi verir. Kabahatlerde de (KK 40/2) aşağıda açıklanan *kimlik tespiti yakalaması* uygulanır ve kişinin kimliği tespit edildikten sonra, adli işlemlerin tutuksuz yürütülmek üzere ilgili serbest bırakılır.

Buradaki yakalamanın amacı, ilgilinin kimliğini *tespit* etmekten ibarettir. Kişi *tutulunca* kimlik bilgileri tespit edilip, *adli kayıtlara geçirildikten sonra*, serbest bırakılacak; *gözüne alınır*, parmak izi ve fotoğrafı alınacak (PVSK ‘2007.5681’ 5/1-e) ve adli işlemleri tutuksuz olarak devam edecektir. Kanunun bu düzenlemesi yerindedir, zira, tutuklama kararı verilmesine yol açmayan suçlarda yakalama yolunun tamamen kapatılması, Adliye işleme hale getirebilirdi. Bunun önüne geçmek amacı ile kabahat ve basit cürümlerde de bazı şartlar altında yakalama yolu açılmış, fakat tutuklama kabul edilmemişti (PVSK 17). PVSK da yapılan 2007 değişikliği ile, kimliği tespit edilemeyen kişinin gözüne alınması ve hatta tutuklanması kabul edildi (PVSK ‘2005-5681’ 4A/9). Tutuklama yetkisinin,

²³¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesine göre ise, kişinin özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için, *makul şüphe* bulunmalıdır. Divana göre şüphenin makul sayılabilmesi için, “*ilgili kişinin suçu işlemiş olmasının mümkün bulunduğu hususunda objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli vakıa ve bilgilerin mevcudiyeti*” şarttır.

²³¹⁸ *Fox, Campbell ve Hartley v. İngiltere*, 30.8.1990; nakledenler: *G/G* 1994, 186

²³¹⁹ Divan Kararı: *İrlanda v. İngiltere A. 25*, s. 80, § 212; nakledenler, *G/G*, 1994, 186.

²³²⁰ Mülga CMUK, 6 aya kadar hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlarda tutuklama yolunu kapatmıştı (CMUK 104).

²³²¹ Mülga Kanuna göre de, suç basit bir suç ise, yakalama yapılamazdı. Mesela, altı ay’a kadar hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlarda (CMUK 104) tutuklama yolu 1992 yılında kapatılmıştı. Çocuk Mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda da üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlarda küçük hakkında tutuklama kararı verilemezdi (ÇMK 19).

²³²² “Tutuklanabilir olmayan bir suçun henüz işlenmiş veya işleniyor olduğu veya işlenmeye teşebbüs edildiği hakkında makul sebeplere dayanan şüphesi mevcut bulunan polis aşağıda belirtilen ‘genel yakalama şartları’nın en az birinin oluşması halinde, gecikmede tehlike varsa, suçla ilgili kişiyi yakalayabilir: (a) İlgili kişinin kimliğinin bilinmemesi ve hemen öğrenilmesinin mümkün olmaması, (b) İlgili kişinin verdiği kimliğin doğru olmadığı konusunda poliste şüphe doğuracak makul sebeplerin mevcut olması, (c) İlgili kişinin adresini bildirmemesi veya verilen adres konusunda makul sebeplere dayanan şüphe mevcut bulunması, (d) İlgili kişinin tehlike içinde bulunduğunu gösteren makul sebepler varsa; i) kişinin kendisini veya bir başkasını yaralamasını önlemek için, ii) yaralanmış bir kişinin acısını dindirmek için, iii) eşyaya gelebilecek bir zararın önlenmesi için, iv) umumi adap aleyhine karşı bir suçun önlenmesi için, v) trafiğin hukuka aykırı bir şekilde engellenmesini önlemek için, polis önleme yakalaması yapmak yetkisine sahiptir. (e) Bir çocuğun veya kendisini koruyamayacak durumda olan bir kişinin ilgili kişiden korunması gerekli ise, polis yakalama yapabilir.”

uzun sürebilecek kimlik tespiti işlemleri dolayısı ile, gözaltına alınan kişiye bir hukuk garantisi olarak verildiği anlaşılmaktadır ve yerindedir.²³²³

Hâkim veya savcı tarafından verilmiş olan bir yakalama emrinin (CMK 98) yerine getirilmesi yolu ile, kolluk kendiliğinden yakalama işlemi yapabilir. Bunun dışında, suçüstü hallerine ek olarak, hâkimin yakalama emri veya tutuklama kararı verebileceği, fakat vermesine imkân olmayan durumlarda, kolluk amir ve memurlarına yakalama yetkisi verildiğini (CMK 90/2), yukarıda görmüştük.

V. Yakalama emri üzerine yakalama yetkisi.

Kolluk görevlileri, hakkında “yakalama emri” (CMK 98) verilmiş olan bir kişiyi “yakalama yetkisine sahiptirler”. Yakalama emrinde kişinin eşgali, biliniyorsa kimliği, yüklenen suç ve yakalanınca nereye gönderileceği yazılır (CMK 98/4). Bazı malum suçlara ilişkin muhakeme kapsamında CMK 250 nci madde de sayılan suçlar bakımından, geniş yetkili ağır ceza mahkemesi veya başkanı, cumhuriyet savcısı, mahkeme naibi veya istinabe olunan hâkim kolluğa, soruşturma ve kovuşturma sebebiyle şüpheliyi, sanığı, tanığı bilirkişiyi ve suçtan zarar gören şahsı belirtilen gün saat ve yerde hazır bulundurma emri verebilir (CMK 251/6). Bu emir kolluğa yakalama yetkisi verir.

Yakalama emri uyarınca kişi yakalanırsa veya emre konu teşkil eden işlem yapılırsa, “yakalama emri kolluktan geri alınır.” Mahkeme, hâkim veya C. Savcısı bunun iadesini kolluktan ister (CMK 90/6). Kanunumuz dört türlü “yakalama emri” öngörmüştür:

1. Sulh hâkiminin yakalama emri:

Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir (CMK ‘2005.5353’ 98/1).²³²⁴ Bu karar hâkim kararı olduğundan, kaldırılan gıyabi tutuklama kararı gibi işlem yapar.

2. Mahkemenin yakalama emri.

Kovuşturma evresinde sanık “kaçak” (CMK 247) ise, mahkeme veya hâkim resen veya C. savcısının talebi üzerine yakalama emri düzenleyebilir (CMK 98/3). Bu karar da kaldırılan gıyabi tutuklama kararı gibidir.

3. C. Savcısının yakalama emri.

Tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında veya kolluğun elinden kaçan kişi hakkında C. savcısı yakalama emri düzenleyebilir (CMK 98/2).

4. Kolluğun yakalama emri.

Yakalanmış iken, kolluk görevlilerinin elinden kaçan şüpheli veya sanık hakkında, kolluk kuvvetleri “yakalama emri” düzenleyebilir (CMK 98/2).

5. Yakalama emri üzerine yakalanan kişinin hâkim önüne çıkartılması.

Ceza Muhakemesi Kanunu *yakalama emri* adı altında bir kurum yaratmıştır (CMK 98). Hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine yakalanan kişi en geç yirmidört saat içinde yetkili hakim veya mahkeme önüne çıkarılır (CMK 94/1). Bu mümkün değilse, yakalandığı yerde veya en

²³²³ Ancak, buradaki tutuklama “suç işleme şüphesi ile” tutuklama olmadığı için, yeni bir kavram geliştirilmeli idi. Mesela, bir küçüğün korunması için yakalama, 1997 yılında yürürlüğe giren “Ailenin Korunması Kanununda” mevcuttur. Tehlikedeki kişilere yardım etme görevini jandarma ve polise veren PVSK’nın 2. maddesi, örtülü olarak, önleme yakalamasını da düzenlemiştir. Ancak, kişi hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasındaki kural, kanunda açık bir hüküm bulunmasını şart kıldığı için, bu konu Kanuna dahil edilmeli idi. Kimlik tespiti için yakalamanın, PVSK madde 4A/9 ile, açık bir şekilde düzenlenmesi gerekli idi.

²³²⁴ 2005 değişikliği öncesinde birinci fıkraya şöyle idi: “Şüpheli soruşturma evresinde “kaçak” ise (CMK 247), C. Savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir” (CMK 98/1). Kaçak olmayan, fakat çağrıya uymayan şüpheliler hakkında yakalama emri düzenlenebilmesi için, bu değişiklik yapıldı. Gıyabi tutuklama kararı verilirken, tutuklama kararının güvenceleri vardı. Bu güvencelerin yakalama emrinde bulunmaması nedeni ile, yakalama emrinin genişletilmesine taraftar değiliz. Gıyabi tutuklama kararı tekrar geri getirilmelidir.

yakın adliyedeki kurulu ses ve görüntülü iletişim sistemi kullanılarak yetkili hâkim veya mahkeme tarafından dinlenir (CMK 94/2).

Yakalama emri sadece ifade almak amacı ile düzenlenmiş ve kişi mesai saatleri dışında yakalanmışsa, Cumhuriyet savcısı belirlediği saatte yargı mercii önünde hazır bulunmayı taahhüt eden kişiyi serbest bırakabilir. Bu yetki her yakalama için bir kez uygulanabilir. Kişi taahhüdünü yerine getirmezse, yakalama emrini düzenleyen yer Cumhuriyet savcısı kişiye bin TL idari para cezası verir (CMK 94/3).

Bunun için, yakalama emrine sanığın savunmasının alınması için gerekli olan iddianame, varsa görevsizlik kararı, soruşturma ifade sureti, nüfus ve sabıka kaydı gibi belgelerin ekli olması elzemdir. Yoksa da tamamlanması gerekir.

Soruşturma evresinde CMK 98/1 madde hükmüne göre Sulh Ceza Hâkimi, ya da tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da *yakalama emri* düzenlenebilir. Soruşturma evresinde Sulh Ceza Hâkimince verilen yakalama emri üzerine, yakalanan kişinin üzerine atılı suçun alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektirip gerektirmediği değerlendirildikten sonra istinabe için mahallindeki C. savcısına sevk edilebileceği gibi tutuklanmasına da karar verilebilecektir.

Dolayısıyla sadece alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından yol tutuklaması mümkün olabilecektir.

Tutuklama talebinin reddi kararına karşı yapılan itiraz üzerine üst mahkemece verilen yakalama emri konusunda, ilgili Sulh Ceza Hâkiminin serbest bırakma yetkisi yoktur. Yakalama emrindeki kimlik bilgilerinin tespiti sonrası tutuklama kararı verilmesi gerekir.

CMK 98/2 maddeye göre, yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet savcılar ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler. Bu halde düzenlenen yakalama emri üzerine yakalanan şüpheli, sanık veya hükümlünün ya hemen ilgili mahkemesine çıkartılması ya da tutuklanması gerekir.

Kanaatimizce CMK'nun 248/5 maddesine göre verilen gıyabi tutuklama kararı üzerine yakalanan sanıklar bakımından mahalli Sulh Ceza Hâkiminin serbest bırakma yetkisi yoktur. Yakalandığında ilgili mahkemeye müracaatı sağlanamıyorsa, yol tutuklaması yapılması zorunludur. Sulh Ceza hâkiminin yetkisi sadece kimlik tespiti ile sınırlı olarak anlaşılmalıdır.

6. Tutuklama kararı üzerine yakalama.

Ceza Muhakemesi Kanunu gıyabi tutuklama kararını prensip olarak kaldırmıştır. Kanun, “sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlarda” tutuklama kararı verilmesini yasaklamış (CMK “2005-5353” 100/4), üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda tutuklama yerine adli kontrol altına alınma kararı verilmesini öngörmüş (CMK 109/1), sadece kaçaklar bakımından sulh ceza hâkimi veya mahkeme tarafından yokluğunda tutuklama kararı verilebilmesini kabul etmiştir (CMK 248/5). Bu nedenle, tutuklama kararının verildiği diğer durumlarda, sanığın oturumda hazır olması söz konusu olacaktır. Sanık hazır değil ise, tutuklama kararı verilememektedir.

Sadece, adli kontrol hükümlerini isteyerek yerine getirmeyen şüpheli veya sanık hakkında, hükmedilecek hapis cezasının süresi ne olursa olsun, yetkili yargı mercii hemen tutuklama kararı verebilir (CMK 112). Bu şekilde, kaçaklar ve adli kontrol hükümlerine uymayanlar bakımından “tutuklama kararı üzerine yakalama” (yani “tutma”) mümkündür. Bu nedenle, kısıtlı bir biçimde de olsa, “gıyabi tutuklama kararı” sistemde varlığını sürdürmektedir.

Bu durumlara ilişkin bir tutuklama kararı varsa, ilgili hakkında bir “yakalama emri” (CMK 98) düzenleneceğinden, kolluğun yakalama emrine dayanan yakalama yetkisi doğar.

7. Kimlik tespiti amaçlı tutma.

Durdurulan kişinin kimliği sorulduğunda, belgesinin bulunmaması nedeniyle kimliği belirlenemezse, kişi tutularak durumdan derhal C. savcısı haberdar edilir, açık kimliği anlaşılıncaya

kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır (PVSK 4/A (a)). Buna benzer bir “tutma” yetkisi Kabahatler Kanununun 40/2 maddesi ile düzenlenmiştir.

VI. Özelliği olan hallerde yakalama.

1. Diplomatluk dokunulmazlığı.

Sanığın diplomatik dokunulmazlığı varsa bu kişi yakalanamaz. Büyük elçilikler dışında kalan yerlerde yapılması gereken, gecikmesinde tehlike bulunan arama işlemleri yapılabilir. Diplomat olan kişi dışında kalanların ifadeleri alınabilir.

2. Milletvekilliği dokunulmazlığı.

Anayasanın 83’üncü maddesine göre, suç ağır cezayı gerektiren bir suç olup, suçüstü durumu varsa dokunulmazlık işlemeyeceğinden, kolluk sanığı yakalayabilir. Anayasanın 14’üncü maddesindeki temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması kuralı da gözönünde tutulmalıdır.

Suç ağır cezayı gerektirmiyor veya suç üstü halinde işlenmiş bulunmuyorsa, kolluk sadece “sanığı tutamaz”, fakat onun ifadesini alma ve kovuşturma işlemi sayılanlar dışında kalan araştırma işlemlerini yapabilir. Sanıktan başka kişilerin ifadelerini alabilir, savcılığa haber vererek kaybolmasından korkulan delilleri toplayabilir.

3. Memurluk dokunulmazlığı.

Sanığın kamu görevlisi olması halinde, meşhut suçlarla kollukça yapılacak yakalama açısından diğer kişilerce işlenen suçlara oranla bir fark yoktur. İşlenen suç görevden dolayı işlenmiş olursa, fiil suç üstü ise kolluk ve gerekiyorsa herkes sanığı yakalayabilir. Gecikmesinde tehlike bulunan işlemleri kolluk bizzat yapabilir. İfade almaksızın, en kısa zamanda olayı savcıya duyurur.

4. Küçüklerin yakalanması.

Fiili işlediği zaman oniki yaşını doldurmamış olanlar suç nedeni ile yakalanamaz (YakalamaY 19/1-a). Oniki yaşını doldurmuş, ancak onsekiz yaşını doldurmamış olanlar suç sebebi ile yakalanabilir. Soruşturma C. savcısı tarafından yapılır (YakalamaY 19/1-b).²³²⁵

5. Kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda muvakkat yakalama.

Soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı olan suçlarda şikâyet gerçekleşmeden yakalama yapılamaz. Küçüklere veya kendisini idare eden aciz bulunanlara karşı işlenen meşhut cürümler istisnadır (CMK 90/3).²³²⁶

6. Basın suçları.

Basın yoluyla işlenen suçlardan dolayı yeni Basın Kanunu sadece 22 inci maddesinde hapis cezası öngörmüş ve 18 ve 22 inci maddelerindeki suçlar dışında, para cezasının hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilmesini kabul etmemiştir (BasK “2004-5187” 28). Bu nedenle, sırf para cezasını gerektiren ve basın yoluyla işlenen suçların kovuşturulması sırasında sorumlu müdürle, yayımlananın özgürlüğünü kısıtlayıcı, tutuklama yakalaması²³²⁷ ve tutuklama gibi bir işlem yapılamamalıdır. Yapıldığı takdirde ilgili süjenin sorumluluğu söz konusu olur.

Sadece adli para cezası ile sınırlandırılmış cezai sorumluluk durumlarında, tutuklama kabul edilmediği için (CMK 100/4), basın suçlarında sadece kimlik tespiti yakalaması yapılabilir.

²³²⁵ Mülga Kanunlarımızda 0-11 yaş grubuna giren çocukların adli amaçlarla yakalanması kabul edilmemişti. 11-18 yaşları arasındaki küçüklerin işledikleri suçlarda ise, zabitanın yakalama yetkisi varsa da, ifade alma yetkisi yoktu. İfadeyi savcı bizzat alıyordu (YakalamaY «RG 13.8.99» 18). 3 seneye kadar hürriyeti bağlayıcı cezalardan dolayı 11-18 yaşları arasındaki küçüklerin tutuklanması da kabul edilmemişti (ÇMK 19/3 ve ÇMK “2003.4963” 6), ancak yakalama mümkündü. Önleme yakalaması (muhafaza altına alma) bakımından durum farklı idi. Çocuğun üstün menfaati gerektiriyorsa, koruma amaçlı muhafaza altına alma yolu açıktı.

²³²⁶ Mülga Kanuna göre de takibi şikâyete bağlı olan, küçüklere yahut beden veya akıl hastalığı yahut malûliyet dolayısıyla kendisini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen meşhut cürümlerde, sanığın yakalanması şikâyete bağlı değildi (CMUK 127/2).

²³²⁷ Şartları varsa, “kimlik tespiti yakalaması” yapılabilir.

7. Terör suçları.

Terör suçlarında, basit şüphe ile yakalama yapılabilir. Bu kabul örgütlü terör suçlarının toplum için ortaya koyduğu büyük tehlikeden kaynaklanmaktadır. Orantılılık ilkesi bu sonucu haklı gösterir. Genel yetki kapsamındaki suçlarda ise, “kuvvetli şüphe” (kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgu: CMK 100/1) bulunması ön koşuldur.

8. İadedeki hususilik kuralı.

İade eden Devlet hangi suçtan iade etti ise, sadece bu suçtan yargılama yapılabilir. Diğer suçlardan yakalama, sorgu ve dava açma yapılamaz. Hükümlü veya sanık “nihai olarak serbest kaldıktan” sonra ülkeyi 45 gün içinde terk edebilir (SIDAS 14). Kişi bu süre sona erdikten sonra ülkede kalmaya devam ederse, iç hukukun gerektirdiği yakalama veya diğer işlemler yapılabilir.

Yabancı bir ülkeye geri verilecek olan kişi hakkında tutuklama kararı (CK 18/7) verilir ve buna dayanılarak yakalanır (CMK 90/2).

VII. Yakalamanın icrası.

Yakalama bir kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasıdır. Kişinin yakalandığı andan itibaren hakları yürürlüğe girer. Bunun için, yakalama işlemi tereddüde yer vermeyecek biçimde açık olmalıdır.

1. Yakalama sırasında zor ve silah kullanma.

Kolluk memuru yakalama sırasında önce kendi güvenliğini sağlamalı, sonra hakları bildirmelidir.

Yakalama sırasında ve yakalananın gözaltında tutulması esnasında arama ve doğrudan doğruya zor kullanma yetkisi sadece kolluğa tanınmış bir yetkidir.²³²⁸ Yakalamada şekil şartı bulunmadığı gibi, zor kullanmada olduğu gibi, ikaz etme yükümü de yoktur.²³²⁹ Yakalanan veya tutuklanan kişiye yakalamanın gerektirdiği kadar zor kullanılabilir ve bu kişilere kural olarak kelepçe takılmaz. Ancak, kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı hallerinde, kelepçe takma kolluk görevlisinin takdirine bırakılmıştır (CMK 93).

Diğer taraftan, zabitanın silâh kullanması da söz konusu olabilir. PVSK'da 2007 yılında yapılan ve AHİM tarafından hukuka aykırı bulunan²³³⁰ değişikliğe göre, yakalanması gereken kişinin “yakalanmasını sağlamak üzere ve sağlayacak ölçüde” silah kullanılabilir (PVSK 16). Önce “dur” çağırısı, sonra uyarı atışı yapılır, üçüncü aşamada yakalamayı sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebilir.²³³¹ Ancak, polise silahla saldırı yapılırsa, saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde, duraksamadan silah kullanılabilir.²³³²

Somut olayda yakalama koruma tedbirine başvurma şartları gerçekleştiğinde, kolluk kamu yararından kaynaklanan bazı ek yetkiler, yani zor kullanma yetkisi²³³³ kazanır: polis direnişi kırmak amacıyla ve kırarak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir (PVSK 16/1). Yakalama sırasında sanığın öldürülmesi, kararlarla kabul edilen sınırlar içinde kaldığı sürece, yani hayat kurtarmak amacı ile en son çare olarak silah kullanılmışsa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı değildir.²³³⁴ Ayaklanma

²³²⁸ Yakalama fiili arama ve el koyma boyutuna ulaşmamalıdır (Hakeri/Ünver 2009, 153).

²³²⁹ Hakeri/Ünver 2009, 155

²³³⁰ Sanık İdris Ülfer ve ona eşlik eden üç jandarma görevlisi duruşma sonrasında cezaevine dönmek için aracın gelmesini bekledikleri sırada, sanık halen kelepçeli olduğu halde kaçmıştır. Peşine düşen jandarmanın ikazı ve havaya iki el uyarı ateşi açmasına rağmen kaçmaya devam etmiş jandarmanın açtığı ateşle ağır yaralanmış ve hastanede ölmüştür. Annesi Gönül Ülfer'in iç hukuk yollarını tükettikten sonra başvurduğu AİHM, kelepçeli ve silahsız olarak kaçan sanığın tehlike oluşturmadığını vurgulayarak, PVSK 16'daki silah kullanma yetkisinin düzenlenmesinde mutlak zorunluluk unsuruna yer verilmemesi nedeniyle, keyfi olarak ateş etme yetkisi verildiğini ve bu hukuk normunun hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir (AİHM Ülfer v. Türkiye, 5 Haziran 2012, no. 71).

²³³¹ Hakeri/Ünver 2009, 157.

²³³² Hakeri/Ünver 2009, 157.

²³³³ Roxin 1993, 227.

²³³⁴ Gölcüklü 163.

(riot) sırasında silah kullanma hukuka uygundur.²³³⁵ Avrupa Komisyonuna göre, yaklaşık 150 kişilik kalabalığın varlığı ve askeri timin, bu kalabalığın attığı şeylerle ciddi biçimde yaralanma riski, saldırgan kalabalık olarak kavranır.²³³⁶ Böyle bir kalabalığa karşı plastik kurşun ile ateş edilmesi ve bir kişinin öldürülmesi Sözleşmeye göre, “bir saldırgan kalabalığı bastırmak amacı ile hukuka uygun biçimde yapılan, kesin biçimde gerekli tasarruf” kapsamına girdiğinden, İHAS 2/2, 3 ve 14’e aykırı görülmemiştir.

2. Yoklama suretiyle silah denetimi.

Yakalama yetkisinin doğduğu durumlarda, önce kolluk görevlisinin kendi güvenliğini sağlaması gerekir. Bu amaçla silah kontrolü²³³⁷ yapılabilir. Durdurma yetkisinin doğduğu durumlarda (PVSK ‘2007.5681’ 4A/1), durdurduğu kişi üzerinde silah vs bulunduğu hususunda “yeterli şüphenin” varlığı halinde, zarar vermesini önlemek amacıyla yönelik tedbirleri alır (fıkra 6), yoklama suretiyle denetleme yapılabilir (AramaY 14). “Yoklama”, “arama” değildir. Bu nedenle, yoklama denetimi yapmak için yazılı emir alınması gerekmez.

Kontrol, durdurma ve “sıvazlayarak silah kontrolü yapma” (*stop and frisk*) “arama” sayılmadığından, (üst araması dışında) bu işlem yapılabilir. Kontrol sadece kişinin üzerinde silah bulunup bulunmadığının tespit edilmesi ile, sınırlıdır (PVSK 9, YakalamaY 6/2). Diğer yakalama türlerinde ise, yazılı emir olarak delil araması da yapılabilir.²³³⁸(61)

Eğer yakalama bir evin içinde gerçekleşmişse, arama “zarar vermeyi önleyecek tedbir” niteliği taşıdığı için (CMK 90/4 ve 118/2), yakalama “arama” yapma yetkisi de doğurur. Yakalamanın yapıldığı evde, yakalamanın yapıldığı yerin çevresinde dar kapsamlı bir “arama” yapma yetkisi de doğar.²³³⁹ Ancak bu arama suç ile sınırlı bir aramadır.

3. Yakalandığının söylenmesi.

“Yakalandığı”, ilgili kişiye yakalama anında söylenmelidir. Bu birinci işlemdir. Mevzuatımızda bunu öngören bir hüküm mevcut bulunmamasına rağmen, bu bildirim yapılmazsa, yakalanan kişi tereddütte kalır (PACE 28-1). Yakalama sırasında, “kanun namına yakalandınız”, şeklinde bir şey söylenmesi gibi, belli bir şekil şartı yoktur. Önemli olan tek şey, yakalanan kişinin hareket etme özgürlüğünün eylemli bir şekilde kısıtlandığının, açıkça ve tereddüde yer vermeyecek bir şekilde belli edilmesi²³⁴⁰ ve neticede bireyin kendisini serbest hissetmemesidir. Amerika Birleşik Devletleri’nde yakalamanın işareti olarak, yakalanan kişiye kelepçe takılmaktadır.

4. Yakalama sebebinin söylenmesi.

Kolluk tarafından yakalanan kişiye, *yakalama sebebinin* söylenmesi gerekir (PVSK “2002.4771” 13/4, YakalamaY 6). Durdurulan kişiye “durdurma sebebinin bildirmek” mecburiyeti bulunduğu da unutulmamalıdır (PVSK 4A/3).

Yakalama sebebinin söylenmemesi Anayasaya aykırı bir yakalama oluşturduğundan, bireyin devletten tazminat isteme hakkı doğar. Ceza Muhakemesi Kanunu bu konuyu ayrı bir bölüm olarak düzenlemiştir (CMK 141/1-g).

5. Hakların bildirilmesi.

İlgiliye haklarının bildirilmesi, yani *öğretilmesi* şarttır. Yakalanan kişiye; susma, müdafiden yararlanma, yakınlarına haber verme, lehine delil toplanmasını isteme ve *yakalamaya itiraz etme hakkı*

²³³⁵ Gölçüklü 166.

²³³⁶ Gemalmaz 1994a, 86.

²³³⁷ Bu işleme “kaba üst araması” diyenler de vardır (*Hakeri/Ünver* 2009, 155).

²³³⁸ Centel 1992, 189, “uzaklaşmanın önlenmesi” terimini kullanmaktadır.

²³³⁹ Roxin 1993, 226.

²³⁴⁰ Centel 1992, 191.

(CMK 91/4) öğretilmelidir (YakalamaY 6). Hakların bildirilmemesi tazminat isteme sebebidir (CMK 141/1-c).

6. Yakalamanın zamanı.

Yakalama her zaman yapılabilir. Aramadan farklı olarak, Kanun yakalamada, zaman ve yer sınırlandırması yapmamıştır. Bu nedenle, yakalamanın gece yapılması mümkündür. Evin içindeki yakalama ise, arama kurallarına bağlıdır.²³⁴¹

7. Yakalama sonrası ayrıntılı arama.

Yakalama sonrası arama yapılabilir. Yakalama sonrası, “tehlikenin önlenmesi amacıyla”, silah denetimi biçiminde yapılan kontrollerde, yazılı emir almaya gerek yoktur (AramaY 8/1-c). Ancak, ayrıntılı arama yapılması için “yazılı emir” alınması gerekir.

CMK 161 uyarınca, bütün adli işlemler C. savcısı emri ile yapıldığı için, yakalananların savcıya derhal bildirilmesi gerekir. Uygulamada yakalanan kişilerin gözaltına alınması için C. savcısına bilgi verilmesi ve emir alınması mecburiyeti bulunduğundan, yakalanan kişiyi nezarethaneye almak için yapılan aramalarda yazılı emir şartı gerçekleşmiş sayılır.

Kanun, fazla olarak, yakalanan kişileri “hemen” C. savcılığına bilgi vermek mecburiyeti koymuş bulunduğu için (CMK “2005-5353” 90/5), kolluğun silahtan arındırdığı kişinin “ince aramasını” yapabilmesi için, artık C. savcılığının yazılı emrini alması kanuni bir yükümlülük olmuştur. Gözaltına almak için, C. savcısının kararı (CMK 91/2) gerekli olduğundan, savcının iki emri birlikte vermesi mümkündür. Ancak, Arama Yönetmeliği bu durumu karar alınmadan yapılan aramalar arasında saymıştır (m. 8/1-c). Anayasa değiştirilmeli ve acele hal istisnası tekrar kabul edilmelidir.

8. Yakalama tutanağı.

Yakalama işlemi bir tutanağa bağlanır (CMK 97) ve kişinin hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, nerede ve ne zaman yakalandığı, yakalamayı kimlerin yaptığı, hangi kolluk mensubunca tespit edildiği ve haklarının “tam olarak anlatıldığı” tutanağa açıkça yazılır (YakalamaY 6/7,8,10).

9. Savcıya göndermeksizin, “bilgi verme”.

Kanun ilk defa yürürlüğe girdiği sırada, herkes tarafından veya kolluk görevlileri tarafından yakalanan kişinin, “hemen” Cumhuriyet savcılığına “gönderilmesi” mecburiyeti konmuştu.²³⁴²(65) Yapılan değişikliklere rağmen, “yakalama” ve “gözaltına alma” ayrı işlemler olarak kalmıştır. Gözaltına alma için C. savcısının “kararı” gereklidir. Sorumluluğunu müdrük bir savcının, görmediği şüpheliyi “bırakması” veya “gözaltına alması” düşünülemez. Kanun bu düzenlemesi ile, kolluk tarafından yakalanan her kişinin, mümkün olan en kısa zaman içerisinde Cumhuriyet savcısının önüne götürülmesini emretmektedir. Suç işlemenin belli bir saati yoktur. Günün her saatinde suç işlenebilir. Bu nedenle, Kanunun bu emrinin yerine getirilebilmesi için, Cumhuriyet savcısının 24 saat nöbet esasına göre makamında oturması gerekecektir. Makamında değil de, evinde nöbet tutuyorsa, Kanunun öngördüğü usuli işlemleri C. savcısının hemen yapması olanaksızdır. Uygulamada hâkim sayısı C. savcısı sayısından daha fazladır. Kanunun öngördüğü müesseselerin insan haklarını korur biçimde işleyebilmesi için, C. savcısı sayısında önemli bir artma sağlanması gerekmektedir. 2004 Kanun koyucusu daha evvelce kolluk tarafından yapılan hazırlık soruşturmasını tamamen kaldırmış, hazırlık soruşturması sırasındaki bütün araştırma işlemlerinin savcı tarafından bizzat yapılması veya her bir araştırma işlemi bakımından kolluğun kendiliğinden hareket edemeyip, savcı emri ile harekete geçmesi sistemi benimsendiğinden, emniyetteki başkomiser sayısı kadar C. savcısına ihtiyaç olacaktır.

10. C. savcısının gözaltı kararı vermesi.

²³⁴¹ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan 2007, 157).

²³⁴² C. Savcılarının altından kalkamayacakları kadar ağır bir iş yükü yükleyen bu hüküm hemen değiştirildi ve yakalama hakkında C. Savcısına hemen bilgi verilerek, emri doğrultusunda işlem yapma” şekline çevrildi (CMK “2005.5353” 90/5). Maddenin ilk şeklinde, “kişinin düzenlenecek soruşturma belgesi ile birlikte C. savcısına gönderilmesi”, öngörülmüştü. Bu cümle de 2005-5353 ile maddeden çıkarıldı.

C. savcısı, “zorunlu ise” ve suçun “emaresi” varsa, gözaltına alma kararı verir. Bu karar ile birlikte, kolluğun fotoğraf çekme ve parmak izi alma yetkisi doğacaktır (PVSK 5). Jandarma ve polis, gözaltındaki şahısta kesin arama yapma, parmak izi alma, fotoğrafını sisteme kaydetme ve kimlik tespit etme yetkisi²³⁴³ kazanır.

Yakalamadan doğan diğer bir yetki, söz konusu olan kişinin gözaltına alınması ve gözaltında tutulmasıdır. Yakalanan kişi C. savcısı tarafından bırakılmazsa, gene onun emri ile, soruşturmanın tamamlanması için, gözaltına alınır (CMK 91/1).

Gözaltına alınan kişide, ayrıntılı arama yapmak için, C. savcısının veya adli kolluk amirinin yazılı emrinin (CMK “2005-5353” 119/1) alınması gerekir. Gözaltı sırasında doktor muayenesi, beden muayenesi için şimdi hâkim kararı gereklidir. Avukatla görüşme, ifade verme gibi işlemler yapılabilir.

Yakalanarak göz altına alınan kişinin doktor muayenesinden geçirilmesi, talep ederse avukat çağırılması, “susma hakkını kullanmazsa”, ifade alma ve “makul, umma derecesinde şüphe” varsa, karar veya yazılı emir aldıktan sonra evde arama yapma yetkileri de doğar.

Yakalamadan doğan haklara uyulmaması, elde edilen delillerin “hukuka aykırı işlem ile elde edilen delil” kategorisine girmesine neden olur. Yakalama sırasında söylenecek haklar kanunda gösterilmemiş²³⁴⁴ fakat bu hakların hatırlatılmaması, tazminat istemi sebebi sayılmıştır (CMK 141/1-c).

VIII. Yakalama işleminden doğan haklar.

1. İsnadı öğrenme hakkı.

Yakalanan (veya tutuklanan) kişilere yakalanma sebepleri ve haklarındaki iddialar, herhalde yazılı ve bunun mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir²³⁴⁵ (AY 19/4, İHAS 5/2, PVSK 13). Ceza Muhakemesi Kanunu suçlamının bildirilmesi için, toplu suçlarda *hâkim önüne çıkana kadar geciktirmeyi* kabul etmemiştir. Anayasa üst sınırları belirler. Kanun daha fazla güvence verebilir. Örneğin gözaltı süresi Anayasa’ya göre 48 saat olabileceği halde, bu süre Kanunda 24 saat ile kısıtlanmıştır.

Yakalanan kişiye yakalanmasının sebebi yazılı olarak bildirilmemişse, yapılan yakalama işlemi ‘hukuka aykırı’ bir nitelik kazanacağından, ilgilinin tazminat istemek hakkı doğar.²³⁴⁶

2. Haklarını öğrenme hakkı.

Haklarını öğrenme hakkı Anayasal bir haktır (AY 40). Hakların bildirilmemesi, işlemi yoklukla malul kılar.²³⁴⁷ Yakalama işleminin gerçekleştirildiği anda, yakalanan kişiye Anayasal hakları bildirilir (CMK 90/1, YakalamaY 6). 1992 Kanunkoyucusu bu önemli noktayı (CMUK 135) sükûtla geçirmişti. Oysa, Miranda kararından kaynaklanan ‘haklarını öğrenme hakkı’, yakalama ile ilgili olarak doğmuş bir haktır. Amerikan Hukukunda 1963 tarihli Miranda v. Arizona dâvası ile, polisçe yakalanan kişilere sahip bulunduğu hakların öğretilmesi müessesesi yer etmiş, Alman Kanununda²³⁴⁸ da bu hak düzenlenmiştir.

a) Hakların söyleneceği zaman:

Bir kişiye soru sorulurken, hakların söylenmesi için, bu kişinin en az “şüpheli” veya “sanık” konumuna girmiş olması gerekir. Özellikle, “yakalandıktan sonra gözaltına alınanlar” bakımından, hak

²³⁴³ Özel kişiler yakalarsa, bu yetki yoktur (StP0 127/1).

²³⁴⁴ *Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan* 2007, 153.

²³⁴⁵ Birleşmiş Milletler’in Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Antlaşmasınının 9 uncu maddesinde de buna ilişkin bir düzenleme vardır. Bu ‘insan hakkının’ somut bir şekilde düzenlendiği mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 128. maddesinde de, yakalanana “yakalama sebebinin” açıklanacağına ilişkin bir düzenleme yoktu.

²³⁴⁶ 1964/466, m. 1, 2; *Tosun I*, 1984, 835.

²³⁴⁷ 1 CD 3.7.2006, K.2006, K.2904; hukukturk.com

²³⁴⁸ StP0 128 II’nin yaptığı atf ile StP0 115, IV.

söyleme gereklidir. Soru sormanın “ifade alma biçiminde” (CMK 147) olması gerekir. İfadesi alınan kişinin, “kendisine soru soranın, kolluğa mensup bir memur olduğunu” bilmesi gerekir.

b) Hakların söylenmesine gerek olmayan haller:

Kamu güvenliğini korumak²³⁴⁹ amacı ile sorular soruluyorsa, hak söylemeye gerek yoktur.²³⁵⁰

Yakalanan kişinin acil tedaviye muhtaç bulunduğu durumlarda sorulan sorularda hak söylenmez.²³⁵¹

Üst araması yapan memurun, “kendi güvenliğini sağlamak için” sorduğu sorular sırasında hak söylenmez.²³⁵²

Tehlikede olan bir rehinenin kurtarılması için sorulan sorular sırasında hak söylenmez.²³⁵³

Başka suçtan tutuklu veya hükümlü olan kişilerin, “diğer bir suçtan dolayı ifadelerine başvurulursa”, *hakların tekrar söylenmesi* gerekir. Mesela, hırsızlıktan yakalanan kişiye, “vergi kaçırıp kaçırmadığının” sorulması için, ayrıca hak bildirmek gerekir.²³⁵⁴ Ancak, bu kuralın istisnası da vardır: hücredeki kavgada bir hükümlü ölmüştür, olaya ilk müdahaleyi yapan memurun “ne oldu” şeklindeki sorusuna, “*Buster’i ben öldürdüm*” şeklinde verilen cevap için, önceden hak bildirmeye gerek yoktur.²³⁵⁵

Hedef kişi ile ilk karşılaşmadan sonra, “o kişi hakkında *ilk şüpheler belirmeğe başladığı sırada*”, hakların hemen söylenmesi gerekli değildir.²³⁵⁶

Suçun işlendiği yerde rastlanan kişilere *bilgi toplama amacıyla soru sorulduğunda*, kişi kendiliğinden konuşursa, hak bildirmeye gerek yoktur. Suçun işlendiği yerde rastlanan kişi (*soru sorulmadan*) *kendiliğinden konuşmaya başlarsa*, hak bildirmeye gerek yoktur.

3, Yakalanan veya gözaltına alınanın durumunun bildirilmesi.

a) Yakınlarına haber verme hakkı.

Yakalanan kişinin yakalanmış bulunduğu ve gözaltına alındığı, yakınlarına bildirilir (AY “2001-4709” 19/7).²³⁵⁷ Anayasanın bu emri, ilgili kişi kolluğun gözaltı birimine getirildikten sonra gerçekleşmelidir. “Yakalananın belirlediği bir kişiye” yapılacak bildirim geciktirilmesi mümkündür ve savcının yazılı emrine bağlıdır (CMK 95/1).

Yakalanan kişinin yakınlarına haber verme, kovuşturma makamları tarafından yapılır. Şüpheli kendisi konuşamaz. “Bizzat” haber verme, tutuklama kararı üzerinde, hâkimin ayrıca karar (izin) vermesi ile mümkündür (CMK 107/1 ve 2).

Yakınlarına haber verme, gerçekçi bir yaklaşımla, sadece “yakalanan kişi resmî makamlara teslim edildikten sonra”, mümkündür. Daha önceki aşamada, yani yakalanan kişi vatandaş veya yakalamayı yapan kolluk memurunun elinde iken, böyle bir mecburiyet söz konusu olmaz.²³⁵⁸ Yakalanan veya gözaltına alınan yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkarsa, durumu konsolosluğuna bildirilmez (CMK 95/2).

²³⁴⁹ Mukayeseli hukukta, tehlikede olan bir rehinenin kurtarılması gibi acil durumlarda “hakların söylenmesinin mecburi olması” öngörülmemiştir. Terör suçlarında da bu kurallara istisna tanınmıştır (PACE 28-5).

²³⁵⁰ *New York v. Quarles 1984 (Public safety exception).*

²³⁵¹ *People v. Cressy 1996 (Arrestee’s medical emergency).*

²³⁵² *People v. Cressy 1996 (Pat down officer safety).*

²³⁵³ *People v. Willis 1980: (Rescue doctrine).*

²³⁵⁴ *Mathis v. U.S. 1968.*

²³⁵⁵ *Vickers v. Stevart 1998.*

²³⁵⁶ *Stansbury v. California 1994: defendant becomes the undisclosed “focus” of the investigation.*

²³⁵⁷ Soruşturma konusunun açığa çıkması bakımından kesin bir mahzur doğmuyorsa kişinin yakalandığı yakınlarına derhal duyurulur (PVS 13, Yakalama Y 6, 9) şeklindeki istisna yürürlükten kaldırıldığı için (AY “2001 -4709” 19), Yakalama ve Gözaltına Alma Yönetmeliğinde ve PVS 13’de yer alan istisnalar yeni bir şekil almıştır.

²³⁵⁸ *Centel 1992, 195.*

Yakınlara haber verilmesi, delil karartma şüphesini artıran bir işlemdir. Bunu gösteren haller varsa, bildirim birkaç saat geciktirilmesi yerinde olur.

b) Şüphelinin belirlediği kişiye haber verilmesi.

Kolluk yakalanan kişinin “yakınlarına” derhal bildirecek (PVSK “2002-4771” 13), fakat “belirlediği bir kişiye” haber vermek için C. savcısına baş vuracak ve “savcının emri ile” (CMK 95/1) haber verilecektir.²³⁵⁹

c) Yakalamanın ilgililere bildirilmesi.

Soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı suçlarda CMK 90 uyarınca şikâyet hakkı olana da bildirim yapılır.

4. Savcı ve hâkim önüne çıkarılma: gözaltı süresi.

Yakalanan kişinin en önemli hakkı, hâkim²³⁶⁰ önüne çıkartılmaktır. Gözaltı süreleri aşağıda incelenecektir.

5. Müdafinin hukuki yardımından yararlanma.

Yakalanarak gözaltına alınan şüphelinin ifadesi alınmadan önce, bir müdafinin yardımından istifade etme hakkı (CMK 154) olduğu kendisine söylenecek ve müdafii isteyip istemediği sorulacaktır (CMK 147).

6. Yakalanan şüpheli veya sanığın ifade verme ve sorgu hakkı.

Yakalanarak gözaltına alınmış bulunan kişilerden alınan ifade, ceza muhakemesi hukukunda ayrı bir önem taşırlar. Yakalanarak gözaltına alınan sanığın hâkim tarafından (Kanunda belirtilen süreler içinde) sorguya çekilme hakkı vardır (CMK 147). Gözaltına alınan kişinin sorgusunda müdafinin hazır bulunması mecburidir (CMK 91/6). Bu “zorunlu” müdafilik Ceza Muhakemesi Kanunu tarafından oluşturulmuştur.

7. Yakalama işleminin hukuka aykırılığı konusunda hâkime başvurma hakkı.

Yakalanan kişi, müdafisi, kanuni mümessili, birinci veya ikinci derecede kan hısımları veya eşi, yakalama süresinin uzatılmasına veya yakalama işlemine karşı, hemen serbest bırakılmayı sağlamak için, Sulh Hâkimine başvurabilirler (CMK 91/4).

8. Serbest bırakıldıktan sonra tekrar yakalanmama hakkı.

Yakalanarak gözaltına alınan sanığın serbest bırakıldıktan sonra, aynı suç nedeniyle tekrar yakalanması engellenmiştir (CMK 91/5).

9. Tazminat isteme hakkı.

Anayasanın 19 ve Avrupa Sözleşmesinin 5 inci maddesine aykırı biçimde yakalanan veya tutuklanan kişilerin tazminat isteme hakları vardır.²³⁶¹ Anayasada yapılan değişiklik ile, “kişilerin uğradıkları zarar, “tazminat hukukunun genel prensiplerine göre”, Devletçe ödenecektir” (AY “2001-4709”19/son).

Bu kural değişikliği, bireyin kolluk memuruna karşı doğrudan tazminat davası açabilmesi yolunu ortaya çıkarmıştır. Bu tür tazminat davaları Amerika’da kolluğun davranış biçimi üzerinde çok etkili ve olumlu sonuçlar doğurmuştur. Türk Hukukunda bu konu önce 466 sayılı kanunla düzenlenmişti. Şimdi CMK 141 ve devamındaki maddelere alındı.

²³⁵⁹ 1992 yılında 128 inci maddede yapılan değişiklikte, bu hak düzenlenmemiştir. İfade almayı düzenleyen CMUK 135 inci maddede ‘yakınlarından istediğine duyurma’ dan bahsediliyor idi ise de, bu işlem ifade alma sırasında uygulanıyordu. Ancak gözaltı süresi uzadıkça, haber vermenin erken olması önem kazanır. Anayasa’da yapılan değişiklik gereğince (AY “2001-4709” 19), yakınlarına derhal haber vermek mecburi hale gelmiştir.

²³⁶⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5 inci maddesinde yer alan, “hâkim” kelimesi, bir mahkemeyi veya yargı yetkisi taşıyan bir kişiyi ifade eder. Güvenceye sahip olmak kaydıyla, hâkim dışında kalan bir kişi de olabilir (*Gölcüklü ve Gözübüyük* 1994, 19).

²³⁶¹ *Gölcüklü ve Gözübüyük* 1994, 197.

10. Bireysel başvuru hakkı.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden doğan haklarının ihlal edildiği düşüncesinde olan bireyler, denetimi sağlamak amacı ile, iç hukuk yollarını tükettikten sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilirler.

378. c) GÖZALTI SÜRELERİ.

I. Sözleşmedeki gözaltı süreleri.

Sözleşmenin 5(3) maddesi uyarınca yakalanan kişilerin hemen hâkim önüne götürülmeleri hem usuli açıdan hem de maddi yönden garanti oluşturur ve korunma sağlar.

Schiesser-İsviçre (1979) kararında, AİHM yakalanan bireyin, önüne götürüldüğü adli makam tarafından, “gerçekten” dinlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Bundan anlaşılması gereken; bireyin “vücudunun” hâkime götürülmesi gerektiğidir; dosyasının değil.

Bu hâkim yakalama ile ilgili bütün noktaları re’sen araştıracaktır. Bunu yapabilmesi için, bu araştırmayı yapacak olan hâkimin bağımsız olması, “kanunla düzenlenmiş” olan bir usul uygulaması ve yetkisinin de kanunda gösterilmiş olması gerekir.

AİHM, savcı veya araştırma yetkisine sahip bir memurun bu özellikleri taşımadığına karar vermiştir (*Skoogstrom-İsveç*, 1984) ve (*Huber-İsviçre*, 1990).

Sözleşmenin 5(3) maddesindeki “*promptly*” (hemen) ibaresi, 5(4) maddede yer alan “*speedly*” (hızlı) terimine nazaran daha dar (*stringent*) bir anlam taşır.

Aksoy-Türkiye (1996) kararında, Sözleşmenin 15 nci maddesi kapsamına giren olağanüstü hal bölgesinde, 14 gün süre ile hiç kimse ile görüştürülmeden (*incommunicado*) hâkime çıkarılmama, Sözleşmenin 5(3) maddesine aykırı bulunmuştur.

AİHM, *Brogan-İngiltere* (1988) kararında, olağanüstü hal dışında kalan durumlarda, dört gün ve altı saat içinde hâkime çıkarmayı Sözleşmeye aykırı bulmuştur. *Brogan* olayında “terör eylemi” ile ilgili araştırma yapılıyordu.

II. CMK daki gözaltı süreleri.

Gözaltına alma, yakalamadan ayrı düşünülemez olduğundan, gözaltına alınanın kanunsuzluğu diye bir sorun yoktur ve gözaltına alma süresi, yakalananın hâkim önüne çıkarılması süresidir. Bu süre, imkân varsa, kanunlardakinden de kısa olmalıdır, zira “lüzumsuz” veya ‘muhik olmayan’ gecikmelere müsaade edilmemekte, gözaltına alınanın *soruşturma yönünden zorunlu olması* kriteri benimsenmiş bulunmaktadır (CMK 91/2).

1. Tek veya toplu işlenen suçlardaki gözaltı süreleri.

Yakalanan kişi, hemen C. savcısına bilgi verilerek (CMK 90/5) ve zorunlu yol süresi hariç, yakalama anından itibaren en geç 24 saat içerisinde, hâkime çıkarılır (CMK ‘2005-5353’ 91/1). Toplu suçlardaki süre, birer gün olmak üzere, dört güne kadar uzatılabilir (CMK 91/3).

Buradaki amaç, yakalananı en kısa zamanda bağımsız ve tarafsız hâkim²³⁶² güvencesine kavuşturmadır. Yakalanan kişinin serbest bırakılmasının mı, yoksa tutuklanmasının mı gerektiği konusunda bir karar vermek amacı ile, yakalanan şüphelinin hâkim önüne çıkarılması gerekir.²³⁶³ Bu amaçla kişi ya yetkili hâkimin veya mahkemenin, bu mümkün değilse, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hâkiminin önüne çıkarılır ve yetkili hâkim veya mahkemeye gönderilmek üzere tutuklanır (CMK ‘2005-5353’ 94).

²³⁶² Avrupa İnsan Hakları Divanı Hollanda Askeri Savcısının, iddia makamını oluşturması nedeniyle, İHAS 5/3 de öngörülen “bağımsızlığa” sahip olmadığını açıklamıştır (*Centel* 1992, 197). Ayrıca Divan, daha önce 1979 yılında verdiği başka bir kararda (*Schiesser Davası*), Sözleşmede kullanılan “yetkili adli makamlar” teriminin “savcıyı” da kapsadığını kabul etmişti (*Centel* 1992).

²³⁶³ *Centel* 1992, 202. CMK94. Madde hükmünün amacı kişinin hâkim önüne çıkarılması, yani *Habeas Corpus* hakkının güvence altına alınmasıdır (*Özbek* 2005, 335).

Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için “zorunlu” süre, gözaltı süresinden hariç tutulmuştur (CMK “2005-5353 47/1). Bu süre oniki saatten fazla olamaz (CMK 91/2).

Yetkili hâkim veya mahkeme oniki saatten fazla uzakta ise, sulh ceza hâkimi kişiyi yetkili hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için, tutuklar (CMK “2005-5353” 94). Kanun “en kısa zamanda” gönderilmeyi emretmiştir. Ancak, uygulamada nakillerde büyük gecikmeler yaşandığı bilinmektedir.

Gözaltı süresi soruşturmanın tamamlandığı anda sona erer ve kişi serbest bırakılır, aynı suçtan tekrar yakalanamaz.²³⁶⁴(10) Kanunda öngörülen sürelerin dolması beklenmez. Gözaltı süresi “yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç”, yakalama anından itibaren 24 saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre oniki saatten fazla olamaz (CMK “2005-5353” 91/1). Gözaltı süresini neticede yol süresi kadar uzatan bu ilave Haziran 2005’de gerçekleştirilmiştir.

Toplu²³⁶⁵ olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle, Cumhuriyet savcısı gözaltı süresini uzatabilir. Kanundaki uzatma sistemi tamamen değiştirilmiş ve C. savcısının her defasında bir günü geçmemek üzere gözaltı süresinin ayrı ayrı kararlar vererek, üç gün süre ile uzatılması konusunda yazılı emirler²³⁶⁶ vermesi öngörülmüştür (CMK 91/3). Ancak, her bir seferinde uzatma kararı almak üzere, yakalanan kişinin C. Savcısı önüne “vücudu ile” getirileceğine dair bir hüküm, kanunda yer almamaktadır.

Toplu olarak işlenen suçlarda gözaltı süresinin uzatılması konusunda Cumhuriyet savcısının verdiği emir, gözaltına alınan kişiye derhal tebliğ edilecektir (CMK 91/3). Kanunda “tebliğ” terimi kullanılıp, “tefhim” denmediğine göre, kişinin savcı önüne getirilmesini düzenlemediği anlaşılmaktadır. Örgüt suçlarında gözaltı süreleri daha uzundur. Sıkıyönetim ve olağanüstü hâl durumunda da gözaltı süreleri farklıdır.

2) Örgüt suçlarında, sıkıyönetim veya olağanüstü halde gözaltı süreleri.

III. Diğer Kanunlardaki gözaltı süreleri.

1. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu.

²³⁶⁴ Gözaltı süresinin dolması üzerine hâkim kararı ile serbest bırakılan kişi, “yakalamaya neden olan fiil” dolayısı ile tekrar yakalanamaz (CMK 91/5). Bu kuralın istisnası, aynı fiil ile ilgili olarak yeni ve yeterli delil edilmesi ve savcının bu konuda ayrı bir karar vermesidir. Yakalama yetkisinin kötüye kullanılmasının önlenmesi amacı ile kabul edilen (*Hakeri/Ünver* 2009, 164) bu kuralın örneği, başka hukuk sistemlerinde yoktur.

²³⁶⁵ 8. CD, 2005/3759 E., 2006/4988 K. Mahkemelerin, kesinleşmiş kararları bakımından “Lehe kanun değerlendirmesi” talebi halinde takdir hakkını kullanmaları gerekiyorsa, duruşma açılması gerekir. Yargıtay silah kaçakçılığı suçu bakımından, ele geçirilen silahlar belirti delili niteliğinde olduğundan, duruşma açılmasını gerekli görmüştür. Halbuki CMK 2/1(k). maddesi uyarınca “toplu suç” bakımından değerlendirme yapılması halinde, kişi adedine bakılması söz konusu olup, şekli bu tespitin yapılması dosya üzerinden yapılacak inceleme ile de mümkündür. Ayrıca CMK 2 de yer verilen “toplu suç” tanımlaması, bu kanun hükümlerinde geçen “toplu suç” kavramını kapsamalıdır; diğer kanunlar bakımından da değerlendirmenin CMK 2 gereği yapılması uygun değildir. 8. CD, 2006/751E, 2010 K. İncelemeye konu kararda “Toplu halde silah ticareti yapmak” suçundan sanıklar hakkında İstanbul 4 No.lu DGM tarafından mahkûmiyet hükmü verilmiş, 01/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK uyarınca lehe hükümler bakımından değerlendirilme yapılması hükümlü tarafından istenmiş, fakat bu talep İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Süresi içinde red hükmünün Yargıtayca incelenmesinin istenmesi üzerine, Yargıtay 8. Ceza Dairesi tarafından hükümlünün hukuki durumunun 5237 s. TCK 7/2 ve 5271 s. CMK 2/1(k) bendi uyarınca esas mahkemesi tarafından yeniden tespit edilmesine karar verilmiştir. 5271 Sayılı CMK’nin 2. maddesinin 1. fıkrasının (k) bendi uyarınca “toplu suç” nitelemesi (“toplu suç” aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suçu ifade etmektedir) konusunda, Yargıtay şekli bir yaklaşımla ispat bakımından “kişi adedini” göz önüne almıştır. Toplu halde silah ticareti yapmak suçu bakımından suç tanımında yer alan “ticaret yapılması”nın nasıl ispat edileceği ve ticaret kavramıyla bağlantılı olarak somut olayda “ivaz” aranıp aranmayacağı hususu üzerinde durulmamıştır. 8. CD, 2005/3759 E., 2006/4988 K. Mahkemelerin, kesinleşmiş kararları bakımından “Lehe kanun değerlendirme” talebi halinde takdir hakkını kullanmaları gerekiyorsa, duruşma açılması gerekir. Yargıtay silah kaçakçılığı suçu bakımından, ele geçirilen silahlar belirti delili niteliğinde olduğundan, duruşma açılmasını gerekli görmüştür. Halbuki CMK 2/1(k) maddesi uyarınca “toplu suç” bakımından değerlendirme yapılması halinde, kişi adedine bakılması söz konusu olup, şekli bu tespitin yapılması dosya üzerinden yapılacak inceleme ile de mümkündür. Ayrıca CMK 2 de yer verilen “toplu suç” tanımlaması, bu kanun hükümlerinde geçen “toplu suç” kavramını kapsamalıdır; diğer kanunlar bakımından da değerlendirmenin CMK 2 gereği yapılması uygun değildir.

²³⁶⁶ Kanun CMK 91/3 maddede gözaltı süresinin uzatılması için “emir” terimini kullanmıştır. C. savcısının CMK 91/1 göre verdiği “karar” ise, CMK 91/3’e göre verdiği “emir” ayrı bir usul işlemi midir?

Polis Vazife ve Salahiyet Kanununa göre, sanık olarak yakalanan kişiler haklarında karakolda düzenlenecek evrakla birlikte lüzumsuz ve haksız bir gecikmeye meydan vermeyecek surette adliyeye verilirler.

Kolluğun genel yakalama yetkisini düzenleyen 13'üncü maddenin yedinci fıkrasında sadece "adli mercilere sevkten" bahsettiği ve ayrı bir gözaltı süresi göstermediği için, adli yakalamalar bakımından CMK 91 uygulanır. Bu gözaltı süresi, tek kişinin işlediği suçlarda yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu olan ve oniki saatten fazla olamayan süre hariç, yakalama anından itibaren yirmidört saati geçemez (CMK "2005-5353" 91/1).

Aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişinin toplu olarak işlenen suçlarda, şüpheli sayısının çokluğuna, sanıkların veya delillerin durumuna veya suçun niteliğine göre süre her defasında bir günü geçmek üzere, üç gün süreyle yazılı emirle 4 güne kadar uzayabilir. Mülga kanuna göre polisin 24 saatten fazla tutabilmesi için savcının, savcı bulunmaması halinde sulh hâkiminin²³⁶⁷ yazılı emri bulunması şarttı.

Yakalanan kişi hakkında derhal C. savcısına bilgi verilir (CMK 90/4) ve gözaltına alınmasına C. savcısı tarafından karar verilir (CMK 91/2).

2. Kimlik tespiti yakalamasında süre.

Tutuklama kararı verilemeyen suçlardan dolayı yakalanan ve kimliği tespit edilip ifadesi alınarak serbest bırakılacak olan kişiler ve kimliğin tespiti gereği ile "tutulan" kişiler 24 saati geçmemek üzere polisçe gözaltına alınabilir ve gerekirse tutuklanabilirler (PVSK 4A/9).

Kabahatler Kanunundaki *kimlik tespiti tutmasında* ise, süre belirtilmemiştir (KK 40/2). Ancak bu sürenin çok kısa olacağı (kimliğin belirlenmesine kadar) anlaşılmaktadır. Fakat tespit işlemleri uzarsa, hâkim kararı ile tespit sonucunun beklenmesi amacı ile *tutuklama kararı verilmesi* hükmüne bağlanmıştır.²³⁶⁸

3) İade Yakalamasında süre.

a) *SIDAS*. Suçluların İadesi Sözleşmeleri çerçevesinde, yabancı bir Devletin talebi üzerine, iade edilmek amacı ile yakalanan kişiler de genel kurallar uyarınca hâkim önüne çıkarılırlar. İade talebinde bulunan Devlet gerekli belgeleri zamanında göndermiş olmalıdır. Belge beklemek amacı ile uzun süreli özgürlük kısıtlanamaz.

b) *Schengen Bilgisayar Ağı*. Avrupa Birliği sürecinde *iade yakalaması* da şekil değiştirmektedir. Schengen Anlaşmasına taraf olan Avrupa devletleri arasında sınırlardaki kontrollerin kaldırılmasından doğan sakıncalar bertaraf etmek amacı ile, Schengen Bilgisayar Ağı (SIS) kurulmuştur. Bir ülkede suç işleyen sanık kaçarsa ve bu sırada takip edilerek diğer bir Schengen Devletinde yakalanırsa, yabancı Devlete hemen ve en geç 6 saat içinde haber verilerek, bundan «yakalama talebi» yapması istenecektir (Schengen Anlaşması m. 41/6). Şüphelinin Schengen Bilgisayar sisteminde aranması talebi, aynı zamanda *iade etme amacı ile yakalanması* talebi olarak kabul edilmiştir (m. 64 SDÜ-Schengen Anlaşması). Bu nedenle, talep yapılırken Interpol'den farklı olarak daha dikkatli bir inceleme yapmak gerekir.²³⁶⁹

c) *Sınır ötesinden transfer edilen şüpheliler*. Yabancı Devletin rızası dışında ve zor kullanmak suretiyle bir şüphelinin yakalanması hukuka aykırıdır. Bu tür eyleme «*illicit and clandestine transfer*»

²³⁶⁷ Kanundaki sırada bizce terslik var. Hürriyetin kısıtlanmasında normal yetkili kişi hâkim olduğuna göre önce sulh hâkiminin emri (yani kararı) aranmalı, ondan karar almak süreyi geçirtirecekse savcının emriyle yetinilmeliydi.

²³⁶⁸ Umuru Belediyeye Müteallik Ahkamı Cezaiye Hakkındaki Kanuna göre belediye meclis ve encümenlerinin aldıkları kararlara muhalif hareket edenlerle, belediye kanun ve nizamlarının men veya emrettiği fiilleri işleyenlere veya yapmayanlara hafif para cezası ve 3 günden 15 güne kadar ticaret ve sanat icrasından men ve mülga Türk Ceza Kanununun 536, 538, 557, 559 ve 577 nci maddeleri ile 553/1 de yazılı cezaları tayine belediye encümenleri yetkili kılınmıştı. Bu para cezaları rıza ile verildiği hallerde memurlar tarafından makbuz mukabilinde tahsil ediliyordu. Rızası ile vermeyenler hakkında zabıt tutuluyordu. Hüviyetini bildirmeyenler en yakın polis veya belediye mevkiine ve muhalefetleri halinde zorla götürülüyor ve hüviyeti tespit olunarak derhal serbest bırakılıyordu (1930-1608, 3).

²³⁶⁹ *Richtlinien über die internationale Fahndung nach Personen, einschliesslich der Fahndung nach Personen im Schengen Informationssystem*, II, 2.

denilmektedir.²³⁷⁰ Kaçırma (*abduction*), yargısız infaz yapmak amacı ile adam kaçırmak için kullanılan bir terimdir. Devletin yargılamak üzere, bireyi ülkeye getirmesi ise, (*transfer*) dir.

Uluslararası hukuktaki gelişme, Devletin iç güvenlik güçlerine sınır ötesinde operasyon yapma yetkisini yasal olarak tanınması yönünde gelişmektedir. Schengen Anlaşması bunun en açık örneğidir. Yasal zemin mevcut bulunmayan hallerde de, sınır ötesinde yapılan yakalamalardan dolayı iç hukukta yapılan yargılamanın hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir.²³⁷¹ Bir Devletin başka bir ülkeye orada gizli operasyonlar yapması için ajan göndermesine, uluslararası hukuk izin vermez. Yerine göre bu, «casusluk» sayılabilir.²³⁷²

379. ç) GÖZALTINA ALMA KARARI ve GÖZALTI BİRİMİNDE YAPILAN İŞLEMLER.

I. Gözaltı biriminde yapılan ilk işlemler.

1. Yakalamadan Cumhuriyet savcısına haber verme.

Soruşturma evresinde olay yerinde *yakalama* veya başka bir adli işlem yapan kolluk mensubu, *derhal* savcıyı haberdar etmek mecburiyetinde iken (CMK 161/2), CMK 90 uyarınca yapılan yakalamalarda, hak bildirme mecburiyeti *derhal*, Cumhuriyet savcısına bilgi vermek *hemen* kelimeleri ile ifade edilmiştir. *Derhal* ile *hemen* arasında önemli farklar vardır. Yakalanan kişinin savcı önüne çıkarılmadığı, sadece bilgi verildiğine de dikkat edilmelidir. Bizce Kanunun yürürlüğe girdiği ilk şekilde olduğu gibi, şüphelinin savcının önüne götürülmesi gerekirdi.

2. Yakalananın gözaltı birimine getirilmesi ve kelepçe takılması.

Yakalanan kişilere kelepçe takılması, mülga Yakalama Yönetmeliğine göre, mecburi idi. Ceza Muhakemesi Kanunu bu mecburiyeti kaldırdı ve “kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı hallerinde” kelepçe takmayı ihtiyari olarak düzenledi (CMK 93).

3. Serbest bırakma veya gözaltına alma kararı

a) Serbest bırakma kararı.

Cumhuriyet savcılığı herkes tarafından geçici olarak yakalanan ve kolluğa teslim edilen veya kolluk görevlileri tarafından yakalanan kişiyi, CMK 91/2'deki koşulların mevcut olmadığı hallerde, serbest bırakabilir (CMK 91/1).²³⁷³ Gözaltına alınan kişi gözaltı süresi sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarıldığında, hâkim kararı ile de serbest bırakılabilir (CMK 91/5).

Diğer bir ihtimal gözaltı süresinin dolmasıdır. Yasada öngörülen yakalama anından itibaren 24 saat, toplu olarak işlenen suçlarda toplam dört gün gözaltı süresi sona erdiğinde, kişi otomatik olarak serbest bırakılır (CMK 91/5).

b) Gözaltına alma kararı.

Kanun “yakalama” ile “gözaltına alma” işlemlerini birbirinden tamamen ayırmıştır. Gözaltına alma, C. savcılığınca verilen ayrı bir “kararla”²³⁷⁴ yapılan bir usul işlemi olarak düzenlenmiş ve yakalanan kişinin durumunun bildirildiği Cumhuriyet savcılığı tarafından gözaltına alınmasına “karar verilmesi” sistemi getirilmiştir (CMK 91/1).

²³⁷⁰ *Transfer of Adolf Eichmann is a violation of the sovereignty of the Argentine Republic: Resolution of UN Security Council, June 23, 1960.*

²³⁷¹ *Ker-Frisbie; Alvarez-Machelen; BVerfGE 17.7.1985: NJW 1986, 142.*

²³⁷² Hamburg Türk Elçiliğine, cezaevindeki Türklerle konuştuklarını telefonla bildiren bir Türkün bu eylemi, Almanya tarafından casusluk olarak değerlendirilmiş ve diplomatik dokunulmazlığına rağmen, telefon dinlemede elde edilen delil ile mahkumiyet kararı verilmişti.

²³⁷³ Mülga CMUK 128/1 de yakalamayı yapan kolluk görevlilerinin hata ettiklerini anlamaları durumunda, kişiyi serbest bırakmaları kabul edilmişti. Yeni kanundaki düzenlemeler doğrultusunda kolluğun kendiliğinden serbest bırakma yetkisi kalmamıştır.

²³⁷⁴ Gözaltı kararı için mevzuatımızda ayrı bir makam gösterilmemişti. Savcının sözlü emri gözaltı için yeterlidir (Özbek 2005, 328).

Şüphelinin yakalandığını öğrenen Cumhuriyet savcılığının yakalanan kişinin gözaltına alınmasına karar²³⁷⁵ vermesi iki koşula bağlanmıştır: (a) Gözaltına alma tedbirinin *soruşturma yönünden zorunlu*²³⁷⁶ olması ve (b) *kişinin bir suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığı* (CMK 91/2). *Başlangıç şüphesinin*, yani somut olgulara dayanan ve ilk bakışta herkesi inandırabilecek şüphenin mevcut bulunmadığı hallerde yakalama yapılamayacağı gibi, Cumhuriyet savcılığı gözaltına alma kararı da veremez.²³⁷⁷

Yakalanıp C. savcısının kararı ile (CMK 91) gözaltına alınana uygulanacak kayıtlamalar, tutuklariğine kıyasla, yakalama gayesi ile haklı görüleceklerden ibarettir. Bunlar da isterlerse, kendi masrafları ile “istirahat ve meşgalelerini temin edebilmelidir”.

c) Yakalama ve gözaltı kararına karşı sulh ceza hâkimine başvuru.

Yakalama işleminin kanunda belirtilen koşullar dışında yapıldığını düşünen (bu hakkı yakalama anında kendisine bildirilmiş olması gereken) yakalanan kişi, müdafisi veya kanuni temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısımları, hemen sulh ceza hâkimine başvurabilir (CMK 91/5).²³⁷⁸

Bu başvuru, gözaltı süresinin sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılmadan farklı bir usul işlemidir. Sulh ceza hâkimi yakalamanın, gözaltına alma kararının veya gözaltı süresinin uzatılması emrinin hukuka aykırı olup olmadığını, “evrak üzerinden inceleyerek”, derhal sonuçlandırmak mecburiyetindedir. Kanun en fazla 24 saatlik bir süre öngörmüştür.

Sulh ceza hâkiminin günün herhangi bir saatinde yakalanan kişinin hukuka aykırılık başvurusunu inceleyebilmesi için, 24 saatlik nöbet esasına uygun bir şekilde, makamında masası başında olması gerekmektedir. Hâkimin kararları zabıt kâtabi tarafından yazılacağından, bir de zabıt katibinin 24 saat nöbette bulunması gereklidir.

Sulh ceza hâkimi incelemeyi sonuçlandırdığında yakalamanın, gözaltına alma kararının veya süre uzatma emrinin yerinde olduğu kanısına varırsa, başvuruyu reddeder. Hukuka aykırılık tespit ettiğinde yakalananın derhal soruşturma evrakı ile Cumhuriyet savcılığında hazır bulundurulmasına karar verir.

4. Sağlık kontrolü.

Yakalama sırasında direnenler ve gözaltına alınması gerekli görülenler, doktor muayenesi için, resmi kuruluşlara götürülür (YakalamaY 9).

5. Nezarethaneye alınacak kişinin üstünün aranması ve tutanak.

Yakalamanın savcıya bildirilmesi gerekli olduğu için (CMK 161/2), Anayasanın öngördüğü “yazılı emir” şartı yerine getirilmiş sayıldığından (AramaY 8), nezarethane sorumlusu gözaltına alınan kişinin üstünü ve beraberindeki eşyayı arar.²³⁷⁹

Arama gerekli hallerde mahrem yerleri ve iç çamaşırları da kapsar. Aramayı aynı cinsiyetteki memur yapar (YakalamaY 10).

Aramadan sonra kişisel mallar iade edilir. Kişisel eşya, kişinin gözaltında iken meşru bir şekilde kullanabileceği, para ve kıymetli eşya dışındaki eşyadır. Gözaltına alınan kişinin kaçmak için kullanabileceği, kendisine veya etrafına zarar verirken kullanabileceği eşya ile delil olabilecek eşya alıkonur. Alıkoyma sebebi kendisine izah edilir (PACE 4.2).

²³⁷⁵ Kanunda her ne kadar savcının “kararından” bahsedilmekte ise de, “karar” terimi hâkim işlemleri için söz konusu olduğundan “emir” veya “karamname” denilmesi daha doğru olurdu.

²³⁷⁶ Zorunluluğa, “gözaltına almada oranlılık” diyenler de vardır (Hakeri/Ünver 2009, 159).

²³⁷⁷ Sözlü emir ile yetinmeyi (Özbek/Kanbur/Bucaksız/Doğan 2007,139) yeterli bulmuyoruz.

²³⁷⁸ İtiraz sadece hâkim ve istisnai olarak mahkeme kararlarının denetlenmesidir. Buradaki itiraz olmayıp, hâkimin kolluğu denetlenmesidir (Hakeri/Ünver 2009, 162).

²³⁷⁹ Özbek/Kanbur/Bucaksız/Doğan (2007, 161) buna güvenlik araması derler.

Nezaret memuru, gözaltına alınan kişinin yanında bulunan ve alıkonulan eşyayı tutanağa geçirerek ona imzalatır. İmzadan imtina halinde, bu husus tutanakta belirtilir. Eşyanın alıkonulma sebebi tutanakta açıklanmalıdır (PACE 4.5).

6. Nezarethane defterine kayıt.

Yakalanıp karakolda Cumhuriyet savcılığınca gözaltına alınan veya kendiliğinden gelip de sonradan gözaltına alınan kişiler hakkında en kısa zamanda nezaret tutanağı düzenlenir. Kanunlarla tespiti istenen bütün bilgiler bu nezaret tutanağına yazılır. Gözaltına alma sebepleri deftere geçirilir (PACE 3.17).

Nezarethane sorumlusu (YakalamaY 12) tarafından işlem yapılması gereken hallerde, nezaret memurunun kimliği tutanağa yazılır. Nezaret memuru yoksa, o görevi herhangi bir memur üstlenir (PACE 1.9).²³⁸⁰

Nezarethane sorumlusu aşağıdaki işlemleri yapar: i) nezaret memuru tutanağın doğru ve eksiksiz olmasından sorumludur, ii) gözaltına alınan kişinin başka bir karakola nakledilmesi halinde, ilk tutanağın kopyası ilgili kişi ile birlikte gönderilir, iii) tutanakta nakil nedeni ve zamanı, serbest bırakıldığı anın yazılmasını sağlamaktan sorumludur (YakalamaY 12, PACE 2.3).

Gözaltına alınmış olan kişi nezarethaneden çıktıktan sonra 12 ay içinde nezarethane tutanağının suretini²³⁸¹ isteyebilmelidir. Bu sureti kendisi isteyebileceği gibi, temsilcisi, uygun yetişkini de isteyebilmelidir (PACE 2.4).

Tutanağı, kaydı yapan memur imzalar. Saat ve tarih de belirtilir (YakalamaY 23). Tutanak bilgisayarla düzenleniyorsa, aynı kayıtlar metne yazılır. Terör suçlarında, kolluk tarafından düzenlenen tutanaklara ilgili görevlinin sadece sicil numarası yazılır (TMK 10/4, PACE 2.6).

İlgili şahıs da tutanağı imza eder. İmzadan imtina halinde, bunun sebebi ve saati açıklanır.

7. Kanunî yakınlarına ve konsolosluğa haber verme.

a) Kanuni yakınlarla bildirme.

Yakalanan kişinin yakınlarına haber verme hakkı kolluk tarafından bilgi verilerek kullanılır (PVSK 13, Yakalama Y 8). “Belirlediği kişiye” kolluk bilgi veremez.

Şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında “Cumhuriyet savcısının emri ile” bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir (CMK 95/1).

Kolluk yakalama anından C. savcısına götürünceye kadar, sadece “yakınlarına” haber vermek zorundadır (PVSK 13). Ancak, Kanun yakalanan kişinin yakınlarına haber verme mükellefiyetini “gözaltı işlemleri sırasında”, kolluğun elinden almış, C. savcısının emrine bağlamıştır: PVSK 13’e göre kolluk, yakaladığı kişilerin “yakınlarına”, yakalamayı “kendiliğinden”, yani C. savcısının emri olmadan; “belirlediği kişiye” ise, C. savcısının emri ile, haber vermek mecburiyetindedir.

Bu düzenlemeye göre, Cumhuriyet savcısının yakalanan kişinin gözaltına alınmasına karar vermesi ile birlikte, “bir yakınına veya belirlediği bir kişiye haber verin”, diye kolluğa emir vermesi üzerine, kolluk bu kişilere durumu bildirecektir (YakalamaY 8).

b) Konsolosluğa bildirme.

Yakalanan veya gözaltına alınan yabancı ise, “yazılı olarak karşı çıkmaması halinde”, durumu vatandaşı olduğu Devletin konsolosluğuna bildirilir (CMK 95/2). Görüldüğü gibi, yabancılar yakalandıklarının konsolosluklarına bildirilmesi hakkında vazgeçebildikleri halde, vatandaşlara vazgeçme hakkı tanınmamıştır. Yakalanan kişi yabancı ise, konsolosluğa haber verileceği açıklanmalıdır (PACE 3,3). Bu konuda doldurulan şüpheli ve sanık hakları formu (RG. 18.9.2002 ile

²³⁸⁰ Nezarethane sorumlusu, yakalamayı yapan memurdan daha üst rütbede olmalıdır; yakalayan memur yakalama sebeplerini buna izah etmeğe mecbur olmalıdır. Bu, keyfi yakalama uygulamasını azaltacaktır. Terör suçlarında bu kayıt yapılmaz; sicil numarası ve birimi yazılır (PACE 2.2).

²³⁸¹ Nezarethane tutanağının aslını inceleme yetkisi de vardır. Kendisi, temsilcisi, uygun yetişkini talep ederek mantıklı bir sebep gösterirse, tutanağın aslını inceleyebilir ve bu konuda bir tutanağa kayıt düşülmelidir (PACE 2.5).

değişik), Konsolosluk veya Büyükelçiliği derhal haber verme hakkını yakalanana duyurmakta idi. Yani CMK, yazılı olarak karşı çıkmama halinde konsoloslughuna bildirme mecburiyeti getirdi (CMK 95/2).

c) Şikâyete hakkı olan ilgililere bildirme.

Kanunumuz soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı olan suçlarda, “şikâyet olmaksızın yakalamayı” kabul etmemektedir. Soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı olan bir suç hakkında ilgilinin şikayetinden önce kişi yakalanmış olursa, şikâyet hakkı olan kişiye yakalama bildirilerek, şikayetçi olup olmadıkları sorulur (CMK 96).

Sadece çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suç üstü hallerinde, kişinin yakalanması şikâyete bağlı tutulmamıştır (CMK 90/3).

8. Müdafinin nezarethaneye gelmesi, dosyayı incelemesi ve şüpheli ile görüşmesi.

Yakalanarak gözaltına alınan şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanma hakkı vardır. Kanuni temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafii seçebilir (CMK 149/1).²³⁸²

Soruşturma evresinde ifade almada en çok üç *avukat* hazır bulunabilir (CMK 149/2).

Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz. (CMK 149/3).

Terör suçlarında, şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı, C. savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat kısıtlanabilir (TMK 10-b).²³⁸³

Müdafinin dosyayı inceleme yetkisi vardır (CMK 153). Yakalanan veya tutuklu bulunan kişi vekaletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir.²³⁸⁴ Etkin bir savunma yapabilmesi için, dosyanın şüpheli müdafii görüşmesi (CMK 154) öncesinde incelenmesi gerekir.

Kolluk tarafından yakalanarak gözaltına alınan sanığın CMK 147 uyarınca ifadesi alınır. İfade almaya ilişkin açıklamalar, aşağıda yapılacaktır.

9. Özel gruplar hakkında yapılacak işlemler.

Anayasanın 83’üncü maddesine göre, Meclisin kararı olmadıkça, milletvekilleri tutuklanamaz.²³⁸⁵

Yakalanan kişi 18 yaşın altında gözükyorsa, çocuk muamelesi görür.²³⁸⁶ Küçük, aklen malul veya özürlü olan kişilere uygun yetişkin yardımcı olmalıdır. Çocuk ve gençler için; ana-baba veya bakıcısı,

²³⁸² Mülga Kanun zabıta amir ve memurları tarafından yapılacak sorgulama işlemlerinde ancak bir, Cumhuriyet Savcılığı işlemlerinde en fazla üç müdafii kabul edilmişti (CMUK “92-3842” 136/1, 2).

²³⁸³ CMUK 394/a ağır ceza mahkemelerinin (2004-5190) görev alanına giren suçlar da dahil olmak üzere, zabıtaca yapılan soruşturma da soruşturmanın her evresinde müdafinin, yakalanan kişi veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamıyordu (CMUK “1992-3842” 136/3).

²³⁸⁴ Kollukta bulunan soruşturma dosyasının C. savcısının yazılı emri ile incelenebileceğini düzenleyen Yakalama Yönetmeliğinin 22/1 inci fıkrasının yürütülmesi, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 2005/762 sayı, 15.12.2005 tarihli kararıyla durdurulmuştur.

²³⁸⁵ Anayasa’daki *tutulamaz* kelimesini, yakalanamaz ve gözaltına alınamaz olarak anlayanlar da vardır (Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan 2007, 156).

²³⁸⁶ 6. CD 06.06.2006 E. 2006/8803, K. 2006/5634: Geceleyin bina dahilinden hırsızlığa teşebbüs suçundan şüpheli Güven hakkında yapılan soruşturma evresi sırasında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 101/1-2,a maddesi uyarınca tutuklanmasına dair C. Başsavcılığınca yapılan talep üzerine, soruşturma evresinde tutuklanmanın Sulh Ceza Mahkemesinden talep edilebileceği ve görevli olunmadığından bahisle evrakın yetkili ve görevli İstanbul Nöbetçi Sulh Ceza Mahkemesine gönderilmesine dair İ. 4. Çocuk Mahkemesinin 17.02.2006 tarihli ve 2006/7 D.İş sayılı kararına yapılan itirazın reddine ilişkin İ. 3. Çocuk Ağır Ceza Mahkemesinin 24.02.2006 tarihli ve 2006/4 D.İş sayılı kararına karşı Adalet Bakanlığının 07.04.2006 gün ve 14606 sayılı kanun yararına bozma istemine dayalı Yargıtay C. Başsavcılığının 08.05.2006 gün ve Y.E 74931 sayılı ihbar yazısı ile infaz dosyası 18.05.2006 tarihinde dairemize gönderilmekle incelendi: Anılan yazıda; ... 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun "Mahkemelerin Görevi" kenar başlıklı 26. maddesinde yer alan " (1) Çocuk Mahkemesi Asliye Ceza

bir sosyal hizmet görevlisi ve bunlara ulaşılammışsa, kolluk olmayan bir başka yetişkin yardımcı olmalıdır.

Kolluk yakaladığı kişinin sorulan sorulara vereceği cevapların önemini kavrayabilecek yetenekte olmadığını görürse, ona akıl hastaları, özürlüler veya çocuklara yapılan muameleyi yapmalıdır (YakalamaY 19, PACE 1.4).²³⁸⁷

Yakalanan kişi bir yabancı ise veya sağırsa, mümkün olan en kısa zamanda bir tercüman temin edilir (PACE 3.6).

Yakalanan kişi bir çocuksa, nezaret memuru bu kişiden sorumlu olan şahsın kimliğini araştırarak, ona çocuğun yakalanarak gözaltına alındığını, gözaltına alma sebebini ve çocuğun nerede olduğunu bildirmelidir. Çocukların hiç kimse ile görüştürülmeden gözaltında tutulmaları yasaktır (PACE 3.7).

Yakalanan kişi bir küçükse, nezaret memuru bu küçüğün "uygun yetişkinini" yakalama sebebinden ve küçüğün bulunduğu yerden haberdar eder ve gelip küçüğü görmesini ister (PACE 3.9).

Yakalanan kişinin akıl hastası olduğu şüphesi varsa, mülakattan geçirmesi için sosyal hizmet uzmanı ve kayıtlı bir hekim karakola çağrılmalıdır (PACE 3.10).

Yakalanan kişi bir yabancı, çocuk, küçük veya akıl hastası ise, haklarının bildirilmesi ve bunun tutanağa geçirilerek belgelenmesi uygun yetişkinin yanında yapılmalıdır. Uygun yetişkin henüz gelmemişse, o geldikten sonra hakların bildirilmesi ve belgelenmesi işlemi tekrarlanmalıdır (PACE 3.11).

Nezaret memuru gözaltındaki özel gruptaki kişiye uygun yetişkinin kendisine yardım etmek üzere hazır bulunduğunu haber vermelidir (PACE 3.12).

II. Nezarethanede tutmanın usulü.

1. Nezarethane koşulları.

Yakalanan sanığın²³⁸⁸ içinde bulunduğu hukukî duruma 'gözaltına alma' veya 'nezaret altında bulundurma' adı verilir.

Kolluk, yakalanan kişinin kaçması veya saldırıda bulunmasının önlenmesi bakımından, sağlığına zarar vermeyecek şekilde, her türlü tedbiri alabilir (PVSK 13). Gözaltına alınanların yeme, içme ihtiyaçları ile nakillerine ait masraflar Emniyet Genel Müdürlüğü Bütçesine konulacak ödenekle karşılanır (PVSK Ek m. 2/2).

Aynı suçla ilgisi olanlarla, birbirine hasım olanlar, erkek ve kadınlar bir araya konamaz. Nezaret altına alınan kişilerin zarurî ihtiyaçlarını bizzat görevli memurun gözetiminde gidermeleri

Mahkemesi ile Sulh Ceza Mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından suça sürüklenen çocuklar hakkında açılacak davalara bakar, (2) Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi Çocuklar tarafından işlenen ve Ağır Ceza Mahkemesinin görev alanına giren suçlarla ilgili davalara bakar, (3) Mahkemeler ve Çocuk Hâkimi bu kanunda ve diğer kanunlarda yer alan tedbirleri almakla görevlidir. (4) Çocuklar hakkında açılan kamu davaları kanununun 17. madde hükümleri saklı kalmak suretiyle bu kanunla kurulan mahkemelerde görülür" hükmü ile, Aynı kanunun "Uygulanacak Hükümler" kenar başlıklı 42. maddesindeki "bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Ceza Muhakemesi Kanunu ... hükümleri uygulanır." şeklindeki düzenlenen ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 4. kısmında "Koruma Tedbirleri" olarak yakalama ve gözaltı tutuklama, Adli kontrol, arama ve el koyma tedbirlerinin düzenlenmiş olması karşısında Çocuk şüpheli hakkında tedbir niteliğinde olan tutuklama kararını vermeye yetkili ve görevli mahkemesinin Çocuk Mahkemesi olması dikkate alınmaksızın itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiş olduğundan bahisle 5271 sayılı CMK nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması dairesizden istenilmiştir. Kanun yararına bozma istemine dayanan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının ihbar yazısı incelenen dosya içeriğine göre yerinde görüldüğünden kabulü ile hırsızlık suçundan sanık Güven Kanat hakkında İ. 3. Çocuk Ağır Ceza Mahkemesinden verilir kesinleşen 24/02/2006 tarih ve 2006/4 D. iş sayılı kararın 5271 sayılı CMK nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulmasına, 06.06.2006 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

²³⁸⁷ *Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan* 2007, 156.

²³⁸⁸ Kanun sanık terimini kullanmaktan özellikle kaçınmış ve 'yakalanan kişi' demeyi tercih etmiştir. Kanaatimizce, bir suç şüphesi ile yakalanmış olan kişiyi 'geniş anlamda sanık' statüsüne sokmak sakıncalı değil, aksine onun açısından faydalıdır. Zira sanık haklarından yararlanacaktır. Kanun 'kişi'ye sanık haklarını tanımış ama ona sanık ismini vermemiştir.

sağlanmalıdır. Nezarethaneye girecek kişinin bel kemeri çıkartılır. Verilen yemekler karakol nöbetçisi tarafından kontrol edilir.

Nezarete alınacak kişilerin üzerleri karakol nöbetçisi tarafından ayrıca aranır (YakalamaY 10, Karakol Talimatnamesi 149).

Karakol nöbetçisi, nezaret altına alınan kişiler orada kaldıkça, karakol amirinin izni olmadan ve bizzat muayene etmeden hariçten herhangi bir şey alıp verilmesine veya herhangi bir kimseyle görüşülmesine meydan vermez.

Karakol nöbetçisinin diğer bir görevi, tahkikat sırasında mağdur, tanık “şüpheli veya sanığın” karşılıklı olarak görüşüp anlaşmalarına veya birbirlerini tesir altına alarak veya tehdit ederek soruşturmayı karartmaya çalışmalarına mahal bırakmamaktır.

Gözaltına alınan veya tutuklanan kişilere uygulanacak asgari kurallar vardır.²³⁸⁹ Gözaltı sırasında yapılması gereken adli işlemler en kısa sürede yapılır. Gözaltına alma sebebi ortadan kalkar kalkmaz, yakalanmış olan kişi serbest bırakılır.

2. Gözaltı işlemlerinin denetimi.

C. savcılarının gözaltı işlemlerini denetlemeleri evvelce Yönetmelikte düzenlenmişti. Ceza Muhakemesi Kanunu bunu artık kendisi düzenlemektedir (CMK 92).

III. Gözaltı durumunun sona ermesi.

Gözaltı durumu, ilgilinin savcı veya hâkim tarafından serbest bırakılması, hâkime çıkarılıp tutuklanması veya gözaltı kanuni süresinin dolması ile sona erer. Yakalanan kişiyi serbest bırakma yetkisi öncelikle savcıya aittir (CMK 91/2). Polisin yakaladığı kişiyi kendiliğinden serbest bırakma yetkisi artık yoktur (evvelce vardı; CMUK 128). Hâkim de tutuklanması istemi ile önüne çıkarılan yakalanana serbest bırakabilir (CMK 91/5). Hâkime çıkarılan kişinin tutuklanması da gözaltı durumuna son verir. Yasada öngörülen yakalama anından itibaren 24 saat toplu olarak işlenen suçlarda toplam dört gün gözaltı süresi sona erdiğinde kişi otomatik olarak serbest bırakılır (CMK 91/5).

1. Sulh ceza hâkimi önüne çıkarma.

Cumhuriyet savcılığının kararı ile, “soruşturmanın tamamlanması için” gözaltına alınan kişi, soruşturma işlemlerinin tamamlandığı an, sulh ceza hâkimi önüne çıkartılır. Yakalama emri (No. 377/V) üzerine yakalanan kişi de emri veren makama en geç 24 saat içinde çıkarılır. Bu mümkün olmazsa, yetkili makam veya mahkemeye SEGBİS yöntemi ile çıkarılır (CMK 94/2).

Gözaltı süresi zarfında ilgilinin serbest bırakılmasını gerektiren bir durum ortaya çıkmadığı için, bırakılmazsa, (en yakın hâkime gönderilmesi için zorunlu süre hariç: 2005.5353) en geç 24 saat, toplu olarak işlenen suçlarda dört gün ve bazı *malum suçlarda* 48 saat ve yedi günlük süreler sonunda, kişi ile vücudu sulh ceza hâkimi önüne çıkarılır ve sorguya çekilir (CMK 91/6).

Kanun sorguda müdafinin de hazır bulunmasını mecburi tutmuştur. Mecburi müdafilik konusunda kanunun açık ve net düzenlemeler yapması yerindedir.

Sulh ceza hâkimi, ya “kişinin serbest bırakılmasına” veya “tutuklanmasına” karar verir. Suçun adli kontrole tabi olması durumunda (CMK 109/1), bu kararın verilmesi de mümkündür. Bu kararın aynı gün verilmesi gereklidir.

2. Yakalama emri üzerine ele geçirilen kişinin yetkili mahkemeye götürülmesi.

Ceza Muhakemesi Kanunu gıyabi tutuklama kararını kaldırdığı için, mülga CMUK 108 ve 109 uncu maddelerinin karşılığı düzenlenmemiştir. Mülga Kanuna göre, gıyabi tutuklama kararı üzerine “tutulan kişi” en yakın sulh hâkimi önüne çıkarılır ve bu hâkim tarafından kimlik kontrolü yapılırdı. Kişi, gıyabi tutuklama kararında belirtilen kişi ise, sulh ceza hâkimi bu kişiyi yetkili mahkemesine gönderirdi. Ceza Muhakemesi Kanunu düzenlenirken gıyabi tutuklama kararı yerine, hukuk devleti garantilerine uygun olmayan “yakalama emri” getirilmiştir. Kanunun ilk yürürlüğe girdiği sırada, yakalama emri üzerine ele

²³⁸⁹ Gölcüklü/Gözübüyük 1994.

geçirilen, yani yakalanan kişinin ne yapılacağı düzenlenmemiştir. Uygulamada ortaya çıkan sorunlar üzerine 5353 numaralı Kanunla 94'üncü maddede değişiklik yapıldı. Bu değişikliklerle, hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri (C. savcısının ve kolluğun yakalama emri hariç) üzerine yakalanan kişinin, yakalama emrini vermiş olan “yetkili hâkim veya mahkeme önüne” çıkarılması emredilmiştir. Bu düzenlemeye göre, hâkim veya mahkemenin yakalama emri üzerine kollukça yakalanan kişi en geç yirmidört saat içinde yetkili makama gönderilecektir. Yetkili makamın uzak olduğu ve sürenin yetmeyeceği anlaşıldığında, CMK 94 yirmidört saat içinde en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarmayı emretmiştir. En yakın sulh ceza hâkimi yakalanan kişiyi serbest bırakmadığı takdirde “en kısa zamanda” yetkili hâkim veya mahkemeye göndermek üzere “tutuklar”.

2005-5353 numaralı Kanunla 94'üncü maddede yapılan bu değişiklik sanık hakları açısından büyük sakınca doğurmuştur. Uygulamada hâkim veya mahkemenin verdiği yakalama emri üzerine en yakın sulh ceza hâkimi tarafından tutuklanan şüpheli veya sanıklar, tutuklandıkları yerde aylarca gönderilmeyi bekler hale gelmişlerdir. Gönderme işlemini hangi makamın gerçekleştireceği, nakil masraflarının kimin tarafından ödeneceği açık ve net olmadığı için, işler sürüncemede kalmaktadır. Hâkim kararıyla tutuklandığı için İHAS 5. maddeye aykırılık olmasa bile, genellikle hafif bir suç için ifade almak veya sorgu amacıyla çıkartılan yakalama emirleri kişileri mağdur etmektedir.

Kanaatimizce mülga CMUK'un sistemine (aşağıda 3) geri dönmelidir. Yakalama emri üzerine ele geçirilen kişinin sorgusunun yapılacağı düzenlenmeli ve kimlik tespiti yapıldıktan sonra kırksekiz saat içerisinde yetkili mahkemeye gönderilme kararı verilmelidir. Böyle bir düzenleme Kanunla verilmiş bir emir niteliğinde olduğu için süresinde yetkili mahkemeye göndermeyen sorumlu tutulabilecektir.

Kanundaki bu düzenleme yeniden ele alınırken, mülga Kanun zamanındaki hatalı uygulamanın tekrarlanmaması için tedbir alınması da düşünülebilir. Mülga Kanun zamanında gıyabi tutuklama kararı ile tutuklanan kişilerin, başka yerde ele geçirildikleri hallerde dosyaları ele geçirme hâkimine gönderiliyor ve bu hâkim dosyayı inceleyerek karar veriyordu. Yeni düzenlemenin amacı, suçun işlendiği yerde davaya bakmakta olan mahkemenin önüne şüphelinin çıkartılması olduğu için, yakalanan kişinin yetkili makama en kısa zamanda gönderilmesinin çareleri bulunmalıdır.

Yakalanan kişinin en çok 12 saat içinde yetkili hâkim veya mahkemeye götürülmesi gerekir (CMK 94/1); bu mümkün değilse, kişi en yakın sulh ceza hâkimliğine götürülecek ve sevk amacı ile tutuklanacaktır (CMK “2005-5353” 94).

3. Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndaki durum.

a) Kamu davası açılmadan önce.

Henüz kamu dâvası açılmamışsa, yakalanan kimse lüzumsuz veya muhik olmayan bir gecikmeye meydan vermeyecek surette ve yakalama yerine en yakın sulh hâkimine gönderilmesi için “zorunlu” süre hariç, kaide olarak, 24 saat içinde bu sulh hâkimi önüne çıkarılır ve sorguya çekilirdi. Kanundaki “gerekli” kelimesi 1997 yılında 4229 sayılı kanun ile metinden çıkarılarak, yerine “zorunlu” ibaresi getirilmiştir. Hâkim önüne çıkarma süresi çeşitli defalar değiştirilmiştir (İlk metinden başlayarak yapılan değişiklikler hakkında bakınız; *Centel* 1992, 199). «24 saatlik sürenin uygulanamaması halinde, tahkikatın bitiminde ve herhalde» ibareleri, her nedense 1992 metnine alınmamıştır: 1992 değişikliğinden önce, kolluk sanık olarak yakaladığı kişileri, yakalama yerine en yakın mahkemeye gönderilmeleri için gerekli süreler hariç, en geç 24 saat içinde, üç veya daha fazla kişinin toplu olarak işledikleri suçlarda ise, sanık sayısının çokluğuna delillerin durumuna veya suçun niteliğine göre 15 gün içinde adli mercilere göndermek zorunda idi. Ancak, kolluk, savcının, onun bulunmaması halinde Sulh Hâkiminin yazılı emri bulunmadıkça sanığı 24 saatten fazla tutamazdı (PVSİ ek m.2). 1992 yılında 3842, 1997 yılında 4229 sayılı Kanunlar ile yapılan değişikliklere göre, meşhut suçtan veya tutuklama sebebi bulunduğu için, kolluk tarafından hâkim kararı olmadan yakalanan kişiler, işlenen suç tek başına olsun veya toplu olsun, 24 saat içinde hâkim önüne çıkartılacak ve sorguya çekilecekti. Yakalanan kişi talep ederse, müdafii sorguda hazır bulunacaktı (CMUK 128/1). Anayasa (m. 19) bu süreleri gerekli «polis soruşturmasına» imkân vermek amacıyla öngörmüştü. İstisna da şöyle düzenlenmişti: Üç veya daha ziyade kişinin bir suçun icrasına iştiraki suretiyle toplu olarak işlenen suçlarda, sanık sayısının çokluğu veya sanıkların yahut delillerin toplanmasındaki güçlük veya fail sayısının çokluğu ve benzeri nedenlerle Cumhuriyet Savcısı bu sürenin dört güne kadar uzatılmasına yazılı olarak emir verebiliyordu (CMUK “2002.4744” 128/2). Bu yazılı emrin kâğıt üzerinden verilmemesi, savcının şüphelinin

vücudunu görmesi gerekiyordu. Örgütlü suçlarda ise, “toplu suç” olmasına rağmen, C. Savcısına süre uzatma yetkisi verilmemişti (CMUK “2004.5190” 394/b). 4 güne kadar uzatma sadece OHAL Bölgesinde kabul edilmişti. Adi suçlarla da toplu suç istisnasının kaldırılması ve savcıya takdir yetkisi tanınması gerekiyordu. Zabitanın, bir kimseyi süreleri geçirmek veya haklı olmayan gecikmelere meydan vermek suretiyle gözaltında tutması, hürriyeti tahdit suçunu (mülga TCK 181) oluşturmaktaydı. Yakalama süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet Savcısının yazılı emrine veya yakalama emrine karşı, yakalanan kişi veya müdafii veya kanuni mümessili veya birinci veya ikinci derecede kan hısımları veya eşi hemen serbest bırakılmayı sağlamak için Sulh Hâkimine başvurabilirlerdi. Sulh hâkimi incelemeyi evrak üzerinden yaparak derhal ve nihayet yirmidört saat dolmadan başvuruyu sonuçlandırır. Yakalamanın veya süre uzatmanın yerinde olduğu kanısına varırsa müracaatı reddeder veya yakalananın derhal soruşturma evrakı ile Cumhuriyet Savcılığında hazır bulundurulmasına karar verirdi (CMUK “92-3842” 128/4). Sulh hâkimi, tutuklamayı gerektiren bir hal görmez veya tutuklama sebepleri ortadan kalkmış bulunursa yakalanan şahsın serbest bırakılmasını emreder, aksi halde tutuklama kararı verirdi (CMUK “85-3206” 128/3). Kanunda “yakalamayı gerektiren bir hal görmez veya yakalama sebepleri ortadan kalkmış bulunursa” denilmiştir (CMUK “73-1696” 128/3). Bizce, neticede tutuklama kararı verildiğinden, tutuklama sebebinin var olup olmadığına bakmalıdır. Yakalanan kimsenin hâkim önüne çıkarılması kaidenin istisnası da vardı. Olay yerinde soruşturma ve koruma işlemlerine başlayan memurun, görevi gereği olan işlemlerin yapılmasını kasten ihlâl eden veya yetkisi dahilinde aldığı tabirlere aykırı davranan kişileri 24 saati geçmemek üzere gözaltında bulundurmaya üzere yakalaması (CMK “85-3206” 157) halinde bu prensip uygulanmamakta idi. Zira, bu sürenin sonunda o kişi derhal salıverirdi.

b) Kamu davası açıldıktan sonra.

Kamu dâvası açılmışsa, yakalanan kişi hemen yetkili, yani dâvaya bakan mahkemeye götürülürdü. Eğer bu mahkeme yakalama yerinde değilse, dâva açılmamış olması halinde olduğu gibi en yakın sulh hâkimi önüne çıkarılır ve sorguya çekilirdi. Bu sulh hâkimi yakalananı serbest bırakmazsa, vereceği kararlar onu yetkili mahkemeye gönderirdi. Dâva açıldıktan sonra sulh hâkiminin tutma kararı verme yetkisi bulunmadığından, sulh hâkiminin bu hususta yetkili mahkemeye kadar gönderilmesi amacı ile yakalananın alıkonmasına imkân veren bu karara, 1985 değişikliğine kadar “kararname” deniliyor ve bu terimle bunun idarî niteliği vurgulanıyordu. Buna uygulamada sevk kararname denildiği de vardı. 1985 değişikliği gerekçesinde, ceza kararnamesi ile karıştırma tehlikesine karşı karar denildiği belirtilmişti. Yetkili mahkeme, yakalananın serbest bırakılmasına veya tutuklanmasına aynı gün karar verirdi (CMUK “1985-3206” 129).

c) Suçüstü halleri.

Mülga “Meşhut Suçların Muhakemesi Kanunu”, uygulandığı hallere mühnasır olmak üzere, konuyu şöyle düzenlemiştir: a) Asliyelik suçlar ve kabahatler. Ağır cezalı olmayan suçlarda, kolluk, yakalanan şahsı, tanzim edeceği tutanak ve elde edeceği “sübut delilleri” ile birlikte, yani bilhassa tanıkları ve adreslerini tespit ederek, vakit geçirmeksizin aynı günde savcılığa teslim ederdi. Savcı yakalanan şahsı sorguya çektikten sonra, dâva açmağa lüzum görürse bu kanunun uygulanabileceği kanaatinde ise, iddianame ile o gün yetkili mahkemeye gönderirdi (m. 4). Savcı, dâva açıp açmamak veya bu kanunu uygulayıp uygulamamak hususunda inceleme yapmak üzere, mahkemeye sevk, yakalamanın ertesi gününe bırakabilirdi (m. 5). Keza aynı gün mahkemeye sevk sırasında çalışma zamanı bitirmiş veya herhangi bir tatil gününe rastlamış ise, savcı mahkemeyi hemen çalışmağa davet edebileceği gibi, sanığın mahkemeye sevkini ertesi güne de bırakabilirdi (m. 8). Ertesi güne bırakma hallerinde, mahkemeye sevk ve sorgunun yapılması, Anayasadaki süre içinde olacaktır. *b) Ağır cezalı cürümler.* Ağır cezalı cürümlerde, kolluk faili yakalayınca tutanak düzenleyecek, savcılığa derhal haber verecek, savcı da tanıkları dinledikten, sanığı sorguya çektikten ve diğer incelemeleri yaptıktan sonra, dâva açacaksa ve 3005 numaralı kanunun uygulanabileceği kanaatinde ise, evrakı iddianame ile mahkemeye tevdi edecekti (m. 4). Kanunun 4. maddesi 3 gün içinde mahkemeye tevdi, yani hâkim kararı olmadan yakalanan kimsenin 3 gün hürriyetinden yoksun bırakılmasından bahsetmekte ise de Anayasa bu maddeyi zımnen tâdil etmişti. Yakalanan kişi mahkemeye götürülmek için gerekli süre hariç, kaide olarak 48 saat içinde hâkim önüne götürülerek sorguya çekilir ve bu süre geçince hâkim kararı olmadan hürriyetinden yoksun bırakılmazdı (AY “2002-4709”19/5). Bu süre içinde dâva açılmayacak ve

mahkemede sorgu yapılamayacaksa ve yakalanan kimsenin tutuklanması gerekiyorsa, sulh hâkimi önüne çıkarılırdı.

IV. Hukuka aykırı yakalama örnekleri.

1. Kolluk işlemindeki muhakeme hukukuna aykırılıklar.

a) Yakalamada “başlangıç şüphesi” bulunmaması.

Buradaki ilk husus, “başlangıç şüphesine dayanmayan” yakalama halidir. Soyut ihbar üzerine, başlangıç şüphesi destekleyen somut bulgular araştırılmadan yapılan yakalama işlemi, “suç” oluşturur.²³⁹⁰ Ayrıca, şüpheli veya sanıktan “ikrar” elde edilmişse, bu da “hukuka aykırı” olur.²³⁹¹

b) Yakalanan kişinin C. savcısına bilgi verilmeden serbest bırakılması.

Değişik zamanlarda bazı işyerlerinde hırsızlık yapılmış; daha sonra kimliğini açıklamayan bir kişi kolluğa telefon ederek, hırsızlık suçlarını kimliklerini ve adreslerini belirttiği kişilerin işlediklerini söylemiştir. Bunun üzerine Asayiş Büro Amiri olan sanığın talimatı doğrultusunda bu kişiler yakalanarak gözaltına alınmışlar; C. Savcısı’na hırsızlık suçlarının faillerinin yakalandığı bildirilmiş; 20 saat gözaltında tutulduktan sonra, başka hiçbir araştırma yapılmadan, ifadeleri alınmadan, C. savcısına haber verilmeden ve soruşturma evrakı fezlekeye bağlanarak C. savcısına sunulmadan bu kişiler serbest bırakılmıştır. Belirtilen kişilerin yakalanması ve daha sonra da serbest bırakılmaları konusunda emir veren Asayiş Büro Amiri hakkında özgürlüğü kısıtlama suçundan dava açılmış, yerel mahkeme sanığın beraatine karar vermiştir. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, gecikmesinde tehlike durumu bulunmadığı halde, hakim kararı alınmadan sanıkların yakalanması ve gözaltına alınması konusunda emir veren kolluk amiri sanığın eyleminin TCK’nın 181/1. maddesine uyan suçu oluşturduğunu belirterek hükmü bozmuştur: “Anayasanın 1/2, Polis Vazife ve Salahiyet Yasasının 13, CMK 127-131. maddeleri ile Türkiye Cumhuriyeti Devletince 18.05.2004 tarihinde onaylanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesi hükümleri ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 5. maddesi uyarınca; suç kovuşturmasıyla ilgili olarak yöntemince verilen yargıç kararı dışında kişilerin yakalanıp gözaltına alınmaları ancak, suçüstü durumunda veya işlendiği bilinen bir suça ilişkin soruşturma veya

²³⁹⁰ Ali Kınacı 2004’ten naklen: Değişik zamanlarda bazı işyerlerinde hırsızlık yapılmış; daha sonra kimliğini açıklamayan bir kişi kolluğa telefon ederek, hırsızlık suçlarını kimliklerini ve adreslerini belirttiği kişilerin işlediklerini söylemiştir. Bunun üzerine Asayiş Büro Amiri olan sanığın talimatı doğrultusunda bu kişiler yakalanarak gözaltına alınmışlar; C. Savcısı’na hırsızlık suçlarının faillerinin yakalandığı bildirilmiş; 20 saat gözaltında tutulduktan sonra, başka hiçbir araştırma yapılmadan, ifadeleri alınmadan, C. savcısına haber verilmeden ve soruşturma evrakı fezlekeye bağlanarak C. savcısına sunulmadan bu kişiler serbest bırakılmıştır. Belirtilen kişilerin yakalanması ve daha sonra da serbest bırakılmaları konusunda emir veren Asayiş Büro Amiri hakkında özgürlüğü kısıtlama suçundan dava açılmış, yerel mahkeme sanığın beraatine karar vermiştir. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, gecikmesinde tehlike durumu bulunmadığı halde, hakim kararı alınmadan sanıkların yakalanması ve gözaltına alınması konusunda emir veren kolluk amiri sanığın eyleminin TCK’nın 181/1. maddesine uyan suçu oluşturduğunu belirterek hükmü bozmuştur: “Anayasanın 1/2, Polis Vazife ve Salahiyet Yasasının 13, CMK 127-131. maddeleri ile Türkiye Cumhuriyeti Devletince 18.05.2004 tarihinde onaylanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesi hükümleri ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 5. maddesi uyarınca; suç kovuşturmasıyla ilgili olarak yöntemince verilen yargıç kararı dışında kişilerin yakalanıp gözaltına alınmaları ancak, suçüstü durumunda veya işlendiği bilinen bir suça ilişkin soruşturma veya kovuşturma sırasında olanaklı bulunmaktadır. Kolluk görevlileri ise bu ikinci durumda yalnızca gecikmesinde tehlike bulunan durumlarda yakalama yetkisini kullanabilirler. Diğer taraftan belirtilen hukuki düzenlemelerin gereği olarak ceza soruşturma ve kovuşturmalarında temel ilke, kişi hürriyetlerine müdahale edilmeden başvurulabilecek bir yöntem var iken hürriyeti daraltan yöntemlere başvurulmaması ilkesidir. Somut olayda, herhangi bir suçla ilgili suçüstü durumu veya suç teşkil eden belirli bir olayla ilgili ceza kovuşturması bulunmamasına karşın, salt kimliği belirsiz bir kişinin 16.05.2000 günü saat 13.00’de telefonla yakınlarının kimlik ve adreslerini vererek “Şişli ilçesindeki market ve işyerlerindeki hırsızlık suçlarını bu kişiler işliyorlar” şeklindeki soyut ihbarı üzerine, kimlik ve adresleri aynı tarihli tutanakla tespit edilen bu kişiler hakkında arşiv ve benzeri araştırmalar yapılmaksızın, asayiş büro amiri olan sanığın talimatı doğrultusunda harekete geçilerek üç saat sonra yakınların yakalanıp gözaltına alınması, C. Savcısına hırsızlığa karıştığı iddia edilen kişilerin yakalandığı yolunda bilgi verilip peşisıra bu kişilerin “herhangi bir suçla” ilgilerinin olup olmadığı yönünde araştırma yapılarak, 20 saat gözaltında kalan yakınların ertesi gün saat 13.30’da bir kanıt bulunmadığı gerekçesiyle, ifadeleri dahi alınmadan ve soruşturma evrakı fezlekeye bağlanarak C. Savcılığına sunulmaksızın serbest bırakılması biçimindeki eylemin TCK 181/1. maddesine uyan suçu (özgürlüğü kısıtlama suçunu) oluşturduğu gözetilmeden, kanıtları yanlış değerlendiren yetersiz gerekçeyle beraat hükmü kurulması, yasaya aykırıdır (4. CD, 05.11.2003; 2002/28544- 2003/10778, YKD Mayıs 2004, s. 792).

²³⁹¹ Mesela, *People v. Rogers* davasında, polis önce şüpheliyi yakalamış ve iki saat sorguya çektikten sonra, kanlı elbiseleri bulup karakola getirince, şüpheli suçunu ikrar etmiştir. İkrar hukuka aykırıdır, zira başlangıçta makul şüphe (*probable cause*) yokken şahıs yakalandığı için, yakalama ve bundan elde edilen ikrar delili hukuka aykırıdır.

kovuşturma sırasında olanaklı bulunmaktadır. Kolluk görevlileri ise bu ikinci durumda yalnızca gecikmesinde tehlike bulunan durumlarda yakalama yetkisini kullanabilirler. Diğer taraftan belirtilen hukuki düzenlemelerin gereği olarak ceza soruşturma ve kovuşturmalarında temel ilke, kişi hürriyetlerine müdahale edilmeden başvurulabilecek bir yöntem var iken hürriyeti daraltan yöntemlere başvurulmaması ilkesidir. Somut olayda, herhangi bir suçla ilgili suçüstü durumu veya suç teşkil eden belirli bir olayla ilgili ceza kovuşturması bulunmamasına karşın, salt kimliği belirsiz bir kişinin 16.05.2000 günü saat 13.00’de telefonla yakınların kimlik ve adreslerini vererek “*Şişli ilçesindeki market ve işyerlerindeki hırsızlık suçlarını bu kişiler işliyorlar*” şeklindeki soyut ihbarı üzerine, kimlik ve adresleri aynı tarihli tutanakla tespit edilen bu kişiler hakkında arşiv ve benzeri *araştırmalar yapılmaksızın*, asayiş büro amiri olan sanığın talimatı doğrultusunda harekete geçilerek üç saat sonra yakınların *yakalanıp gözetilmesine alınması*, C. Savcısına hırsızlığa karıştığı iddia edilen kişilerin yakalandığı yolunda bilgi verilip peşi sıra bu kişilerin “herhangi bir suçla” ilgilerinin olup olmadığı yönünde araştırma yapılarak, *20 saat gözetilmeden kalan* yakınların ertesi gün saat 13.30’da *bir kanıt bulunmadığı* gerekçesiyle, ifadeleri dahi alınmadan ve soruşturma evrakı fezlekeye bağlanarak C. Savcılığına sunulmaksızın serbest bırakılması biçimindeki *eylemin TCK 181/1. maddesine uyan suçu* (özgürlüğü kısıtlama suçunu) *oluşturduğu* gözetilmeden, kanıtları yanlış değerlendiren yetersiz gerekçeyle beraat hükmü kurulması, yasaya aykırıdır (4. CD 05.11.2003, 2002/28544-2003/10778).

c) *İfade alma veya sorgu sırasında müdafinin hazır bulunmaması.*

Yakalanan kişinin “müdafisinin ifade alma ve sorguda hazır bulunmasını talep etme” ve “müdafinin hukukî yardımından istifade etme” hakkı vardır. Bu hukuki yardım CMK 150’deki haller dışında “isteğe bağlıdır” (CMK 147/1-c): kendi müdafisi yoksa, ifadesi alınırken Baro tarafından görevlendirilen bir müdafinin hazır bulunmasını isteyebilir. Müdafî, soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla ifade alma sırasında hazır bulundurulur. Sorguda ise “mecburi müdafilik” öngörülmüştür: “sorguda müdafii de hazır bulunur” (CMK 91/6). İstemde bulunmasına veya kanun gereği mecburi bulunmasına rağmen, ifade alma veya sorgu sırasında müdafî hazır bulundurulmamış ise, yapılan işlem kanuna aykırı hale gelir.

ç) *Müdafinin şüpheli ile görüşülmemesi.*

Kolluk tarafından yapılan soruşturma da dahil olmak üzere, muhakemenin her evresinde müdafinin, yakalanan kişi veya sanıkla görüşme²³⁹², ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz (CMK 149/3). Görüldüğü gibi, yakalanan kişi müdafî ile görüşme hakkına sahiptir. CMK 154/2 uyarınca, gözetilindeki şüphelinin müdafî ile görüşme hakkı, hâkim kararıyla 24 saat süre ile sınırlanabilir.

2. *Sanık haklarının ihlaline örnekler.*

a) *“Yasak sorgu yöntemlerinin uygulanmamasını talep etme” hakkı.*

İfade verenin veya sanığın beyanı, özgür iradeye dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebirde bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedenî veya ruhî müdahaleler yapılamaz. Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez (CMK 148/3)

b) *Yakalanan kişinin haklarını öğrenme hakkının ihlali.*

Hâkim kararı olmadan yakalanan kimsenin en önemli haklarından biri müdafaa hakkıdır. İlgilinin müdafiiine danışmak hakkı vardır. Müdafiiye danışmak mecburi değildir ama, bu hakkı kullanabilmek için, var olduğunu öğrenmek gerekir. İşte bu nedenle, yakalanan kişiye sahip bulunduğu anayasal haklar, yakalama anında öğretilmelidir. Haklarını öğrenme hakkı, “*Miranda Kuralı*” adı ile anılır.

Ceza Muhakemesi Kanunundaki “haklarını öğrenme hakkı”, sadece ifade alma bakımından düzenlenmiştir (CMK 147). Kanuna göre, ilk yakalama anında “kanuni hakların” bildirilmesi mecburiyeti vardır (CMK 90/4). Yakalama, Gözetilme Alma ve İfade Yönetmeliği m. 6, PYSK 13’e paralel bir şekilde, yakalama sırasında suç ayırımı yapılmaksızın yakalama nedeninin bildirilmesi mecburiyeti koymuş, ek olarak da “*susma, müdafiden yararlanma ve yakınlarına haber verme*

²³⁹² Murray v. United Kingdom: European Human Report, volume 22. July 1996, Part 1, p. 30.

haklarının” da bildirilmesini şart koşmuştur. Bu nedenle, haklarını öğrenme hakkının ihlali, yakalamayı ve bunun arkasından yapılan ifade almayı “hukuka aykırı yöntem ile yapılmış bir işlem” haline getirir.

c) Yakalanan kişinin susma hakkının ihlali.

Hâkim kararı olmadan yakalanan kişinin, polis tarafından özgürlüğünün kısıtlandığı andan itibaren başlayan bir susma hakkı vardır. Milletlerarası Hukukun kabul ettiği bu hakkın başladığı an, Ceza Muhakemesi Kanununda açıkça düzenlenmiştir (CMK 90/4). Susma hakkının ihlali, CMK 148’e aykırıdır.

ç) Yakalanan kişinin isnad öğrenme hakkının ihlali.

Yakalanan (veya tutuklanan) kişilere yakalanma sebepleri ve haklarındaki iddialar yazılı olarak ve bunun mümkün olmaması halinde sözle, toplu suçlarda ise, en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilmesi gerekir (AY 19/4, İHAS 5/2). Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 128 inci maddesinde ise, yakalanan kişiye isnadın bildirileceğine ilişkin bir hüküm bulunmaması önemli bir eksiklik idi.²³⁹³ PVSK “2002.4744” 13 ise, yakalama sebebinin bildirilmesini mecburi hale getirilmiştir. Caza Muhakemesi Kanunu da yakalanan kişiye isnadın yakalanma anında bildirilmesini düzenlemedi (CMK 90/4). Bu eksiklik giderilmelidir.

İsnad öğrenme hakkının ihlali, müdafaa hakkını ortadan kaldırdığı için, verilen ikrar, “kanuna aykırı yöntemle elde edilen delil” olur.

d) Yakalanan kişinin yakalandığının istediği kanuni yakınlarına haber verme hakkının ihlali.

Yakalanan kişinin gözaltına alındığı yakınlarına bildirilir. Kural budur (CMK 95/1).²³⁹⁴ Bu kuralın ihlali, kanuna aykırılık oluşturur.

e) Yakalanan kişinin hâkim önüne çıkarılma ve sorguya çekilme hakkının ihlali.

Kanunlarımızda öngörülen süreler (CMK 91, 251/5) içinde yakalanan kişi hâkim önüne çıkarılmazsa, yapılan yakalama hukuka aykırı hale gelir. Gözaltı süresinin uzunluğu insan hakkı ihlali oluşturur.

f) Resmi makamlar tarafından şüphelinin 'suçlu' olduğunun söylenmesi.

Bay Allenet de Ribemont bir kasten öldürme suçunda faile yardım etmekle suçlanmaktadır. Polis tarafından yakalandıktan hemen sonra İçişleri Bakanı bir basın açıklaması yapmış ve failin yakalandığını duyurmuştur. Eğer sanığın suçlu olduğu ispat edilmeden önce verilen bir yargısal karar, sanığın suçlu olduğu hakkında bir kanaati içeriyorsa, Suçsuzluk karinesinin ihlal edilmiş olur (§ 35; Deweer, § 30; Minelli, § 27). Suçsuzluk karinesi düşme veya beraat kararları verildiği hallerde de geçerlidir. Kamusal makamların açıklamaları açısından da bu kural uygulanır (§ 36). AİHM bu olayda Sözleşmenin 10, maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün önemini ve yürütülmekte olan soruşturmalar hakkında halka bilgi verme özgürlüğünü vurgulamış, fakat bu tür bilgilendirme yapılırken suçsuzluk karinesinin getirdiği sınırların aşılması gerektiğine karar vermiştir (AİHM 10.2.1995, Allenet De Ribemont v. France; § 38).

3. Yakalama Sonrası Arama

a) Yakalanan kişinin üst araması

Trafik kurallarına aykırılık adli kovuşturmayı gerektiren bir trafik suçu niteliğinde ise, polisin yakalama yetkisi doğar ve bu yakalamanın arkasından hâkim kararı olmadan yakalama araması yapılabilir (USSC 14.04.1988 People v Terrero).

²³⁹³ F. Yenisey, Hazırlık Soruşturması ve Polis, 3. bası, 1993, s. 179.

²³⁹⁴ Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda 1992 yılında yapılan değişiklik sırasında, yakınlarına haber verme hakkı, yakalamaya ilişkin madde olan 128 inci maddeye dahil edilmemişti. Kanun koyucu 1992 değişikliğini yaptığı sırada, belki bir kaç saatin önemli olmadığını düşünmüştü. Ancak gözaltı süresi uzadıkça, yakınlarına haber vermenin erken olması önem kazanacağı için, yakalanan kişinin “bir yakınına” veya “belirlediği bir kişiye”, Cumhuriyet Savcısının “kararıyla”, gecikmeksizin haber verme mecburiyeti getirilmiştir (CMUK “2002 -4744” 128).

b) Evde yakalama sonrasında evde kısmi arama yapılabilir

Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi, bir kişiyi evinde yakalayan bir polisin, evin tamamında arama yapamayacağına hükmetmiştir. Bu durumda polis yalnızca, yakalanan kişinin o anda ulaşabileceği kadar yakın çevresini oluşturan alanı, güvenlik amacıyla arayabilir (USSC 22.05.1905, Chimel v. California).

4. Yakalanan şüphelinin etkin pişmanlıktan yararlanması sorunu.

Mağdurun şikayeti ve verdiği eşkal üzerine olay yerine yakın bir yerde yakalanan sanığın, yağmaladığı cep telefonunun bir arkadaşına ait olduğunu söyleyip karakola getirildiğinde, mağdurlar tarafından kendilerini yağmalayan kişi olarak teşhis etmeleri üzerine üst araması yapılacağı sırada, sanığın cebindeki 41.80 lirayı çıkarıp “bu parayı çocuklardan aldım” diyerek kolluk görevlilerine teslim ettiği anlaşılmakta ise de, sanığın gerçek anlamda pişmanlığından söz edilemeyeceğinden TCK’nun 168 inci maddesinin uygulanma koşulları bulunmamaktadır (CGK 25.3.2014, E. 2013/6-798, K. 2014/146; Özet: F. Demirağ).

Uygulamada bazı şüpheliler yakalama sırasında arama öncesinde delil verirler. Genellikle uyuşturucu satıcıları bu yöntemi uygulayarak etkin pişmanlıktan (TCK 192/1) yararlanmak isterler. Bu konudaki açıklamalar için arama bahsine bakınız; **No. ??**).

5. Hukuka uygun olarak yakalanan kişinin tazminat davası açabilmesi.

Akuğur Alışveriş Merkezi yanında bulunan ATM cihazına dolandırıcılık amaçlı düzenek yerleştirildiği ihbarını alan kolluk kuvvetlerinin saat 15:00 sıralarında olay yerine geldikleri, çevre güvenliğini aldıktan sonra olay yeri inceleme ekibinin gelmesini bekledikleri, olay yeri inceleme ekibince ATM cihazına yerleştirilmiş olan düzenek üzerinde yapılan incelemede, kart giriş yeri ve çevresine ATM’nin yapısına uygun olarak özel şekilde hazırlanmış, arka tarafına çift taraflı yapışkan bant yapıştırılarak ATM’nin şifre yazılan kısmını görecektir şekilde düzenlenmiş olan dijital fotoğraf makinesinin yerleştirildiği tespit edilmiş ayrıca, ATM’den yaklaşık 20-25 metre kadar uzaklıkta düzeneğin yapımında kullanılan bandın aynısının açılmış ve açılmamış hali ile yanında “Aroma” ibareli meyve suyu kutuları, boş halde küçük kek ambalajları ve “Akuğur” isimli alışveriş merkezi yazılı poşet bulunmuştur. Akuğur Alışveriş Merkezindeki kamera görüntüleri incelendiğinde de, olay yerinde ele geçirilen malzemelerin aynı gün saat 11.00 sıralarında 1.70-1.75 boylarında, çok kısa saçlı, kirli sakallı, çene kısmındaki sakalları biraz daha uzun, üzerinde kısa koyu kahve renkli gömlek, mavi kot pantolon, koyu renkli ayakkabı bulunan ve görüldüğünde tanınabilecek bir şahıs tarafından alındığının belirlendiği, alışveriş merkezinden ayrılırken kamera görüntüsünde tespit edilen kişiye benzer şahıs ile yanında başka bir şahsın olay yerinde görülmesi üzerine, kolluk görevlisi kimlikleri gösterilerek davacı Yakup ile yanında bulunan arkadaşı Mustafa Kumral’ın CMK 147. maddesindeki yasal hakları hatırlatılmak suretiyle şüpheli olarak saat 19:00 sıralarında yakalanıp karakola getirildiği, C. Savcısının talimatı ile davacıdan alınan parmak izleri ile olay yerinden suç delillerinden alınan parmak izlerinin yapılan mukayeselerinde birbirleri ile uyuşmadıkları ve davacının olay ile alakasının olmadığı anlaşıldığından, doktor raporları alınmak suretiyle, saat 21:30’da karakola davacı müdafii olarak çağrılan Av. Ayşe ile birlikte salıverme tutanağı düzenlenerek saat 22:15’te davacının serbest bırakıldığı anlaşılmaktadır. Dolandırıcılık suçu şüphesi ile yakalanıp işlemler için bir süre karakolda tutulan ve daha sonra salıverilen davacı Yakup hakkında yapılan soruşturmanın akıbetinin ne olduğuna ilişkin dosya içerisinde bir bilgi bulunmamaktadır.

Tazminat davalarında yargıç, tarafların ileri sürdüğü hukuki nedenlerle bağlı olmayıp, ileri sürülen olaylara uygulanacak hukuk kurallarını kendiliğinden belirlemek ve uygulamakla yükümlüdür. Haksız bir şekilde yakalanıp, gözaltına alındığından bahisle maddi ve manevi tazminat isteminde bulunan davacının bu istemi konusunda yerel mahkeme tarafından karar verilirken, somut uyuşmazlıkta uygulama olanağı bulunan CMK 141. maddesinin 1. fıkrasının (e) veya (f) bentleri yönünden hiçbir araştırma ve inceleme yapılmamıştır. Yakalanan ve gözaltına alınan davacı ile ilgili olarak Bursa Cumhuriyet Başsavcılığınca ne gibi bir işlem yapıldığı veya karar verildiği dosya içeriğinden anlaşılamamakta olup, davacı hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğinin veya davacı hakkında yüklenen suçla ilgili olarak açılmış olan davanın beraat ile sonuçlandığının saptanması halinde, davacının CMK 141. maddesinin 1. fıkrasının (e) veya (f) bentleri uyarınca tazminat hakkı doğacağı muhakkaktır. Bu nedenle dolandırıcılık suçu şüphesi ile yakalanıp işlemler için bir süre

karakolda tutulan ve daha sonra salıverilen davacı hakkında yapılan soruşturmanın akıbetinin ne olduğunun tespiti ile sonucuna göre hüküm kurulması zorunludur ((CGK 30.3.2010 K. 66).

380. d) KORUMA TEDBİRİ NEDENİYLE TAZMİNAT.

I. Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Hakkında Genel Bilgiler.

1. Gelişme çizgisi.

Haksız yere tutuklananlara Devletin tazminat vermesi ilkesi, çoktandır kanunlara girmiştir.²³⁹⁵ Haksız yakalama ve tutuklama dolayısıyla tazminat isteme hakkı 2004 yılına kadar 466 numaralı Kanunda düzenlenmiş ve tutuklandığı suçundan dolayı beraat eden veya mahkûmiyeti ertelenen kimsenin tutuk kaldığı günlerin bu kararların kesinleşmesinden önce işlediği suçtan dolayı mahkûm olduğu cezadan mahsup edilmesi yasa ile (mülga TCK 403) ve içtihat yolu ile kabul edilmişti. Anayasamıza 2001 yılında madde 19/son'a eklenen hükmün de bu gelişmede payı büyüktür. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 7 numaralı protokolü de bu tazminatın ödenmesini şu kayıt ve şartlarla insan haklarından biri haline getirmiştir: 1) Bir adli hata yapıldığı yeni olay veya eski olayın sonradan öğrenilmesi nedeniyle anlaşılmış olmalı, 2) Bu nedenle kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyeti iptal edilmeli veya bu konuda özel bir af çıkarılmalı, 3) Bu mahkûmiyet yüzünden bir kişi ceza çekmiş olmalı, 4) Bu kişi bilinmeyen olayın zamanında öğrenilmemesinden kısmen veya tamamen sorumlu bulunmamalı. Bu şartlar varsa, o kişinin ceza çekmekle uğradığı zarar o Devlet kanunlarına veya uygulamalarına uygun olarak tazmin edilecektir (m. 3).

Ceza Mahkemeleri Usulü Kanununun 2002 Tasarısı, konunun önemini göz önünde tutarak, bu Kanun hükümlerini Kanun Tasarısının içine (CMKT 132) yerleştirmişti. CMK hazırlanırken bu düzenlemelerin bazıları ile hakimlere karşı açılabilen hukuk davaları,²³⁹⁶ 141 - 144. maddelere yansıdı ve ayrı bir bölüm olarak 'Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat' başlığı altında düzenlendi. Bu düzenleme tüm koruma ve önleme tedbirlerini kapsamadığı, yakalama, tutuklama ve kısmen de arama üzerine yoğunlaştığı için, önemli eksikler içermektedir. Bu nedenle konuyu yakalama bahsinin sonunda ele almaktayız.

2. Mülga 466 Numaralı Kanundaki düzenleme.

Cezadan mahsup etme veya hâkimi kusurlu bulma her zaman mümkün olmadığından, haksız tutuklamalardan dolayı Devletin tazminat ödemesi bizde de gerekmektedir.²³⁹⁷ Anayasa bu boşluğu doldurmuş ve tazminatı gerektiren "haksız tutuklama"dan ne anladığını da belirtmiştir: *Anayasanın 19. maddesinde gösterilmiş olan "Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar "tazminat hukukunun genel prensiplerine" göre Devletçe ödenir"* (AY "2001-4709" 19/9). Anayasada sözü geçen kanun 1964 de kabul olunmuştur.²³⁹⁸ 1964-466 numaralı bu kanun Anayasadan ileri gitmiş ve iki hal daha kabul etmiştir: 1) Sadece Anayasada gösterilenler değil, fakat diğer kanunlardaki hal ve şartlar dışında tutuklanan kişilere de tazminat verilmektedir. Bu konuda özellikle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS 5, 5) hatırlanmalıdır. 2) Kanun dairesinde tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayla son verme, sonsoruşturma açılmaması yahut²³⁹⁹ veya "ceza verilmesine yer olmadığı

²³⁹⁵ 1862 de Belçika'da bu konuda bir teklif yapılmışsa da ilk kanunu kabul etmek şerefi 1884'te Portekiz'e nasip olmuştur. 1953 yılında Roma'da toplanan Ceza Hukuku Milletlerarası Kongresinde de "haksız yere tutuklanan sanığa açık hata hallerinde ve tutuklamanın yersiz olduğu anlaşıldığı takdirde, Devletin bir tazminat ödemesi" temenni edilmiştir.

²³⁹⁶ Hâkimler, Medeni Muhakeme Kanununda (HMK 573) öngörülen sorumluluklarını gerektirecek şekilde hareket etmişlerse, haksız tutuklamalardan dolayı tazminata mahkûm edilebilir. Ancak hâkim, kanunlara uygun olarak tutuklama kararı vermiş olup da neticede sanık beraat ederse, bu tutuklamadan hâkimi sorumlu tutamayız. Diğer taraftan, sanığın haksız yere tutuklandığı da neticede anlaşılmıştır ve bundan sanığın bir zarara uğradığı da muhakkaktır. Ceza dâvası toplum yararına açıldığına göre, bundan bir fert zarar görmüş ise, bu zararı toplum, yani Devlet yüklenmelidir.

²³⁹⁷ *Kunter*: Suçlu olmadıkları halde tevkif edilenlere tazminat verilmesi, Cumhuriyet, 17/5/55; *Erem*, n. 277; *Gölcüklü*, 169; *Taner*: Adli hataların tamiri, MHD, 1956, II, 3.

²³⁹⁸ *Biçer*: Haksızca tutuklananlara Devlet ödencesi, YD 78, 93-113.

²³⁹⁹ Affi kabul etmemek ve beraat istemek hakkını kullanmayan sanık tazminat isteyemez. Ancak bu hak kendisine tanınmıyorsa, tazminat isteyebilmelidir. k-m: CGK 17/1/77 İKİD 77, 5444).

kararı”²⁴⁰⁰ verilenlerin yahut mahkûm olup da tutuk kaldığı süre hükümlülük süresinden fazla olan veya sadece para cezasına²⁴⁰¹ mahkûm olanların uğradıkları her türlü zararları²⁴⁰² da ödettirilmektedir. Sadece, aynı cins suçtan mahkûm olanlar²⁴⁰³ itiyadî suçlar ve suç işlemeği meslek ve geçinme vasıtası haline getirenler bu ilâve hallerin dışında bırakılmışlardır (m. 1: 6-8). İlgilinin kendi kusur veya ihmali ile sebep olmaması da aranmakta idi (91-3696 ile mülga m. 4). Bu kanunun “disiplin yönünden yapılan tutuklamalarda” tazminat kabul etmemesi (m. 6), eğer bu tutuklamalarda Anayasadaki esaslar dışına çıkmışsa, Anayasaya aykırı idi.

Tutuk kaldığı suçun kamu davası zamanaşımı nedeni ile ortadan kaldırılması halinde, davacı tazminat isteyemezdi, çünkü 466 sayılı yasanın birinci maddesine sayılan başvurma şartları arasında «zamanaşımı» gösterilmemişti.²⁴⁰⁴

Tazminatın ödenmesi için Hazine aleyhine²⁴⁰⁵ bir dâva açılıyor ve muhakeme yapılıyordu. “Haksız tutuklama dolayısıyla tazminat dâvası”, mânevî de olabilen²⁴⁰⁶ bir zarara uğrayan kimse tarafından, ikametgâhının bulunduğu yer ağırceza mahkemesine²⁴⁰⁷, ilk muhakemenin yargı ile²⁴⁰⁸ sona erdiğinin öğrenilmesinden itibaren üç ay içinde bir dilekçe²⁴⁰⁹ verilmesiyle açılıyordu. Tazminat dâvası süresinin,

²⁴⁰⁰ Kanunumuzda böyle bir karar yoktur. Ceza Kanunu muhakeme kanunu olmadığından, orada tesadüfen kullanılan sözcüklere bakılamaz. Meselâ meşru müdafaa Ceza Kanunu böyle diyor denemez. Muhakeme Hukukunda bu durumda verilecek kararın adı “beraat”tir. Keza karşılıklı hakarete cezanın düşmesinden sözedilse de, muhakeme kanunumuza göre yine beraat kararı verilmelidir.

²⁴⁰¹ Maksat, hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olmamak olduğuna göre, sadece ordudan ihraç cezasına da (AsCK 153) tazminat ödenmektedir (5. CD 11/7/78 YKD 79, 904).

²⁴⁰² Ödenecek her türlü zarar’dan kasıt, haksız tutuklamadan ileri gelenlerdir. Bunun dışında kalanlar elbet ödenmeyecektir (CGK 17/10/88 YKD 89/1 105). Tazminatın hesabında, duruma göre, tutukluluk günleri için asgarî ücretin üstüne çıkılabilir (5. CD 6/5/81 İKİD 82, 779). Muhakeme masrafları arasında olan avukatlık ücreti, maddi zararlar arasında gösterilemez (k-m: 5. CD 24/11/76 YKD 77, 874). Daha önce ödemek mümkün olmadığından, tazminata faizsiz hükmolunur (CGK 12/3/73, 55-221). Verecek alacak aynı olduğundan hazineye nisbî harç yüklenmez (İçBK: 15/4/74 YKD 75, 16).

²⁴⁰³ Sonradan genel affa uğramış bir suçtan dolayı verilmiş mahkûmiyetin tazminata engel olup olmayacağı sorunu uygulamada hayli tartışmalıdır. Tazminat ödenmeyeceği görüşünde olanlar bunu iki biçimde açıklarlar: Bir görüşe göre, tazminatın kaynağı haksız fiildir. Genel af hukukî soruna ilişmez (*Biçer*: Haksız tutuklananlara Devlet ödencesi, YD 78, 101). Bir diğer görüş ise aynı cins suçtan mahkûmiyette tazminat yasağı koyan kanunun, kişiliğe ve onun suç işleme temayülüne baktığı, genel affın bu kişiliği değiştirmedeği yönündedir (CGK 10/15/82 YKD 82/9 1314). Tazminatı mümkün görenler ise genel affa bütün sonuçların kalktığına, bu nedenle eski mahkûmiyetin hukukî sonuç da doğuramayacağına dayanmaktadır (CGK Azınlığı; 1. CD 16/3/77 YKD 77/8 1153). Bizce, bütün bu tartışmaların kaynağı, tazminat alamamak sonucunun ceza niteliğinin gözden kaçmasıdır. Tazminat alamamak bir çeşit “haktan mahrumiyet”tir ve babalık hakkından mahrumiyet gibi cezaî bir sonuçtur. Tazminat dâvasında gözönünde tutularak mahkûmiyet yargısına bağlandığı için de rastlantılı sonuçlardandır, Genel af bütün cezaî sonuçlar gibi bunu da ortadan kaldırdığından, istisna için sebep kalmayacağından, tazminat kaidesine dönülmek gerekir. (9) Meselâ tutuklama kararı sanığın firarı (1. CD 11/9/73 RKD 73, 37; 5. CD 9/7/74 YKD 756, 122) veya ikrarı (CGK 18/9/73 Biçer’den naklen YD 79, s. 104) nedeniyle verilmişse (Yargıtay firarı adaletten kaçma diye anlamakta, intikam korkusundan kaçmaları kusur saymamaktadır “CGK 29/9/80 YKD 81, 351”). Buna karşılık beraat kararının isabetsizliği araştırılmayacaktır (İçBK: 2/5/77 RG 11/6/77) (Kanuna uygun olan bu kararda, beraat kararı yerine mahkûmiyet kararı verilmediğine göre, yargı otoritesine dayanılmamalıydı. Ancak bu karardan, sanık kusurlu da olsa beraat etmişse tazminat ödeneceliği, haksız beraattan yararlanacağı (*Biçer*: Makale, YD 78, 102) mânâsı çıkarılmamalıdır. Maksat sadece beraatin sübut yönünden yanlış olup olmadığı araştırılmamasıdır. Kusur veya ihmal tam sebep olmamışsa, derecesine göre tazminattan indirme yapılacaktır (m. 4). Yargıtay, tutukluğun hükümlülükten fazla sürmesi halinde de sanığın kusur ve ihmali aranmamakta idi (9. CD 14/10/86 YKD 87/2 306).

²⁴⁰⁴ CGK 31.3.98, E. 1998/9-55, K. 1998/123, YKD 1999, 1059).

²⁴⁰⁵ Hazinenin taraf olduğu, temyiz edebilmesinden bellidir (CGKK 6/11/72 RKD 72, 26). Mahkûmiyet halinde nisbî harç yüklenmemesi (İçBK: 15/4/74 YKD 75/5. 16) taraf olmadığına değil, harcı yerine hazinenin alacağına dayandırılmalıdır.

²⁴⁰⁶ 1. CD 5/5/66 (RKD. III/2, 114). *Erem*, n. 285; *Surlu*: AdD 72, 624.

²⁴⁰⁷ Haksız tutuklama nedeniyle tazminat dâvasına ikametgâhın bulunduğu yerdeki ağırceza mahkemesinin bakması kaide olup özel mahkemeler kanununda istisna bulunmadıkça uygulanması gerekir. Bu nedenle DGM işlemleri hakkında da bu mahkemeye başvurulmalıdır.

²⁴⁰⁸ Bu kararların kesinleşmiş olması uygulamada da aranmaktadır (CGK 1/12/86 YKD 87/7 1072).

²⁴⁰⁹ Deliller eklenmemişse dilekçe reddedilir (m. 2), daha doğrusu kabul edilmez. Bir kere kabul edilirse - bu kabul zımnî de olabilir -, artık reddedilemez (CGK 17/12/73 RKD 74, 36; 16/9/74 YKD 75/8, 66). Kabul etmeme kararına ancak itiraz yolu tanınmaktadır (8. CD 4/4/78 İBD 78, 606; CGK 20/6/88 YKD 89/1 403; 8. CD 4/4/78 YKD 75/5 10). Diğer şartlar varken

öğrenilmeyen bir kararın kesinleşmesinden başlatılması muhakeme hukuku esalarına aykırı olduğundan, tefhim edilmeyen kararlarda, süre tebliğden başlayacaktır. Meselâ Yargıtayın islâh yolu ile verdiği beraat kararında durum böyle idi.²⁴¹⁰ Elbet, beraat kararlarına karşı temyiz dâvasının reddine (yerleşmiş isabetsiz terimle, Yargıtayca kararının onanmasında) da süre bu sonuncu kararın tebliğ tarihinden başlıyordu. Eğer bu mahkemenin haksız muamelesi yüzünden tazminat isteniyorsa, yetkili mahkeme en yakın ağırceza mahkemesi idi (m. 2). Maksat, tesir altında kalabileceğinden haksız muameleyi yapan mahkemenin tazminat dâvasına bakmaması idi. Gerekçede açıkça belirtilen bu maksat, maddede iyi ifade edilmemiştir. Son fıkrayı “tazminat istemine esas olan işlem, işi hükme bağlayan ağır ceza mahkemesince yapılmışsa ve bu mahkeme de ikametgâh yeri ağır ceza mahkemesi ise, bu istemi incelemeye yetkili mahkeme, en yakın ağır ceza mahkemesidir” diye anlamak gerekir. Yani ikametgâh mahkemesi, haksız muameleyi yapan veya hükme bağlayan mahkeme değilse, yetkisiz olması için hiçbir sebep yoktur. Diğer taraftan ikametgâh ağır ceza mahkemesinin işi hükme bağlayan mahkeme olması da yetkisiz olması için yeter sebep değildir. Tazminat istemine esas olan işlemin de bu mahkemece yapılması gerekiyordu.²⁴¹¹ Üyelerden biri gerekli soruşturmayı yapar ve sonunda savcının yazılı mütalâasını alıyor, kararı mahkeme duruşması²⁴¹² veriyordu. Karara karşı temyiz yolu açıktı (m. 3).

3. Tazminat Komisyonuna müracaat yolu.

Tazminat Komisyonu Adalet Bakanlığının merkez teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında çalışan hâkim ve savcılar arasından Adalet Bakanı tarafından atanacak dokuz kişiden oluşur (TazKK 4/1). Komisyon başkanını Adalet Bakanı belirler. Komisyonun sekreteryaya hizmetleri Bakanlık tarafından yürütülür (TazKK 4/4). Kamu kurum ve kuruluşları ile yargı mercileri, Komisyonun görevi kapsamında ihtiyaç duyduğu her türlü bilgi ve belgeyi gecikmeksizin Komisyona göndermek zorundadır (TazKK 4/5). Müracaatın ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve verilecek tazminat miktarının saptanmasında Komisyon, gerekli gördüğü araştırmaları yapmaya veya üyelerden birine yaptırmaya ya da Cumhuriyet başsavcılıklarından bilirkişi incelemesi yapılmasını talep etmeye yetkilidir (TazKK 4/6).

a) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuş olanların müracaatı.

Tazminat için müracaat, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru tarihini ve numarasını gösteren resmi kayıt kabul mektubu, başvuru formu ve diğer ilgili bilgi ve belgelerle birlikte, müracaat edenin kimlik bilgilerini içeren imzalı bir dilekçeyle doğrudan Komisyona veya Cumhuriyet başsavcılıkları aracılığıyla yapılır, elektronik ortamda da yapılabilir (TazKK 5/1, 5). Bu Kanun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan müracaatlar bakımından 23/9/2012 tarihi itibarıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde kaydedilmiş başvurular hakkında uygulanır (TazKK 9/1).

Mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği, iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılmış başvurular hakkında Tazminat Komisyonuna müracaat edilebilir.

b) Muhakemenin makul sürede sonuçlandırılmadığını iddia edenlerin müracaatı.

Ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki muhakemelerin makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla (TazKK 2/3-a) manevi tazminat almak üzere Komisyona müracaat, soruşturma, kovuşturma veya yargılama sürecinde ya da en geç bunların kesin bir kararla sonuçlandığının öğrenilmesinden itibaren bir ay içinde yapılır. Haklı bir

sadece ikametgâh mahkemesine başvurulmaması halinde, dilekçe reddedilememeli, (yer yönünden) yetkisizlik kararı verilmelidir (9. CD 21/2/79, YKD 79 1098).

²⁴¹⁰ İçBK: 21/4/75 YKD 75/5, 10.

²⁴¹¹ (CGK 26/10/64, *Çağlayan* “66” I, 610). Tutuklama veya tutukluğun devam kararı vermediği bir kimseyi beraat ettiren ağırceza mahkemesini yetkili saymamak (1. CD 7/4/66, *Çağlayan* “66” I, 605) haksız işlemin beraat kararı vermek olduğu mânâsına gelir ki kabul olunamaz. Keza mahkeme ile başkanlığın aynı şeyler olmadığına dikkat edilmelidir. Başkan karar vermiş ise başka mahkemeye gitmez (3. CD 27/2/76 YKD 77, 1009 ve bu kararda zikredilen CGK 31/3/75). Ancak bu durumda başkan kurula katılmamalıdır (CGK 2/7/73 *Biçer*’den naklen YD 78, 112).

²⁴¹² 1. CD 12/2/70 *Alicanoğlu*, 236.

mazeret nedeniyle süresi içinde müracaat edemeyenler, mazeretin kalktığı tarihten itibaren on beş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte müracaat edebilirler (TazKK 5/A/1).

c) *Anayasa Mahkemesinde bulunan bazı bireysel başvurular hakkında Komisyona müracaat*

GEÇİCİ MADDE 2- (Ek:25/7/2018-7145/20 md.)

(1) Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında olup, münhasıran 9/3/2023 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesinde derdest olan bireysel başvurular, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verilen kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren üç ay içinde yapılacak müracaat üzerine Komisyon tarafından incelenir.^[11]

(2) Komisyona müracaat, müracaat edenin kimlik bilgileri ile Anayasa Mahkemesine başvuru tarihi ve numarasını içeren imzalı bir dilekçeyle yapılır. Dilekçeye, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruya ilişkin form, kabul edilemezlik kararı ve bu kararın tebliğine dair belge ile ihlal iddiasına ilişkin diğer bilgi ve belgeler eklenir.

(3) Müracaat evrakındaki eksikliğin giderilmesi için müracaat edene otuz günü geçmemek üzere süre verilir. Bu süre içinde, geçerli bir mazeret olmaksızın eksikliğin tamamlanmaması hâlinde müracaat reddedilir.

(4) Bu madde uyarınca Komisyona gelen müracaatlar bakımından 7 nci maddenin birinci fıkrasındaki dokuz aylık süre, on altı ay olarak uygulanır.

GEÇİCİ MADDE 3- (Ek:2/3/2024-7499/32 md.)

(1) 2 nci maddenin üçüncü fıkrasının (a) bendi kapsamında olup;

a) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Anayasa Mahkemesinde inceleme süreci devam eden bireysel başvuruları, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verilen kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren,

b) Anayasa Mahkemesinin incelemenin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmediği gerekçesiyle düşme kararı verdiği bireysel başvuruları, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten veya düşme kararının tebliğinden itibaren,

c) Anayasa Mahkemesinin incelemenin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmediği gerekçesiyle verdiği düşme kararı üzerine veya 10/10/2023 tarihinden itibaren doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuruları, bu Mahkemenin münhasıran iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması gerekçesine dayanan kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren,

üç ay içinde yapılacak müracaat üzerine Komisyon inceler.

(2) Birinci fıkranın (a) ve (b) bentleri kapsamında Komisyona müracaat, müracaatta bulunan kişinin kimlik bilgileri ve adresi ile Anayasa Mahkemesine başvuru tarihi ve numarasını içeren imzalı bir dilekçeyle yapılır. Dilekçeye, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruya ilişkin form, kabul edilemezlik veya düşme kararı ve bu kararın tebliğine dair belge ile ihlal iddiasına ilişkin diğer bilgi ve belgeler eklenir. Birinci fıkranın (c) bendi kapsamında Komisyona müracaat, 5 inci maddede belirlenen usule göre yapılır.

(3) Komisyon, dilekçedeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi hâlde istemin reddedileceğini ilgiliye bildirir. Dilekçedeki eksikliğin süresinde tamamlanmaması halinde müracaat, Komisyonca reddolunur.

(4) Komisyona, Ceza Muhakemesi Kanununun 142 nci maddesinin ikinci fıkrası kapsamındaki istemler bakımından 1/6/2024 tarihinden sonra müracaat edilebilir.

(5) Komisyonun iş yoğunluğu dikkate alınarak Adalet Bakanı tarafından, Komisyon bünyesinde ilave heyetler oluşturulması amacıyla üye ataması yapılabilir. Bu üyeler Komisyon üye tam sayısına dâhil değildir. Bu fıkra hükmü, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle uygulanır. Adalet Bakanı bu süreyi iki yıl daha uzatabilir.

ç) *Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemiyle müracaat*

Adli kontrol tedbirinin bütün suçlarda uygulanmasından sonra en önemli değişiklik, adli kontrolün tutuklama kararı verilmesini ön koşulu haline getirilmesidir (CMK 101/2). 2024 yılında 7499 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle²⁴¹³ de yakalanan kişilere tanınan CMK 141 tazminatı isteme hakkı adli kontrol altına alınanları da kapsayacak ve hapis cezasından mahsup edilecek şekilde genişletilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuruların tazminat ödenmek suretiyle iç hukukta çözülmesi için 2013 yılında yayınlanan 6384 sayılı Kanunun (TazKK) kapsamı 2024 yılında 7499 sayılı Kanun ile genişletilmiş ve koruma tedbiri tazminatı istemlerinden yakalama ve tutuklamadan veya konutunu terk etmemek (CMK 141/1-e), bağımlılıktan kurtulmak için hastaneye yatmak gibi bir adli kontrol yükümlülüğü uygulandıktan sonra haklarında KYOK veya beraat kararı verilen (CMK 141/1-L), tutukluluk süresi hükümlülük süresinden fazla olan (CMK 141/1-f) kişilerin de bu istemlerini ağır ceza mahkemesine değil, Tazminat Komisyonuna yöneltmeleri esası benimsenmiştir (TazKK 2/3).

2 nci maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendi uyarınca Komisyona müracaat, karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde yapılır (TazKK 5/B/1).

(2) Ceza Muhakemesi Kanununun 142'nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ağır ceza mahkemesinin görevi kapsamında olmasına rağmen Komisyona yapılan istemler, ağır ceza mahkemesine gönderilir. Komisyonun görev alanına giren ve girmeyen istemler birlikte yapılmış ise Komisyon görev alanına girmeyen istemleri ayırmak suretiyle ağır ceza mahkemesine gönderir. Bu hallerde Komisyona yapılan istem tarihi esas alınır. Komisyon ile ağır ceza mahkemesi arasında görev konusunda anlaşmazlık çıkması halinde Komisyonun görevine giren işlerin tespiti amacıyla ağır ceza mahkemesi veya Komisyon, kesin olarak karar verilmek üzere Ankara Bölge Adliye Mahkemesine başvurur (TazKK 5/B/2).

(3) Komisyon, tazminat istemlerine ve tazminatın geri alınmasına ilişkin yapacağı değerlendirmede Ceza Muhakemesi Kanununun 141 inci, 143'üncü ve 144'üncü maddelerini uygular. Komisyon tarafından verilen tazminatlarla ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 143'üncü maddesi uyarınca Cumhuriyet savcısının tazminatın geri alınmasına ilişkin yazılı istemleri Komisyona yapılır (TazKK 5/B/3).

(4) Bu madde uyarınca yapılacak müracaatlar hakkında 5 inci maddenin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları ile 5/A maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanır (TazKK 5/B/4).

d) Müracaatın incelenmesi ve verilen karar.

MADDE 6 – (1) Komisyon;

a) Müracaat konusu başvurunun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu dışındaki diğer kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığını,

b) Komisyona süresinde müracaat edilmediğini,

c) Müracaat edenin hukuki menfaati olmadığını,

ç) Müracaatın 2 nci madde kapsamına girmediğini,

tespit ederse müracaatı reddeder (TazKK 6).

MADDE 7 – (1) Komisyon, 2'nci maddenin birinci ve ikinci fıkraları kapsamında yapılan müracaatlar hakkında dokuz ay içinde karar vermek zorundadır (TazKK 7/1).

²⁴¹³ 2024-7499 sK m. 12: Ceza Muhakemesi Kanununun 141 inci maddesinin birinci fıkrasının (k) bendinde yer alan “Yakalama” ibaresi “Yakalama, adli kontrol” şeklinde değiştirilmiş, birinci fıkrasına (k) bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki bent eklenmiş ve ikinci fıkrasında yer alan “(e) ve (f) bentlerinde” ibaresi “(e), (f) ve (l) bentlerinde” şeklinde değiştirilmiştir: “l) Konutunu terk etmemek veya uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla hastaneye yatmak dâhil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek şeklindeki adli kontrol yükümlülükleri uygulandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen,”. Ancak bu değişiklik 1/6/2024 tarihinden sonra kesinleşen karar veya hükümler bakımından uygulanmıştır (2014-7499 sK Geçici m. 22).

(2) Komisyon, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin emsal kararlarını da gözetmek suretiyle müracaat konusunda gerekçeli olarak karar verir (TazKK 7/2).

(3) **(Ek:2/3/2024-7499/30 md.)** Komisyon, usul ekonomisini gözeterek benzer nitelikteki müracaatları birleştirerek karar verebilir (TazKK 7/3).

(4) Komisyon kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Komisyon aracılığıyla Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz dilekçesi müracaata ilişkin diğer tüm belgelerle birlikte derhal itiraz merciine gönderilir. Bu itiraz öncelikli işlerden sayılarak üç ay içinde karara bağlanır. Mahkeme tarafından Komisyon kararı yerinde görülmezse işin esası hakkında karar verilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir (TazKK 7/4).

(5) Ödenmesine karar verilen tazminat, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde Bakanlık tarafından ödenir. Ödemeye ilişkin düzenlenecek kâğıtlar damga vergisinden, yapılacak işlemler harçlardan müstesnadır (TazKK 7/5).

Kararın ilgili adli veya idari mercie bildirim

MADDE 8 – (1) Komisyona yapılan müracaat sonucunda Komisyonun kesinleşen kararlarının bir örneği müracaata konu işlemin yapıldığı adli veya idari mercie gönderilir.

(2) Müracaata konu işlem henüz sonuçlandırılmamışsa ilgili adli veya idari merci tarafından bu işlem ivedilikle sonuçlandırılır (TazKK 8/2).

II. Kanuna Aykırı Uygulanan Koruma Tedbiri Nedeniyle Tazminat.

Soruşturma veya kovuşturma evresinde uygulanan sınırlı sayıda sayılan koruma tedbirlerinde kanunlarda belirlenen koşullar dışına çıkılırsa, şüpheli veya sanık karar veya hükmün kesinleşmesinden sonra ağır ceza mahkemesinde tazminat isteminde bulunabilmektedir (CMK 141, 142). Kanunda sayılan hallerin içtihatla genişletilmesi girişimleri de vardır.

1. Yakalama veya tutuklama tedbirleri nedeniyle tazminat istenebilen haller.

a) Kanunda belirlenen koşullar dışında yakalama, tutuklama veya tutukluluğunun devamına karar verilmesi.

Haklı neden olmadan yakalanan kişi tazminata hak kazanır (CMK 141/1-a).

b) Yakalama veya tutuklama nedeni ve suçlamanın bildirilmemesi.

Yakalama nedeni ve hakkındaki suçlama kendisine bildirilmeyen kişi tazminat isteyebilir (AY 19/4, CMK 101/2, PVSK 13) (CMK 141/1-g).

c) Yakalananın veya tutuklanan kişinin yakınlarına bildirim yapılmaması.

Yakalanan kişinin yakınlarına bildirilmemesi halinde kişi tazminat isteyebilir (AY 19/6, CMK 95, 101/2) (CMK 141/1-h).

ç) Kanuni gözaltı süresi içerisinde hâkim önüne çıkarılmama.

Yakalanan kişi Kanunda öngörülen süre içinde serbest bırakılırsa, tazminat isteyemez.²⁴¹⁴ (CMK 141/1-d).

d) Tutuklama sırasında hakların hatırlatılmaması veya hatırlatılan haklardan yararlanma isteğinin yerine getirilmemesi.

Bu tazminat sebebi 466 numaralı Kanunda yoktu. Eklenmesi yerinde olmuşsa da hangi hakların hatırlatılması gerektiği, Kanunda sayılmamıştır (CMK 90) (CMK 141/1-e).

e) Yakalama veya tutuklama işlemine karşı başvuru veya kanun yolu hakkının kullandırılmaması.

Yakalanan kişinin CMK 91/5'den kaynaklanan sulh ceza hakimine başvuru hakkı vardır. Tutuklama kararı ana marşı ise itiraz edilebilir.

²⁴¹⁴ 8. CD 26.9.2005, 4844-8800; Erel a.g.m.

f) Kanuna uygun olarak tutuklanan kişi hakkında kamu davası açılarak, makul sürede mahkeme önüne çıkarılmaması.

görülme ve makul süre içinde hakkında hüküm verilmeyen kişi, tazminat isteyebilir. Tutuklamada makul süre (İHAS 5) ve muhakemede makul süre (İHAS 6) aşılırsa, bireysel başvuru yolu açılacağından, iç hukukta bunun düzenlenmesi yerinde olmuştur (CMK 102, 108) (CMK 141/1-d).

g) Tutuklu hakkındaki kamu davasında makul sürede hüküm verilmemesi.

İç hukukta bunun düzenlenmesi yerinde olmuştur (CMK 102, 108) (CMK 141/1-d).

h) Kanuna uygun yakalanan veya tutuklanan kişi hakkında kovuşturma açılmaması veya beraat kararı verilmesi.

Kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara itiraz süresinin dolması (CMK 172), itirazın reddedilmesi (CMK 173) halinde veya beraat kararının (CMK 223/2) kesinleşmesi durumunda, kanuna uygun olarak yakalanan veya tutuklanan kişi, “bir gün” süre ile olsa dahi, özgürlüğü kısıtlanmış olursa, tazminata hak kazanır (CMK 141/1-e).²⁴¹⁵

i) Tutukluluk süresinin hükümlülük süresini aşması.

Mahkûm olan, fakat tutuklulukla geçen süresi hükümlülük süresinden fazla olan kişi tazminat isteyebilir (CMK 141/1-f).

j) Kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması.

Kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olmasına rağmen özgürlüğü koruma tedbiri nedeniyle kısıtlanan kişi de devletten tazminat isteyebilir (CMK 141/1-f).

2. Diğer koruma veya önleme tedbirleri nedeniyle tazminat istenebilen haller.

a) Arama.

Hukuka uygun verilmiş olan arama kararının ölçüsüz bir şekilde uygulanması tazminat sebebi sayılmıştır. Bu tazminat sebebi de yenidir. Aranan şeyin niteliği “ölçüyü” belirleyecektir.

b) Elkoyma.

Mal varlığı değerlerine koşul oluşmadığı halde el konulan kişi tazminat isteyebilir. Bu da yeni bir tazminat sebebidir.

c) İletişimin denetlemesi.

İletişimin denetlenmesinde, hukuka aykırı denetleme halinde, idareye karşı tazminat davası açılması kabul edilmektedir.²⁴¹⁶

²⁴¹⁵ 8. CD 18.7.2005, 9699 -7727, Erel a.g.e.

²⁴¹⁶ Danıştay 10 Dairesi, 21.1.2004 K. 2004/472: Telefon konuşmalarının mahkeme kararı olmaksızın dinlenmesi dolayısıyla uğranılan manevi zararın faizi ile birlikte tazmini istemiyle, idare mahkemesine dava açılmıştır. İdare mahkemesi “telekulak” skandalı olarak bilinen olayda; sorumlular hakkında soruşturma açılmış olmasının sorumluluğu kaldırmayacağını, sadece idareye sözkonusu kişilere rücu etme imkanı vereceği, fakat davacının uğradığı manevi zararın ağır hizmet kusuru bulunan davalı idarece, manevi tazminatın niteliği de gözönüne alınmak suretiyle tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Manevi tazminatın kişilerin mal varlığında meydana gelen azalmasını telefi etmeye yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi yönden duyulan acı ve ızdırabı gidermeye yönelik manevi bir tatmin aracı olduğundan manevi tazminat miktarının olayın gelişimi, ilgilinin durumu, idarenin olaydaki kusurunun niteliği ve ağırlığı gözetilerek belirtilmesinin zorunlu olduğu, davada hukuk dışı olarak davacıya ait telefon konuşmalarının dinlenmesi ve bu durumun basında yer alması davacı hakkında gerek çevresinde gerekse kamuoyunda şüphe ve tereddütler doğmasına neden olduğundan hakları zedelenen davacının ve davalı idarenin ağır hizmet kusuru dikkate alınarak 1.000.000.000 TL. Manevi tazminatın ödenmesi gerektiği, manevi tazminata yasal faiz işletilmesine yer olmadığı gerekçesi ile kısmen tazminat isteminin kabulü kısmen ise davanın reddine karar verilmiştir. Davalı idare ve davacı, kararın temyizden incelenmesini istemişlerdir. Danıştay 10. Dairesi temyize konu idare mahkemesi kararının manevi tazminata ilişkin hüküm fıkrasını hukuka uygun bulmuştur. Davacının yasal faize ilişkin temyiz istemi hakkında ise şu kararı vermiştir: “Manevi tazminat, patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi tatmin aracıdır. Başka türlü giderim yollarının bulunmaması veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir. Bunun sonucunda manevi zararın telafisi için hükmedilecek miktara, idareye başvuru tarihinden itibaren faiz yürütülmesi 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun gereğidir. Bu durumda Mahkeme kararının hükmedilen manevi tazminata yasal faiz uygulanması isteminin reddine

3. Haklarını öğrenme hakkı.

Bir kişinin hakkında uygulanan koruma tedbiri nedeniyle tazminat isteyebilmesi için, tazminat isteme hakkı olduğunu da bilmesi gerekir.

Kanun, bunu sağlamak amacıyla, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı veya beraat kararı verilen kişilere tazminat isteme hakkı olduğunu bildirimini ve bu hususun karara geçirilmesini öngörmüştür (CMK 141/2).

Bunun yanında, hakkında mahkûmiyet kararı verilen kişilerin gözaltı veya tutuklulukta geçen süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla ise veya sadece para cezasını öngören bir suç dolayısıyla yakalanan veya tutuklanan kişilere tazminat isteme hakları bildirilecektir (CMK 141/2).

Kanunda sadece 141/1 (e) ve (f) bentlerindeki hallerde hak öğretme mecburiyetinin gösterilmesi diğerlerinde mecbur tutulmaması yerinde olmamıştır.

III. Koruma Tedbiri Nedeniyle Tazminat Davası.

1. Tazminat İsteminin Koşulları.

Tazminat istemi talebe bağlıdır. Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her halde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat istenebilir (CMK 142/1).

Bu istem bir tali davadır. Tali dava zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde, o mahkeme ile ilgili bir işlem dava konusu ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa en yakın yer ağır ceza mahkemesinde açılır ve karara bağlanır.

Dilekçede açık kimlik ve adres ile zarara uğradığı işlemin niteliği ve uğradığı zararın özelliklerini bildirmesi gereklidir. Zararın belgesinin de dilekçeye eklenmesi gereklidir (CMK 142/3).

Mahkeme dilekçeyi inceleyerek kabul açısından bir değerlendirme yapar. Belge yetersizse eksikliğin giderilmesi için ilgiliye duyuru yapar. Duyuruda eksiklik giderilmediği takdirde istemin reddedileceği de duyurulur. Eğer süresi içerisinde eksiklik tamamlanmazsa dilekçe reddolunur.

Bu red kararına karşı itiraz yolu açıktır (CMK 142/4).

Mahkeme tali davayı kabul ederse, dilekçenin bir örneğini devlet hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ eder ve iki hafta içinde yazılı görüş bildirmesini ister (CMK 142/5).

Mahkeme tazminat konusunda karar vermek için, gerekli her türlü araştırmayı yapabilir. Gerekli gördüğünde naiip hâkim görevlendirerek bu araştırmayı yaptırır. Tazminatın miktarının belirlenmesinde *tazminat hukukunun genel prensiplerine göre karar verilir* (CMK 142/6). Bu husus Anayasada 2001 yılında 4709 numaralı kanunla 19 uncu maddenin son fıkrasına eklenen kuralı karşılamaktadır.

Tazminat kararı duruşmalı olarak verilir. Mahkeme istemde bulunanı, cumhuriyet savcısını ve hazine temsilcisini dinledikten sonra kararını verir (CMK 142/7).

Tazminat kararına karşı istinaf yolu açılmıştır. İstemde bulunan, Cumhuriyet savcısı ve hazine temsilcisi istinaf yoluna başvurabilir. İstinaf incelemesi öncelikle ve ivedilikle yapılır (CMK 142/8).

2. Tazminat miktarı.

1964-466 numaralı Kanunun kapsadığı konuların Ceza Muhakemesi Kanununa alınması ve genişletilerek düzenlenmesi yerinde olmuştur. Ağır ceza mahkemelerine ek bir iş yükü gibi gözüke dahi, düzenlediği haklar bakımından Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde mahkûm olduğu konularda yapılacak bireysel başvuruların önünü kesmesi bakımından, önemli bir düzenlemedir.

ilişkin kısmında hukuki isabet görülmemiştir.” Açıklanan nedenlerle, davacı temyiz isteminin kısmen kabulü ile hükmedilen manevi tazminata yasal faiz uygulanması isteminin reddine ilişkin kısmının bozulmasına oy çokluğu ile davalı idare temyiz isteminin reddi ile, anılan idare mahkemesinin manevi tazminata hükmedilmesine ilişkin kısmının onanmasına ve bozulan kısım hakkında yeniden karar verilmiş üzere dosyanın idare mahkemesine geri gönderilmesinde 21.1.2004 tarihinde oy çokluğu ile karar verilmiştir.

İç hukuk yollarının tüketilmesini sağlaması isteniyorsa, etkin bir araştırma ve hakkaniyete uygun, yüksek tazminat rakamlarına hükmedilmesi gerekecektir. Ancak, Yargıtay “zenginleşmeye yol açmayacak biçimde” tazminat verilmesini istemektedir.²⁴¹⁷

Başvurunun “karar” veya “hükümlerin” kesinleştiğinin tebliğinden itibaren yapılacağı gözönünde tutulursa, bazı durumlarda görülmekte olan davanın sona ermesini beklemeden tazminat istenebileceği anlaşılmaktadır. Bu da olumlu bir gelişmedir. Anayasa’da 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra, Yargıtay hükmedilen tazminata faiz eklenmesine karar vermiştir. Faiz tutuklandığı günden itibaren hesaplanır.²⁴¹⁸

3. Tazminatın geri alınması.

Beraat ettiği veya hakkında takipsizlik kararı verildiği için kendisine tazminat ödenenler, kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararın sonradan kaldırılarak hakkında kamu davası açılması ve mahkûm edilmesi durumunda ve ayrıca yargılamanın aleyhte yenilenmesiyle beraat kararı kaldırılıp mahkûm edilmesi durumunda, tazminatların mahkûmiyet süresine ilişkin kısmı Cumhuriyet savcısının talebi üzerine aynı mahkemeden alınacak bir kararla geri alınır.

Geri alma konusunda kamu alacaklarının tahsiline ilişkin mevzuat hükümleri uygulanır.

Geri alma kararı itiraz edilebilen kararlardandır (CMK 143/1).

Kamu görevlisinin sebebiyet verdiği hak kısıtlamalarından dolayı devletin ilgiliye tazminat ödediği durumlarda bu tazminat, koruma tedbiri ile ilgili olarak “görevini kötüye kullanan” kamu görevlilerine rücu edilir (CMK 143/2).

Bir kişinin iftira (TCK 267) atılması veya yalan tanıklık nedeniyle (TCK 272) gözaltına alınması ve tutuklanması durumunda devlet ödediği tazminatı iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye de rücu eder (CMK 142/3).

4. Tazminat isteyemeyecek kişiler.

Kanun bazı durumlarda kanuna uygun olarak yakalanan, adli kontrol altına alınan veya tutuklanan kişilerin tazminat isteyemeyeceğini hükme bağlamıştır (CMK 144): a) Gözaltı ve tutukluluk süresi başka bir hükümlülüğünden indirilenler, b) Sonradan yürürlüğe giren ve lehte düzenlemeler getiren kanun gereği durumu tazminat istemeye uygun hale dönüşenler, c) Takipsizlik kararı veya düşme kararı genel af veya özel af, şikayetten vazgeçme ve uzlaşma gibi nedenlerle verilmişse veya kamu davası geçici olarak durdurulmuş, ertelenmiş veya düşürülmüşse, d) kusur yeteneğinin bulunmaması sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmişse, e) suç işlediğini veya suça katıldığını gerçek dışı bir şekilde adli makamlara bildirerek bizzat kendisinin gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına neden olanlar tazminat isteyemezler.

Eğer sanık suçunu ikrar etmişse, fakat bu ikrar başkasının suçunu kabullenmek için yapılmışsa, sanık hem bir suç işlemiş olmakta (TCK 270), hem de tazminat isteyememektedir.

5. CMK 141 in yürürlüğü.

Koruma tedbirleri nedeni ile tazminatı düzenleyen CMK 141 ilâ 144’üncü maddelerin hükümleri 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren yapılan işlemler hakkında geçerlidir. Bu tarihten önceki işlemler hakkında 1964-466 numaralı Kanun uygulanacaktır (5320 sayılı K. m. 6/1).

6. AYM ve AİHM’e bireysel başvuru.

Özgürlüğü kısıtlanan kişiler iç hukuk yollarını tükettikten sonra, AİHM’ye bireysel başvuruda bulunabilirler. Ancak buradaki başvuru yolu, özgürlük kısıtlamasına karşı kabul edilmiştir. Esas hükmün kesinleşmesi beklenmez.

7. 2024-7499 sK ile yapılan değişiklik.

²⁴¹⁷ 8.CD 18.4.2005, 9674-2340; Erel a.g.e.

²⁴¹⁸ CGK 13.11.2004, 177-203; CGK 20.9.2005, 1-88-98; Erel a.g.e.

a) CMK da yapılan değişiklik.

2024-7499 sK m. 13- 5271 sayılı Kanununun 142 nci maddesinin ikinci ve sekizinci fıkralarına sırasıyla aşığıdaki cümleler eklenmiş ve beşinci fıkrasında yer alan “onbeş gün” ibaresi “iki hafta” şeklinde değiştirilmiştir.

“Ancak, 141 inci maddenin birinci fıkrasının (e), (f) ve (l) bentleri kapsamındaki istemler bakımından 9/1/2013 tarihli ve 6384 sayılı Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Bu fıkra uyarınca 6384 sayılı Kanun kapsamında olmasına rağmen ağır ceza mahkemesine yapılan istemler, Komisyona gönderilir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren ve girmeyen istemler birlikte yapılmış ise ağır ceza mahkemesi görev alanına girmeyen istemleri ayırmak suretiyle Komisyona gönderir. Bu hâllerde ağır ceza mahkemesine yapılan istem tarihi esas alınır.”

“Karar yerinde görülmezse bölge adliye mahkemesince işin esası hakkında karar verilir. Bölge adliye mahkemelerince bu fıkra uyarınca verilen kararlar kesindir.”

2024-7499 sK m. 5271 sayılı Kanuna aşığıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 6- (1) Bu maddeyi ihdas eden Kanunla bu Kanunda yapılan düzenlemeler bakımından aşığıdaki hükümler uygulanır:

(4) Bu maddeyi ihdas eden Kanunla 142 nci maddede yapılan değişiklikler, 1/6/2024 tarihinde ve sonrasında yapılan istemler bakımından uygulanır. Bu tarihten önce yapılan istemlere, kesinleşinceye kadar bu maddeyi ihdas eden Kanunla 142 nci maddede yapılan değişiklikten önceki hükümlere göre yargı mercilerince bakılmaya devam olunur. Bu fıkrada yer alan düzenlemeler ile bu maddeyi ihdas eden Kanunla 142 nci maddede yapılan değişiklikler, mülga 7/5/1964 tarihli ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun uyarınca yapılan veya yapılacak olan istemler hakkında da kıyasen uygulanır.”

b) Tazminat Komisyonu Kanunundaki düzenleme.

2024-7499 sK m. 23- 9/1/2013 tarihli ve 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanunun adı “Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun” şeklinde ve 1 inci maddesi aşığıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 1- (1) Bu Kanunun amacı, Tazminat Komisyonunun görevleri ile çalışma usul ve esaslarını belirlemektir.”

2024-7499 sK m. 24- 6384 sayılı Kanununun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasına “suretiyle,” ibaresinden sonra gelmek üzere “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılmış başvurulara ilişkin” ibaresi eklenmiş, ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşığıdaki fıkra eklenmiş ve diğer fıkra buna göre teselsül ettirilmiştir.

“(3) Bu Kanun;

a) Ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla manevi tazminat,

b) 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 142 nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca koruma tedbirleri nedeniyle oluşan maddi ve manevi her türlü zararın tazmini,

istemiyle Komisyona yapılan müracaatları da kapsar.”

2024-7499 sK m. 25- 6384 sayılı Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde yer alan “Komisyonu,” ibaresi “Tazminat Komisyonunu,” şeklinde değiştirilmiştir.

2024-7499 sK m. 26- 6384 sayılı Kanununun 4 üncü maddesine aşığıdaki fıkralar eklenmiştir.

“(6) Müracaatın ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve verilecek tazminat miktarının saptanmasında Komisyon, gerekli gördüğü araştırmaları yapmaya veya üyelerden birine yaptırmaya ya da Cumhuriyet başsavcılıklarından bilirkişi incelemesi yapılmasını talep etmeye yetkilidir.

(7) Komisyonun giderleri, Bakanlık bütçesinden karşılanır.”

MADDE 27- 6384 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin başlığı “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuş olanların Komisyona yapacağı müracaatın şekli ve süresi” şeklinde değiştirilmiş, maddeye dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve diğer fıkra buna göre teselsül ettirilmiştir.

“(5) Müracaat, elektronik ortamda da yapılabilir. Müracaatların elektronik ortamda yapılmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından belirlenir.”

2024-7499 sK m. 28- 6384 sayılı Kanuna 5 inci maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“Yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla yapılacak müracaatın şekli ve süresi

MADDE 5/A- (1) 2 nci maddenin üçüncü fıkrasının (a) bendi uyarınca Komisyona müracaat; soruşturma, kovuşturma veya yargılama sürecinde ya da en geç bunların kesin bir kararla sonuçlandığının öğrenilmesinden itibaren bir ay içinde yapılır. Haklı bir mazeret nedeniyle süresi içinde müracaat edemeyenler, mazeretin kalktığı tarihten itibaren on beş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte müracaat edebilirler.

(2) Müracaatta bulunan kişinin dilekçesinde, açık kimlik ve adresini, zarara uğradığı işlemi, zararın nitelik ve niceliğini belirtmesi ve bunların belgelerini dilekçesine eklemesi gereklidir.

(3) Komisyon, dilekçedeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi hâlde istemin reddedileceğini ilgiliye bildirir. Dilekçedeki eksikliğin süresinde tamamlanmaması halinde müracaat, Komisyona reddolunur.

(4) Bu madde uyarınca yapılacak müracaatlar hakkında 5 inci maddenin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları uygulanır.”

2024-7499 sK m. 29- 6384 sayılı Kanuna 5 inci maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemine ilişkin usul ve esaslar

MADDE 5/B- (1) 2 nci maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendi uyarınca Komisyona müracaat, karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde yapılır.

(2) Ceza Muhakemesi Kanununun 142 nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ağır ceza mahkemesinin görevi kapsamında olmasına rağmen Komisyona yapılan istemler, ağır ceza mahkemesine gönderilir. Komisyonun görev alanına giren ve girmeyen istemler birlikte yapılmış ise Komisyon görev alanına girmeyen istemleri ayırmak suretiyle ağır ceza mahkemesine gönderir. Bu hallerde Komisyona yapılan istem tarihi esas alınır. Komisyon ile ağır ceza mahkemesi arasında görev konusunda anlaşmazlık çıkması halinde Komisyonun görevine giren işlerin tespiti amacıyla ağır ceza mahkemesi veya Komisyon, kesin olarak karar verilmek üzere Ankara Bölge Adliye Mahkemesine başvurur.

(3) Komisyon, tazminat istemlerine ve tazminatın geri alınmasına ilişkin yapacağı değerlendirmede Ceza Muhakemesi Kanununun 141 inci, 143 üncü ve 144 üncü maddelerini uygular. Komisyon tarafından verilen tazminatlarla ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 143 üncü maddesi uyarınca Cumhuriyet savcısının tazminatın geri alınmasına ilişkin yazılı istemleri Komisyona yapılır.

(4) Bu madde uyarınca yapılacak müracaatlar hakkında 5 inci maddenin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları ile 5/A maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanır.”

2024-7499 sK m. 30- 6384 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “müracaat” ibaresi “2 ncimaddenin birinci ve ikinci fıkraları kapsamında yapılan müracaatlar” şeklinde değiştirilmiş, ikinci fıkrasına “Komisyon,” ibaresinden sonra gelmek üzere “Anayasa Mahkemesi ve” ibaresi eklenmiş, maddeye ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiştir.

“(3) Komisyon, usul ekonomisini gözeterek benzer nitelikteki müracaatları birleştirerek karar verebilir.”

MADDE 31- 6384 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin birinci fıkrasına “Bu Kanun,” ibaresinden sonra gelmek üzere “2 nci maddenin birinci ve ikinci fıkraları kapsamında yapılan müracaatlar bakımından” ibaresi eklenmiştir.

MADDE 32- 6384 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 3- (1) 2 nci maddenin üçüncü fıkrasının (a) bendi kapsamında olup;

a) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Anayasa Mahkemesinde inceleme süreci devam eden bireysel başvuruları, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verilen kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren,

b) Anayasa Mahkemesinin incelemenin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmediği gerekçesiyle düşme kararı verdiği bireysel başvuruları, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten veya düşme kararının tebliğinden itibaren,

c) Anayasa Mahkemesinin incelemenin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmediği gerekçesiyle verdiği düşme kararı üzerine veya 10/10/2023 tarihinden itibaren doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuruları, bu Mahkemenin münhasıran iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması gerekçesine dayanan kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren,

üç ay içinde yapılacak müracaat üzerine Komisyon inceler.

(2) Birinci fıkranın (a) ve (b) bentleri kapsamında Komisyona müracaat, müracaatta bulunan kişinin kimlik bilgileri ve adresi ile Anayasa Mahkemesine başvuru tarihi ve numarasını içeren imzalı bir dilekçeyle yapılır. Dilekçeye, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruya ilişkin form, kabul edilemezlik veya düşme kararı ve bu kararın tebliğine dair belge ile ihlal iddiasına ilişkin diğer bilgi ve belgeler eklenir. Birinci fıkranın (c) bendi kapsamında Komisyona müracaat, 5 inci maddede belirlenen usule göre yapılır.

(3) Komisyon, dilekçedeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi hâlde istemin reddedileceğini ilgiliye bildirir. Dilekçedeki eksikliğin süresinde tamamlanmaması halinde müracaat, Komisyonda reddolunur.

(4) Komisyona, Ceza Muhakemesi Kanununun 142 nci maddesinin ikinci fıkrası kapsamındaki istemler bakımından 1/6/2024 tarihinden sonra müracaat edilebilir.

(5) Komisyonun iş yoğunluğu dikkate alınarak Adalet Bakanı tarafından, Komisyon bünyesinde ilave heyetler oluşturulması amacıyla üye ataması yapılabilir. Bu üyeler Komisyon üye tam sayısına dâhil değildir. Bu fıkra hükmü, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle uygulanır. Adalet Bakanı bu süreyi iki yıl daha uzatabilir.”

IV. Hâkimlerin Verdiği Karar ve Cumhuriyet Savcıları ile Kolluğun Yaptığı İşlemler Nedeniyle Tazminat Davası Sorunu.

1. Hâkim kararları ve savcı işlemleri.

kkk

2. Kolluk işlemleri.

kkk

3. İnsan hakkı ihlalleri nedeniyle tazminat.

tt

381. ELEGEÇİRME.

Hürriyeti bağlayıcı ceza hükmü kesinleştikten sonra, bunun yerine getirilmesi için, mahkûm olan kişinin ele geçirilmesi gerekir. Gayesine göre, “tutucu” veya “önceleyici” olabilen tutuklama, muhakeme boyunca ve hüküm kesinleşinceye kadar başvurulan bir koruma tedbiri olarak

düzenlenmiştir. Yakalama da böyledir. Fakat verilen hüküm yargı halini aldıktan sonra da hükmün yerine getirilebilmesini yakın bir tehlikeden korumak gerekebilir. Savcı ayrıca hükümlü hakkında da yakalama emri²⁴¹⁹, yani “ele geçirme²⁴²⁰ müzekkeresi” düzenleyebilir.

Bu “ele geçirme” de, müzekkere ile yerine getirilecektir. Müzekkere tutuklamada olduğu gibi, belli bir kolluk makamına veya bütün kolluk makamlarına hitap edebilmelidir. Müzekkere de buna göre “ele geçirme müzekkeresi” veya “ele geçirme genel müzekkeresi” diye adlandırılmalıdır. Bu koruma tedbiri için de, haklı görünüş ve gecikmezlik şartları aranacaktır.

Ele geçirme dört halde sözkonusu olabilir: 1) Hükümlünün çağırıldığı halde gelmemesi, 2) Kaçacağı hakkında şüphe uyandırması, 3) Kaçması, 4) Saklanması. Son iki halde genel müzekkere kesilebilir.

Mahkûm olan kişinin, hakkında verilen hapis kararı kesinleştikten sonra, cezanın infaz edilmesi amacıyla ele geçirilmesi gerekir. “Yakalama”, ya delilleri korumaya yarayan bir tedbirdir, ya da hükmün yerine getirilmesini sağlamak açısından bir vasıta. İşte, “ele geçirme”, hükmün yerine getirilebilmesi için yapılan bir yakalamadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu²⁴²¹ bu konulara yer vermemiş ve düzenlemeyi Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanuna bırakmıştır. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun (CGİK 19), hükümlünün cezası kesinleştikten sonra, hapis cezası veya güvenlik tedbirinin infazı için “çağrı kâğıdı” ile davet edilmesini öngörmüştür. Çağrı kâğıdında; tebliğ üzerine 10 gün içinde gelmediği veya kaçtığı takdirde, hakkında “yakalama emri” çıkarılacağı yazılır. Hükümlünün kaçacağına dair şüphe uyanırsa, Cumhuriyet savcısı doğrudan yakalama emri çıkarır. Üç yıldan fazla hapis cezalarının infazı için de doğrudan yakalama emri çıkarılması emredilmiştir (CGİK 19/2).

Görüldüğü gibi, ceza muhakemesi sırasında başvuru yakalama ve tutuklamadan ayrı bir amaca (hükmün yerine getirilmesi) hizmet eden, ayrı bir yakalama tipi daha vardır. Bunun soruşturma ve koğuşurma sırasında uygulanan diğer yakalamadan ayırt edilebilmesi için, biz buna “ele geçirme müzekkeresi” veya “ele geçirme genel müzekkeresi denmesinden yana olduğumuzu, yukarıda belirtmiştik.

Cumhuriyet savcısının kişi özgürlüğünü kısıtlar nitelikteki bu “yakalama emri”, ceza mahkemesinin verdiği kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararına dayandığı için (No. 363), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (İHAS 5/a) aykırı değildir (No. 366).

382. ZORLA GETİRME.

I. Zorla Getirme Kavramı.

Kolluğun sanık, tanık ve bilirkişileri, gerektiğinde zor kullanarak, bu yolda karar veya emri vermiş olan mahkeme, hâkimlik veya savcılık makamına kadar getirmesine “zorla getirme” denilir.

Zorla getirme, kısa bir süre için de olsa, kişi hürriyetini sınırlayan bir işlem olduğundan, fertlere teminat sağlanması bakımından hâkim kararı ile yapılması kaide olmalı ve savcıya bu yetki, ancak istisna olarak zorunlu hallerde, getirilecek kişinin sanık, tanık veya bilirkişi olarak farklı durumları da gözönünde tutularak tanınmalıdır.²⁴²²

²⁴¹⁹ Hakeri/Ünver (2009,164) bunu yakalama emri olarak nitelerler.

²⁴²⁰ Hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine getirilmesi için başvuru ve mülga Kanunda 1985’e kadar “tutuklama ve yakalama”, 1985’den sonra sadece “yakalama” diye adlandırılan (CMUK “1985-3206” 401) bu koruma tedbirine, ceza muhakemesi sırasındaki tedbirler olan “tutuklama” ve “yakalama” ile karıştırılmaması için, “ele geçirme” demiştik.

²⁴²¹ Mülga CMUK, sekizinci kitabının birinci faslında, “cezaların infazı” başlığı altında, “infazın şartı olarak kesinleşme”, “hürriyeti tahdit edici cezaların tehiri sebepleri”, “birden fazla ceza hükümlerindeki cezaların cem’i” ve “infaz sırasında verilecek kararların mercii ve usulü” başlıkları altında, 395 – 405 inci maddeleri arasında, hükmün yerine getirilmesi ile ilgili olarak düzenlemeler yapmıştır.

²⁴²² Kişi hürriyetini kısıtlayan zorla getirme tedbirine, uygulamada görüldüğü gibi (Yenisey, I, s. 306 daki fotokopi), “pul yokluğundan” başvurulması hiç bir yönden caiz görülmez. Pul yoksa, olsa olsa, davetiye PTT yerine polis aracılığı ile tebliğ edilir. O kadar.

Sanığın zorla getirilmesi, Ceza Muhakemesi Kanununun 145 ve 146'ncı maddelerinde düzenlenmiştir. Tanık için ayrı kurallar vardır (CMK 43, 44).

Bilirkişi için de tanıklar hakkında uygulanan kurallar uygulanır (CMK 62).

Zorla getirme kararında bazen gün ve saat tayin edilmiştir. Bazen günsüzdür. Zorla getirme kararı günsüzse, kolluk bu kişiyi hemen alır ve yol hariç 24 saat içinde, derhal hâkim önüne çıkarır.

Zorla getirme günlü ise, çağırma gün ve saatine göre haklı görülebilecek bir zamanda kolluk götürmeye başlayabilir.

Zorla getirten yargılama makamı²⁴²³ ise, getirtilecek kişinin bulunduğu yerin kolluk makamına hitaben “zorla getirme müzekkeresi” yazar. Bu müzekkerede getirilecek kişinin kimliği, eşkâli, sanıksa isnat edilen suç, tanık veya bilirkişi ise bu sıfatları ve nihayet zorla getirtmenin gerekçesi belirtilir (CMK 145, 146/2). Mülga Kanunda olduğu ve şimdi örgüt suçlarında kabul edildiği gibi (CMK 251/6), zorla getirten makam savcılık ise, kolluğa göndereceği yazılı emrinde de aynı hususları belirtmelidir. C. savcısının ilk işlem olarak zorla getirme kararı verebilmesi, artık mümkündür (CMK “2006-5560” 146/4).²⁴²⁴

Zorla getirme ya gün ve saat tâyini suretiyle yahut günsüz olur: Mülga Kanuna göre, ihzar günsüz olursa, kolluk o kişiyi hemen alır ve derhal, mümkün olmadığı takdirde, yol süresi hariç, en geç 48 saat içinde getirten makama götürürdü.²⁴²⁵ Ceza Muhakemesi Kanunu süreyi yirmidört saate indirdi ve zorla getirmeyi isteyen Cumhuriyet savcısının önüne götürülerek sorguya çekilmesini veya ifadesinin alınmasını düzenlemiştir (CMK 146/4). Kaçacağından korkulan sanıklar dışında bu yola gitmek için haklı bir sebep yoktur. Zira hemen teslimin çalışma saatleri dışına rastlaması dolayısı ile mümkün olmaması ve gecenin kollukta geçirilmesi ihtimali büyüktür.

Zorla getirmenin günlü olması, belli gün ve saatte hazır bulundurulmasının istenmesi demektir. Bu takdirde kolluk götürmeğe ve bunun için gerekirse zor kullanmağa, ancak çağırma gün ve saatine göre haklı görülebilecek bir zamanda başlayabilir. Meselâ ayın son günü için aynı şehirde oturan bir sanık hakkında çıkarılan zorla getirme müzekkeresi üzerine, belki o zamana kadar kaçır düşüncesiyle ay başından itibaren hürriyet kısıtlamasına başlayamaz. Kısıtlama, denilebilir ki, sadece yol bakımındandır (CMK 146/5).

Kimin zorla getirtileceği, kimin zorla getirmeceği konularının düzenlenmesi, önce şu iki ana soruya cevap verilmesini gerektirir: 1) Çağırılıp da gelmeyen kişi zorla getirtilebilir mi? (Zorla getirmenin ikinci işlem olarak kabulü sorunu). b) İlgili kişi önce çağırılmadan da zorla getirilebilir mi? (Zorla getirmenin ilk işlem olarak kabulü sorunu). Bu konularda kabul edilecek kaideler ile istisnaların sorulara ve sorunlara göre farklı olabileceği açıktır.

II. Sanığın zorla getirilmesi.

1. Sanığın doğrudan zorla getirilmesi.

Hâkim işlemi söz konusu olduğunda, sanık bakımından yukarıdaki birinci soruya evet cevabı verilmelidir. O halde kaide bu olmalıdır. Fakat bunun istisnası da kabul edilerek ikinci soru cevaplandırılmalıdır. Bundan çıkan sonuç şu olmaktadır ki, tutuklama mümkün ise, sanık önce çağırılmadan da zorla getirilebilmelidir. Kanununun sistemi de budur (CMK 146/1, 251/6).

²⁴²³ Özbek, savcının da zorla getirme kararı verilebilmesini kabul etmiş görünmektedir (Özbek 2005, 644).

²⁴²⁴ Yeni Kanunda genel bir ifade kullanılarak, “zorla getirme kararı” verileceği (CMK 146/1) ifade edildikten sonra, getirilenin “zorla getirmeyi isteyen C. Savcısının önüne götürülür” (CMK 146/4) tümcesi kullanılmıştı. Bu nedenle, zorla getirmenin savcı istemi üzerine hâkim kararı ile olacağı sonucunu çıkarmış ve artık C. Savcısının emri ile, normal suçlarda zorla getirme yapılamayacağını belirtmiştik. Ancak, 2006-5560 sayılı Kanun ile, metindeki bu kelimeler (zorla getirmeyi isteyen) çıkartıldı ve C. savcısının ilk işlem olarak zorla getirme yapabilmesi mümkün oldu.

²⁴²⁵ Mülga kanunda yol süresi hariç tutulduğuna göre 48 saate kadar varacak gecikmeyi acaba hangi sebep haklı gösterecek? Biz göremediğimiz için bu sürenin eskisi gibi en fazla 24 saat olmasından yanayız.

Hâkim sorguya çekmek için sanığı kaide olarak önce davetiye ile çağırır. Davetiyede gelmezse zorla getirileceği de yazılacaktır²⁴²⁶ (CMK 145).²⁴²⁷ Bu kaidenin, tutuklamanın mümkün olması halinde kabul edilen bir istisnası da vardır. Hakkında tutuklama kararı verilmesi için kâfi sebepler bulunan sanık önce davetiye çıkarılmadan da zorla getirilebilir (CMK 146/1). Böylece hâkimin tutuklama gibi çok ağır bir kararı vermesi, sorgunun sonuna bırakılmış, ancak gerçekten zorunlu görülmesi halinde tutuklamaya başvurulması sağlanmış olmaktadır.

Duruşma bakımından da durum aynıdır. Sanık duruşmaya kaide olarak davetiye ile çağırılır (CMK 175/2). Bu davetiyede de tutuklu olmayan sanığa mazereti olmaksızın gelmediğinde zorla getirileceği yazılır (CMK 176/2).

Fakat CMK 195 uyarınca gelme de duruşma yapılabilecek istisnaî hallerde, yani suç yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektiriyorsa durum farklıdır.²⁴²⁸

2. Yargılama makamı tarafından verilen zorla getirme kararı.

Hâkim soruşturma evresinde sorgusu yapılacak olan kişiyi önce “davetiye” ile çağırır; çağırılma nedenini açıkça belirtir, gelmezse zorla getirileceği “davetiyeye” yazılır (CMK 145).²⁴²⁹

Kanunda tanıklara gönderilen davetiye’ye “çağrı kâğıdı” adının verilmesi, sanıklara gönderilene ise, “davetiye” denmesinin sebebi anlaşılmamaktadır. Terminoloji bakımından, aynı müesseselere, Kanunun aynı terimi kullanması, yerinde olurdu.

Hakkında tutuklama kararı verilmesi veya yakalama emri (CMK 98) düzenlenmesi için yeterli nedenler bulunan şüpheli veya sanığın zorla getirilmesine, önceden davetiye çıkarılmadan da karar verilebilir (CMK 146/1). Böylece, tutuklama kararı gibi ağır bir karar verilmesi sorgunun sonuna bırakılmış olmaktadır.

Kovuşturma evresi bakımından da sanığın duruşmaya davet edilmesi gerekmektedir. Mahkeme bunun için, iddianamenin kabulünden sonra duruşma gününü belirler ve duruşmada hazır bulunması gereken kişileri ve bu arada sanığı çağırır (CMK 175/2).

Çağrı kâğıdı “sanığa tebliğ olunurken iddianame de tebliğ olunur” (CMK 176).

“Çağrı kâğıdında”, mazereti olmaksızın gelmediğinde, zorla getirileceği yazılır (CMK 176/2).

Bu ihtarın sadece tutuklu olmayan sanığa gönderilen çağrı kâğıdında yer alması tabiidir. Çünkü tutuklu sanığın duruşmaya gelmemek açısından bir mazereti olamaz. Bunu 2010 yılında söylemek kolaysa da geçtiğimiz sancılı dönemlerde, tutuklu sanıkların tutukevinden duruşmaya getirilmesinde çok büyük zorluklar yaşandığı da bilinmektedir. Bu durum, mülga TCK’daki 307a ve 307b maddelerini doğurmuş, daha sonra bu hükümler değiştirilerek, TCK 297 ve 298 nci maddelere alınmıştır.

²⁴²⁶ CMUK 132. madde “yazılabilir” demekte ise de yazılmasındaki fayda karşısında yazmamak için sebep de olmadığından onu “yazılır” diye anlamak uygun olur.

²⁴²⁷ Mülga Kanuna göre bu hatırlatma yapılmazdı (CMUK 209). Bunun dışındaki hallerde sanık mazereti olmadan gelmezse tutuklama veya zorla getirme kararı verilirdi (CMUK 223). Duruşmada bulunmak ödevinden kurtarılan sanığın hazır bulunmasına ve bunun için zorla getirilmesine hatta tutuklanmasına mahkeme her zaman karar verebilirdi (CMUK 229). Şahsi dâvadaki duruşmada kendisini müdafî ile temsil ettiren sanık da, hazır bulunmasına mahkemece lüzum görüldüğünde zorla getirilebilirdi (CMUK 356/2). Burada da, kamu dâvasındaki duruşmada hazır bulunma ödevinden kurtarılanlar gibi, istisna olarak, her vakit, yani önce çağırılmadan ve diğer şartlar aramadan da zorla getirmenin kabul edildiği sonucuna varmakta idik. 1981’den beri hazırlık soruşturmasında savcılara da sanıkları “tutuklu” ve “acele” işlerde zorla getirme yetkisi verilmişti (CMUK “1981-2369 154/2). Sonra “1992-3842” numaralı kanun ile (tutuklu ve acele) kelimeleri maddeden çıkartıldı. Bununla beraber savcıların bu yetkisinin hâkimlerinkinden fazla olması düşünülemeyeceğinden, onlar da bu istisnaî hallerdeki yetkilerini, sadece, “hakkında tutuklama kararı verilmesi için yeterli sebep bulunan sanıklar hakkında kullanabilecekler,” yani önce davetiye ile çağırılmadan da zorla getirilebileceklerdir. Hazırlık soruşturmasında sulh hâkimi de, savcıya tanınan bu yetkiyi elbet haiz olacaktır.

²⁴²⁸ Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için şüpheli veya sanığın çağrıya rağmen gelmemesi gibi bir keyfiyet yoktur (*Şahin* 2005, 405).

²⁴²⁹ “CMUK m. 154 karşılığı olan CMK m. 161’de Cumhuriyet Savcısına zorla getirme yetkisi verilmemesi, m. 146’da Cumhuriyet Savcısından “zorla getirmeyi isteyen” diye söz edilmesi hususları ile 162. maddesi birlikte değerlendirildiğinde; C. savcısının zorla getirme yetkisi yoktur” (4 CD E. 2005/12897, K. 2006/7211, www.adalet.org).

Sanık duruşmadan bağışık tutulmuşsa (CMK 196) ve buna rağmen mahkeme sanığın hazır bulunmasını gerekli görüyorsa, mahkeme sanığın zorla getirme kararı veya yakalama emri ile getirilmesine, her zaman karar verebilir (CMK 199).

3. Cumhuriyet savcılığı tarafından verilen zorla getirme emri.

CMK'nın yürürlüğe girdiği ilk şeklinde, C. savcısına zorla getirme kararı verme yetkisi tanınmamıştı.²⁴³⁰ Fakat. 2006-5560 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten²⁴³¹ bu yana, C. savcısı zorla getirme emri verebilir (CMK '2006-5560' 146/4).²⁴³² Mevaz Kanunda da savcıya zorla getirme yetkisi verilmiştir.²⁴³³

Kolluk ayrıca, "bazı suçlara ilişkin yetkiler" arasında CMK 250 kapsamına giren suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmalarda Cumhuriyet savcısının (ve diğer yargılama makamlarının) emri ile, şüpheli veya sanığı, tanığı, bilirkişiyi ve suçtan zarar gören şahsı hazır bulundurma mecburiyeti altına girmiştir (CMK 251/6).

Biz, C. savcısının zorla getirme emri verememesi gerektiğini düşünüyoruz. Kanaatimizce, savcı bir şüpheli veya sanığın zorla getirilmesini "istemeli" bu, "tutuklama davası" gibi bir tali dava olarak kabul edilmeli (CMK 146/4 ve 5) ve zorla getirme istemi üzerine sulh ceza hâkimi karar vermelidir.

Sulh ceza hâkiminin verdiği zorla getirme kararı üzerine, şüpheli veya sanığın, "zorla getirmeyi isteyen Cumhuriyet savcısının önüne götürülmesi (CMK 146/4), tabii ki hukuka uygundur.

Savcının doğrudan doğruya, hâkime başvurmadan zorla getirme emri vermesi ancak bir halde kabul edilebilir, bu da, CMK 146/1 de düzenlenmiş olan haldir: tutuklama kararı verilmesi için yeterli nedenler varsa, C. savcısının doğrudan zorla getirme kararı verebilmesi kabul edilebilir.

Zorla getirme kararında, şüpheli veya sanığın açıkça kim olduğu, kendisi ile ilgili suç, eşkâli ve zorla getirilme nedenleri yazılır (CMK 146/2).

Zorla getirme işlemi başladığı anda kararın bir örneği şüpheli veya sanığa verilir (CMK 146/3).

Zorla getirme kararı ile çağırılan şüpheli veya sanık derhal, olanak bulunmadığında yol süresi hariç, en geç 24 saat içinde çağırılan hâkimin, mahkemenin veya C. savcısının önüne götürülür ve sorguya çekilir veya ifadesi alınır (CMK 146/4).

Zorla getirme haklı görülecek bir süre önce başlar ve sorguya çekilme veya ifade alma işleminin bitmesine kadar devam eder (CMK "2006-5560 146/5). İşlem biter bitmez kişi serbest bırakılır (CMK 146/5).

Hâkimin verdiği zorla getirme kararı yerine getirilemezse, bunun nedenleri köy veya mahalle muhtarı ile kolluk görevlisinin birlikte imzalayacakları bir tutanakla saptanır (CMK 146/6). Çağırılıya rağmen gelmeyen tanık, bilirkişi, mağdur ve şikayetçi ile ilgili olarak da zorla getirme kararı verilebilir (CMK "2006-5560" 146/7).

²⁴³⁰ Örgüt suçları dışında kalan suçlarda C. Savcısının zorla getirme emri ve yetkisinin daraltılmasına sevinirken yeni CMK 146/4 de "zorla getirmeyi isteyen Cumhuriyet savcısının önüne götürülür ve ifadesi alınır" ibareleri kafamızı karıştırmıştı. Gerçekten, zorla getirme kişi özgürlüğünü kısıtlayan bir işlem olduğu için, sadece hâkim tarafından verilebilen bir karar ile hukuka uygunluk kazanır. Eğer diğer bazı hak kısıtlayan işlemlerde olduğu gibi, önce savcının emir vermesi ve daha sonra bu emrin hâkim tarafından denetlenmesi söz konusu olursa, Sözleşmeye aykırılık olmaz. Ancak, CMK 146 da bu konuda bir açıklık yoktu.

²⁴³¹ 2006 Haziran ayında hazırlanan Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı C. savcısına zorla getirme yetkisi verecek şekilde kaleme alınmıştır.

²⁴³² 5. CD 5.2.2007: E. 2007/542 K. 2007/595: İfadesine başvurulmak üzere çağrı gönderilen müştekinin gelmemesi üzerine, zorla getirilmesi yetkisi 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 Sayılı Yasanın 20. maddesiyle değişik 5271 Sayılı CMK.nun 146. maddesinin 4. ve 5. fıkralarıyla ve eklenen 7. fıkrasıyla C. Savcısına da tanınmıştır.

²⁴³³ Mülga CMUK 158, sulh hâkimine, suç üstü hali ile gecikmesinde zarar umulan durumlarda, tutuklama dahil bütün tahkik işlerini resen yapmak ve bu arada da zorla getirme kararı vermek yetkisini tanıdı.

Mülga Kanunda sulh hâkimi bazı durumlarda soruşturma işlemlerini kendiliğinden yapabiliyordu. Ceza Muhakemesi Kanunu da, CMUK 158'in²⁴³⁴ karşılığı olan 163 üncü maddesinde bu yetkiyi kısmen devam ettirmiştir. Sulh hâkimi suç üstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde “Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa” veya olay genişliği itibarıyla C. savcısının iş gücünü aşıyorsa sulh ceza hâkiminin (tutuklama kararı verme dışında!!) bütün soruşturma işlemlerini yapması ve kolluk amir ve memurlarına emir vermesi yetkisi vardır. Devlet sırlarının değerlendirilmesi söz konusu olduğunda “olay genişliği itibarıyla C. savcısının iş günü aşma kriteri” gündeme gelebilir.

III. Tanığın zorla getirilmesi.

1. Tanığın çağrılması.

Tanıkların çağrılması Kanunda şöyle düzenlenmiştir: “Tanıklar çağrı kâğıdı ile çağrılır” ve gelmemenin sonuçları da bildirilir (CMK 43/1).

Usulüne uygun olarak çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanıklar “zorla getirilir”. Gelmeyen tanığa sebep olduğu giderler ödetilir; fakat haklı nedenle gelmemiş ise, sonradan giderler kaldırılır (CMK 44/1).

Tanıkların önce ihtarlı çağrı kâğıdı gönderilmeden doğrudan zorla getirilmeleri de mümkündür. Tutuklu işlerde tanıklar için doğrudan zorla getirme kararı verilebilir. Karar yazısında bu yoldan getirmenin nedenleri gösterilir (CMK 43/1).

Mahkeme de duruşmanın devamı sırasında hemen dinlenilmesi gerekli görülen tanıkların, belirteceği gün ve saatte hazır bulundurulmasını görevlilere yazılı olarak emredebilir (CMK 43/3).

Tanığın zorla getirilmesi kararının, kişi özgürlüğünü kısıtlayan bir işlem olması nedeniyle yargılama makamı tarafından verilmesi gereklidir. İstisna olarak savcıya da tanık çağırma (CMK 43/5, 49, 54/2, 61/1) ve zorla getirme yetkisinin verildiğini, CMK 251/6'da görmekteyiz. Ancak usulüne uygun olarak çağrılmasına rağmen gelmeyen tanık (bilirkişi, mağdur ve şikayetçi) ile ilgili olarak da zorla getirme kararı verilebilir (CMK “2006-5560” 146/7).

Gelmemeyi mazur gösterecek sebepler müeyyidelerin uygulanmasından ve bu arada zorla getirme kararı verilmesinden sonra bildirilmiş ve delilleri gösterilmişse, diğer müeyyideler gibi zorla getirme kararı da geri alınır.²⁴³⁵

2. Tanığın zorla getirilmesi usulü.

Önce çağrılan tanığın mazeretsiz gelmemesi halinde zorla getirme yetkisinin hâkime ait olması kaidedir. Bu kaidenin savcıya da yetki veren bir istisnası vardır (CMK 2006-5560” 146/7). Savcının davetiye ile çağırıldığı tanığın mazeret bildirmeden gelmediği durumlarda savcı mülga Kanuna göre onu zorla getirebiliyordu (CMUK “1992-3842” 154/2).²⁴³⁶ Bu hüküm Ceza Muhakemesi Kanununda önce düzenlenmemiştir. Daha sonra 2006-5560 numaralı Kanun ile 146 ncı maddeye 7 inci fıkra olarak eklendi.

3. İstisnalar.

Tanığı önce davetiye ile çağırarak kaidenin de istisnaları kabul edilmiştir:

1) *Mahkeme* tutuklu ve acele işlerde önce davetiye tebliğ ettirmeksizin de, sebeplerini göstermek şartı ile, tanıkları zorla getirebilir (CMK 43/3).

²⁴³⁴ Mülga Kanundaki düzenleme şöyle idi: Tanık kaide olarak önce davetiye ile çağırılırdı. Davet üzerine gelmemenin kanunî sonuçları (yani müeyyideleri) davetiyede gösterilirdi (CMUK 45/1). Bu sonuçlardan biri de mazeret bildirmeden gelmeyen tanığın zorla getirilmesi idi (CMUK 46/1). Bu sonuçları çıkarma yetkisi de kaide olarak hâkime verilmişti (CMUK 46/4).

²⁴³⁵ CMUK 46. madde yeni şeklinde sadece para cezasının ve masrafin kaldırılmasından söz etmemekteyse de zorla getirme kararının da, yerine getirilmemişse, kaldırılması kabul edilmelidir.

²⁴³⁶ Hazırlık soruşturması yapan savcıya, CMUK 154. maddenin 2. fıkrası ile (1992 öncesinde “tutuklu ve acele” işlerde de bu yetki verilmişken, 92-3842 numaralı kanun daraltma yoluna gitmiştir) tanıkları zorla getirme yetkisinin verilmiş olması, başka bakımdan bir sınırlama bulunmadığı izlenimini verse de, önce çağırılmadan zorla getirtme kaidesi bakımından da bir istisna söz konusu değildir.

2) *Savcının*, bu yetkisi yoktu.²⁴³⁷ Kanun bu istisnaya önce yer vermemiştir sonra 2006-5560 sayılı Kanun ile kabul etti.

IV. Bilirkişinin zorla getirilmesi.

Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu²⁴³⁸ 1985 yılına kadar bilirkişilerin zorla getirilmesini kabul etmemiştir. Sadece Meşhut Suçların Muhakemesi Kanununun uygulandığı hallerde C. savcısının yazılı emri ile zorla getirme kabul ediliyordu (m. 7). 1985 yılında yapılan değişiklikle CMUK 70'e bilirkişilerin tanıklarla aynı hükümlere tabi olması kabul edildi ve bilirkişinin zorla getirilmesi yolu açılmış oldu.

Ceza Muhakemesi Kanunu 62'nci maddesinde, "bilirkişinin tanıklarla aynı hükümlere tabi olması sistemi" sürdürmüşse de, bilirkişinin zorla getirilmesi yolunu kapatmıştır. Bilirkişinin mahkemenin takdirine bağlı olarak hâkim kararı ile zorla getirilmesi ile mümkündür. Bunun dışında mahkeme her zaman bilirkişinin duruşmada dinlenmesine karar verebileceği gibi, ilgililerden birinin istemesi halinde de açıklamalarda bulunmak üzere duruşmaya çağırılabilmesini düzenlemiştir (CMK 68/1).

Fakat, "usulünce çağırıldığı halde gelmeyen veya gelip de yeminden ve görüş bildirmekten çekinen bilirkişiler hakkında CMK 60/1 uygulanır" şeklindeki hüküm (CMK 71), bilirkişinin zorla getirilmesi yolunu kapatmıştı.²⁴³⁹ 2006 yılında 5560 sayılı Kanun ile CMK 146'ya eklenen 7 inci fıkra ile, çağrıya rağmen gelmeyen bilirkişi (tanık, mağdur ve şikayetçi) ile ilgili olarak da zorla getirilme kararı verilebilmesi kabul edildi.

V. Zorla getirmenin yakalama emrinden farkı.

Zorla getirmeyi bir işlem olarak düzenleyen Kanun, buna benzer bir kurumu, "yakalama emri" ile yarattı (CMK 98): çağrı üzerine gelmeyen kişi hakkında yakalama emri çıkarılabilir. CMK 250/6'daki emir de bir tür yakalama emridir, ama önceden çağırmaya gerek olmadan uygulanır. Yasada birbirine benzeyen farklı kurumlar düzenlenmesi uygulamada sorunlar yaratır. Bunların tek çatı altında toplanması yerinde olurdu.

383. YURT DIŞINA ÇIKARMAMA.

Yurt dışına çıkarmama tedbiri yukarıda adli kontrol (No. 371) bahsinde incelenmiştir.

²⁴³⁷ Mülga Meşhut Suçların Muhakemesi Kanununun uygulandığı hallerde tutanaklarda kimlikleri tespit edilen tanıkları, hattâ mağduru, mahkemeye zorla getirebiliyordu (m. 7). Bu istisna, önce çağırılmadan zorla getirtmenin yargılama makamlarının yetkisine girmesi kaidesinin tek istisnası idi.

²⁴³⁸ Mülga Kanun bilirkişilerin zorla getirilmelerini 1985 yılına kadar kabul etmemiştir. Zira bilirkişinin çağırılıp da gelmemesinin müeyyideleri (CMUK 70), tanıklarınkinden (CMUK 46) farklı olarak düzenlenmiş, zorla getirmeden söz edilmemiştir. Bunun sadece Meşhut Suçların Muhakemesi Kanununun uygulandığı hallerde, önce çağırma kaidesi bakımından kabul edilmiş bir istisnası vardı (m. 7). 1985 de müeyyideler arasındaki fark kaldırıldı ve bilirkişinin gelmemesi durumunda da tanıklara ilişkin hükümlerin uygulanması ve bu arada zorla getirilmesi kabul edildi. Burada dikkat edilecek nokta, 70. maddenin bilirkişilerin zorla getirilmesi konusunda getirdiği yeniliğin, tanıklardakinden fazla olamayacağıdır. Bu nedenle: a) Savcıların bilirkişileri zorla getirme yetkisi de sadece çağırılıp da gelmeyenler hakkındadır. b) Çağırılmadan zorla getirme yetkisi, yine tanıklarda olduğu gibi, Meşhut Suçların Muhakemesi Kanununun uygulandığı hallerdeki istisna bir kenara bırakılırsa, tutuklu ve acele işlerde sadece mahkemeye verilmiştir. Sanık bile önsoruşturmada ancak tutuklamanın mümkün olmaması halinde çağırılmadan zorla getirilebiliyor. Tanıkları önce çağırılmadan zorla getirtmek, onları sanıktan da kötü duruma düşürmek olur ki elbet caiz görülemez. Tanıklar bakımından çağırılmadan zorla getirtmek istisnası sadece mahkemeye tanınmıştır. Zira önemli olan duruşmaların uzamasıdır. Hazırlık soruşturmasında henüz dâva açılmadığına göre davet sonucu beklenebilir. Yani savcıya bu konuda bir istisna tanımak için zorunluk yoktur.

²⁴³⁹ Bu noktada mülga CMUK 70 ile, CMK 71 arasında, gelmeyen bilirkişi lehine, bir fark ortaya çıkmıştı. Mülga CMUK, "genel olarak tanıklara ilişkin hükümlerin uygulanmasını" öngördüğü halde, yeni CMK, bilirkişiyi koruyucu tutumunu sürdürdüğünden, sadece "CMK 60'taki kuralların uygulanmasını", yani "beyanda bulunmak ve yemin etme görevine uymak" konusundaki müeyyidelere atf yapmıştı. Böylece, bilirkişinin tanık gibi zorla getirilmesi yolu kapatılmıştı. Biz önceki basılarda kanun koyucunun amacının, duruşmanın sözlülüğünü garanti altına almak olduğunu belirtmiş, davada bir bilirkişi varsa, bunun mutlaka dinlenmesi gerektiğini vurgulamıştık. Zira tarafların bilirkişiye "doğrudan ve çapraz soru sorarak", maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yardım etmeleri için, bilirkişinin duruşmada hazır bulunması ve raporunu sözle açıklaması gereklidir. Ancak CMK hem 68 inci maddede bilirkişinin duruşmada dinlenmesi konusunda mahkemeye "ihtiyari yetki" vererek, hem de CMK 71 ile zorla getirme yolunu kapatarak, bu amaca aykırı bir düzenleme yapmıştı.

384. GÖZLEM ALTINA ALMA.

I. Gözlem altına alma

1. Akıl hastalığının kişinin davranışları üzerindeki etkisinin saptanması

Ceza hukukunun netice sorumluluğundan «irade sorumluluğuna» geçmesi dolayısı ile, failin isnat yeteneği suçun kurucu unsurlarından biri olmuştur. «Vücudun muayenesinden» farklı olan gözlem altına alma tedbiri ile, failin şuruu tetkik²⁴⁴⁰ edilecektir. Bunun yanısıra, suç mağdurunun uğradığı travmanın tetkiki ile, bir tanığın doğru söyleyip söylemediği de gözlem altında yapılan incelemelerle, bilimsel olarak ortaya çıkarılabilir.²⁴⁴¹ Yasa sadece sanığı düzenlemiştir.

Ceza Kanununun, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlıklı ikinci bölümünde, yaş küçüklüğü (TCK 31), akıl hastalığı (TCK 32), sağır ve dilsizlik (TCK 33) ve geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (TCK 34) “ceza sorumluluğunu kaldıran sebepler” olarak kabul edilmiştir.

²⁴⁴⁰ *Mülga Kanunlardaki durum şöyle idi:* Birçok eski kanunlarda olduğu gibi, bizim kanunumuzda da şahsiyet bakımından muayeneye hemen sadece sanığın şuruu bakımından tetkiki dolayısı ile başvurulmuştur. Gerçekten mülga Ceza Muhakemesi Kanununun 74. maddesi, “sanığın şuruunun tetkiki” başlığını taşımakta idi. İlk metinde “sanığın şuruunun tetkiki” deniliyordu. 1973 yılında 1696 numaralı kanunla yapılan değişiklikle “şuur tetkiki” yerine “tedavi ve muhafazaya hükmolunması veya Ceza Kanununun 47. maddesinin uygulanması bakımından yapılan tetkik” denilmiş ve böylece “müşahede altına alma” sadece şuur tetkiki için yapılır olmaktan çıkarılmış, şahsiyet bakımından muayene alanı genişletilmese dahi, Ceza Kanunu ile uyum sağlanmıştı. 1992-3842 numaralı kanun ise “gözlem” terimini benimsemişti. Bu koruma tedbirini, müşahede için denildiğine göre yakalamadaki gözaltına alma ile karıştırılmayacağını düşünerek kanundaki formülü kullanarak “müşahede için gözaltına alma” diye ifade ediyorduk. “Müşahede altına alma” terimini kısıtlılığı dolayısı ile uygun bularak benimsemiş de, 1992 yılında 3842 numaralı Kanunla yapılan değişiklikle “gözlem altına alma” terimi kabul edilmiştir. Tedavi ve muhafazaya hükmolunması halleri, mülga Ceza Kanunununda belirtilmişti. Bunların hepsi sadece şuur tetkikini gerektirmemekte idi. Meselâ tam akıl hastalığı denilemeyen hallerde hastalık şuruu kaldırmasa da hareket serbestisini kaldırmışsa yine ceza verilemeyecekti (mülga TCK 46). Tedavi ve muhafazaya hükmolunması söz konusu olduğundan, uyuşturucu madde iptilâsını (mülga TCK 404), sarhoşlukta iptilâyı (mülga TCK 573) hattâ sarhoşlukta itiyadı (mülga TCK 572) tespit için yapılan tetkikler de böylece “müşahede için gözaltına alma”ya imkân verecekti. Küçük şüpheliler bakımından da, «işlediği suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilme» yeteneğine sahip olup olmadıklarını tespit etmek amacı ile araştırma yapılır, gerekiyorsa müşahede altına alınıyordu (mülga ÇMK 19, 20), veya gerekiyorsa geçici olarak emniyet tedbirine tabi tutulabilirlerdi. 74. maddenin yeni şeklinde “Ceza Kanununun 47. maddesinin uygulanması halî”nden ayrıca söz edilmekle, azaltılarak da olsa cezalandırılacak “akıl hastalığı” (mülga TCK 46) ve “arızî bir sebepten dolayı akıl hastası durumunda olmak” (mülga CK 48) kastedilmişti. Akıl hastalığının hareket serbestisini veya şuruunu önemli derecede azaltıp azaltmadığı bakımından yapılan tetkikler için de müşahede mümkün olabilecektir. Bu durum eski “şuur tetkiki” ölçüsüne zaten giriyordu. Fakat yeni kabul edilen “tedavi ve muhafaza tedbiri” ölçüsüne girmediğinden ayrıca gösterilmesi gerekmişti. Bu vesile ile mülga Ceza Kanununun 46 ve 47. maddelerinin uygulanması için akıl hastası olmanın yetmediğini, bu hastalığın “harekât serbestisini veya şuruu” ya yok etmesinin yahut önemli derecede azaltmasının arandığını belirtmekte yarar görüyoruz, zira metne bakıldığında “şuur” a değil de “şuur serbestisi”ne tesirin arandığı gibi garip bir mânâ çıkmakta idi. Mülga Ceza Kanununun 46 ve 47. maddelerinin ilk şekillerinde “şuruunu veya harekâtının serbestisini selbedecek surette” deniliyor, yani akıl hastalığının ya şuura yahut harekât serbestisine tesiri araştırılıyordu. Doğrusu da bu idi. 1933 de 2275 numaralı kanunla yapılan değişiklikten sonra da madde bu ilk şeklini korudu. Fakat 1953 de 6123 numaralı kanunla yapılan değiştirme sırasında, gerekçede kasten yapıldığını gösteren bir cihet olmamasından da anladığımızı göre, bir daktilo hatası ile, şuruunu kelimesine bir “n” harfi ilâve olunarak sanığın “şuruunun ve herakâtının serbestisi”ne tesirden söz edilir oldu. Böylece, ceza vermemek için tamamen kalkması aranan, sanki şuur değil imiş de “şuur serbestisi” imiş gibi bilime ters düşen bir metin ortaya çıktı. İşin diğer garip tarafı şu ki, 46. maddenin 1975 de 6569 numaralı kanunla yapılan son değişikliğinde de farkına varılmadığı için, hata düzeltilmedi. Biz 1961’deki ilk basıdan beri (s. 169), şuruunun yerine şuruunu diyerek maddelerdeki hatayı gidermeğe çalıştık. Hatayı açıkça belirtenler de yok değildi. Meselâ *Taner* bunu bir tercüme hatası olarak göstermişti (Ceza, s. 364). *Gözübüyük* de kanunun metnini hatalı şekli ile nakletmekle beraber, şerhinde tercüme hatasından söz etmektedir (c. I, No. 145). 1953 yılına kadarki resmî metinlerde, (meselâ *Düstür III*, c. 7, s. 528) şuruunun değil, şuur denildiğine göre bu bir tercüme hatası değildi. Ancak özel kanunlarda dikkatsizlikle yanlış basıldığı için, resmî metinde de öyle olduğu sanılıyordu. Resmî metinlere uygun yayınlar da yok değildi. Meselâ *Yargıtay üyelerinden Mustafa Nazmi Aklan*, yarım kalan Türk Ceza Kanunu Şerhinin 1. cüzünde (Eskişehir, 1926, s. 132) hem metni doğru gösteriyor hem şerhinde harekât serbestisi ile şuur ayrı ayrı ele alıyordu. Bakanlığın 1936’da yayınladığı metin de doğru idi. Biz bundan sonraki hataları önlemek için açıklamalarımızda kanunundaki sırayı değiştirerek “*harekât serbestisini ve şuruunu*” deme yolunu tuttuk. Kanun değişikliklerinde de bu yolun tutulmasını dilemekteyiz. 1987 TCK Öntasarısında harekâtının yerine hareket kelimeleri kullanarak “şuruunu veya hareket serbestisini kaldıracak veya önemli derecede azaltacak akıl hastalığı”ndan söz edilmesi sayesinde eski hataya düşmenin artık kolay olmayacağını umuyoruz. Hareket serbestisinin öne alınması tehlikeyi büsbütün ortadan kaldırdığından bizce tercih edilmelidir.

²⁴⁴¹ Almanya’da bu uygulama, yalnızca kaçma tehlikesi bulunduğu gerekçesi ile verilmiş olan tutuklama kararının yerine getirilmesinin geri bırakılması biçiminde gerçekleştirilmektedir (StPO 116.I).

Fiili işlediği sırada, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya davranışlarını yönlendirme yeteneği yeterince gelişmemiş olanların ceza sorumluluğu yoktur (TCK 31/2). Akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilemez (TCK 32/1).

İşte failin şuurunun tetkik edileceği işleme, “gözlem altına alma” adı verilir (CMK 74). Gözlem altına alınma, “beden muayenesinden” farklıdır.²⁴⁴²

Suç mağdurunun da “gözlem altına alınması olanaklıdır. Bu şekilde, mağdurun uğradığı travmanın tetkiki, bir tanığın doğru söyleyip söylemediği, gözlem altında yapılan incelemelerle, bilimsel olarak ortaya çıkarılabilir. Kanun (CMK 74) sadece şüpheli veya sanığın gözlem altına alınmasını düzenlemiş, mağdur veya tanıkların şuur tetkikini düzenlememiştir. Oysa, özellikle cinsel suçlarda mağdur olduğunu iddia eden kadınların, bilirkişi tarafından incelenmesi ve gerekiyorsa gözlem altında tutulması, mukayeseli hukukun kabul ettiği yöntemlerdendir.

2. Gözlem altına alınma kararının verilmesi koşulları.

Fiili işlediği yolunda “kuvvetli şüpheler” bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunu ve bunun “kişinin davranışları üzerindeki etkilerini” saptamak için soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise, mahkeme tarafından karar verilebilir (CMK 74/1).²⁴⁴³

3. Gözlem altına alma kararının verilmesi.

Özgürlüğü kısıtlayan bir karar alınacağı için, ön şart tutuklamada olduğu gibi (CMK 100/1) fiilin o kişi tarafından işlendiği konusunda “kuvvetli şüphe” bulunmasıdır (StPO 81/2).

Gözlem altına alınma kararının verilmesi için, ilk önerinin uzman bir hekimden gelmesi koşulu öngörülmüştür.

“Tali bir dava” olan gözlem altına alınma davasının kimin tarafından açılabileceği konusunda, Kanunda bir açıklık yoktur. Genel hükümler uyarınca, davasız yargılama olmayacağı için, bu konuda bir talep olması gerekecektir. Yargılama makamının kendiliğinden karar vermesi mümkün değildir.

Kararın verilmesinden önce, Cumhuriyet savcısının ve müdafinin dinlenmesi mecburidir (CMK 74/1). Bu nedenle, şüpheli veya sanığın müdafii yoksa, hâkim veya mahkemenin istemi üzerine Baro tarafından bir zorunlu müdafii görevlendirilir (CMK 74/2). Özgürlük kısıtlamasının ölçülü olması gerekir (StPO 81/2).

4. İtiraz.

Gözlem altına alınma kararına karşı itiraz yoluna gidilebilir; itiraz kararın yerine getirilmesini durdurur (CMK 74/4).

5. Gözlem süresi.

Şüpheli veya sanığın resmi bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına yargılama makamı karar verebilir (CMK 74/1). Gözlem süresi üç haftayı geçemez. Bu sürenin yetmeyeceği anlaşılırsa, resmi

²⁴⁴² Gözlem altına alma bilirkişilik içinde ele alınabilir. Ancak koruma tedbiri olarak da nitelendirilebilir (*Hakeri/Ünver* 2009,125).

²⁴⁴³ Mülga Kanunumuza göre, sanığın şuurunu tetkik için, gerekiyorsa, yani “muayene” ile bir sonuca varılamıyor ve “gözlem altına alınmasına” ihtiyaç duyuluyorsa bilirkişinin teklifi üzerine yargılama makamları sanığın resmî bir müessesede gözlem altına alınmasına karar verebilirlerdi. Kanun sadece sanığı ele almıştır. Meselâ mağdur veya tanık müşahade altına alınamaz (*Gürelli*, 81). Bu karardan önce savcının ve müdafinin dinlenmesi lâzımdı. Sanığın müdafii yoksa, kendisine mahkemece bir müdafii tayin olunacaktı. Gözlem üç haftayı geçemezdi. Ek sürelerle üç aya kadar çıkılabilirdi. 3 haftalık sürenin yetmeyeceği anlaşılırsa, müessesenin talebi üzerine, her seferinde 3 haftayı geçmemek üzere ek süreler verilebilir. Sürelerin toplamı 3 ayı geçemez. Kanunda evvelce altı hafta olan müşahade süresi 1992-3842 numaralı kanun ile üç haftaya indirilmiştir. Bu tedbire hazırlık soruşturmasında sulh hâkimi, soruşturmada mahkeme karar verirdi. Müşahade için göz altına alınma müddeti, ilerideki cezadan ve gerekiyorsa emniyet tedbirlerinden tutuklamada olduğu gibi mahsup edilirdi (CMUK “1992.3842” 74/son) CK 46/3 gereğince, muhafaza ve tedavi tedbirinin şifaya rağmen uzaması ve bir yıl sürmesi halinde mahsup kabul edilmemesi (2. CD 11/1/44, 967/146) yersizdi, zira bu uzatma, adı ne olursa olsun, mahiyeti itibarıyla cezadan başka bir şey değildir.

sağlık kurumunun istemi üzerine her seferinde üç haftayı geçmemek üzere ek süreler verilebilir, ancak sürelerin toplamı üç ayı geçemez (CMK 74/3).

6. Durma kararı verilmesi gereken haller.

Soruşturma veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa (CMK 223/8), “muhakemenin durması kararı” verilebilir. Bu gibi durumlarda gözlem altına alınma kararı verilebilecektir (CMK 74/5).

7. Mahsup.

Mülga CMUK 74/son gözlem altında geçen sürenin cezadan ve muhafaza ve tedavi tedbirinin asgari süresinden indirilmesini öngörüyordu. CMK’ya bu hüküm alınmadı. Ancak, Türk Ceza Kanunu’nun 63’üncü maddesi, “hüküm kesinleşmeden gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler hükmolunan hapis cezasından indirilir”, şeklinde bir hüküm sevk etmiş olduğu için, mahsup konusunun CMK 74 de düzenlenmesine esasen gerek de yoktur.²⁴⁴⁴

II. Küçüklerin gözlem altına alınması.

Ceza Muhakemesi Kanunu, sadece şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığının saptanması için, “gözlem” altına alınmayı kabul etmiş, mülga CMUK’da olduğu gibi, küçükler hakkında herhangi bir hüküm sevk etmemiştir. Küçük sanıkların muhakemesi konusunda ayrıntılı açıklama için güvenlik tedbirleri bahsine bakınız (No. 488).

Küçüklerin ceza sorumluluğunun tayini bakımından “işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olup olmadığının” (TCK 31) tespit edilmesi amacıyla, bir araştırma yapılması gerekli olacaktır. Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK 35/1), “sosyal inceleme raporu” adı altında düzenlediği kurum ile, şüphelilerin “işlediği suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilme” yeteneğine sahip olup olmadıklarını tespit etmeyi mahkemenin takdirine bırakmıştır. Mülga Çocuk Mahkemeleri Kanunu ise, çocuğun müşahade altına alınmalarına karar verilebilmesini düzenlenmişti. Çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olması iki ayrı faktöre bağlıdır: Birinci faktör normal gelişmesini sürdüren bir çocuğun içinde yaşadığı sosyal çevre ve ailesidir. Bunun değerlendirilmesi sosyal çalışma görevlisi tarafından yapılabilir. İkinci faktör ise normal gelişme sürecini yaşamayan bir çocuk, yani bir nevi hastalığı olan bir çocuktur ki, bu gibi durumlarda gözlem altına alınma yolu açılabilir.

385. GEÇİCİ OLARAK GÜVENLİK TEDBİRLERİNE BAŞVURMA.

Güvenlik tedbiri muhakemesinde de şahsî hürriyeti tahdit edici bazı emniyet tedbirlerine yargıdan önce de geçici olarak başvurulması, şüpheli veya sanığın korunması bakımından gerekebilir.

I. Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine geçici olarak başvurma.

Çocuk hakkında alınabilen tedbirler ikiye ayrılmaktadır: “koruyucu ve destekleyici tedbirleri” (ÇKK 5) ve “çocuklara özgü güvenlik tedbiri” (TCK 56 yollaması ile, ÇKK 11). Kanunda çocuklara özgü güvenlik tedbirleri ayrıca düzenlenmemiş, “koruyucu ve destekleyici tedbirlerin” (ÇKK 5), suça sürüklenen veya ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından, ‘çocuklara özgü güvenlik tedbiri’ olarak anlaşılması gerekeceğinin belirtilmesi ile yetinilmiştir. Çocuklara hakkında uygulanabilen “koruyucu ve destekleyici tedbirler” ile “güvenlik tedbirleri” ilerde açıklanacaktır.

II. Akıl hastaları hakkında geçici tedbirler.

Türk Ceza Kanunu’nun güvenlik tedbirleri başlığını taşıyan ikinci bölümünde akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri gösterilmiştir (TCK 57). 2004-5275 Numaralı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri İnfazı Hakkındaki Kanunda, güvenlik tedbirlerinin nasıl infaz edileceğine dair, tek tük hükümler sevk etmiştir (CGİK 24/2).

²⁴⁴⁴ Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunu, yurt dışında işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde ihracı fiilleri bakımından, yabancı ülkede hükmolunan cezanın infaz edilen kısmının Türkiye’deki yargılama sonunda hükmolunan cezadan mahsup edileceğine dair mülga TCK 403 deki hükmü, muhafaza etmiştir (TCK 188/2).

Bununla birlikte, “tedbirler ve tutukluluk” başlığını taşıyan ikinci kısmında, özel infaz usullerine (CİGK 110), tutuklama kararının yerine getirilmesi (CİGK 111) tutukluların hakları vesaire ve benzeri (CGİK 114) gibi konulara yer verilmişse de akıl hastaları hakkında tutuklama benzeri bir geçici tedbir düzenlenmemiştir. Bu eksiklik giderilmelidir.

III. Uyuşturucu madde kullananlar hakkında geçici tedbirler.

Uyuşturucu ve uyarıcı madde satın alan, kabul eden bulunduran veya kullanan kişiler hakkında verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi süresi zarfında uygulanan denetimli serbestlik süresi içinde gerek görülmesi halinde tedaviye tabi tutulmasına kararı verilebilir (TCK 191/3).

47. § 3. ARAMA ve ELKOYMA

386. Önleme araması. 387. Adli arama: a) Gayesi, niteliği ve koşulları. 388. b) Adli arama kararı. 389. c) Adli arama ve önleme araması işlemlerinin yapılması. 390. Muhafaza ve emniyet altına alma. 391. a) Elkoyma. 392. b) Delil olabilecek veya müsadere edilecek eşyaya elkoyma: aa) Konusu, niteliği ve şartları. 393. bb) Basılmış eserlere elkoyma. 394. cc) Elkoyma kararı ve emri. 395. çç) Elkoyma işleminin yapılması. 396. dd) Postada elkoyma. 397. Elkonulan eşyanın saklanması, geriverilmesi veya elden çıkarılması. 398. c) Suçla ilgili olmayan eşya ve alacaklara elkoyma. 399. ç) Gaipilerin ve kaçakların mallarına elkoyma.

386. ÖNLEME ARAMASI.

I. Arama kavramı.

Arama, saklanan bir kişinin veya gizli ve saklı tutulan bir eşyanın, *önleme* veya *adli* amaçlarla meydana çıkarılması için yapılır. Elkoymada ise, eşya meydandadır ve olduğu yerden zorla alınır. Önleme araması (No. 386-1), suç işlenmeden önce, tehlikenin önlenmesi için, adli arama, delil elde etmek veya şüpheliyi yakalamak için başvurulmuş bir tedbirdir. Suç işlediğinden basit şekilde şüphelenilen kişi ve gerekse şüphe altında olmayan kişiler hakkında adli arama uygulanır.

Arama, Devletin bireylerin özel hayatına girdiği anda oluşur. Özel hayata girmeden yapılan işlemler arama değil, belki başka bir adli veya idari bir işlem oluşturur. Evvelce aramanın kurallara bağlanmasının amacının sadece kişinin evinin, mülkünün, başka bir deyişle mülkiyet hakkının korunması olduğu düşünülüyordu. 1967 yılında verilen *Katz v. US* kararı ile özel hayatın gizliliği ön plana çıkartılmıştır. Anayasanın mülkiyetin yanı sıra, özellikle “kişilik haklarını” ve “özel hayatı”²⁴⁴⁵ koruduğu vurgulanmalıdır.²⁴⁴⁶ “Kişinin gizli tutmadığı ve kendi isteği ile alenileştirdiği şeyler”, koruma kapsamında değildir. Ancak, gizli tutmak istediği takdirde, aleni bir yerde olsa dahi, bu isteğin Anayasa ile korunduğu kabul edilmelidir.²⁴⁴⁷

II. Aramanın insan hakları boyutu.

Arama, kişilerin özel ve aile hayatının gizliliğine ve konut dokunulmazlığına etkisi nedeniyle Anayasada (AY 20 ve 21) da İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde (İHAS 8) de özenle ele alınmıştır. Sözleşmenin 8’inci maddesinde, her somut olayda kendi şartları içinde değerlendirilen bir “özel hayat hakkı” tanınmış, ancak Anayasamızda olduğu gibi, yazılı emre bağlanmamıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8’inci maddesinde bireyin «hususî ve ailevi hayatı, meskeni ve muhaberatı» korunmuş, kanunla sınırlanabilen alanlar gösterilmiştir.

²⁴⁴⁵ *Danışman* özel hayatın gizliliğinin ‘varlığımızın, özgürlüğümüzün görünümünden biri’ olduğunu vurgulamaktadır (*Danışman* 1991, Sh. 1).

²⁴⁴⁶ Özel hayatın sınırları: genel sınırlar ve özel sınırlar olmak üzere iki türdür. Genel sınırlar savaş veya genel tehlike halidir (İHAS 15). Yabancıların siyasi faaliyetleri de sınırlanabilir (m. 16). Özel sınırlamalar ise, ulusal güvenlik kamu güvenliği, ekonomik huzur, düzenin sağlanması ve suçların önlenmesi amacına yöneliktir (*Danışman* 1991, 31).

²⁴⁴⁷ “Subjective expectation of privacy” ve “Objective expectation of privacy”, kriterleri uygulanır.

Sınırlanabilen alanlarda resmi makamların yaptıkları müdahalenin «hukuka aykırı» olduğu iddia edilirse, AİHM tarafından üç yönden denetleme yapılır: (a) kısıtlayıcı tedbirin kanunla düzenlenmiş olup olmadığı, (b) kısıtlama ile güdülen amacın meşru olup olmadığı, (c) müdahale teşkil ettiği iddia edilen işlemin «demokratik bir toplumda gerekli» olup olmadığı²⁴⁴⁸, yani demokratik toplumda millî güvenlik, kamu emniyeti, memleketin iktisadî refahı, düzenin korunması, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın ve başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zorunluluk bulunup bulunmadığı araştırılacaktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde yer alan “özel hayat” teriminin genel bir tanımının yapılmasından kaçınıldığı görülmektedir. AİHM her somut olaydaki özgü koşullara göre değerlendirme yapmaktadır. Ancak, (artık kaldırılmış olan) Komisyona göre özel hayat, “yabancı gözlerden uzak yaşama” hakkından daha geniştir.²⁴⁴⁹

III. Önleme araması kavramı.

1. Önleme araması.

Devlete verilen arama yetkisi iki türdür: arama; ya Anayasal hak ve özgürlüklerin korunması ve tehlikelerin önlenmesi için (önleme araması), veya suçun işlenmesinden sonra, suçun ve failinin ortaya çıkartılması için yapılır (adli arama). Arama, ‘önleme’ amacıyla yapıldığında, tehlike yaratan bir eşyanın ele geçirilmesi için; ‘ceza muhakemesi’ gayesiyle yapıldığında ise, saklanan sanığın ve delillerin elde edilmesi için yapılır. Polis “tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla” önceden alınan hâkim kararı veya mülki amirin yazılı emri üzerine, önleme araması yapabilir (PVSK 9/1). Anayasamız “suç işlenmesinin önlenmesi için” konutta arama yapılmasına kural olarak izin vermişse de (AY 20), PVSK 9 önleme aramasını düzenlerken, “konuttan” açıkça söz etmediği için (AY 13), “konutta”, hâkim kararı ile de olsa, önleme araması yapılmasını yasaklamıştır (PVSK “2007-5681” 9/5) (AramaY 19/son).²⁴⁵⁰

2. 'Önleme araması' ile 'durdurma sonrası arama' farkı.

Durdurma sonrası *silah kontrolü* yapma yetkisi doğduğu için, uygulamada hâkim kararı ile önleme araması yapmak için PVSK 9 kapsamındaki durdurma ile, kolluğun kendiliğinden uygulayabildiği PVSK 4/A'daki durdurma birbirine karışmaktadır. Ancak, PVSK 4/A durdurmasından sonra kolluğun arama yetkisi bulunmadığına dikkat edilmelidir (No. 403-6).

IV. Önleme araması kararı.

1. Önleme amaçlı arama kararı.

a) Hâkimin önleme araması kararı vermesinin ön koşulu: ‘makul sebep’ bulunması.

Suç öncesi idari alandaki önleme aramalarında Cumhuriyet savcısının yetkisi yoktur. Önleme araması idarî bir işlem olmasına rağmen, bunun mülki amirin istemi üzerine sulh ceza hâkiminin kararı ile yapılması gerekir. Önleme araması, adli arama veya tutuklama yetkilerinin kullanılmasından önce, hâkimden karar alınmış olması şartı vardır. Mülki amirin önleme araması kararı verilmesini talep edebilmesi için *makul bir sebep* bulunması gerekir. *Makul sebep*, durdurma ve önleme dinlemesi gibi önleyici yetkilerde kullanılan müşterek bir kavramdır. Topluma yönelik bir tehlike mevcutsa veya suç işlenmek üzere ise, kolluk tehlikenin veya suçun işlenmesinin önlenmesi amacıyla, *önleme araması talep yazısı* düzenler. Bu yazıda arama için *makul sebeplerin* olduğu, gerekçeli olarak açıklanır (PVSK 9/2, AramaY 20/1). Mülki amir gerekli görürse durumu sulh ceza hâkimine sunar, gecikmede tehlike varsa, kendisi yazılı emir verebilir (PVSK 9/1). Hâkim tehlikeyi takdir eder ve buna göre karar verir.

b) Önleme araması kararının içeriği.

²⁴⁴⁸ *Gölcüklü/Gözübüyük* 1994, 255. Arama, ceza muhakemesi hukukunun ilk işlemlerinden biri olduğu için, bireyi yakından ilgilendirir. Bu işlemin yapılması sırasında temel ilkelere uymak gerekir. *Özbek* (sh. 22) bunları, hukuk devleti ilkesi, insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi, özel hayatın gizliliği ilkesi, dürüst işlem ilkesi, oranlılık-ikincillik ilkesi ve maddi gerçeğin araştırılması ilkesi olarak sıralamaktadır.

²⁴⁴⁹ *Gölcüklü/Gözübüyük* 1994, 260.

²⁴⁵⁰ Kitabın 13’üncü basısında hâkim kararı ile konutta önleme araması yapılabileceği görüşünde idik. Temel hakların kısıtlanmasında Kanunla düzenleme bulunması ilkesinden (AY 13) hareketle, görüş değiştirdik.

Sulh ceza hakiminin düzenleyeceği önleme araması kararı veya mülki amirin gecikmesinde sakınca olan hallerde kendiliğinden vereceği önleme araması emrinde; (a) aramanın makul sebebi, (b) konusu ve kapsamı, (c) yapılacağı yer, (ç) zaman ve geçerli olduğu süre belirtilir (PVSK 9/2, AramaY 20/3). Kolluğa önleme amacıyla arama yapma kararı veya emri verilebilmesi için, Polis Hukukunun kabul ettiği ön şartlar da gerçekleşmiş olmalıdır. Öncelikle tehlike altında bulunan hukuki menfaatler veya işlenmek üzere olan bir suç mevcut bulunmalıdır. İkinci olarak sadece maddede gösterilen yerlerde önleme araması yapılabilir (PVSK 9/4).

Önleme araması kararının uygulanacağı yer ve zamanın kararda belirtilmesi bir sıhhat koşuludur. Suç işlenmesi tehlikesinin olduğu yer kararda açıkça belirtilmelidir. Konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz (PVSK 9/4). Alman Hukuku polisin önleme amacı ile konuta girmesini kabul etmektedir. Türk Hukukunda, bu gibi hallerde ne mülki amirin ve ne de hâkimin emir veya karar verme yetkileri yoktur.²⁴⁵¹

Kararın uygulanacağı zaman ise daha da önemlidir. Oluşan yakın tehlikenin zarar doğurmadan önlenmesi için karar verildiği için, bu zamanın yakındaki bir zaman olması mutlaka gerekir. Uzun süreli, ayları kapsayan önleme araması kararları verildiği sırada hukuka aykırıdır.

c) Önleme araması kararına itiraz sorunu.

Önleme araması kararında üzerinde arama yapılacak olan kişi belirlenmemiştir. Ancak, kararın uygulanması sırasında kararda belirlenen yerde hazır bulunduğu için karardan etkilenen kişiler prensip olarak bu hakimlik kararına itiraz edebilirler. Bu nedenle, önleme aramasının amacını tehlikeye düşürmeyecek olduğu hallerde, yapılan aramanın sebebi ilgiliye geciktirilmeksizin bildirilmelidir. İşlem yapıldıktan sonra hâkim kararına itiraz konusu adli arama ve iletişimin denetlenmesi kararları bakımından da tartışma konusudur. Biz, ilgilinin kararı ve karadaki hukuka aykırılığı öğrendiği zaman hâkim kararına itiraz edebileceği görüşündeyiz. Karardaki hukuka aykırılık, makul sebebin kararda tartışılmamış olması gibi bir neden olabilir. İtiraz konusu yasa ile düzenlemeyi gerektirmektedir.

2. Mülki amirin yazılı önleme araması emri vermesi.

Gecikmesinde sakınca olan hallerde, kolluğa arama emrini il sınırları içinde vali, ilçe sınırları içinde ise, kaymakam yazılı olarak verir.²⁴⁵² Spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği yerler veya aniden oluşan topluluk halleri, *gecikmesinde sakınca bulunan hal* sayılır (PVSK 9/5). Rutin bir spor karşılaşması varsa ve genellikle bu etkinlik yapıldığı zaman, olay çıktığı tecrübesi yaşanmışsa, hâkimin karar vermesi için vakit de varsa, kanunda öngörülen karineden yola çıkılarak, hâkimi yetkisiz kılmak doğru değildir: zaman varsa, kararı hâkim vermelidir.

3. Önleme araması tutanağı.

Önleme araması yapıldıktan sonra bir tutanak düzenlenir ve bu tutanak arama kararını veren hâkim veya arama emrini veren mülki amire bildirilir (PVSK 9/7).

Önleme aramasına tabi tutulan ve suç unsuruna rastlanmayan kişinin de bir belge isteme hakkı vardır. Bu belgede arama kararı veya emrinin tarih ve sayısı, aramanın yapıldığı tarih ve yer belirtilir ve aranan şahıs ile arayan görevlinin kimlik bilgileri yer alır (AramaY 26).

Önleme aramasında suç unsuru çıkmazsa, arama belgesi talep üzerine düzenlenir. Fakat suç unsuruna rastlanırsa, tutanak düzenlenmesi mecburidir ve düzenlenen tutanağın Arama Yönetmeliğinin 11. maddesindeki ayrıntıları taşıması zorundadır. Suç kaçakçılık suçu ise, tutanağın Kaçakçılık Kanunu 11 ve 20. maddelerine uygun olması gerekir.

²⁴⁵¹ Alman Hukukunda, polisin mevcut bir tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla ikametgâha girmesi için, önleme araması yapma şartlarının oluşmuş bulunması, yani belirli olaylardan yola çıkılarak, orada kişilerin suçları hazırladıkları, kararlaştırdıkları veya işlediklerinin veya oturma izni bulunmayan kişilerin orada toplandığının veya hüküm giymiş suçluların orada gizlendiğinin veya o yerde fuhuş yapıldığının tespit edilmiş olması şarttır (*Musterentwurf* 19).

²⁴⁵² Ancak, dikkat edilmelidir ki, kolluk amirinin “önleme araması yapma” emri vermek yetkisi yoktur. Kolluk amirinin aleni yerlerde yapılacak adli aramalar için yazılı emir verme yetkisi ise, 2005-5353 numaralı Kanunla tanınmıştır (CMK 119/1). Amir sadece usulüne uygun olarak verilmiş hâkim kararı veya mülki amir emri üzerine, kolluk memurlarına sözlü emir verebilir, emrin yazılı olarak verilmesi istenemez (AramaY 20/son).

Adli arama tutanağı ve belgesi farklı düzenlenmiştir: Adli arama tutanağı suç delili çıksa da çıkmasa da her halde düzenlenir ve ilgili kişiye verilir (AramaY 11). Bu tutanağın dışında, hakkında arama işlemi uygulanan kişi daha ayrıntılı bir belge verilmesini de talep edebilir (Arama Y 12).

4. Önleme araması kararı almadan arama yapılabilen haller.

a) Polisin güvenliğini sağladığı binalara gelenlerin üst araması.

Kamu hizmetine özgülenmiş bina ve tesislere giriş ve çıkışın belli kurallara bağlandığı hallerde, buralara giren kişilerin üstü, eşyası ve araçlarının aranması için önleme araması emri veya kararı gerekmez (PVSK 9/6, AramaY 25/1-a).

Bunun gibi sivil hava meydanlarına girişte yapılan kontrol ve aramalarda, olağanüstü halde yapılan aramalarda, CMK 90 uyarınca yakalandıktan sonra muhafaza altına alınan kişilerin üst ve eşyasının aranması için ve seçimlerde silah taşınmasını önlemek amacı ile yapılan aramalarda, hâkimden karar alınması gerekmez (AramaY 25).

b) Ağır ve muhakkak bir tehlikeden korumak için yapılan aramalar.

Halen mevcut ağır ve muhakkak yakın bir tehlikenin bulunduğu hallerde yazılı emir veya hâkim kararı alınması mümkün olmadığından, bu tür aramalar, *zorunluluk hali* (TCK 25/2; aşağıda c) hükümlerine göre yapılır. PVSK 20'de düzenlenen yangın durumunda eve girme yetkisi de aynı hukuki müessese dolayısıyla, *hukuka uygundur*.

c) Zorunluluk hali.

Yakın bir hayati tehlike varsa, bunun önlenmesi için zorunlu olan "aramalar" yazılı emir veya hâkim kararı olmadan yapılır. Zorunluluk hali ceza sorumluluğunu kaldıran bir hukuka uygunluk sebebi yaratır (TCK 25/2). Polisin hâkim kararı veya yetkili merciin emri bulunmaksızın meskene girme yetkisi, istisnâ hallerde ve zorunluluktan doğan bir ihtiyaçla kabul edilmiştir. Toplum için veya kişiler bakımından mevcut bulunan hayatî bir tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrılarını üzerine kolluk eve girebilir (PVSK 20). Bu tür bir önleme araması işlemi yapmak bakımından, her polis memuru özel bir emir almaya muhtaç olmaksızın, görevi gereği, yetkilidir.

ç) Suçüstü hali.

Polis toplumu tehlikeden korumakla (PVSK 2) görevlidir; imdat istenmesi veya yangın gibi büyük bir tehlikenin haber verilmesi veya görülmesi hallerinde kişileri tehlikeden kurtarmak için (mesela ağır cezalı suçun işlenmesine veya devamına mâni olmak için) konuta, işyerine ve eklentilerine doğrudan girebilir (PVSK 20).

V. Önleme araması türleri.

1. PVSK 9 önleme araması.

Kolluğun önleme amacıyla bir kişinin üzerini arayabilmesi mümkündür. Bu tür arama, kolluk memurunun kendisini veya üçüncü kişilerin vücut veya hayatlarının bir tehlikeden korunması için gereklidir. Bu nedenle, kişiler üzerinde yapılan önleme aramasında iki aşama vardır: önce tedbir niteliğinde bir arama yapılır, daha sonra kesin aramaya geçilir. Aramayı yapacak olan kolluk memuru, kendisine yönelebilecek olan bir tehlikeyi önlemelidir.

2. PVSK 4/A uyarınca durdurma sonrası önleme tedbiri alınması.

Polisin suç işlenmesini veya tehlikeyi önlemek, suç işleyip kaçan kişileri yakalamak veya yakalaması olanları tespit etme üzere kullandığı durdurma yetkisinin arkasından, bu kişi üzerinde veya aracında silah bulunduğu hususunda *yeterli şüphenin varlığı halinde* bu kişinin zarar vermesini önlemek üzere tedbir almak yetkisi doğar (PVSK 4A/6). 'Tedbir almak' *arama yapmak* demek değildir. Bu maddede yer alan *sözlü emir üzerine arama yapma* yetkisi Anayasa Mahkemesinin 4.5.2017 tarihli, K. 2017/98 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Söz konusu iptal kararının uygulamaya yansımadağı ve durdurma sonrasında kolluğun arama da yaptığı görülmektedir. Jandarma Yönetmeliğindeki durdurma ve kimlik sorma ile ilgili 46. madde, yedi yıl sonra, 16.1.2024 tarihli Resmî Gazetede yapılan değişiklikle iptal kararına uygun hale getirilmiştir.

3. CMK 90/4 yakalama sonrası arama.

Yakalama sonrasında da arama kendiliğinden yapılabilir (CMK 90/4). Bunun için, yakalama yetkisine sahip olan kolluk görevlisinin önce o kişinin silahlı olup olmadığını tespit etmek bakımından, kontrol etme yetkisi doğar. Bu tür tedbir niteliğindeki üst aramalarında yazılı emir ve hâkim kararı gerekmez (YakalamaY 6/2).

4. Gözaltı öncesi arama.

Yakalanan kişi hakkında Cumhuriyet savcısı gözaltı kararı verirse (CMK 91/2), bu kişi sağlık kontrolünden geçirilir (YakalamaY 9), parmak izi alınır ve resmi çekilir (PVSK 5) ve nezarethaneye alınmadan önce güvenlik aramasına tabi tutulur (YakalamaY 10). Yapılan bu arama için ayrı bir hâkim kararı alınmasına gerek yoktur, zira Cumhuriyet savcısının verdiği gözaltı kararı tüm nezarethane işlemlerinin yapılmasını sağlayan bir karardır.

5. İnfaz kurumlarındaki aramalar.

Hükümlü veya tutuklunun infaz kurumunda muhafaza edildiği hücrelerde yapılan aramalarda iki menfaat çatışır. Hükümlünün özgürlük hakkı kısıtlanmıştır ama diğer temel hakları, tedbirin amacı ve kurumun güvenliği göz önünde tutularak, belli bir oranda kısıtlanabilir. Cezaevi ve tutukevi gibi, kişi hürriyetinin belli amaçlar doğrultusunda kısıtlandığı yerlerde barındırılan kişilerin de hakları vardır. Ancak bu haklar, tedbirin amacı ile orantılı bir şekilde kısıtlanmıştır. Aramada çatışan menfaatler özel hayatın gizliliği ve kurumun güvenliğidir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, kurumun güvenliğinin daha üstün bir menfaat olduğunu kabul etmiştir.²⁴⁵³

Hapishanelerdeki aramalar, “rutin” aramalardır. Hükümlünün kuruma alınması sırasında aranması (CGİK 21/1), infaz kurumuna giren herkesin aranması (CGİK 86/3) ve hükümlülerin odalarından çıkış ve dönüşlerinde üst ve eşya aramasına tabi tutulması (CGİK 86/6), rutin önleme aramalarıdır. Kanun ile düzenlenen bir yetki olduğu için, Anayasaya aykırı değildir.

Tutuklu veya hükümlünün vücudunda ayrıntılı inceleme yapılabilmesi için, gene de makul bir şüphe sebebinin ortaya çıkması gerekir.

Hükümlünün yatıp kalktığı hücre dışında kalan, kuruma ait bütün alanlar, kurumda görevli herhangi bir memur tarafından aranabilir. Mahpusun hücresi de görevlilerce, önceden yetkilendirilmeksizin, rutin aralıklarla veya sürekli olarak teknik araçlarla gözetlenebilir. Bu gözetleme görevi, mahpusun sağlığı ve güvenliği için verilmiş bir yetkidir.

Mahpusun yaşadığı hücrenin rutin aralıklarla, herhangi sebebe dayanmaksızın, ayrıntılı bir şekilde aranması için, Kurum Müdürünün emir vermesi gerekir. Bu tür aramalar, ‘önleme araması’ kategorisine giren idari arama işlemleridir.

Yukarıdaki önleme aramasından farklı olarak, adli arama yapılması, yani mahpusun hücresinin detaylı bir şekilde, fakat rutin dışı olarak aranması için, hâkimden yazılı karar alınması²⁴⁵⁴ ve bu kararın ‘bir suç emaresi bulunacağına dair makul şüpheye’ dayanması şarttır.

Genel kurallar uyarınca, burada da gecikmede tehlike varsa, hâkim kararı olmadan adli arama yapılabilir. Anayasamızın 20 ve 21’nci maddeleri değiştirilmelidir.

6. Askeri mahallerde önleme araması ve kontroller.

a) Askeri mahallerdeki önleme araması.

Askeri mahallerde önleme araması, 25/7/2018 tarih ve 7145 sayılı Kanunun 2’nci maddesiyle 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu (İHK)’na eklenen 56/A maddesinde düzenlenmiştir.²⁴⁵⁵ Askeri mahalde

²⁴⁵³ Hudson v. Palmer 1984.

²⁴⁵⁴ American Bar Association, ‘Standarts for Criminal Justice’, Chapter 23. Legal Status of Prisoners, Part VI. Personal Integrity and Security, Standart 23-6.10.

²⁴⁵⁵ Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Jandarma Genel Komutanlığı bünyesindeki askeri mahallerde önleme araması yapılabilmesi için, 7145 sayılı Kanunla, 2962 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununa ek m. 7, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununa 15/A maddesi eklenmiştir. Sözü edilen maddeler ile; tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi

yapılacak önleme araması, askeri hizmet kapsamında olduğundan, bu hükme 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanununda (İHK) yer verilmesi isabetli olmuştur. İHK 56/A'nın son fıkrası uyarınca çıkarılması öngörülen yönetmelik "Millî Savunma Bakanlığı Askeri Mahallerde Önleme Araması Yönetmeliği" 24.9.2021 tarih ve 31608 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur.²⁴⁵⁶ Bu yönetmeliğe göre; *Önleme araması, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yetkili merciinin yazılı emriyle, askerî mahallerde kişilerin üstlerinde, eşyalarında, aracında, özel kâğıtlarında yapılan arama işlemidir (ÖNAKYön 5).*

Önleme araması; askeri mahallerde kişilerin üstlerinde, eşyalarında, aracında, özel kâğıtlarında yapılabilir. Kışla, karargâh, askerî kurum, konak, ordugâh, üs bölgeleri ve gemiler askeri mahal sayılır. Millî Savunma Üniversitesine bağlı yerleşkeler de askeri mahal kapsamındadır (ÖNAKYön 4/1-c,ğ,h,i.).

Önleme araması yapılabilecek yer ve alanlar yönetmeliğin 10.maddesinde sayılmıştır. Bu yerler şunlardır: i. Askerî mahallerde görev yapan tüm personel ile buralarda hizmet veren sivil şahıslar tarafından görev ve hizmetlerin yerine getirilmesi aşamasında, ortak hizmete tahsis edilen veya tüm personelin ve şahısların kullanımına açık alanlar. ii. Askerî mahal sınırları içerisinde bulunan ve görevli personele tahsis edilmiş dinlenme veya konaklama yerlerindeki (orduevi, askerî gazino, kışla gazinosu, vardiya yatakhane, misafirhane, apart otel, konteyner ve benzeri) ortak kullanım için ayrılmış alanlar; askerî hizmet için kullanılan ve personelin kullanımına tahsis edilen alanlar (eğitim alanları, yemekhane, yatakhane, bakım ve onarım kademeleri, depolar, dolaplar ve benzeri). iii. Sabit veya seyyar olarak kullanılan her çeşit askerî araç ile askerî mahalde bulunan sivil araçlar.

Konutta ve yerleşim yerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamayacağı gibi, makul bir sebep yokken belirli periyotlarla yenilenerek birbirini takip edecek şekilde süreklilik gösterecek ve genel arama izlenimi verecek arama kararı ve emri verilemez. Önleme araması emri verilmesinden sonra, fakat aramanın icrasından önce bir suç işlendiğine yönelik şüphe ortaya çıkarsa, CMK hükümlerinin uygulanması gerekeceğinden, durum Cumhuriyet savcısına bildirilerek talimatı doğrultusunda hareket edilir (ÖNAKYön 5/3).

Maddede 'kişiler', denildiğinden, askeri mahalde bulunan sivil kişiler de bu kavram kapsamındadır. Üst araması, askeri mahalde bulunan kişinin sıfatı ve rütbesi ne olursa olsun üstü, eşyası, aracı ve özel kâğıtları kaba üst araması şeklinde yapılır. Kişinin beraberindeki eşya ise, mümkünse elektromanyetik veya sair teknik cihazlarla, değilse kaba üst aramasına tâbi tutularak uygun yöntemle yapılır.

Kanun, sulh ceza hakiminden önleme araması kararı talebinde bulunma yetkisini her seviyedeki amire değil, belirli seviyedeki makam sahiplerine vermiştir. Daha ast seviyedeki amirler, önleme araması yapılması ihtiyacını yetkili mercie bildirmek ve bu merciinin kararı doğrultusunda hareket etmekle yükümlüdürler. Önleme araması talep etme Yetkisine sahip merciler MSB Askeri Mahallerde Önleme Aramaları Yönetmeliği ÖNAKYön 4/j de sayılmıştır.²⁴⁵⁷

İlgili birlik komutanı veya askeri kurum amiri, askeri mahal içerisinde arama yapılmasına ihtiyaç olduğunu tespit etmesi halinde, bu talebini gerekçeli bir şekilde yazılı olarak yetkili mercie iletir. Arama talebi, en kısa zamanda yazılı hale getirilmek üzere, sözlü olarak da yapılabilir. Arama talebinde aramanın sebebi, konusu ve kapsamı, yapılacağı yer ve zaman ve geçerli olması istenen süre belirtilir. Mercie, önleme araması yapılması istemini yerinde bulursa, sulh ceza hakimliğine gerekçeli bir talep

amacıyla, sahil güvenlik hizmet binaları ve eklentileri ile yüzer unsurlarında, jandarma hizmet binaları ve eklentilerinde, askerlik yükümlülüğünü Sahil Güvenlik Komutanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı emrinde yerine getirmekte olan erbaş ve erlerin üstü, özel kâğıtları ve eşyasının aranacağına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

²⁴⁵⁶ Demirağ 2023a, 71.

²⁴⁵⁷ Bu merciler şunlardır: a) Millî Savunma Bakanlığı merkez teşkilatında Bakanı, yetki devretmesi durumunda ilgili Bakan Yardımcıları. b) Genelkurmay Başkanlığında Genelkurmay Başkanı, yetki devretmesi durumunda Genelkurmay İkinci Başkanı. c) Kuvvet komutanlıklarında Kuvvet Komutanı, yetki devretmesi durumunda Kuvvet Kurmay Başkanı. d) Millî Savunma Bakanlığı taşra ve yurt dışı teşkilatı ile Millî Savunma Üniversitesi için ayrıca asgari alay komutanı eşiti kurum amiri. e) Asgari tugay komutanı veya eşiti rütbede askerî kurum amiri (Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarında eşiti). f) Bağlı olduğu limandan ayrı bulunması veya seyrüsefer halleri için gemilerde gemi komutanı veya bunların vekilleri. g) Hukuk sınıfı subaylar. ğ) Yukarıda sayılan mercilere ulaşmanın mümkün olmadığı durumlarda ilgisine göre Hukuk Hizmetleri Genel Müdürü, Hukuk Hizmetleri Başkanı/Hukuk Hizmetleri Birim Amiri veya bunların vekilleri önleme araması emri verebilir.

yazısı gönderir. Aşağıda açıklandığı gibi, gecikmesinde sakınca varsa, yetkili merci doğrudan önleme araması emri de verebilir.

Askeri mahallerde önleme araması kararını, *yurt içindeki askeri mahallerde* sulh ceza hâkimi verir. Sulh ceza hâkimi, talebi ileten merciin yetkili merci (ÖNAKYön 4/1-j) ve arama talebinin gerekçeli olup olmadığını inceler ve kararını en geç kırk sekiz saat içerisinde açıklar. Süresinde karar verilmeyen hallerde arama talebi reddedilmiş sayılır. Yetkili merci ret kararına karşı CMK 267 ve devamı maddeleri uyarınca itiraz edebilir.

Arama kararında, aramanın sebebi, konusu ve kapsamı, aramanın yapılacağı yer ve zaman ile geçerli olacağı süre belirtilir.

Yönetmelikte belirtilen yetkili merci, talep üzerine veya *gecikmesinde sakınca bulunan hallerde* gerek görmesi halinde talep olmaksızın, kendisine bağlı birlik veya kurumlarda doğrudan önleme araması emri verebilir. Gecikmede sakınca bulunan hal kavramı, *askeri mahal bağlamında, askerî mahalde taşınması, bulundurulması veya buraya sokulması yasak olan her türlü patlayıcı, uyuşturucu madde, silâh veya eşyanın, engellenmemesi veya tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması veya askerî birlik ve kurumda disiplin ve itaatın ileri derecede bozulmasının engellenmesi ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini* ifade eder. Seyir halindeki gemiler ile yurt dışında konuşlu veya görev yapan birliklerde gecikmesinde sakınca bulunan hal her zaman varsayılır (ÖNAKYön 4/1-f).

Önleme aramasını yetkili merci ilgili birlik komutanlığı veya askerî kurum amirliği veya tespit edeceği arama heyeti vasıtasıyla yaptırır (ÖNAKYön 12-15). Her önleme araması kararı veya emri sadece bir kez arama yapma yetkisi verir (m.11). Üst aramasını yapacak kişinin rütbesi konusunda bir düzenleme yoktur. Arama öncesinde, yapılan aramanın konusunun ne olduğu veya aramanın yapılmasına temel teşkil eden sebepleri, yetkilendirilen personelin yetkili olduğunu ispatlayan hususları içeren arama kararı ya da emri ilgililere açıklanır. İlgililerin talep etmesi halinde, arama kararı veya emri ibraz edilir (ÖNAKYön 12/2). Önleme araması işlemleri gece de yapılabilir. Yapılan aramalar mümkün ise uygun kayıt cihazı ile kayıt altına alınır. Önleme araması işlemi bir tutanağa bağlanır. Tutanak, arama işlemine katılmış olanlar ve varsa eşyası muhafaza altına alınanlar ile hazır bulunanlarca imzalanır. Önleme aramasında suç delili elde edilirse, bu konuda yapılan işlemler Yönetmeliğin 9. maddesinde gösterilmiştir.

Üst araması sırasında, kişinin beraberinde olan eşya da mümkünse elektromanyetik veya sair teknik cihazlarla, değilse kaba üst aramasına tâbi tutularak uygun yöntemle yapılır. Sahipsiz eşya hakkında da aynı hüküm uygulanır. Kaba üst aramasını yapacak görevli, kontrol edilecek kişiyle aynı cinsiyetten olur (m.13/1). Arama sırasında rastlanan özel kâğıt ve zarflar, içinde müsadereye tâbi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz; açıksa dahi yazılı bilgiler okunamaz. Kişiye ait olmayan resmi nitelikteki belge ve kapalı zarflar gönderen veya alan birliğin teyidini almak üzere koruma altına alınır. Teyit almayı müteakip bu evraka gerekli işlem yapılır (m. 13/2).

Koğuş, askeri gazino gibi ortak kullanım alanlarında eşya aramaları, rütbeli personelden oluşan heyet tarafından gerçekleştirilmeli ve heyette, rütbeli personel dışında erbaş ve erlere de yer verilmelidir. Ortak kullanıma sunulmuş kapalı ve açık alanlar ile kapalı alanların eklentilerinde, gemi, uçak ve askerî araçlarda yapılan aramalarda mümkünse o alan sorumlusu veya eşyanın sorumlusu, maliki ya da zilyedinin bulundurulması sağlanır. Bu personel bulundurulamıyor ise hazır bulunmama veya bulunamama gerekçesi tutanakta belirtilmek suretiyle, arama heyetinde bulunan personel hariç olmak üzere; aramaya tabi tutulan personelin veya eşyanın bağlı bulunduğu birimden bir personelin aramada hazır bulundurulması sağlanır (m. 14).

Araç araması; kişiye en az sıkıntı verecek şekilde, araca zarar vermeden, mümkün olan en kısa sürede ve mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Sahibi belli olmayan veya sahibine ulaşılamayan araçların aranmasında, aracın görünen bir yerine arama yapıldığını belirten bir not bırakılır. Bu notta, arama tutanağının bir kopyasının temin edilebileceği yer belirtilir (m. 14, 1-2).

b) Yurt dışındaki askeri mahallerde önleme araması.

Yurt dışında askeri mahallerde ise Ankara sulh ceza hakimliği yetkilidir (AsCK Ek 19/3). Yurt dışındaki birlikler veya kurumlar açısından bu süre elde edilen bilgi, belge ve bulguların yurt dışındaki

birliğin veya kurumun Türkiye’de bağlı olduğu birliğe veya kuruma geldiği anda başlar. Yurt dışında bulunan birlikler veya kurumlar açısından yetkili onay merci, bu birliğin veya kurumun hiyerarşik olarak Türkiye’deki bağlı olduğu birlik komutanlığının veya kurumun bulunduğu yer hâkimliğidir. Seyir halindeki gemiler açısından bu süre geminin kendi üssüne veya Deniz Kuvvetleri Komutanlığı limanlarından birine yanaştığı andan itibaren başlar. Yetkili hâkimlik talebin kendisine ulaşmasından sonra en geç kırk sekiz saat içinde kararını verir. Bu süre içerisinde yetkili hâkimlik tarafından karar verilmemesi halinde arama işlemi ve sonuçları kendiliğinden ortadan kalkar.

c) Askeri mahallerde kontrol.

Askeri mahallerde kontrol, askeri mahallere giriş çıkışlarda uygulanan bir önleme tedbiridir. 25.7.2018 tarih ve 7145 sayılı Kanunun 2 nci maddesi ile İç Hizmet Kanununa eklenen m. 56/B ile düzenlenmiştir. Kontrol noktaları ve kontrolün icrasına yönelik hususlar ÖNAKYön m. 16, 17 ve 18’de düzenlenmiştir.

Askerlik hizmetinin temelini yurt savunması oluşturduğundan, bu hizmetin planlanıp yürütüldüğü her türlü bina ve tesislerin bulunduğu yerlere giriş ve çıkışın kontrole tabi tutulması; buralarda fiziki ve bilgi güvenliğinin sağlanması, gizliliğin korunması ve istihbarata karşı koyma açısından zorunluluk arz etmekte olup, böyle bir tedbirin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan bir yönü bulunmamaktadır.

Askerlik hizmetinin yukarıda açıklanan özelliği nedeniyle, 56/B düzenlemesinden önce de kişiler, askeri mahallere giriş ve çıkışta kontrole tabi tutuluyorlardı. Bu bağlamda giriş ve çıkışlar duyarlı kapıdan yapılmakta, şüphe halinde kişiler kaba üst aramasına tabi tutulabilmekte, eşyası ve aracı aranabilmekte idi. Fakat kişilerin özel hayatına müdahale niteliği taşıyan bu uygulamanın yasal dayanağı bulunmamaktaydı. İHK m. 56/B düzenlemesiyle, askeri mahallere giriş ve çıkışlarda yapılan kontroller kanuni bir güvenceye bağlanmıştır.

İç Hizmet Kanunu m. 56/B ve Askeri Mahallerde Önleme Araması ve Kontrol yönetmeliği hükümlerine göre, asker kişiler dâhil askerî mahallere girmek veya çıkmak isteyenler duyarlı kapıdan geçmek zorundadır²⁴⁵⁸. Bu kişilerin üstleri, duyarlı kapının ikaz vermesi hâlinde, metal detektörle kontrol edilir; eşyaları teknik cihazlardan ve güvenlik sistemlerinden geçirilir; aracı, teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol edilir. Şüphe hâlinde veya bu cihazların bulunmadığı yerlerde, herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, kontrol elle yapılabilir. Teknik cihazların ikazının sürmesi hâlinde, bu kişiler ancak elle kontrolü kabul ettikleri takdirde askerî mahallere girebilirler.

Askeri mahallere giriş kontrolü, kişilerin duyarlı kapıdan geçmesi suretiyle yapılır. Askeri mahal içinde de bir veya birden fazla kontrol noktası tesis edilebilir.

Kontrol işlemi, bu işlem ile görevlendirilen güvenlik personeli vasıtasıyla yerine getirilir. Kontrole görevlendirilen personelin yetkileri Yönetmelik m. 16/3 te gösterilmiştir.

Şüphe hâlinde veya uygun teknik cihazların bulunmadığı yerlerde, ilgilinin rızası halinde herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın elle yapılabilir. Bu şüphe, başlangıç şüphesi derecesinde olmayan, fakat dışarıya çıkarılması yasak bilgi, belge veya eşya bulunduğu dair duyuma veya istihbari bilgiye dayanan şüphedir.

Askerî mahallere giriş ve çıkışlarda, asker kişiler de dâhil olmak üzere tüm şahıslar duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Duyarlı kapının yokluğu durumunda kontrol; uygun teknik cihazlarla, bunların yokluğunda ise elle icra edilir. Kişilerin beraberindeki eşya ve evrak, teknik cihazlar veya güvenlik sistemlerinden geçirilir. Bu eşya içerisinde fiziki güvenlik veya bilgi güvenliğini ihlal edebilecek her türlü malzemenin tespiti halinde; izin verilenler haricindeki kişinin bu malzeme ile askerî mahale girmesine veya askerî mahalden çıkmasına izin verilmez. Bu malzemeler, ilgisine teslim edilmek üzere girişte belge, çıkışta ise tutanak karşılığı kontrol görevlileri tarafından muhafaza altına alınır.

²⁴⁵⁸ Yönetmelikte, duyarlı kapı “Kişilerin üzerinde bulunan metalleri yoğunluğuna göre algılayarak sesli ve ışıklı uyarıda bulunan bir elektronik sistem”, şeklinde tanımlanmıştır.

Duyarlı kapıdan geçmesine engel oluşturacak bir rahatsızlığı veya durumu bulunan ve bunu geçerli sağlık raporuyla belgeleyenler ile duyarlı kapının ikaz verdiği kişiler; uygun teknik cihazlarla, bu cihazların yokluğunda ise elle kontrole tabi tutulur.

Uygun teknik cihazlarla kontrol esnasında, bu cihazların ikazının sürmesi halinde kişiler ayrıntılı olarak elle kontrole tabi tutulur.

Askerî mahalle giriş veya askerî mahalden çıkış yapan araçların sürücüsünün ve araç içerisindekilerin kimlik tanımlaması yapılır; araçla giriş-çıkış müsaadesi olanların dışındakiler araçtan indirilerek yaya geçişine yönlendirilir. Araçların dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümleri ile bagajları kontrol edilir. Araç kontrol sistemi vasıtasıyla aracın ayrıntılı taraması yapılır, araç kontrol sistemi bulunmayan yerlerde ise kontrol uygun cihazlar ile yapılır.

Özel kanunlarla muafiyet tanınanlar ve uluslararası sözleşmeler uyarınca yetkileri tanınmış kişi ve kuruluşların temsilcilerinin üstleri elle kontrol edilemez.²⁴⁵⁹ Bu bağlamda 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 88 inci maddesinde, “Ağır ceza mahkemesinin suçüstü halleri dışında suç işlediği ileri sürülen hâkim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez” hükmü yer almaktadır. Benzeri bir düzenlemeye 1136 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin son cümlesinde yer verilmiştir. Bu cümle şöyledir: “Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz.”

Mühimmat ve patlayıcı madde depoları ve tesisleri ile diğer kontrollü bölgelere giriş veya çıkış yapanların, özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla görev, statü ve konumlarına bakılmaksızın tamamı uygun teknik cihazlarla, bu cihazların yokluğunda ise elle kontrole tabi tutulur.

Sıralı kontrol işlemlerine tabi tutulmak istemeyen kişilerin, durum tutanakla tespit edilmek kaydıyla askerî mahalle girişlerine izin verilmez. Sıralı kontrol işlemine tabi tutulmaksızın çıkış yapmak isteyen kişilerin durumları tutanak altına alınarak çıkışına müsaade edilir. Bunlardan, o askerî mahalde görevli olanlar hakkında düzenlenen tutanak en seri vasıtalarla amirine iletilir. Yetkili disiplin amirleri tarafından gerekli disiplin veya cezai işlem yapılır.

Askerî mahallerde kontrol sırasında elde edilen eşya ve bulgularla ilgili olarak yapılacak işlemler Yönetmeliğin 18 inci maddesinde gösterilmiştir. Bu hükme göre;

Kontrol sırasında elde edilen ve suç şüphesi içeren bilgi ve bulgular hakkında 5271 sayılı Kanun ve ilgili özel kanun hükümleri çerçevesinde işlem yapılır.

Konusu disiplinsizlik teşkil eden koruma altına alınan malzemeye yönelik 6413 sayılı Kanun, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile diğer özel disiplin mevzuatı hükümlerine göre işlem yapılır.

Askerî mahallerden çıkışta, bilgi veya malzeme kaçırıldığı tespit edilmesi halinde; durum derhal tutanağa bağlanmak ve elde edilen bulgu koruma altına alınmak suretiyle askerî mahaldeki ilgili birimine ve yetkili adli makama bildirilir. Yetkili makamın talimatına kadar kişi bekletilir ve alınacak talimat doğrultusunda hareket edilir.

ç) *Askerî mahallerde adli arama.*

Genel suçlarla ilgili aramanın koşulları, askeri suçlar bakımından da aranır. Arama kararı vermeye yetkili merciler de genel suçlarda olduğu gibidir (CMK 119/5). Arama, Cumhuriyet savcısının nezaretinde askerî makamların katılımıyla adli kolluk görevlileri tarafından yerine getirilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle de askerî makamların katılımıyla adli kolluk görevlileri tarafından arama yapılabilir (No. ??).

VI. Hakkında önleme araması uygulanabilen kişiler.

²⁴⁵⁹ Askerî Mahallerde Önleme Araması ve Kontrol Yönetmeliği m. 20’ de, “Uluslararası anlaşmalar, 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, mülga 26/10/1963 tarihli ve 357 sayılı Askerî Hâkimler Kanununun uygulanmasına devam olunan hükümleri, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ve diğer özel kanun hükümleri saklıdır. 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilâtı Kanunu kapsamında Millî İstihbarat Teşkilatı mensupları hakkında bu Yönetmelik hükümleri uygulanmaz” hükmü yer almaktadır.

Önleme araması tehlikenin ortadan kaldırılması amacıyla yapıldığı için, adli aramadan farklıdır. Kanunlarda adli arama açısından öngörülmüş bulunan kişinin sıfatına bağlı sınırlamalar, önleme araması açısından geçerli değildir.²⁴⁶⁰

VII. Kolluğun denetleme yetkisi ve idari kontroller.

1. 'Arama' sayılmayan denetlemeler.

Kolluğun her zaman kontrol edebileceği ve doğrudan doğruya girebileceği yerler de vardır.²⁴⁶¹ Otel, gazino, dinlenme yerleri, kumar oynanan, elektronik aletlerle oynanan zekâ veya maharet geliştirici televizyon oyunlarının oynandığı yerler 'umuma açık yer' sayıldığı için (PVSK ek m. 8)²⁴⁶² kolluk tarafından idari yönden denetlenebilir.

Anayasa'da yapılan değişiklik (AY "2001-4709" 20 ve 21) doğrultusunda, her türlü arama için, Anayasada gösterilen sebeplere dayanan bir hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınmış idari bir makam tarafından verilmiş yazılı bir emir mevcut bulunmalıdır. Ancak, teknik hukuk açısından "arama" olmayan "denetimler" ve "idari kontroller" bunun dışındadır (AramaY 18).

Örnek olarak, evin yangın önlemleri, sağlık ve güvenlik tedbirleri nedeniyle kontrol edilmesi; sınırlarda yapılan idari kontroller, kimlik sorma, ehliyet ve ruhsat kontrolü; hava alanlarında yapılan kontroller, ceza infaz kurumlarında yapılan önleme kontrolleri (CİGK 53/2, 86/3) ve PVSK'dan kaynaklanan diğer "denetim yetkileri" gösterilebilir (AY 20, 21, PVSK 17, İl İdaresi Kanunu 4178, PVSK 9, 17).

Arama Yönetmeliği, çeşitli yasalarda bulunan "denetim" yetkilerini şöyle sıralamaktadır (AramaY 18):

- a) Umuma açık eğlence yerlerinin ve benzerlerinin "genel güvenlik ve asayiş yönünden" denetimi;
- b) Kumar oynanan umumi ve umuma açık yerlerle, iç yönetmeliğine aykırı faaliyet göstererek umuma açık yer haline geldiği tespit edilen lokal ve benzerlerinin denetimi;
- c) Kurallara aykırı olarak işletilen yerlerin denetimi;
- d) Küçüklerin girdiğinden şüphelenilen açılması izne bağlı içkili yerlerdeki denetimler;
- e) Suç işlenmesini önlemek için kişilerden kimlik sorma (PVSK 4A),
- f) Kimlik bildirme Kanununda belirtilen yerlerin denetimi;
- g) Motorlu araçların ve sürücülerinin denetimi;
- h) Su araçlarının ruhsatlarının denetimi;
- i) Elektromanyetik araçlarla veya detektör köpeklerle yapılan "tarama" şeklindeki denetimler;
- j) TCK 183 kapsamında gürültü yapanların menedilmesi amacıyla yapılan denetim;
- k) Hudut kapılarındaki pasaport denetimleri.

2. Evin yangın önlemleri, sağlık ve güvenlik tedbirleri nedeniyle kontrol edilmesi.

²⁴⁶⁰ Ceza ve hukuk mahkemeleri bir avukatın "önleme amacı ile", miting alanında aranmasında, hukuka aykırılık görmezken, Ankara 3. İdare Mahkemesi "hizmet kusuru" bulunduğunu kabul ederek, tazminata hükmetmişti (Ankara 3. İdare Mahkemesi, 11.6.2004: E. 2003/1192, K. 2003/978). Bu karar daha sonra Bölge İdare Mahkemesinin 16.2.2005 tarihli (K. 554) kararı ile bozulmuştur. Bu nedenle önleme amaçlı aramalarda avukatların aramaya tabi tutulmasında yasal bir engel bulunmadığı belirlenmiştir.

²⁴⁶¹ Mülga CMUK 97'ye göre, her şahsın gece girebileceği yerler, suçtan elde edilen eşyanın saklandığı yerler, sabıkalarının toplanma yerleri, gizli kumar oynatılan veya polisçe maruf olan yerler ve hemen aranmadığı takdirde suç delillerinin kaybolacağı veya suçlunun kaçabileceği yerlere kolluk her zaman karar veya emir olmadan girebiliyordu. CMK bu konuyu düzenlemedi. Alman Polisi de herkesin girip çıkabilmesine açık olan yerler ile iş işletme odaları ve mülklere tehlikenin önlenmesi amacıyla girilebilir (*Musterentwurf*19).

²⁴⁶² Bu tür bir yetkiyi kullanan polis; nereye, ne zaman, hangi olay nedeni ile girdiğini belirten bir tutanak tanzim etmek mecburiyetindedir.

Evin veya işyerinin yangın önlemleri ve benzeri güvenlik tedbirleri açısından kontrol edilmesi gerekirse, kural olarak idari bir önlem söz konusu olduğu için hâkimden karar almaya ihtiyaç yoktur. Söz konusu evde yasada öngörülen kurallara riayet edilmediği konusunda makul bir sebep bulunmalıdır.

Ancak bununla birlikte, yangın gibi acil bir durum varsa, herhangi bir karar almaya ihtiyaç yoktur.

3. Sınırlarda yapılan idari kontroller.

Sınırlarda yapılan olağan güvenlik aramaları hukuka uygundur. Bu aramalar basit kontrollerdir (KaçK 9/2,3). Buna karşılık, kişinin üzerinde, sınırda ayrıntılı arama yapılabilmesi için, gerçek bir şüphe mevcut bulunmalıdır.²⁴⁶³

4. Kimlik sorma, ehliyet ve ruhsat kontrolü.

Kolluk tarafından kişilere, “suç işlenmesini önlemek için” kimlik sorulabilir (PVSK 4A).

Motorlu araçlarda bulunması gereken ruhsat, sürücü belgesi ve gerekli diğer eşyanın bulunup bulunmadığını denetlemek (AramaY 27), teknik anlamda “arama” değildir.

Kolluk bir “trafik ihlali gördüğü vakit” aracı durdurarak ehliyet ve ruhsat isteyebilir. Plakanın sahte olduğu yolunda bir kuşku doğduğu takdirde, Kolluğun “durdurma” yetkisi oluşur (Arama Y 27).

5. Hava alanlarında önlem olarak yapılan kontroller.

Hava alanlarına girişlerde yapılan «önleme araması», İl İdaresi Kanunu’na 1996-4178 numaralı Kanunla eklenen Ek m. 1 ile düzenlenmiştir. Sivil hava meydanları, limanlar ve sınır kapılarında güvenliğin sağlanmasından Vali sorumludur. Vali bu yetkisini görevlendireceği mülki idare amirine devredebilir. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile Gümrük Kanunu’nun arama ile ilgili hükümleri saklı kalmak üzere, genel güvenlik ve kamu düzeni bakımından gerekli gördüğü hallerde araçlarını ve giren çıkanların üstlerini ve eşyalarını aratabilir. Elektromanyetik aygıtlar ve dedektör köpekleri aracılığı ile yapılan denetimler için hâkim kararı aranmaz (AramaY 18-j).

Pan-Am uçağına İngiltere üzerinde patlayan bir bomba konulmasından sonra, uçağı giren bavullara bomba konulmasını önlemeye yönelik çalışmalara başlanmıştır. Mesela yolcuya, bavulunu kendisinin hazırlayıp hazırlamadığı veya bavullar kapandıktan sonra bir kişinin kendisine yurt dışına götürmek üzere bir paket verip vermediği gibi sorular sorularak, denetim yapılmaktadır. Buradaki amaç, önceden tespit edilmiş olan ‘terör eylemcisi profili’ne uygun kişileri bulmaya yönelik sorular sorulmasıdır. Amerika’da 11 Eylül 2001’de yapılan saldırıdan sonra yürürlüğe giren “Patriot Act”, bu yetkileri genişletmiştir.

6. Kaçakçılığın önlenmesi.

Arama ve elkoyma 5607 Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 9. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede gümrük kapılarında yapılan arama ile diğer yerlerde yapılan arama farklılaştırılmıştır. Maddenin 2. fıkrasına göre, gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçları gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerinde yazılı emir olmaksızın aranabilecek ve tespit edilen kaçak eşyaya derhal elkonulacaktır. Kaçak eşya dışında bir eşyanın tespit edilmesi halinde CMK hükümleri uygulanacaktır. 9/1. fıkrası uyarınca kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphe edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlar ile kişilerin üzerlerinde yapılacak arama ve elkoymalarda CMK hükümleri uygulanır.

7. Okullarda yapılan önleme kontrolleri.

İlk, orta ve yüksek öğretim kurumlarında öğrencilerle ilgili olarak yapılan idari aramanın konusu, genellikle bir disiplin eyleminin meydana çıkarılmasına yöneliktir. Mesela, sigara içmenin yasak olduğu bir kurumda, öğrencinin üzerinde sigara aranabilmelidir. Öğrencilere ait sıra veya dolaplar içerisinde yapılması sözkonusu olan bu tür disiplin aramalarında, kanaatimizce hâkimden karar almaya ihtiyaç yoktur.

²⁴⁶³ U.S. v. de Hernandez 1985.

Ancak, bu görüşü benimsemeyen Danıştay 10. Dairesi 21.11.2003 tarihli kararı ile, mülga Arama Yönetmeliğinin 14. maddesinin (g) ve (h) bendlerinin yürürlüğünü durdurmuştu. 1.6.2005 tarihli yeni Arama Yönetmeliği okullarda ilk ve orta öğretim kurumlarında öğrencilerle ilgili olarak idari arama yapma yetkisini vermedi. Aynı Yönetmeliğin 19 ncu maddesinde eğitim-öğretim kurumlarında önleme araması yapılabilmesi için, arama kararı gerektiği açıkça belirtildi. Fakat Yönetmeliğin 25 inci maddesinin 1a bendi uyarınca, *Devletçe kamu hizmetine özgülennmiş bina ve tesislerin girişlerinde üst, eşya ve araçların aranmasında önleme araması kararı alınmayacağı* belirtilmişti. PVSK 9'da 2007-5681 numaralı Kanunla aynı yönde yapılan değişiklikten sonra, kamu binalarının girişlerinde önceden karar alınmadan "arama" yapılması, Adalet Bakanlığı binasına girmek isteyen bombalı intihar eylemcisinin bina önünde etkisiz hale getirilmesinden sonra kanunlaşmıştır.

Bizce, disiplinin sağlanması amacıyla alınacak olan tedbirlerde hâkim kararı alınmasına gerek yoktur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de disiplin yargılamasında İHAS 6'da belirtilen adil yargılanma hakkının bütün unsurları ile tanınmasına gerek olmadığını belirtmiştir. Ancak, disiplin yargılamasında ağır bir yaptırım uygulanacaksa veya disiplin tedbiri ağır bir tedbir ise hukuki garantilerin mevcudiyeti tabii ki gereklidir. Okulda sigara aranması için hâkimden karar alınmasına gidilmesi bizce zorunlu olmamalıdır.

8. Memurlarla ilgili özel kontrol durumları.

Uyuşturucu madde mücadelesinde görev alan gümrük ve polis memurlarına yasa dışı örgütlerin, uyuşturucu madde bağımlısı haline getirmek amacıyla madde temin ettikleri ve kullandırtıkları şüphesi ortaya çıkınca, Amerika'da Sahil Güvenlik Teşkilatında görev alan bütün memurların idrar ve kan tahlilleri yapılmıştı. "Aramada" kişi, yer ve süre bildirilmesi sözkonusu olduğu halde, bu tür rutin aramaların idari bir önlem olarak hâkimden karar alınmadan yapılması üzerine, iş Amerikan Yüksek Mahkemesine aksetmiştir. Yüksek Mahkeme²⁴⁶⁴, bu tür kamu görevinde çalışanların, "haklarında bazı sınırlamalar getirebileceğini" önceden kabul etmiş olduklarını vurgulayarak, klasik kuralların burada uygulanamayacağı ve olayın bütünlüğü içinde, kendi şartlarına göre uygulama yapılacağına karar vermiştir.

Bu görüş mülga Arama Yönetmeliğine de yansıtılmış ise de, Danıştay 10. Dairesi 14. maddenin (g) ve (h) bentlerinin yürürlüğünü 20.11.2003 tarihli kararlarla durdurmuştu. 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren Arama Yönetmeliği memurlarla ilgili özel bir düzenleme yapmadı. Bu nedenle bugün Türkiye'de bu tür genel önleme amaçlı kontroller yapılmak istendiğinde Ceza Muhakemesi Kanununun genel hükümlerinin uygulanacağı anlaşılmaktadır.

9. Genel arama-taramalar.

Polis tarafından zaman zaman eğlence yerlerinde veya şehrin bir bölgesinde genel arama-tarama yapılır. "Anayasal hak ve özgürlüklerin korunması" amacı ile yapılan bu tür genel aramalar (*Razzia*), kısmen suç işlenmesini önlemeye yarayan kısmen de işlenmiş suçların araştırılmasına hizmet eden bir işlemdir.²⁴⁶⁵

Suç önleme yönü ağır bastığı için, Ceza Muhakemesi Kanununda bu arama türüne ilişkin bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte, "durdurma ve sıvazlayarak silah kontrolü yapma" (AramaY 27) ve kimlik sorma yetkisinin (PVSK 9 ve 4A, StPO 163b) geniş yorumlanması yoluyla, kolluğun bu yetkisi çıkarılabilir. Genel arama taramada suç aleti bulunursa, buna elkonulur ve düzenlenen evrakla kişi Adliyeye sevk edilir.

10. Kontrol noktaları.

Almanya'da Ceza Muhakemesi Kanunu ile (StPO 111) düzenlenmiş olan, yollarda kimlik denetimi ve dolayısı ile belge tetkiki yetkisi, bizde PVSK 4A'daki düzenlemeye benzerdir. Türk Hukukunda kolluğa böyle kontrol noktaları kurulma yetkisi verilmemiştir. Ancak, PVSK 9 uyarınca önleme araması kararı alınmış ise, hâkim kararına dayanılarak bu tür kontrol noktaları oluşturulabilirse de, her bir somut

²⁴⁶⁴ O'Connor v. Ortega 1987.

²⁴⁶⁵ Yurtcan (2007, 354) suç işlenmesinin önlenmesi amacı ile, hâkim kararı ile yapılan bu işleme, "arama-tarama" adını vermektedir.

olayda durdurma sebebi (PVSK 4A) oluşmadıkça, rutin alkol kontrolleri için durdurmalar yasal dayanaktan yoksundur. Uygulamada havaalanlarında olduğu gibi, devamlılık gösteren denetimlerde, emrin genel olarak verilmesi gerekeceğine göre, kanun buna imkân verecek biçimde kaleme alınmalıydı.

11. PVSK'dan kaynaklanan diğer denetim yetkileri.

Açılması izne bağlı yerlerin denetimi, kumar oynanan umumi ve umuma açık yerler, onsekiz yaşından küçükleri çalıştırdığından şüphelenilen yerlerin denetimi için hâkim kararı aranmaz (AramaY 18). Kolluğun önemseyip kullanmadığı önleme, izin verme ve denetleme yetkileri çok geniştir.²⁴⁶⁶

12. PVSK 9 önleme araması kararı uyarınca yapılan önleme aramasının icrası.

Üst araması yapılırken insanlık dışı bir davranışta bulunulmaması gerekmektedir birlikte, polis üstünlüğü elden bırakmamalıdır. Arama Yönetmeliğinin 28'inci maddesi üst ve eşya aramasında dikkat edilmesi gereken ayrıntıları açıklamaktadır. Bunun için, ilke olarak, kalabalık içinde arama yapılmamalı, arama ekip olarak gerçekleştirilmeli, üzeri aranan kişinin konuşmasına, arkaya bakmasına kollarını hareket ettirmesine vs. meydan verilmemelidir.

Kişilerin ancak aynı cinsten kişilerce tarafından aranması kabul edilmelidir. Fakat vücut veya hayat bakımından yakın bir tehlike mevcut bulunduğu, bu tehlikeden korunmak amacıyla yapılan aramalarda aynı cinsten kişi temin etmenin beklenilmeyeceği açıktır.²⁴⁶⁷

Arama, güvenlik tedbirlerinin alınmasından sonra, aranacak kişiye haklarının bildirilmesi ile başlar. Durumun gerektirdiği şekilde zor kullanılabilir (PVSK ek m. 6) (AramaY 28).

13. PVSK 4/A durdurmasından sonra yapılan önleme araması yapılamaz.

Anayasa Mahkemesinin 2017 yılında verdiği iptal kararından sonra PVSK 4/A uyarınca yapılan durdurmadan sonra önleme araması yapılmasına olanak kalmamıştır.

VIII. Önleme araması kararına dayanılarak adli arama yapılamaz.

1. Türk Hukuku.

a) 20. CD 27.4.2016, E. 2016/844, K. 2016/2525.

Plakası belirlenen araç ile uyuşturucu madde ticareti amacı ile nakil yapıldığı ihbarı üzerine araç bir süre izlenmiş, sonra durdurulmuştur. Sürücü önce aracı polisin üzerine sürmüş, sonra kapısını açık bırakarak kaçmış ve yakalanmıştır. Sağ ön koltuk üzerindeki poşette 5016 adet uyuşturucu hap ele geçirilmiştir. Yargıtay mahkûmiyet hükmünü önleme araması kararı ile adli arama yapıldığı gerekçesiyle bozmuştur (kararda karşı oy veren üye kapısı açık otomobilin ön koltuğunda gözle görünen durumdaki poşetin içine bakılmasının arama sayılmayacağını, aracın terk edilmiş olduğu için failde terk iradesinin de bulunduğu gerekçeleriyle delilin hukuka uygun elde edildiği konusunda görüş bildirmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2013/610 - 2014/512, 2013/841 - 2014/513 ve 2014/166 - 514 Sayılı kararlarında da belirtildiği üzere; adli arama kararı gerektiren bir olayda önleme araması kararına dayanılarak ya da koşullarına uygun olmayan arama kararı üzerine yapılan arama hukuka aykırıdır. Somut olayda plakası bildirilen araçla uyuşturucu madde ticareti yapıldığına dair alınan ihbar üzerine, bahse konu araç tespit edilip bir müddet takip edildikten sonra durdurularak CMK'nın 116, 117 ve 119. maddelerine uygun şekilde "adli arama kararı" veya "yazılı adli arama emri" alınmadan, "Şişli Kaymakamlığının önleme araması kararına" dayanılarak araçta yapılan arama sonucu suç konusu uyuşturucu madde ele geçirilmiştir. Bu arama sonucu bulunan uyuşturucu madde hem "suçun maddi konusu" hem de "suçun delili" olup hukuka aykırı yöntemle elde edildiğinden hükme esas alınmaz.

b) 10 CD 6.7.2015, E. 2014/1399, K. 2015/32131.

Diğer sanık İsmail'in alıcı rolündeki görevlilere verdiği esrarı sanık Ali'den aldığını söylemesi üzerine durdurulan sanığın üzerinin olaydan üç gün önce alınan önleme arama kararına dayanılarak arama sonucu 1,35 gram esrar ve alışverişte kullanılan seri numaraları daha önce tespit edilmiş olan 15 TL'nin ele geçirildiği; adli aramayı gerektiren bu olayda önleme araması kararına dayanılarak yapılan

²⁴⁶⁶ Kolluğun önleyici yetkileri hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. *Yenisey 2009*, Kolluk Hukuku, İstanbul 2009.

²⁴⁶⁷ *Musterentwurf 1976*, m. 17, III.

aramanın hukuka aykırı olduğu, bu arama ile elde edilen delilin hükme esas alınamayacağı dikkate alınarak; olayla ilgili adli arama kararı olup olmadığının araştırılması, varsa aslı veya onaylı örneğinin getirilmesi, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ile ve hukuka aykırı aramaya dayanılarak hüküm kurulması, Yasaya aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde olduğundan, diğer yönleri incelenmeksizin CMUK'nın 321. maddesi gereğince hükmün BOZULMASINA, 06.07.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

c) CGK 25.11.2014, E. 2013/610, K. 2014/512

Yolcu otobüsünde sahte para, mülteci ve kaçak eşya bulunduğu bilgisinin elde edildiği, durum Cumhuriyet savcısına haber verilmeden otobüsün durdurulduğu, ihbarda belirtilen suçların delillerinin el edilmesi amacıyla ... Sulh Ceza Mahkemesince olaydan 8 gün önce verilmiş 25.06.2009 gün ve ... Değişik İş Sayılı Önleme Araması kararına istinaden otobüsün arandığı, otobüsün yedek sürücüsünün dinlenme yeri olan arka kapısının yanında yolcuların bulunduğu yerden bağımsız olan alt kısımda bulunan istirahat yerinde göçmen bir kişinin ve ön tamponunun arkasında bulunan yedek tekerlek konulan kapalı bölmenin içerisinde ise çeşitli gümrük kaçağı eşyaların ele geçirildiği, hakim, Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri tarafından verilmiş bir adli arama kararının bulunmadığı olayda; açıkça hukuka aykırı olup bu arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınması da mümkün değildir.

ç) CGK 25.11.2014, E. 2013/9-841, K. 2014/513

Pikap olarak tabir edilen aracın durdurulduğu, yapılan ilk aramada aracın kasasında jeneratör ve bir adet dürbünün bulunması üzerine karakol komutanının talimatıyla 150 metre kadar ileride bulunan karakol bahçesine çekildiği, burada yapılan ikinci aramada ilk aramada bulunan jeneratör ve dürbün dışında suç unsuru olabilecek herhangi bir eşyanın bulunmadığı, aracın durdurulmasından yaklaşık 2-3 saat sonra, sanığın helikopter pistinde bekletildiği ve araçta bulunan diğer şahısların da karakol binasında bulunduğu sırada yapılan üçüncü aramada suça konu patlayıcı madde düzeneğinin bulunduğu olayda; soruşturma işlemlerine başlanması gerekirken usulüne uygun adli arama emri veya kararı alınmadan mevcut önleme araması kararına istinaden ikinci ve üçüncü aramanın yapılması, açıkça hukuka aykırı olup bu arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınması da mümkün değildir.

d) 20. CD 5.4.2016, E. 2015/16627, K. 2016/1885.

Somut olayda, 24.5.2014 tarih saat 23.55 de düzenlenen olay, arama, el koyma ve yakalama tutanağına göre, Çamlık mevkiindeki uygulamada, sürücü koltuğunda... ile ön sağ koltukta ...'in oturduğu ... plakalı araç durdurulmuş, araç ön sağ paspas üzerinde görülen poşet de 2.400 gr esrar ile detektör köpeğin tepki vermesi üzerine sağ ön yolcu kapısında, 95 adet ecstasy, ele geçirilmiştir. Araçtaki arama, Sulh Ceza Mahkemesi'nin 20.5.2014 tarih 2014/236 Sayılı arama kararına dayanılarak yapılmıştır. Belirtilen mahkeme kararı, 5271 Sayılı CMK'nın 116, 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 9. ve Adli ve Önleme Arama Kararları Yönetmeliğinin 18-26 maddelerinde düzenlenmiş, önleme arama kararıdır. Yapılan değerlendirmede; Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 4/A maddesine göre, zabitanın durdurma işlemi sonrasında, görülmesi üzerine ele geçen 2.400 gr esrar niteliğindeki uyuşturucu maddenin, suçun maddi konusu olduğu, mahkeme kararına dayanan aramanın, hukuka aykırı olmadığı düşünülmüştür. Sanıklar ... ve ... uyuşturucu madde ile ele geçirilmişler, sanıklar ... ve ... ise diğer araçta yakalanmışlardır. İletişim tutanakları, teknik izleme tutanakları, beyanlar ve tüm dosya içeriği karşısında, sanıklar iştirak ilişkisi içerisinde, ele geçen madde ile irtibatlıdır. Belirtilen izahlar karşısında; maddenin hükme esas alınmasında isabetsizlik olmadığı, mahkûmiyet hükümlerinin onanması gerektiği kanaatine varılmıştır." gerekçesiyle sanıklar hakkındaki mahkûmiyet hükmü kurulmuş, temyiz edilen hükmü 20. Ceza Dairesi hukuka aykırı delil kullanıldığı gerekçesiyle bozmuştur. Yerel başsavcılığın CMK 308 itirazı yerinde görülmemiştir.

2. Alman Hukuku.

a) Önleme araması çift karakterli bir işlemdir: BGH 17.1.2018-2 StR 180/17

Kolluk tarafından uygulanan bir tedbirin çifte karakterli olması ve hem kolluğun önleme yetkileri kapsamına girmesi, hem de bir ceza muhakemesi hukuku işlemi özelliği taşıması mümkündür. Bu gibi ihlallerde yapılan işlemin öncelikli olarak ceza muhakemesi hukuku işlemi olarak kabul edilip, adli işlem kurallarına tabi tutulması gerekmez: somut olayda yapılan işlemin hukuka uygun olup olmadığı

belirlenirken, sadece işlemin amacına bakılmalı ve tehlikeyi önlemek açısından kolluğa verilen yetkiler kapsamında kalıp kalmadığı incelenmelidir. Elde edilen verinin delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı konusunda bir karar verirken de StPO 161/2, cü.1 hükmü nazara alınacaktır.

b) *Almanya’da önleme araması kurallarına uygunluk yeter; BGH 15.11. 2017-2 StR 128/17.*

İlk derece mahkemesi önleme araması maskesi altında (*legendierte Kontrolle*) adli arama yapılarak elde edilen delilin kullanılmasını aramada hakim kararı güvencesini ortadan kaldırmış olduğu gerekçesi ile, hüküm verilirken kullanılmayacağına karar vermiştir. BGH bu görüşü kabul etmeyerek hükmü şu gerekçelerle bozmuştur: Gümrüklü alanda bulunan bir kamyonun motor bölgesinde hâkimden karar almadan arama yapmak, gümrük hukukuna göre hukuka uygun bir işlemdir. Bu nedenle, elde edilen delillerin StPO 161/2 cü.1 uyarınca hukuka uygun bir şekilde kullanılması gerekir. Gerek aracın durdurulması ve gerekse neticede uyuşturucu madde bulunmasını sağlayan arama gümrük mevzuatı (§ 10 ZollVG) uyarınca hukuka uygun olarak gerçekleşmiştir. Bu hükümler, arama öncesinde hâkim kararı alınmasını ön görmemektedir. Araçta arama yapıldığı sırada aslında bu araçta uyuşturucu madde nakledildiği konusunda başlangıç şüphesinin mevcut bulunmakta olması ve resmi makamların Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca (StPO 102, 105) işlem yapabilecek olmaları, hukuki değerlendirmede bir fark yaratmayacaktır: Çifte karakterli işlemler bakımından ceza muhakemesi hukukuna öncelik tanınacağına dair bir kural yoktur. Amaçları farklı olan tehlikeyi önleme işlemleri ile, delil elde etmek üzere yapılan adli işlemler yan yana ve eş değerli olarak uygulanır.

387. ADLİ ARAMA: a) GAYESİ ve NİTELİĞİ.

I. Adli arama kavramı.

1. Kavram.

Başlangıç şüphesi belirledikten sonra yapılan aramalara *adli* arama denilir. Adli arama ceza muhakemesinin gayesine erişmesi maksadı ile, saklanan sanığın ve delillerin elde edilmesi için bir kimsenin meskeninde, etrafı çevrili sair mahallerinde, üzerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemine “adli arama” (*prequisizione*) denilir.

Önleme aramasından (No. 386) hukuken farklı olmakla birlikte, fiilen uygulanması aynı kurallara bağlı olan (No. 389) ve delil elde etmek veya şüphelinin yakalanması amacı ile yapılan adli arama, ya şüpheli veya şüpheli olmayan bir kişinin üzerinin aranması, yanında bulundurduğu eşyada arama yapılması, içinde bulunduğu araçta arama veya iş yeri, avukat ofisi veya konutta arama şeklinde yapılır. Arama, hareketle yapılan hukukî işlemlerdendir.

Arama bir koruma tedbiri olduğundan genel ön şartlar olan haklı görünüş (No. 361/II) ve gecikmede tehlike şartı (No. 361/I) muhakkak mevcut bulunmalıdır.²⁴⁶⁸ Şüpheli nezdinde yapılan arama ile, üçüncü şahıslar nezdinde yapılan arama arasında önemli farklar vardır. *Adli arama* işlemi, saklı olan delil olabilecek belirli bir eşyanın veya bir suç işlediğinden şüphelenilen kişinin *plânli* bir şekilde aranmasıdır (CMK 116 vd). Arama karar veya emrinde aramanın nedenini oluşturan fiil, aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi, aranan eşyanın ne olduğu ve karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi gösterilir (CMK 119/2). Arama kararının içeriği aşağıda açıklanmıştır. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu (m. 9), Askeri Ceza Kanunu (Ek maddeler) ve Orman Kanunu (m. 88) gibi diğer kanunlarımızda da aramayı düzenleyen hükümler vardır:

Amaçları doğrultusunda olmak üzere; ‘*yakalama araması*’ ve ‘*araştırma araması*’ olmak üzere iki türlü adli arama vardır (CMK 116). Bedenin tıbbî metotlarla muayenesi, ayrı bir usulî işlemdir ve özel düzenlemeye ihtiyaç gösterdiği için ayrıca incelenmiştir (No. 403-23). Diğer bir ayrım, “hâkimden karar

²⁴⁶⁸ Bazı yerlerde arama için gecikmede tehlike şartının aranmadığı görüşü (*Önder: Arama, İHFM 63, 439*), aramanın koruma tedbiri mahiyetine aykırı düşmektedir. Tehlikenin az olabilmesi başka şey, hiç olmaması yine başka şeydir. Uçaklara binerken silâh aramak için bavulların ve insanların aranmasında olduğu gibi, genel nitelikteki aramalar dahi ancak gecikmede tehlikenin varlığını kabul etmekle haklı görülebilir. Arama, gizli ve saklı olan bir şeyin ortaya çıkartılması için yapılır. Alenen ortada olan bir hususun tespiti, bir şeyin ele geçirilmesi arama sayılmaz (*Yenisey Feridun: “İnsan hakları açısından arama el koyma, yakalama ve ifade alma”, Ankara 1995, 3*).

aldıktan sonra yapılan arama” ve “hâkimden karar almadan yapılan arama” ayırımıdır. Kural, önce hâkimden karar alınmasıdır.²⁴⁶⁹

2. Aramaya tabi olan kişiler.

Ceza Muhakemesi Kanunu, hakkında arama yapılan kimseleri iki kategoriye ayırmıştır: a) Şüpheli veya sanık, yani suç şüphesi altında bulunan kişiler (CMK 116), a) Diğer kişiler (CMK 117).

a) Şüpheli veya sanıkla ilgili arama.

Ceza Muhakemesi Kanunu *şüpheli veya sanık* terimlerini kullanmıştır (CMK 116). Mülga Kanun, suç şüphesi altında bulunan kimseleri, “bir suç işlemek veya buna iştirak yahut yataklık etmek şüphesi altında bulunan kimselerdir” (CMUK 94) şeklinde tanımlamıştı.²⁴⁷⁰ Arama, henüz şüpheli veya sanık hukuk durumuna girmemiş kişiler hakkında da yapılabileceğinden, mülga Kanundaki düzenleme daha isabetli idi.

b) Dokunulmazlığı olan kişilerle ilgili arama.

Kovuşturmadan önce de yapılabilen bir işlem olması sebebi ile, aramanın yapılabilmesi, meselâ avukatlık²⁴⁷¹ veya diplomatlık dokunulmazlığında olduğu gibi bir istisna olmadıkça, kaide olarak, muhakeme şartlarının gerçekleşmesine bağlı değildir. Dokunulmazlık nedeni ile kovuşturulamayan bir kimsenin evinde de arama yapılabilir²⁴⁷², eşyası ve üzeri aranabilir. Ancak kovuşturma mümkün olmayınca tutuklama işlemi yapılamayacağından, tutuklama gayesi ile arama yapılamaz.

c) Olağanüstü haldeki aramalar.

Şiddet olayları sebebiyle ilân edilen olağanüstü hâl bölgelerinde de genel güvenlik, asayiş, kamu düzenini korumak, şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla kişilerin üstünü, araçlarını, eşyalarını aramak tedbiri de alınabilir (OHK 11).

3. Arama sayılmayan işlemler.

Hukuk tekniği açısından şeklen önleme araması ve adli arama özelliklerini taşıyan, fakat unsurlarındaki eksiklikler sebebi ile “arama” kapsamına girmeyen durumlar vardır. Yukarıda açıklanmış olan “denetleme” ve “idari kontroller” de, teknik anlamda “arama” değildir.

a) Gözle görülen, burunla koklanan ve kulakla duyulan şeyler.

Katz Kararında açıklandığı üzere, kolluk memurunun gözüyle gördüğü, koklayarak algıladığı veya işiterek varlığını anladığı suç emareleri, ‘arama’ kavramı kapsamı dışında kalırlar. Mesela, otomobilin arka koltuğu üzerinde duran tabancayı görerek, polislin aracı durdurması ve tabancaya el koyması, *arama* olarak nitelendirilemez. Gerçekten, arama gizli, saklı olan bir şeyin ortaya çıkartılması için yapılan bir faaliyettir.

El feneri veya dürbün gibi, duylulara yardımcı olan “basit aletler” kullanılırsa, aramadan bahsedilemez.²⁴⁷³ Kullanılan alet basit teknolojiyi aşan bir alet ise, hâkim karar alınarak yapılması gerekir. Mesela bir evde uyuşturucu imalinde kullanılan yüksek ısı veren bir fırın olup olmadığını tespit etmek için “*infra-red*” ışınlarla çalışan alet kullanılması “arama” sayılır. Fakat, basit bir alet sayılabilen fotoğraf makinası ile bir fabrikanın bahçesinde bulunan kişilerin fotoğraflarının, uzak bir mesafeden

²⁴⁶⁹ Türk Hukukunda kabul edilmeyen istisnai durumlarda, karar almaya “imkân bulunmayan acele hallerde”, mukayeseli hukuktaki düzenlemelere göre, kolluk kendiliğinden arama yapabilir.

²⁴⁷⁰ Görülüyor ki mülga Kanun, *sanık* tabirini kullanmamıştı. Hazırlık soruşturmasında *henüz sanık sıfatını almamış olan kimseler* hakkında şüphe altında olmak şartıyla, arama yapılabilecekti. Şüphe altında olmak demek, suç işlediği *tahmin* edilmesi, demektir.

²⁴⁷¹ Avukatların *önleme araması* kapsamında bir ayrıcalıkları yoksa da, kendisi şüpheli konumuna girdiğinde, Avukatlık Kanunu tarafından sağlanan dokunulmazlık gündeme gelir.

²⁴⁷² Bir bölgede bütün evlerin arandığı sırada, Yüksek Hâkimler Kurulundan kovuşturma izni alınmadan, bir hâkimin evinin aranması yasalara aykırı değildir (k-m: Danıştay 18. Daire: 22/3/77 İBD 79, 676). Kaldı ki olayda YHK kovuşturma izni değilse de, ihzarî soruşturma yapılması iznini vermişti.

²⁴⁷³ *US v. Dunn* 1987; *US v. Lee* 1927.

çekilmesi, ‘arama’ olarak kabul edilmemiştir.²⁴⁷⁴ Bavulda uyuşturucu madde mevcut olup olmadığını anlamak için, bavulun köpeğe koklatılması da ‘arama’ sayılmaz.

b) Evde ‘arama’ sayılmayan haller.

Terk edilmiş evlere girmek, teknik anlamda ‘arama’ sayılmaz.²⁴⁷⁵ Tek bir ailenin yaşadığı evlere rıza olmadan girilemez. Buna karşılık, apartmanlarda müşterek olarak kullanılan merdivenlere girmek için, burada özel hayat geçmediği için, buralar *ekleni* sayılsa bile, hâkim kararına gerek yoktur. Bahçeye girmek ise, ‘arama’ sayılır. Buna karşılık, girmeksizin bakmak, arama değildir.²⁴⁷⁶

c) Araçlarda ‘arama’ sayılmayan haller.

Yasaların izin verdiği hallerde, polisin bir aracı durdurması “arama” değildir, durdurduktan sonra, onu dışardan incelemesi ve bu incelemesinin neticesinde şüphe sebepleri bulursa, kolluk amirinin yazılı emrini alarak, içinde arama yapması, hukuka uygun bir aramadır, elde edilen delil hüküm verirken kullanılabilir.²⁴⁷⁷ Polis *aracın penceresinden içeriye bakarak* gördüğü emareleri değerlendirebilir.²⁴⁷⁸ Buna karşılık, *aracın içine girerek* emare elde ederse, bu bir *aramadır*. Fakat, araç onu kullanan kişi tarafından, Devletin müdahale edebileceğini öngörebileceği bir şekilde terk edilmiş ise, içinin araçta bulunan eşyaların envanterinin çıkarılması amacıyla, incelenmesi *arama* değildir: örneğin, park yasağı olan yere bırakılan aracın çekilmesi ve götürüldüğü yerde incelenmesi, gibi.

ç) Şahsın terk ettiği çöp vesaire üzerinde delil aranması.

Terkedilen şeyler üzerinde yapılan inceleme arama değildir.²⁴⁷⁹ Ancak, *Katz* davasından sonra Amerikan Yüksek Mahkemesi bu konudaki görüşünü şöyle geliştirmiştir; terkedilen bütün eşyalar, mülkiyet hakkının terkedilmesi olarak değerlendirilemez, önemli olan, ilgili şahsın “özel hayatının gizliliğine saygı gösterilmesi konusundaki beklentisini” sona erdirip erdirmediğidir.

Kişinin kendisi aleyhinde delil vermeme hakkı vardır. Bu nedenle, ona ‘susma hakkı’ tanınmıştır. Sanığa ait elbiselerin delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı sorunu da Amerikan Yüksek Mahkemesinde tartışılmıştır.²⁴⁸⁰ Mahkeme elbisenin “konuşmadığını” belirterek, eşyaların sanık aleyhine delil olarak kullanılabilirliğini, fakat bu tür delillerin ortaya çıkartılması için, ‘sanığın aktif bir şekilde katkıda bulunmak mecburiyetinin bulunmadığını’ kabul etmiştir.

Bu karar üzerine bazı mahkemeler, özel defterlere elkonulması halinde, bunların delil olmayacağını ileri sürmüşlerse de Yüksek Mahkeme bu görüşü kabul etmemiştir.²⁴⁸¹ Yüksek Mahkemenin görüşüne nazaran, ABD Anayasasının Ek 5 inci maddesindeki imtiyaz, kişiyi sadece ifade alma sırasında koruyan bir güce sahiptir. Alman Anayasa Mahkemesinin bu konudaki görüşü ise, tamamen zıttır. Özel hayatın gizli alanına giren ve özel defterlere yapılan kayıtlar, Alman Hukukunda delil olarak kullanılamazlar. Bu grup yasaklara, “temel hakların korunması amacıyla yasaklanan deliller” adı verilmektedir. Anayasamızın 38 inci maddesinin 5 inci fıkrasında; “hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” hükmü yer aldığı için. Türk Hukukunda sadece söz değil, suçlayıcı eşya da koruma kapsamındadır.

ç) Gizli araştırma tedbirlerinin “arama” olup olmadığı sorunu.

²⁴⁷⁴ *Dow Chem. Co. v. US* 1986.

²⁴⁷⁵ *Abel v. US*.

²⁴⁷⁶ *US v. Dunn* 1987.

²⁴⁷⁷ *Cardwell v. Lewis* 1974.

²⁴⁷⁸ *N.Y. v. Class* 1986.

²⁴⁷⁹ Mesela, açık araziye atılan kola kutuları (*Hestel v. US* 1924), otel odasında çöpe atılan eşyalar gibi (*Abel v. US* 1960).

²⁴⁸⁰ *Warden v. Hayden* 1967.

²⁴⁸¹ *Andresen v. Md.* 1976.

Polisin şüphelendiği kişinin bıraktığı izleri, yaptığı davranışları ve kimlerle ilişkide bulunduğunu izlemesi, yaygın bir araştırma metodudur. Polis, bu araştırma metodunu uygulayarak “arama” sayılan sınıra dayanana kadar, yani hukukun müsaade ettiği oranda araştırma ve inceleme yapabilir.

Amerika’da şüphelinin telefonundan hangi numaraları aramış olduğunun tespit edilmesi, arama değildir. Çünkü sanık telefonunu çevirirken bu bilgilerin telefon idaresince kaydedildiğini bilmektedir.²⁴⁸² Türk Hukuku (CMK 135/1) ve AİHM’nin kabulü (*Schenk Kararı*) aksi yöndedir.

Buna benzer bir şekilde, kişinin nerelere gittiğini izlemek için, otomobiline sinyal gönderen bir alet takılması da Amerikan hukukunda arama sayılmamıştır.²⁴⁸³ Zira otomobili ile aleni yollarda gezen bir kişinin, bu hareketleri bakımından bir “gizlilik iradesi” söz konusu olamaz.²⁴⁸⁴ Buna karşılık araç, gözle takip edilmesi mümkün olmayan yerlere girdiği takdirde ve özellikle, özel mülkiyete tabi yerlerde bulunduğu hallerde, hâkimden karar almadan yapılan elektronik yoldan izleme hukuka aykırı sayılmıştır.²⁴⁸⁵

Amerikan Mahkemelerinin bu kabulü de Türk Hukuku ile uyumamaktadır. Zira Türk Hukukunda teknik araçlarla izleme yapılabilmesi için izlenen araç veya kişinin aleni yerlerde bulunması bir ön şarttır. (CMK 140/son). Ayrıca, aleni yerlerde herkesin görebileceği şekillerde kişilerin kolluk tarafından teknik araçlar kullanılarak ısrarlı bir şekilde izlenilerek CMK 140 uyarınca burada listelenmiş suçlardan biri için hâkimin önceden karar vermiş olması koşulu vardır.

d) Kontrol, denetleme.

Durdurma yakalama olmadığı için, durdurma sonrası arama yapılamaz. Durdurma için *makul sebep* (PVSK 4A/1) varsa, durdurulan kişiye sorulan soruların arkasından, durdurma sebebi ortadan kalkmadığı hallerde, kanun polise *tedbir alma*²⁴⁸⁶ yetkisini vermekte, fakat *arama* yapma yetkisini vermemektedir. Kanun dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerin açılmasının istenemeyeceği kuralını getirmiştir (PVSK 4A/6). Bu fıkrada yer alan ve kolluk amirinin sözlü emri ile arama yapmaya izin veren kural, Anayasa Mahkemesinin 2017 yılında verdiği karar ile iptal edilmiş ve iptal kararı 2021 yılında Arama Yönetmeliğine, 2024 yılında ise Jandarma Yönetmeliğine ancak yansiyabilmiştir.²⁴⁸⁷ Ancak, durdurulan kişinin üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphe varsa, *tedbir alma* yetkisi verilmiştir. Bu tedbirin nasıl alınacağı Arama Yönetmeliğinin 27’nci maddesinde açıklanmıştır.

e) Kolluk veri bankasındaki verilerle karşılaştırma.

Kolluk bilgisayarında mevcut aranan kişilerin verileri ile, bir kişinin aranıp aranmadığını tespit etmek üzere kimlik bilgilerinin karşılaştırılması, “arama” değildir. Ancak, “kişisel veri” niteliğindeki

²⁴⁸² *Smith v. Md.* kişiye ait bir bilgi olduğu için, hâkim kararı ile toplanabilen bilgilerdendir.

²⁴⁸³ *US v. Karo* (1984)

²⁴⁸⁴ *US v. Knotts* (1983).

²⁴⁸⁵ *US v. Karo* (1984).

²⁴⁸⁶ Buna göre kolluğun durdurduğu kişi üzerinde tehlikeyi önlemek üzere önce yoklama yapması, daha sonra da *daha geniş çaplı kontrol* yapılabilir. Durdurma sonrası arama Anayasa Mahkemesinin kararı ile iptal edilmiş olmasına rağmen, mevzuat *daha geniş kapsamlı kontrol* adı altında kolluğun arama yapabilmesine izin veren bir düzenlemeye yer vermiştir. Danıştay 10. Dairesinin 23.11.2021 tarihli kararı ile Arama Yönetmeliğinde ve Ocak 2024’te RG de yayınlanan Jandarma Yönetmeliğinde yapılan değişiklik ile iptal kararının gereği yerine getirilmişse de yönetmeliği okuyan bir kişi durdurma sonrası önleme aramasının yasaklandığını anlayamaz. Hatta Arama Yönetmeliğinin 27. maddesinin 11. fıkrasında kolluk amirinin kararının 24 saat içinde hâkim onayına sunulacağı yazmaktadır.

²⁴⁸⁷ Bu durum karşısında sonradan çıkan 2007 tarihli PVSK 4/A madde ile 2005 tarihli yönetmelik arasında fark doğmuş bulunmakta idi. Kolluğun yürürlükte olan bir yönetmeliği yok sayması, kendisinin yürürlükten kaldırması hukuken uygun olmadığı için, Kanuna aykırı hale gelmiş olan bir yönetmelik Danıştay tarafından iptal edilmediği sürece, bu yönetmeliğe dayanarak alınan tedbirler, yani Arama Yönetmeliğinin 27’nci maddesinde öngörülen koşullara uygun olarak yapılan işlemler, hukuka uygun sayılmalı idi.

kimlik bilgilerinin, kolluk bilgisayarında biriktirilebilmesi için, yasal düzenlemeye ihtiyaç olduğu açıktır.²⁴⁸⁸

4. İstisnai hallerde hâkimden karar almadan yapılabilen aramalar.

a) Suçüstü hallerdeki aramalar sorunu.

Meşhut suçta yakalama için hâkim kararına ihtiyaç yoktur (CMK 90/1). Yakalanan kişinin silahtan arındırılması için yapılan denetleme de (CMK 90/4) bir tür aramadır. Bu kuraldan yola çıkarak olsa sanırız, Yargıtay da suçüstü hallerinde arama yapmak için kolluğun hâkimden arama kararı almasına ihtiyaç bulunmadığını içtihat etmiştir. Suçüstü halinde gece konutta arama yapılabilmesine izin veren CMK 118/2 madde hükmünün yasal dayanak oluşturması söz konusu olmaz. Bizce suçüstü hali kolluğa ayrıntılı arama yapma yetkisi vermez. Yakalama sonrasında ayrıntılı arama yapılamaz.

b) Yakalanan kişide yapılan üst araması.

Hâkimden karar almadan arama yapılabilmesi için, kararı almaya zaman bulunmaması şarttır.²⁴⁸⁹ Kişinin suç işlediğinden şüphelenmeyi gerektiren makul sebepler varsa, tutuklama kararı verilebilen hallerde, polis kişiyi yakalayabilir. Ancak, bunun için gecikmesinde tehlike bulunması gerekir. Bir kişi hukuka uygun olarak yakalandığı vakit, silahlı olup olmadığını tespit etmek üzere²⁴⁹⁰ üst araması yapılabilir. Kişi yakalanarak gözaltına alınır, nezarethaneye alınmadan evvel üzerinin geniş kapsamlı olarak aranması²⁴⁹¹ gerekir.

Yakalama aramaya nazaran kişi haklarını daha fazla sınırlandıran bir tedbirdir. Bu nedenle sadece aramaya başvurulacak, elde edilmek istenen şüphe sebebi ortaya çıkartılabiliyorsa, kişinin yakalanmasına gerek yoktur. Mesela, şüphelenilen kişinin tırnak kirinin alınarak laboratuvarında incelenmesi yetecek iken, onun gözaltına alınmasına²⁴⁹² ihtiyaç yoktur.

Yakalama araması meşhut cürümde rastlanan veya suç işlediğinden şüphelenmeyi gerektiren kuvvetli sebepler bulunduğu için, polis tarafından, hâkim kararı olmadan yakalanan bir kişinin üzerinde yapılabilir. Bunun yanı sıra, yakalanan kişinin eli ile ulaşabileceği yerlerde de (*immediate area of control*) arama yapılabilir.²⁴⁹³ Meselâ, trafik kurallarına aykırılık adli kovuşturmayı gerektiren bir trafik suçu niteliğinde ise, polisin yakalama yetkisi doğar ve bu yakalamanın arkasından hâkim kararı olmadan *yakalama araması* yapılabilir.²⁴⁹⁴

Yakalanan kişide yapılan önleme araması silah ve tehlikeli aletlerle sınırlı olduğu için, yakalanan kişinin cep telefonu kolluk tarafından incelenemez.²⁴⁹⁵ Bunun için hâkimden *bilgisayarda arama kararı* (CMK 134) alınması gerekir.

²⁴⁸⁸ Örneğin, Schengen Bilgisayarında tarama yapılmasının istenebilmesi için, a) bir Alman makamının bir kişi hakkında ceza kovuşturması (*Strafverfolgung*) veya cezanın (veya emniyet tedbirinin) yerine getirilmesi için harekete geçmiş olması, b) bu kişinin bulunduğu yerin bilinmemesi, c) aranan kişinin «sadece» yurt dışında kaldığı hakkında «fiili bağlantı noktalarının» bulunması gerekir.

²⁴⁸⁹ Gecikmede tehlike bulunmadığı halde, hâkim kararı alınmadan arama yapılırsa, bu arama hukuka aykırı olur.

²⁴⁹⁰ *Chimel v. Cal.* (1969).

²⁴⁹¹ *US v. Robinson* (1973).

²⁴⁹² *Cupp v. Murphy* (1973).

²⁴⁹³ *Smith v. Ohio* (1990, US) 108 L Ed 2d 464, 110 S Ct 1288.

²⁴⁹⁴ *People v Terrero* (1988, 3d Dept) 139 AD2d 830, 527 NYS2d 135.

²⁴⁹⁵ USSC *Riley v. California* 25.6.2014: Yakalama araması denilen arama türünde, kolluk yakalama sırasında yakalanan kişilerin üzerlerini hâkim kararı olmadan arayabilir ve silah bulunup bulunmadığını inceleyebilir, fakat cep telefonlarındaki dijital verileri hâkim kararı olmadan inceleyemez. Yüksek mahkeme, yakalanan kişinin cüzdanının içine bakılmasına ve elinin uzanabileceği yerlerin aranmasına izin veren *Robinson* kuralının, cep telefonlarını kapsamadığına karar vermiştir. Yakalama sonrası ele geçen cep telefonunda arama yapılması bakımından şüphelinin özel hayat hakkı ile, suç soruşturmasındaki kamu yararının dengelenmesi gerekir (*Wyoming v. Houghton*, 526 U.S. 295). Silah araması yapıldığında mevcut bulunduğu kabul edilen bu denge, cep telefonundaki dijital veriler söz konusu olduğunda, *Chimel* kararı ile kabul edilen yetkinin sınırları aşılmış olur. Zira, bu karar yakalamayı yapan kolluk görevlisine yönelik bir tehlikeye dayanmakta iken, cep telefonu böyle tehlike yaratmaz. Cep telefonundaki dijital veriler, yakalamayı yapan kolluk görevlisine karşı bir silah olarak kullanılamaz. Cep telefonunu ele geçiren bir kolluk görevlisi bunun fiziki bir silah olarak kullanılmasını önleyici tedbirler alabilir, ama içindeki

c) *Nezarethaneye almadan önceki arama.*

Türk Hukukunda her türlü arama için önceden alınan hâkim kararı veya yetkili merciin yazılı emri gerekli olduğu için, Cumhuriyet savcısının verdiği gözaltına alma kararı (CMK 91/2) şüphelinin parmak izinin alınması ve resminin çekilmesine yasal dayanak oluşturduğu gibi, nezarethaneye almadan önce yapılan üst aramasına da izin verir.²⁴⁹⁶ İlk yakalama sırasında sadece silah araması yapılırken, mukayeseli hukukta nezarethaneye almadan evvel iç çamaşırlarına kadar arama yapılabilir. Bu aramanın nasıl yapılacağı konusunda bir düzenleme bulunmamasına rağmen, ceza infaz kurumlarında yapılan aramalarla ilgili olarak, çıplak arama yapılmasına dair bir düzenleme vardı. 12 Kasım 2021 tarihli Resmî Gazete’de ‘Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmeliğin 34. maddesinde²⁴⁹⁷ değişiklik yapılmış ve *çıplak* ibaresi *detaylı* olarak değiştirilmiştir.

ç) *Yakalandıktan sonra kaçan kişinin girdiği binada yapılan arama.*

Yakalandıktan sonra veya gözaltından kaçan failin tekrar yakalanması için, girdiği binada (CMK 118/2); suçüstü halinde (CMK 2j) ve kaçan failin girdiği binada yapılan arama için, karar alınması gerekmez.²⁴⁹⁸

d) *Arama Yönetmeliğinde gösterilen, karar alınmadan yapılacak arama istisnaları*

Arama Yönetmeliğinde (AramaY 8), kanunlarda yer alan hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanmak suretiyle sıralanmış haller vardır. Bu hallerde ayrıca bir karar alınmasına gerek yoktur, zira; ya bir kanun tarafından “arama” yapılması emredildiği için, kanunun hükmü yerine getirilmektedir (TCK 24), veya meşru savunma ve zorunluluk hali oluşmuştur (TCK 25); veyahut ta hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası vardır (TCK 26).

Yönetmelikte (m. 8) sayılan haller şunlardır: a) Yakalanan kişinin zarar vermesini önlemek amacı ile yapılan kaba üst arama için, karar alınması gerekmez. b) Gözaltına alınmasına C. savcısı tarafından “karar” verilen kişinin (CMK 90/5 ve 91/2) nezarethaneye konmadan önce üstünün arama için, karar alınması gerekmez. d) Kanunun hükmü ve amirinin emrini yerine getirme (TCK 24); meşru savunma, zorunluluk hali (TCK 25); ve hakkın kullanılması (TCK 26) hallerinde yapılan aramalarla; suç üstü halinde yapılan aramalarda, kapalı yerlerden gelen imdat çağrısı üzerine (PVSK 20) yapılan aramalarda, önceden hâkim kararı veya yazılı emir alınmaz (AramaY 8). e) Gümrüklerde (KaçK 9/2); Gümrük

verileri inceleyemez. Şüphelinin üzerindeki cep telefonu, yanında bulundurduğu sair eşyadan farklı özellikler gösterir. Veri taşıma kapasitesi bulunan akıllı telefonlar, ilgilinin telefonla yaptığı iletişim bilgileri dışında da özel yaşantısına ait yazılar, resim veya video kayıtları içerir. Bu nedenle, ele geçirilen tek bir cep telefonu, ilgilinin özel hayatı hakkında tek bir belge ile ulaşılan en geniş bilgi olma özelliği taşır. Bu bilgiler kişinin geçmiş yıllardaki tüm yaşantısını kapsayabilir. Fiziki yazılı hiçbir belgenin ortaya koyamayacağı kadar çok ve geniş bilgi elde edilebilir. Kolluk görevlilerinin aramadan elde ettikleri belgeleri incelemeli kabul etmeyen hukuk düzeni, insanların büyük çoğunluğu tarafından her gün kullanılan cep telefonlarında kayıtlı olan verilerin incelenmesine de izin veremez. Cep telefonundaki verilerin bulut sistemi ile başka veri taşıyıcılara da nakledilebilmesi, cep telefonunda arama yapılmasına değişik bir boyut kazandırır. Bu nedenle, yakalanan kişinin elinin altında bulunan cep telefonunun içindeki verilerin incelenmesi için, hâkim tarafından verilen bir arama kararı bulunmalıdır (*David Gottlieb, Yenisey Armağanı, sh.*).

²⁴⁹⁶ Mülga Kanuna göre, bu tür aramalar için hâkim kararı gerekmezse de nezarethaneye almak için yapılan aramada, savcıya haber verilirken (CMUK 154) arama emri de alınmalı idi.

²⁴⁹⁷ MADDE 34- (1) Kurumlarda, oda ve eklentilerinde, hükümlünün üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabilir. Kurumun tamamında her ay bir kez mutlaka arama yapılır. Oda ve eklentilerinde yapılacak aramalarda bir hükümlü hazır bulundurulur. (2) Hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı ve bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması durumunda, kurum en üst amirinin gerekli görmesi hâlinde, detaylı olarak veya beden çukurlarında aşağıda belirtilen usullere göre arama yapılabilir. (12/11/2021 tarihli ve 31657 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 4773 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararının 14 üncü maddesiyle bu fıkranın birinci cümlesine “ciddi emarelerin varlığı ve” ibaresinden sonra gelmek üzere “bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması durumunda,” ibaresi eklenmiş, “çıplak” ibaresi, “detaylı” şeklinde değiştirilmiştir.)

²⁴⁹⁸ Hakkında tutuklama kararı, yakalama emri veya zorla getirme kararı verilmiş kişi ile, gıyabi tutuklama kararı verilmiş olan kaçak hakkında yönetmeliğe göre, yeni bir hâkim kararı almadan kendi konutunda olup olmadığı konusunda arama yapılabilirdi. Danıştay Yönetmeliğin bu maddesinin yürürlüğünü durdurdu. Bu nedenle, şimdi bir hâkimin verdiği yakalama emrini yerine getirmek için başka bir hâkimden ikinci bir arama emri almak gereği doğmuştur. Bir hâkimin kararının diğerine onaylatılması hâkim bağımsızlığına aykırı ise de Danıştay bu aykırılığı nazara almayarak yürütmenin durdurulması kararı vermiştir.

Kanunu'nda belirlenen yerler dışından girmek isteyenlerin durdurulması ve aranması için (KaçK 9/3), hâkim kararı olmadan arama yapma istisnası devam etmektedir.²⁴⁹⁹

5. Rızaya dayanan arama sorunu.

Türk hukukunda rızaya dayanan arama kabul edilmemiştir.²⁵⁰⁰ Konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda işlenen suçların “olay yeri incelemesi” yapılırken ev sahibinin rızası ile evde delil araması yapılmasının yolu da kapatılmıştır. Suç işlenip bitmişse, özel hayatın korunması amacı ile, aramadaki genel hükümlerin uygulanması istenmiştir (AramaY 9/2). Mukayeseli hukukta ise arama öncesinde, “aratmama hakkı” kendisine bildirilerek ve baskı yapılmadan alınan arama rızasının, hâkim kararını gereksiz kıldığı konusunda ittifak vardır.

Türk Hukukunda, “rıza ile arama” yapılamamasına rağmen, mukayeseli hukukta hemen hemen bütün sistemlerde yapılması kabul edilen rıza ile arama ile ilgili olarak mahkemeler, içtihat geliştirmişlerdir. Mesela, Amerikan Yüksek Mahkemesi uzun yıllar şu görüşteydi: Hukuka uygun bir yakalama sırasında, hakkında hâkimden alınmış bir arama kararı bulunmayan ve aramaya rıza göstermeyen kişinin, üzerinin ve içinde bulunduğu evin aranması²⁵⁰¹ hukuka uygundur. *Harris-Rabinowitz* testi adı verilen bu ölçüte göre, bir fail ev içinde yakalandığı takdirde, CMK 117/3'de düzenlendiği gibi, evin tamamı aranlabiliyor ve ayrıca bir “makul şüpheli” şartı öngörülmez, evde bulunan bütün suç emarelerine, ileride delil olarak kullanmak üzere elkonulabiliyordu. Yüksek Mahkeme *Chimel* davasında²⁵⁰² verdiği kararlar, *Harris-Rabinowitz* ilkesini değiştirmiştir. *Chimel* ilkesine göre, şüphelinin içinde yakalandığı yerlerde hâkim kararı olmadan yapılan *yakalama araması*, sadece silah bulunabilecek yerler ile sınırlıdır. Bunun dışında, yalnızca ‘bozulup yok olma’ tehlikesi içeren deliller de aranabilir. Evin içinde bulunan diğer kişiler de üzerlerinde silah ve delil bulunup bulunmadığını tespit etmek üzere, üst aramasına tabi tutulabilirler ve polis memurları evin içinde dolaşarak, şüpheli başka şahısların mevcut bulunup bulunmadığına bakabilirler.²⁵⁰³ Şüphelinin arama konusunda verdiği rızanın kapsamı da önemlidir.²⁵⁰⁴

6. Müsadereye tabi eşyaya elkoyma.

²⁴⁹⁹ 2007 öncesinde içinde kaçak eşya, silah veya uyuşturucu madde bulunduğu “makul şüpheli” bulunan kap, ambalaj ve taşıma yarayan araçlarda arama yapılabilirdi. Yeni Kaçakçılık Kanunu, bu istisnayı kaldırdı (2007-5607) (KaçK 9/1).

²⁵⁰⁰ Sahibinin muvafakati ile mesken veya işyerine girilebilir. Bunun için “içeri almama hakkı” da bildirilerek, “aydınlatılmış iradeye dayanan rıza alınmış olmalıdır. 2005 sonrasında değişen mevzuat uyarınca, konuta girmeden önce sahibinin rızası bulunduğunu gösteren bir zabıt tutularak konutta veya işyerinde arama yapılabilirdi. Rıza ile aramanın düzenlendiği Arama Yönetmeliğinin 8-f maddesinin yürürlüğü Danıştay 10. Dairesinin 19.01.2006 tarih ve 2005/6392 sayılı kararı ile durdurulmuş, sonra da aynı Dairenin 13.3.2007 tarih ve 2007/948 sayılı kararı ile iptal edilmiş olduğu için rıza ile arama, kalkmıştır.

²⁵⁰¹ *Harris v. US* (1947) ve *US v. Rabinowitz* (1950).

²⁵⁰² *Chimel v. Cal.* (1969).

²⁵⁰³ Hukuken geçerli bir arama rızası verildiği takdirde, polis arama kararı olmadan ve suç işleme konusunda makul bir şüpheli bulunmadan, “arama” yetkisi kazanır. Burada önemli olan, verilen iznin serbest iradeye dayanmasıdır. Serbest iradeye dayanan bir rızanın bulunması için, kişinin arama öncesinde sahip olduğu hakları bilmesi ve aramadan aleyhine kullanılabilecek delil doğabileceği konusunda da bilgi sahibi olması gerekir. Kişi rızasını açıklamadan evvel, polisin arama isteğini reddedebileceğini de biliyor olmalıdır (*Schneckloth v. Bustamonte* 1973). Evin aranması rızası, şahıs yakalandıktan sonra karakolda iken alınmış ise, kendisine daha önce, “müdafiye danışma hakkı” sağlanmış olmalıdır. Verilen rızanın geçerli olup olmadığı bakımından şu noktalar önem kazanır: (1) Şüphelinin eğitim ve zeka durumu; (2) akıl hastası veya sarhoş olup olmadığı; (3) rızasını açıkladığı sırada yakalanmış olup olmadığı; (4) yakalanma esnasında hakkında yasalara uygun olarak zor kullanılmış olup olmadığı veya ellerine kelepçe takılıp takılmadığı; (5) rutin üst araması sırasında üzerinde bulunan anahtarların daha sonra evin aramasında kullanılıp kullanılmadığı; (6) evinde arama yapılmasına rıza gösterirken tereddüt edip etmediği. Bu sayılan bu hususlar göz önünde tutularak verilmiş olan rızanın, hukuken muteber olup olmadığı hâkim tarafından değerlendirilerek, arama işlemi bakımından hukuka uygunluk tespit edilir. Rıza yoksa işlem ve delil hukuka aykırıdır.

²⁵⁰⁴ Mesela, evinde uyuşturucu madde bulduğundan şüphelenilen bir kişi, arama yapılmasına rıza gösterdiğinde, polisin rızaya dayalı aramayı yaparken bulduğu özel kağıtları incelemesi yasal değildir. Ancak burada şu noktaya da önemle değinmek gerekir ki, rızaya dayanan arama sırasında başka bir suçun emaresi ortaya çıkar ve o emareye elkoyma bakımından gecikmede tehlike şartı da varsa, buna hukuka uygun bir şekilde elkonulabilir. Birlikte yaşayan şahıslardan herhangi biri, ortak kullandıkları alanın aranmasına izin verebilir (*US v. Matlock* 1974).

Hukuka uygun bir yakalama sırasında gerçekleştirilen “yakalama araması” esnasında, bulundurulması suç teşkil eden ve bu nedenle eşya müsaderesinin (CMK 123/1) konusunu oluşturan bir eşyaya rastlanırsa, bu muhafaza altına alınır veya hâkim kararı olmaksızın elkonulabilir.²⁵⁰⁵ Arama Yönetmeliğinin 10. maddesinde “koruma altına alma” terimi kullanılmıştır. Buradaki kural şudur: Eğer polis memuru bir yerde hukuka uygun bir sebeple bulunuyorsa, çıplak gözle görebildiği ve bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil olabilen bir eşya elde ederse, hâkim kararı olmaksızın muhafaza altına alabilir veya el koyabilir (CMK 138/1). Ancak bu kuralın geçerli olabilmesi için, o eşyanın orada olduğunu önceden bilmemesi şartı aranır. Zira, daha evvelen suç eşyasının orada olduğunu biliyor olsaydı, elkoymak için önceden hâkimden karar alması gerekecekti. “Önceden bilmeme” şartının aranmasının sebebi, kanuna karşı hile yapılmasını önlemek içindir.

II. Arama işleminin süjesi.

1. Şüpheli yapılan arama.

Kanun “şüpheli” nezdinde yapılacak arama ile, “diğer kişiler” hakkındaki aramaya farklı koşullara bağlamıştır.

Kanun “şüpheli” terimini kullanmıştır. Mülga Kanuna göre, “*şüphe altında bulunan kimselere*” yani, henüz şüpheli sıfatını almayan kişiler için de adli arama yolunu açmıştır (CMUK 94). CMK ise, “şüpheli veya sanık” terimini kullanarak (CMK 116), adli arama yapılmasını, *soruşturmanın başlatılması koşuluna bağlayarak*, zorlaştırmıştır. ‘Şüphelilik’ ile ‘sanıklık’ statülerinin başlaması, ceza muhakemesinde önemli aşamalardır. Mülga Kanunumuzun 153 ncü maddesine göre, hazırlık soruşturması, bir suç işlendiği ile ilgili olarak “zehap” derecesinde bir şüphenin ortaya çıkmasıyla başlardı.

Soruşturma evresinin başlangıcında “suç işlendiği izlenimi veren hal” öğrenilmiş fakat henüz kendisinden şüphelenilen bir şahıs yoksa, sadece araştırma (inceleme !!!) yapılabilir ve bilgi toplanır.

Toplanan somut bilgiler²⁵⁰⁶ üzerine, kovuşturma makamları bir kişiden şüphelenmeye başlayabilirlerse, bu kişi ‘şüpheli’ (*Beschuldigter*) hukuk durumuna girer ve o kişi hakkında soruşturma başlamış olur.²⁵⁰⁷ Şüphenin belli bir kişiye bağlanması ile birlikte “şüphelinin pasif hakları” doğar. İlgili kişiye, “kendisinden şüphelenildiğinin” bildirilmesi ile de, şüphelinin aktif hakları ortaya çıkar.²⁵⁰⁸

Şüpheli adli arama yapılabilmesi için, aranan kişi veya eşyanın orada olduğunu gösteren, basit fakat “makul” bir şüphe bulunması gerekir (CMK 116). Makul şüphe aşağıda açıklanacaktır. Hâkimin makul şüpheye dayanan bir *arama kararı* vermesi gerekir. Arama kararının içeriği de aşağıda açıklanacaktır.

²⁵⁰⁵ *Coolidge v. HH* (1971).

²⁵⁰⁶ *Özbek* de (1999, 61) arama için basit, fakat yaşanmış olaylara dayanan somut şüpheden bahsetmektedir. Polisin görevi insan haklarını korumaktır. Bu görevini yerine getirmesinde kendisine yardımcı olan hukuk normlarını tatbik ederken, bir hukuk bilgininden daha iyi bildiği bu maddeleri ve “meslek tecrübesini” kullanır. Ancak, tecrübe kuralı ile hukuk normunun çatışma halinde olmaması gerekir. Bu alanda meydana gelen sapmalar, “hukuka aykırılık” oluşturur. Sapma, “suç” teşkil eder nitelikte ise, insan haklarını koruyan polis, onu “ihlal eder” duruma düşebilir. Bu gibi hallerde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine devlet başvurusu ve bireysel başvuru yolu açılır.

²⁵⁰⁷ Yapılan soruşturmada, başlangıçta ‘zehap’ derecesinde olmak üzere şüpheliye bağlanmış olan basit başlangıç şüphesi (*Anfangsverdacht*) kuvvetlenerek ‘suç isnadı’ yapabilecek şekilde somut olaylarla desteklenecek biçimde kuvvetlenirse ve “yeterli şüphe” (CMK 170) seviyesine çıkarsa, şüpheliye belli merasimlere uyularak “suç yüklenir”, yani bu kuvvetli şüphe kendisine bildirilirse (itham=*charge*), bu kişi ‘sanık’ (*Angeschuldigter*) hukuk durumuna girer ve kovuşturma başlamış olur (Kanunun “sanıklık” hukuk durumunu iddianamenin kabulüne kadar (CMK 175) geciktirmesi, yerinde olmamıştır). Bu ithamı, doğal olarak iddia makamı yapacaktır. İddia makamının somut olaylara dayanan “yeterli” şüphesi, yargılama makamı tarafından onaylanarak ‘soruşturmanın açılması kararı’ verilirse, sanık ‘ceza davalısı sanık’ (*Angeklagter*) hukuk durumuna girer.

²⁵⁰⁸ Sanıklık statüsünün başlaması hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. *Yenisey*, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1993; *Öztürk Bahri*, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Ankara 1998; *Yurtcan Erdener*, Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1994; *Şahin Cumhuriyet*, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, s. 143; *Özbek* 1999, 62.

Arama, “makul şüphede bulunan kimsenin” yakalanması veya delillerin meydana çıkarılması gayesi ile yapılır²⁵⁰⁹ ve (delil elde edilebileceği) bu gayeye varılacağı umulmalıdır (CMK 116). CMK “umma” koşulunu şöyle ifade etmiştir: “yakalanabileceği hususunda makul şüphede varsa, şüphelinin üstü, eşyası vs. aranabilir” (CMK 116/1).

Bu “umma”, CMK 117/2 de olduğu gibi, somut verilere yani olaylara (kişinin veya delillerin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına) dayanmalıdır ki, İHAS 8 de öngörüldüğü üzere arama “zorunlu” bir tedbir sayılabilir.

2. Sair kişilerde arama

1) Diğer kişilerle ilgili arama, şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacı ile yapılabilir (CMK 117/1).

2) Diğer kişilerle ilgili aramanın yapılabilmesi için, aranan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olaylar (makul şüphede) var olmalıdır (CMK 117/2).

3) Bu sınırlamanın aranmadığı yerler de vardır: şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerlerde ve izlendiği sırada girdiği yerlerde, diğer kişilerle ilgili arama yapılabilir (CMK 117/3).

Mülga Kanun şartları daha geniş²⁵¹⁰ tutmuştu. Ceza Muhakemesi Kanunu diğer kişilerle ilgili aramayı da daralttı.

Diğer kişilerle ilgili aramaların yapılabilmesi, arama genel şartlarına bağlı olduğu için, hâkim kararı ve yazılı emir alma kuralı (CMK 119/1) burada da geçerlidir. Kolluk kendiliğinden arama yapamaz. Anayasa (m. 20, 21) değiştirilmelidir.

III. Arama kararı verilmesi için, “makul şüphede” bulunması şartı.

1. Şüphelinin kuvvet dereceleri ve ceza muhakemesindeki önemi.

Adli aramanın yapılabilmesi için, basit, fakat makul bir şüphede bulunması gerekir. Ceza Muhakemesi Kanunu “zehap” kavramını terk ederek, “bir suçun işlendiği izlenimini veren hal” tanımlamasını yaptı (CMK 160/1).

Makul şüphede sorunu, özellikle hâkim kararı ile veya hâkim kararı olmadan yakalama ve elkoymada da kendisini gösterir. Hâkimin arama kararı verebilmesi için, ‘şüphede’ (*probable cause*) mevcut bulunmalıdır.

Gecikmede tehlike varsa, diğer ülkelerde polis hâkimden karar almadan arama yapabilir. Bu gibi acele hallerde polise bir takdir yetkisi verilmiştir. “Makul şüphelinin” mevcut bulunup bulunmadığını, polis olay yerinde kendisi takdir edecektir.

2. Arama için basit şüphede yeterlidir.

Başvurulan araştırma veya koruma tedbirinin türüne göre, şüphelinin kuvvet derecesi de farklı olur. Aramada “basit şüphede” yeterli iken, yakalamada “kuvvetli şüphede” aranır. Bu şüphelinin ‘uygulanacak tedbir ile sanık hakları arasında orantılı bir uygulamaya’ yol açması gerekir.²⁵¹¹

²⁵⁰⁹ Şahin 2005: Bu maddeye göre (CMK 116) göre arama yapabilmek için 117. maddeden daha hafif bir şüphede yeterlidir. Tasarıdan farklı olarak kanunun başlığının değiştirilmesi isabetlidir.

²⁵¹⁰ 1) Arama ya sanığın yakalanması, ya suç izlerinin takibi, yahut belli bazı eşyaya elkonulması maksadı ile yapılmalı idi (CMUK 95/1). 2) Yakalanacak şahsın veya takip edilen izlerin yahut elkonulacak eşyanın, aranılacak şahıs ve mahallerde bulunduğunu istidlâl ettirecek “olaylar” bulunmalı idi (CMUK 95/2). 3) Bu şartın aranmadığı haller de vardı: a) Arama, sanığın içinde tutulduğu veya takibi sırasında girdiği mahalde yapılıyorsa (CMUK 95/3), b) Arama, kamu düzeni ile anayasal hak ve özgürlükleri korumak üzere suç âlet ve eşyasının bulunup bulunmadığını saptamak amacı ile yapılıyorsa (PVSU “2002-4771” 9). Arama-tarama denilen bu son durumda, suç önleme amacı görüldüğü için, muhakeme hukuku kurumu olan koruma tedbiri değil, polisin önleme görevi ile ilgili bir faaliyeti söz konusudur. Serseri ve sabıkalıların üzerinin aranmasına ve “şiddet eylemleri ile ilgili kişileri ele geçirmek amacı ile yapılan aramaya izin veren, PVSU 9/1: E. 2002 - 4771 ile, yerinde olarak, Kanundan çıkarılmıştır.

²⁵¹¹ Özbek 1999, 33; «Şüphede» kavramı yeni yayınlanan kitaplarda artık etraflı ve doyurucu bir şekilde işlenmeye başlamıştır. Özbek (1999 sh. 60 vd) yeterli ve kuvvetli şüphede tiplerini açıkladıktan sonra, arama bakımından bulunması gereken

Aramada temel iki şart vardır: (1) Aranacak şeylerin suç ile bağlantılı olması, ve (2) bu şeylerin aranacak olan yerde bulunduğu ve elde edilebileceğinin (CMK 116) “umulması”. Buna karşılık, yakalamada; (1) bir suçun işlendiğine dair “kuvvetli” şüphe ve (2) bu suçu aranan şahsın işlediği konusunda şüphe mevcut bulunması gerekir.

Aramada, yakalamaya oranla daha hafif bir şüphe ile yetinildiği, kanundaki²⁵¹² düzenlemeden de anlaşılabilir.

Şüphelinin evinde de arama yapılabilir. Bu aramanın amacı şüpheliyi yakalamak veya delil olabilecek eşyayı ele geçirmektir.

Kanun, “suç işlemek şüphesi altında bulunan kimse” terimi yerine, “şüpheli” ve “sanık” kavramlarını kullandığı için, arama daha da zorlaşmıştır. Henüz *şüpheli* (CMK 2/1-a, b) hukuk durumuna girmemiş olanlar hakkında CMK 117 uygulanacağından, Kanun “gerçekten” uygulanırsa, suçla mücadelenin önüne büyük ve aşılması zor bir “duvar” çıkacaktır.

Zira, iletişimin denetlenmesinde olduğu gibi, aramanın yapılmasından önce savcının soruşturmayı başlatması, bir soruşturma numarası vermesi gibi koşulların aranması sözkonusu olacaktır. Ani gelişen olaylarda yapılan aramalarda buna olanak bulunmadığı açıktır. Kanun değiştirilmeli ve eski sisteme dönülerek şüpheli ve sanık terimleri terkedilmeli, aramanın “suç işlemek şüphesi altında bulunan kimse” hakkında yapılması sağlanmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine²⁵¹³ göre, “suç isnadı” (*charge*), bireyin bir suç işlediğinden şüphelenilmesi üzerine yakalanması, tutuklanması veya hakkında ceza kovuşturması açılmasıdır. Böyle bir işlemle, bireye kuvvetli şüpheye dayanan isnadın yapılabilmesi için, önce basit şüpheden yola çıkılması gerekir. Polisin ihbar üzerine harekete geçerek, bilgi toplaması mümkündür. Ancak, ihbarın “makul şüphe kaynağı” olabilmesi için, bu ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin²⁵¹⁴ mevcut bulunması da şarttır.

3. Makul şüphe kavramı.

Makul şüphenin mevcut bulunup bulunmadığını belirlemek açısından, önce “bilgi toplamaya” ihtiyaç vardır. Toplanan bu bilgiler bizi şüphe sebebine götürebilir. Bu tür bilgilerin toplanması hukuka uygunsuz da²⁵¹⁵, bunlar teknik anlamda *delil* sayılmazlar. Daha ziyade fiili ve pratik bakış açıları ön plana çıkar.

“Makul şüphe”, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir (AramaY 6). Aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin davranışları, kolluk memurunun taşındığından

şüphe'nin «ummadan daha fazla», fakat yeterli ve kuvvetli şüpheden daha az bir anlama» sahip olduğunu kabul etmiştir (sh. 62). Amerikan uygulaması da benzer kavramlar içermektedir. *Brinegar v. US* 1949. Adli arama'nın yapılabilmesi için, «zehap» derecesine varmayan, daha basit bir şüphe'nin ortaya çıkmış olması gerekir. Yürürlükteki yasada «umma» (CMK 95), CMK 2002 Tasarısında ise, «sanma» kelimeleri kullanılarak, somutlaştırılmış, belli olaylara dayanan basit şüphe kastedilmiştir. «Sanma» kelimesinin» varsayıma dayalı, hukuki olmayan bir terim olduğu tenkidine (*Özbek* 1999, 63) katılmıyoruz.

²⁵¹² Mülga Kanunumuzun 94. maddesinde “sanık” kelimesini bilerek kullanmamış, “bir suç işlemek şüphesi altında bulunan kimseden” bahsetmişti. Kanun tutuklama ve yakalama için ‘kuvvetli belirti’ aramışken, arama için suç işlendiğinin tahmin edilmesini yeterli görmüştü. “Bir suç işlemek şüphesi altında bulunan kimse”, suç işlediğine dair hakkında olaylara dayanan basit bir şüphe dahi elde edilememiş olan bir kişidir. Kanun, “şüpheli” (*Beschuldigter*) veya ‘sanık’ (*Angeschuldigter*) terimlerini bilerek kullanmamış, ‘tahmin derecesinde basit bir şüphe’ mevcut bulunan hallerde dahi, arama yapılmasına izin vermişti. Şüphe daha kuvvetli ise, arama evleviyetle yapılabilir. ‘Suç işlemek şüphesi altında bulunan kimsenin’ evinde arama yapılmasına karar verilebilmesi için, basit bir tahmin (*schlichte Vermutung*) yeterli idi; tahminin somut olaylara dayanması şart değildir ama, kriminalistik tecrübe kuralı tarafından teyid edilmiş bir tahmin söz konusu olmalı idi (*Erem* 1986, 483; *Musterentwurf*, 19, *Löwe/Rosenberg* §. 102). Şüpheli statüsünde olmayan kişilerle ilgili aramalarda ise, tahmin yeterli sayılmamış, somut olguların orada şüphelinin veya delilin bulunduğunu göstermesi şartı aranmıştı (CMUK 95). Bu kişi 11 yaşını bitirmemiş bir çocuk olsa dahi (mülga CK 53/1), 95. madde uyarınca arama yapılabilir. Şerikler (mülga CK 64-67) ve yataklık edenler (mülga TCK 269) hakkında da arama tedbiri uygulanabiliyordu.

²⁵¹³ *Wemhoff-Federal Almanya* 1968 davası; *Gölcüklü* 1995, 13.

²⁵¹⁴ *Draper v. US* (1959).

²⁵¹⁵ *Draper v. US* (1959); *Brinegar v. US* (1949).

şüpheli eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak, somut olayda “makul şüpheli” olup olmadığı, arama sırasında kolluk memuru, sonradan da hâkim tarafından takdir edilecektir.

“Makul şüpheli” ile, “makul sebep” arasında fark vardır: Makul sebep, bir konunun uzmanı olan kişi tarafından değerlendirilen olgulardır. Somut bir olguyu o konuda bilgi sahibi olan bir kişi gördüğünde, buna bir anlam verebilir. Çok sayıda uzmanın aynı görüşü paylaşabildiği hallerde, “makul sebep” bulunduğu kabul edilir (PVSK 4A/2).

“Makul şüpheli” ise, sıradan bir vatandaşın yapacağı değerlendirmeye dayanır. Makul ve orta zekalı çok sayıda insanın, somut bir olguyu aynı yönde değerlendirebildikleri durumlarda, bu değerlendirme suç ile ilgili ise, “makul şüpheli” vardır.

4. İhbar, “makul şüpheli” sayılabilir.

İhbarın soruşturma ve kovuşturma makamlarını harekete geçirecek nitelikte “makul bir başlangıç şüphesi” oluşturabilmesi için, üç temel nokta ön plana çıkar:

Birinci husus, ihbarda bulunan kişinin kendi açık kimliğini de bildirmiş olmasıdır. Bir başka kişinin suç işlediğini ihbar ederken, kendi kimliğini de veren şahıs, doğru söylemiyorsa iftira suçu işliyor olabilir. Bu nedenle açık kimlikle yapılan ihbarlar daima ciddiye alınmalıdır.

İkinci nokta, ihbarda ayrıntılı olay bilgisi verilmesidir. Mesela, Avusturya’da Viyana’daki tren istasyonuna saat 11.45’de Alman plakalı, numarası belli bir araç içinde iki Türk’ün bir Avusturyalı’ya uyuşturucu madde teslim edileceği konusunda isimsiz bir ihbar yapılmış olursa, bu ihbarın detaylı olması, ciddiye alınmasını gerektirir.

Üçüncü nokta ise, aşağıda belirtilecek olan, kolluğun bilgi dağıtıcısı ile uyum gösteren isimsiz ve detaysız bildirimlerdir. Kolluğun bunları da ciddiye alması gerekir.

Makul şüpheli, sadece gizli ihbarda bulunan bir kişinin verdiği bilgidir kaynaklanıyorsa, bu takdirde iki nokta önem kazanır: (1) Bilgi veren kişinin güvenilir olduğunu gösteren ve olayın bütünlüğü içinden çıkan sebepler, (2) bilgi veren kişinin verdiği bilgilere ilişkin yan gerçekler.²⁵¹⁶

Kişiyi güvenilemiyorsa veya ihbarı destekleyen somut olgular detaylı bilgiler bulunmasa da kolluğun evvelki bilgi dağıtıcısı ihbarı teyit ediyorsa, ihbar makul şüpheli oluşturur. Daha önce işlenmiş suçlara dair polisteki kayıt ve bilgiler, değerli bir hazinedir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi 1983 yılında verdiği *Gates* kararı²⁵¹⁷ ile yeni bir bakış açısı getirmiştir. Mesela, güvenilir bir muhbir, belli bir evde uyuşturucu madde bulunduğunu ihbar etmiş ise, sadece onun daha evvelce de bu tür bilgiler vermiş olması veya ihbarda bulunmasının kendi cezai menfaatine uygun olması gibi gerekçeler, onun “güvenilir bir kişi” olduğunu göstermeye yetmez. Bu nedenle, ihbarda bulunanın evde uyuşturucu madde bulunduğunu *bizzat* görmüş olması, ihbarda bulunduğu kişinin şüpheli hareketlerini *bizzat* izlemiş olması gibi, fiili birtakım bilgilerin de ihbarda yer alması aranmalıdır. Ancak bu gibi bilgilerle desteklendiği takdirde, muhbirin yaptığı ihbar “makul şüpheli” sebebi olarak değerlendirilebilir.

Polisin tanımadığı, evveliyatını bilmediği şahıslardan aldığı ihbarlar karşısında, bu şahsın güvenilir olup olmadığını araştırılması sözkonusu olursa da, bilgi veren bir başka polis memuru²⁵¹⁸, suçun mağduru veya bir görgü tanığı²⁵¹⁹ ise, bu gibi kişilerin güvenilir olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. Bununla birlikte, verilen bilginin detaylı olması ve olayın bütünlüğü içerisinde makul şüpheli doğuracak nitelikte olması gereklidir.

5. Kolluğun makul şüpheliyi takdir etme yetkisi.

²⁵¹⁶ *Aguilar v. Tex.* (1964).

²⁵¹⁷ *Ill v. Gates* (1983).

²⁵¹⁸ *US v. Ventresca* (1965).

²⁵¹⁹ *Jaben v. US* (1965).

Olayla karşılaşan kolluk memuru, makul şüphenin mevcut bulunup bulunmadığı konusundaki kararını, takdir yetkisini kullanarak verir. Ancak bu konuda verilen bireysel karar, daha sonra delilin hukuka aykırı olduğu iddiası üzerine, hâkim tarafından değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Savcının isteği üzerine, hâkim tarafından arama veya tutuklama kararı verilmiş ise, şüphenin mevcudiyeti konusundaki takdir yetkisi hâkime aittir. Makul şüpheye dayanmayan hallerde, yapılan arama veya yakalama neticesinde elde edilen deliller hukuka aykırı delil kategorisine girer. Hatta, hâkim tarafından verilen arama kararı da hatalı olabilir. İyi eğitim görmüş bir kolluk memurunun, hâkim kararında yer alan makul şüphe konusundaki hatayı açıkça görebilmesi gereken hallerde, hâkim kararına rağmen, arama veya yakalama yapmaması gerekir.²⁵²⁰

IV. Aramanın müşterek koşulu: “gündüz” yapılma.

Şüphe altında olan veya olmayan her şahıs hakkında yapılan aramada aranan şart, zaman şartıdır. Aranılan yer, mesken, işyeri vesair kapalı bir mahal ise, yani etrafı çevrilmiş bir yer ise²⁵²¹, arama gündüz yapılır (CMK 118/1). Gündüzden maksat, güneş doğmasından bir saat önceden, güneş batmasından bir saat sonraya kadar olan zamandır (TCK 6/1e). Aramanın gündüz yapılması, gündüz başlaması demektir. Gündüz başlanan arama, bitmezse, gece de devam edebilir.²⁵²²

İstisna olarak, şu hallerde gece vakti dahi kapalı yerlerde arama yapılmasına kanun cevaz vermiştir (CMK 118): Mülga Kanun, gece aramalarını daha geniş²⁵²³ bir şekilde düzenlemişti (CMUK 96). Ceza Muhakemesi Kanunu bu koşulları daralttı: a) Suçüstü hali varsa (CMK 2-j), b) gecikmesinde sakınca bulunan hal varsa, c) Yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra firar eden kişinin veya firar eden tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalar, gece vakti yapılabilir (CMK 118/2).

388. b) ADLİ ARAMA KARARI.

I. Arama kararı.

1. Hakimlik makamı kararı.

a) Hâkim kararı.

Arama, hak ve hürriyetleri kısıtlayan bir işlem olduğundan, kaide olarak, hâkim kararı ile yapılır. Adli arama kararını, soruşturma evresinde, bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hâkimi verir (CMK 162/1). Kovuşturma evresinde, arama kararını mahkeme, acele hallerde ise başkan verir.

Bizce *tutuklama kararı* (CMK 100), *zorla getirme kararı* (CMK 146, CMK 193/1, CMK 176/2) veya cezasını çekmek üzere gelmeyen hükümlünün yakalanması²⁵²⁴ için *yakalama emri* verilmesi (CGİK 20), üstü kapalı birer arama kararı niteliğindedir. Amerika'nın Kaliforniya Eyaletinde de cezası tecil edilen hükümlünün, evinde olup olmadığını belirlemek amacıyla arama yapılabilmesi için, ayrıca bir hâkim kararı almağa gerek yoktur. Danıştay 10 ncu Dairesi bu görüşü kabul etmemiş ve Arama Yönetmeliğinin 8 nci maddesinin a bendinde buna izin veren hükmün iptal edilmesine karar vermiştir.²⁵²⁵ İletişimin denetlenmesi kapsamında verilen dinleme kararı arama yetkisi vermez; dinleme sırasında failerin kaçmak için ön hazırlıklar yaptıkları anlaşılırsa, yakalamak için evde arama yapmak üzere ayrıca hâkim

²⁵²⁰ Leon “good faith” rule.

²⁵²¹ Kantar, 108.

²⁵²² Kantar 108.

²⁵²³ a) *Önder*, cürüm kelimesini, kabahatleri de içine alacak şekilde suç olarak anlamaktadır (Arama, İHFM., 1963, s. 436). Cürüm meşhutsa, b) Gecikmede tehlike varsa, c) Arama, kaçak bir tutuk veya mahbusun veya yakalandıktan sonra kaçmış kimsenin tekrar yakalanması maksadı ile yapılıyorsa, ç) Arama, emniyeti umumiye nezareti altında bulunanların oturdukları yerlerde yapılıyorsa, d) Arama, gece vakti herkese açık olan yerlerde yapılıyorsa, e) Arama, mahkûmların toplanmasına, sığınmasına suç ile elde edilen eşyanın saklanması mahsus yerlerde yapılıyorsa, f) Arama, gizli kumar yerleri ve genelev gibi polisçe maruf yerlerde yapılıyorsa, mülga Kanuna göre arama gece de yapılabilirdi.

²⁵²⁴ *Kaiser*, NJW 1980, 875. *Özbek* de (1999, 71), hâkimin tutuklama kararı verirken en az yakalama kararı verircesine titizlik göstereceğini hatırlatarak, tutuklama kararının arama yetkisini de vereceğini vurgulamaktadır. Kaldı ki, tutuklama kararı verilmesi için kanun daha ağır şüphe standardı aramaktadır. Çoğu yapan azı da yapar. Arama için mevcut bulunması gereken şüphe, «umma» derecesinde, fakat somutlaşmış bir şüphedir.

²⁵²⁵ Danıştay 10 ncu Dairesi 13.3.2007, K. 2007/948.

kararı alınması gerekir. Gecikmede tehlike varsa, savcıdan yazılı emri alınır (batı hukuklarında ise, buna da vakit yoksa kendiliğinden) arama ve yakalama yapılabilir.

b) Kolluk amiri veya valinin emri.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise *kolluk amirinin yazılı emri ile* kolluk görevlileri arama yapabilirler (CMK 119/1). Ancak konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda kolluk amirinin yazılı emir vermek yetkisi yoktur, buralarda sadece C. savcısının yazılı emri ile arama yapılabilir. Önleme araması kararı da sulh ceza hâkimi tarafından verilir. Acele hallerde, önleme araması yazılı emri verme bakımından, vali ve kaymakamlar da yetkilidir (PVSŞ 9).

Arama kararı hâkim tarafından verilir. Ancak, mülga Kanuna göre gecikmede sakınca (tehlike) olan hallerde, savcı ve savcı yardımcısı durumunda olan (zabıta) memurları ‘arama emri’ verebilirlerdi (CMUK 97/1, cü 2). Normal zabıta memurlarının adli arama emri verme yetkileri yoktu.²⁵²⁶

Ani gelişen adli olaylarda hızlı bir şekilde arama yapılması ihtiyacı doğarsa Kanun, kolluğun sıralı idari amirinin de “arama emri” vermesini kabul etmiştir (CMK 119/1). Polis Kanunu bu gibi acil durumlarda kolluk amirinin “karşı gelinemeyen” emir verme yetkisini kabul etmiştir (PVSŞ 2). Yukarıda belirttiğimiz gibi, Kanundaki *sözlü emir*, sadece arama bakımından, bizce “*yazılı emir*” olarak değişmiş sayılmalıdır (AY “2001-4744” 20, 21). Amirden de “yazılı emir” almaya vakit olmayan, gecikmesinde tehlike bulunan durumlarda, suç üstü hali varsa veya Arama Yönetmeliğinin 8’nci maddesindeki koşullar oluşmuşsa, memur kendiliğinden arama yapar. Bu tür, aramaların, elkoyma yapılsın veya yapılsın, 24 saat içinde hâkim onayına sunulması, Anayasa emridir (AY 20).

c) Kolluğun savcıya sunduğu makul şüphe raporu.

Ceza Muhakemesi Kanununa göre, kolluk görevlileri hâkim kararı üzerine veya yazılı emir ile aramayı yapar (CMK 119/1). Arama, kolluğun *makul şüphenin oluştuğunu gösteren arama istekli raporunu*, C. savcısına vermesi, C. savcısının da bunu uygun gördüğü durumlarda hâkimden karar vermesini talep etmesi halinde, hâkimin verdiği karar üzerine yapılır (AramaY 7/1). Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde konut için Cumhuriyet savcısının, aleni yerler için kolluk amirinin yazılı emir vermesi gerekir. Aramaya karar verecek olan makamın bağımsız ve tarafsız olması şartının yanında, *makul şüphenin* mevcut bulunup bulunmadığı konusunda değerlendirme yapacak şekilde bilgilendirilmiş olması gerekir. Bu nedenle, hâkimin arama kararı vermesini isteyen savcının ona makul şüpheyi açıklayan detaylı bilgi vermesi öngörülmüştür. Hâkim buna dayanarak vereceği arama kararında, aramanın nedenini oluşturan fiili (CMK 119/2, a), suç şüphesini ve aranan delilin ne olduğunu gösterecektir.²⁵²⁷

ç) Savcının arama istemi.

Adli arama kararının verilmesi için işlemin yapılacağı yerdeki sulh ceza hâkiminden (CMK 162) bir istekte bulunulması gerekir. Bu isteği savcı yapar. Duruşmada arama kararı mahkemeden istenir. Hâkimin arama kararı verebilmesi için, arama talep yazısının CMK 116 ila 122 arasında düzenlenen şartlara uygun olması gerekir.

d) Arama kararında aranan kişi belirtilmelidir.

Kişi ile ilgili arama kararlarında kişinin adı ve kişisel özellikleri yer almalıdır. Arama kararında; elkoymak üzere aranan eşyanın ne olduğu, tam olarak (CMK 119/2, b) belirtilmelidir. Genel nitelikteki arama kararları²⁵²⁸ geçerli değildir. Arama kararı dosya üzerinden verildiği için, bunun verildiği oturumda, müdafinin hazır bulunmayı isteme yetkisi yoktur.

e) Kararda aranılacak konutun adresi yer alır.

²⁵²⁶ Roxin 1991, 243.

²⁵²⁷ BVerfGE 42, 212; BVerfGZ StrV 1990, 485.

²⁵²⁸ Marron v. Us (1927).

Arama kararında, arama yapılacak olan yerin adresi tam olarak belirtilir (CMK 119/2, b). Her konut için ayrı arama kararı verilir. Bir apartmandaki bütün konutlar için veya semtteki bütün evler için arama kararı verilemez. Kanun koyucu bu nedenle içinde arama yapılacak olan konutun adresinin tam olarak belirtilmesi mecburiyetini öngörmüştür. Bununla birlikte, bina numarasındaki hatalar gibi basit hatalar, arama kararını hukuka aykırı²⁵²⁹ hale getirmez.

f) Arama hemen yapılmalıdır.

Arama kararı verildikten sonra geçecek zaman süreci önemlidir. Bu nedenle, kararın geçerli olacağı süre de kararda açıkça gösterilir (CMK 119/2, c). Zira, aradan geçen zaman süreci içerisinde, makul şüphe ortadan kalkmış olabilir. Bu sebeple, aramanın, kararın verildiği tarihten itibaren başlayan ve kısa olması tercih edilen belli bir süre²⁵³⁰ içerisinde yapılması gerekir. Bu süre olaydan olaya değişebilir. Mesela, bir banka soyguncusunun olayda giydiği elbiselerin aranması için üç aylık bir süre uzun sayılmazken, başka bir olayda 3-4 günlük süre yeterli olabilir.

g) Arama kararında makul şüphenin belirtilmesi gerekir.

Arama kararı dosya üzerinden verilir. Aramanın “makul şüphesi” (CMK 116) (AramaY 6), kolluktan C. savcısına gelen “raporda” (AramaY 7) belirtilen olgular üzerinden, gerekçesi ile değerlendirilmiş olmalıdır. Hâkim verdiği kararda, makul şüphe doğuran olguyu değerlendirmemişse, bu karar “kanuna aykırı” bir karardır. Kanuna aykırı kararın uygulanmasından elde edilen delil de kanuna aykırı delil olacaktır.

Aşağıda aramaya ilişkin bazı kararlar tarih sırasında sunulmuştur.

2. Arama öncesi hâkim kararı alınması ile ilgili kararlar.

a) Polisin iyi niyeti korunur: Saadettin ve Çelebi kararı.

Saadettin hakkında alınan arama kararı varken, davranışlarından şüphelenilen Çelebi üzerinde arama yapılmıştır. Pazar yeri gibi kalabalık bir ortamda gelişen bir olayda sanığın üzerindeki esrarı atmak veya saklamak biçiminde davranışın el koyma işlemi üzerine, aynı gün bu işlemin hakim tarafından onaylanması suretiyle, mevcut eksikliğin bir ölçüde giderilmeye çalışıldığı, sanığın suçlamayı kabul etmesi, düzenlenen tutanaklara karşı bir diyeceğinin olmadığını bildirmesi, kolluk görevlilerinin ise, elde ettikleri tüm bilgileri baştan itibaren Cumhuriyet savcılığına ulaştırıp *sanığın haklarının ihlal edildiğinden söz edilemeyeceğine karar verilmiştir*. Bu nedenle sanığın üzerindeki arama işleminin ve sonucunda elde edilen delillerin hüküm verilirken kullanılmasına engel bulunmadığına karar verilmiştir. Kolluk iyi niyetini ortaya koyarak, bütün gayretini göstermiş ve buna rağmen hâkimden karar almadan arama yapmak durumunda kalmışsa, Yargıtay bu fiziki delilin kullanılmasına cevaz vermiştir.²⁵³¹

b) Adanalı Yakup kararı.

Esas mahkemesi iddia ve sanığın ikrarı dışında, tutanaklar, ekspertiz raporu ve emanetteki uyuşturucu madde gibi delillere dayanarak sanığın esrar elde etmek üzere evinin damında elli kök hint keneviri yetiştirdiğini kabul etmiş ve mahkûmiyet kararı vermiştir. Özel daire hukuka aykırı olarak yapılan aramadan elde edilen delilin hükme esas alınamayacağını, başka delille desteklenmeyen soyut ikrarın mahkûmiyet için yeterli bulunmadığını belirterek hükmü bozmuştur. C. Başsavcılığı ikrarın özgür iradeye dayandığını ve başkasının suçunu üstlenmeye yönelik olduğu ileri sürülmemesi karşısında sanığın suçunun sabit olduğunu belirterek başsavcının itirazı yoluna başvurmuştur. Ceza Genel Kurulu yapılan “rızaî arama” sonunda elde edilen Hint kenevirlerinin hukuka aykırı aramadan kaynaklandığına karar vermiştir. Rıza ile arama yapmak üzere gecikmede sakınca olmadığı halde hâkim kararı zorunluluğunun uygulanmaması yapılan aramanın hukuka aykırı kabul edilmesine neden olmuştur. Ancak, ihbarla başlayan soruşturma da sanığın soruşturma ve kovuşturma evrelerinde ihbarla uyumlu ve hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrarı karşısında suçun sübuta erdiği kabul

²⁵²⁹ *Steele v. US* (1925).

²⁵³⁰ *Rugendorf v. US* (1964).

²⁵³¹ CGK 15.3.2005, E. 10-15, K. 29.

edilmiştir. Ancak, hukuka aykırı aramadan elde edilen fiziki delillerin delil olarak kullanılmamasına karar verilmesi hukukumuz açısından önemli bir gelişme olarak nitelendirilmelidir.²⁵³²

c) El bombası kararı.

Sanıkların PKK terör örgütüne yardım ve yataklık yaptıkları, ilçe merkezinde eylem yapma hazırlığı içinde oldukları konusunda, yapılan istihbari çalışmalar ve alınan duyumlar üzerine C. savcısından izin alınarak, sanıkların birlikte oturdukları evde yapılan aramada çek-yatın altında suça konu iki adet el bombası bulunmuş ise de, yapılan aramanın CMUK'un 97/2 ve CMK'nın 119/4 madde ve fıkralarına aykırı yapıldığı, CMUK'un 254/2. madde ve fıkrasına göre "Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz." hükmü gereğince, sanıkların konutunda hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi delil ile buna ilişkin düzenlenen ekspertiz raporunun hükme esas alınamayacağı ve sanıkların suçu inkara yönelik savunmaları ile tüm dosya kapsamı karşısında atılı suçu işlediklerine ilişkin mahkumiyetlerine yeter kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı da gözetilmeden, beraatları yerine mahkumiyetlerine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.²⁵³³

ç) Arama kararının dosyada bulunması gerekir.

Dosyada mevcut ev arama tutanağında belirtilen ve sanığa ait evin aranmasına dayanak yapılan C. Savcısının yazılı arama emrinin denetime olanak sağlayacak şekilde dosya arasında bulundurulması gerektiğinin gözetilmemesi nedeniyle hükmün bu sebepten dolayı bozulmasına, 31.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.²⁵³⁴

d) Kaçak rakı kararı.

Şüphelinin işyeri olduğu iddia edilen yerde, sahte rakı imal edildiğinin ihbarı üzerine, hâkim kararı alınmaksızın, yapılan aramada birinin yarısı, diğerinin tamamı dolu iki adet 750 litrelik varil içinde saf alkol, 1850 adet boş rakı şişesi tespit edilip zaptedilmiştir. Dosyadaki hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen kanıtların değerlendirme dışı tutulması halinde, sanığın cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır. Her ne kadar C. Başsavcılığı'nca, ihbar tutanağı ve sanığın ikrarı ile suçun sabit olduğu ileri sürülmüş ise de, ihbar sonucu elde edilen kanıtlara itibar edilemeyeceğinden, ihbarın da bu anlamda bir kanıt değeri bulunmayacaktır.²⁵³⁵

e) Arama kararı alınmadan bulunan kaçak parfüm delil olur.

Arama kararı olmadan sanığın bagajında kaçak parfümler ele geçmiştir. Sanık araç bagajını kendi rızası ile açmıştır. Sanığın haklarının ihlal edilmesi halinde, suçun topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan kişisel ve toplumsal zarar karşılaştırılarak sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise hukuka aykırı olarak elde edilen deliller yargılamada delil olarak kullanılmalı, aksi takdirde değerlendirme dışı bırakılmalıdır. İnsan haklarını korumak amacıyla yasaya konulan hukuka aykırı elde edilen delillerin, delil olarak kabul edilemeyeceği hükmü hukuk devleti ilkesinin diğer iki unsuru olan adaleti ve hukuki güvenliği gerçekleştirmeyi engellememelidir. İnsan hakları mahkemesi kararları da bu doğrultudadır. İnsan hakları mahkemesi kararlarına uyma

²⁵³² CGK 29.11.2005, K.144/150: *Yakup kararı* diye tanımladığımız bu kararda esas mahkemesi iddia ve sanığın ikrarı dışında, tutanaklar, ekspertiz raporu ve emanetteki uyuşturucu madde gibi delillere dayanarak sanığın esrar elde etmek üzere evinin damında elli kök Hint keneviri yetiştirdiğini kabul etmiş ve mahkûmiyet kararı vermiştir. Özel daire hukuka aykırı olarak yapılan aramadan elde edilen delilin hükme esas alınmayacağını, başka delille desteklenmeyen soyut ikrarın mahkûmiyet için yeterli bulunmadığını belirterek hükmü bozmuştur. C. Başsavcılığı ikrarın özgür iradeye dayandığını ve başkasının suçunu üstlenmeye yönelik olduğu ileri sürülmemesi karşısında sanığın suçunun sabit olduğunu belirterek başsavcının itirazı yoluna başvurmuştur. Ceza Genel Kurulu yapılan "rızaî arama" sonunda elde edilen hint kenevirlerinin hukuka aykırı aramadan kaynaklandığına karar vermiştir. Rızaî arama yapmak üzere gecikmede sakınca olmadığı halde hâkim kararı zorunluluğunun uygulanmaması yapılan aramanın hukuka aykırı kabul edilmesine neden olmuştur. Ancak, ihbarla başlayan soruşturma da sanığın soruşturma ve kovuşturma evrelerinde ihbarla uyumlu ve hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrarı karşısında suçun sübuta erdiği kabul edilmiştir. Ancak, hukuka aykırı aramadan elde edilen fiziki delillerin delil olarak kullanılmamasına karar verilmesi hukukumuz açısından önemli bir gelişme olarak nitelendirilmelidir.

²⁵³³ 8. CD 16.1.2008, 10268/192.

²⁵³⁴ 8 CD 31.3.2009, E. 2007/8242, K. 2009/5028.

²⁵³⁵ CGK 17.11.2009 E. 2009/7-160 K. 2009-264.

zorunluluğu milletlerarası anlaşmalarla kabul edildiğinden Anayasanın 90 /son fıkrası uyarınca da bu kurallar en üstün kural olduğundan insan hakları mahkemesinin kabul ettiği ölçülülük ilkesi gözetilmek zorundadır. Olayda da sahte ve kaçak parfüm insan sağlığına zararlı olduğu cihetle, yaşam hakkı diğer hakların üzerinde olup, arama ile ele geçen kaçak eşyanın delil olarak değerlendirilmesinde hukuka aykırı bir durum bulunmamaktadır.²⁵³⁶

f) Hâkim karar almadan yapılan aramada elde edilen uyuşturucu delil olmaz.

Ceza Genel Kurulu'nun 213-610, 214-512, 213-841, 2014-513 ve 2014-66/514 sayılı kararlarında belirtildiği gibi arama kararı alınmadan yapılan arama hukuka aykırıdır. Bu tür deliller hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olduğundan Anayasanın 38/6 CMK 206/2-A, 217/2, 230/1-B ve 289/1-i madde hükümleri uyarınca hükme esas alınmaz. Somut olayda uyuşturucu sattığı konusunda istihbari bilgi edinilmesi nedeniyle, niteliği ve faili belli olan bir suçun işlendiği konusunda şüphe oluşmuştur. CMK 116, 117 ve 119 maddelerine uygun adli arama kararı alınmadan sanığın aracında arama yapılmış ve uyuşturucu madde elde edilmiştir. Uyuşturucu maddelerin hem suçun maddi unsuru hem de delili olduğu bu olayda hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller hükmü esas alınmaz. Sanığın uyuşturucu madde ticareti yaptığına ilişkin bir başka tanığın aşamalarda değişen soyut ve çelişkili beyanları dışında kuşku sınırlarını aşan yeterli ve kesin delil bulunmadığından beraat yerine mahkûmiyet hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir.²⁵³⁷

3. Cumhuriyet Savcısının Arama Emri: Gecikmede Tehlike.

Ceza Muhakemesi Kanunu, Cumhuriyet savcısının "gecikmesinde sakınca olan hallerde" arama emri vermesini kabul etmiştir. Bu emir "yazılı" olacaktır (CMK 119/1). Önce sözlü verilir, sonradan yazı ile teyid (CMK "2005-5353" 161/3) edilemez. Anayasa'nın hükmü (AY 21, 22) buna engeldir. Savcı arama kararı veremez. Arama kararını sadece bir hâkim verebilir. Savcı arama emri verebilir. Fakat bu emir 24 saat içinde hâkim tarafından incelenir (AY 20).

a) Gecikmede tehlike.

İzinsiz fotokopi ile kitap çoğaltılması şikâyeti ile yapılan ihbar üzerine, Salihli ilçe merkezinde iş yerinde arama yapılmıştır. "Gecikmede sakınca bulunan hallerde" C. savcısının arama emri vermesi mümkündür. Bu istisnai yetkinin doğabilmesi için hâkim kararı alınmasının gecikmede sakınca yaratacağını düşündürecek bir belge ve bilgi dosyada bulunmalıdır. Beraat kararı onanmıştır.²⁵³⁸

b) Suçüstünde arama.

Uyuşturucu madde ticareti yapma suçu isnadı ile açılan davada suç şüphesini oluşturan bilgileri elde edildiği aşamada suçüstü halinin mevcut olmaması nedeniyle kolluğun CMK 158, 160, 161. ve 164. maddeler uyarınca durumu hemen Cumhuriyet savcısına bildirip arama kararı talep etmeleri gerekirken, adli arama kararı alınmadan yapılan aramadan elde edilen delillerin hükme esas alınması bozmayı gerektirmiştir. Somut olayda eroin sattığı yolunda bilgi alınması üzerine saat 06.30 sularında ikametinden çıkarak evinin önündeki kaldırımında 10 dakika kadar etrafı gözleyen sanığın fiziki takip yapmakta olan görevlileri fark edip üzerindeki uyuşturucu maddeleri yok edeceğinden şüphelenen kolluk kaba üst araması yapmış narkotik şube görevlilerince 'kel Seydi' olarak tanınan şüphelinin montunun sol iç cebinde bulunan sigara paketi içerisinde 8 parça eroin ele geçirilmiştir.²⁵³⁹

4. Arama kararı veya emrinin dosyada bulunması gerekir.

a) Hukuka aykırı delilin dosyadan çıkarılması.

Federal bir görevlinin, bir karara veya başka bir Anayasal güvenceye dayanmaksızın elde ettiği delile dayanarak mahkûm edilen bir sanığın davasıdır. Bu davada Yüksek Mahkeme, sanığın mahkûmiyet

²⁵³⁶ 7 CD 3.7.2013, E. 2013/5127, K. 2013/17549.

²⁵³⁷ 20 CD 4.11.2015, E. 2015-15257, K. 2015/4107.

²⁵³⁸ 7 CD 22.2.2007, K. 2007/1111.

²⁵³⁹ CGK 28.2.2017, E. 2016/20-800, K. 2017/120.

kararını bozmuş ve "hukuka aykırı delilin dosyadan çıkarılması" olarak bilinen kuralı, yalnızca federal mahkemelerde uygulanacak şekilde yaratmıştır.²⁵⁴⁰

b) *Savcı emrinin dosyada bulunması gerekir.*

Dosyada mevcut ev arama tutanağında belirtilen ve sanığa ait evin aranmasına dayanak yapılan C. Savcısının yazılı arama emrinin denetime olanak sağlayacak şekilde dosya arasında bulundurulması gerektiğinin gözetilmemesi nedeniyle hükmün bu sebepten dolayı bozulmasına, 31.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.²⁵⁴¹

II. Çalıntı malın aranması.

Uygulamada, TCK 165'te yer alan "suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi" suçunda, özellikle altın çaldığını itiraf eden hırsızlar açısından, "hırsız yalan söylemez" varsayımı uygulanmaktadır. Hırsızlıktan sanık olan kişi, yakalandıktan sonra gerçekleştirdiği olaylara ilişkin olarak ifadesi alınırken, genellikle önceki suçlarını da ikrar etmekte ve gerek aynı şehirde veya başka şehirlerde yer gösterme suretiyle, çaldığı malları nereye sattığı konusunda ikrarda bulunabilir. Altın bilezik veya benzeri ziynet eşyası çalmış ise, bunları kuyumcuya sattığını söyleyebilir ve belli kuyumcuları gösterebilir. Uygulamada kolluk, alınan bu ifade üzerine şüpheliyi, çalıntı altını sattığını söylediği dükkâna götürmekte ve dükkânda "arama" yapmaktadır. Aynı mal dükkânda bulunmadığı takdirde, çalınan mal kadar misli eşyaya el konulmakta ve böylece suç mağdurunun zararı giderilmeye çalışılmaktadır.²⁵⁴²

Yukarıda gerçekleştiğini ifade ettiğimiz suç eşyasını satın alma veya kabul etme suçu ile ilgili adli araştırmalarda gerek ifade alınırken ve gerekse başka şehre yüzleştirme için götürmelerde ve bilhassa çalınan mal yerine başka bir misli eşyaya elkonulması hukuka aykırıdır. Bilindiği gibi, elkoyma, sadece suç delili olan eşya için kabul edilmiş olup, onun yerine başka bir eşyaya elkonulması CMK 128'deki koşullar dışında mümkün değildir.

389. ç) ARAMA İŞLEMLERİNİN YAPILMASI.

I. Üst aramasının icrası.

Bir kimsenin üzeri²⁵⁴³ aranırken, mümkün olduğu nispette, o kimsenin âr ve haya duygularına riayet edilmelidir. Meselâ bir kadının üzerindeki arama, bir kadın tarafından yapılmalıdır (StPO 81 d, CPPI 335) (AramaY 28). Bir kimsenin üzeri aranırken vücut tamamıyetine riayet şarttır. Meselâ zorla müşhil içirilemez, saç ve sakalı kazınmaz. Bir şahsın üzerinin aranması kavramına dahil olmayan bu gibi şeyler²⁵⁴⁴ ancak keşif²⁵⁴⁵ veya muayene²⁵⁴⁶ suretiyle yapılır.

II. Araçlarda yapılan arama.

1. Türk Hukuku.

a) Genel bilgiler.

²⁵⁴⁰ Weeks v. U.S. 232 U.S. 383, 1914.

²⁵⁴¹ 8. CD 31.3.2009, E. 2007/8242, K. 2009-5028.

²⁵⁴² Öztürk 1994, 469.

²⁵⁴³ Polisin hâkim kararı olmaksızın kişiler üzerinde yaptığı aramalar ve bunların çeşitleri için Bkz. *Sokullu-Akıncı*, s. 201-212.

²⁵⁴⁴ Kandaki alkollemi derecesine önem veren kanunlar kabul edilince, muayene için kan alınmasını düzenlemek kan aldirmamağı suç saymak da gerekmiştir (*Clerc*, n. 171). Almanya'da muayene yapılması, sıhhi bir tehlike doğmasından korkulmuyorsa rıza olmadan da kan örneği alınması ve hekim tarafından vücutta yapılan diğer müdahalelerde bulunulması, araştırma amacı ile, hâkim kararı ile, gecikmede tehlike varsa savcılık ve yardımcı memurları kararı ile mümkün olabilmektedir (StPO 81a).

²⁵⁴⁵ *Kantar*, 106.

²⁵⁴⁶ *Yüce* (s. 77) haklı olarak hekim muayenesinden bahsetmektedir. Fakat bilirkişi iştiraki ile keşif yapılmasına engel olmadığını da kabul etmeliydi.

Motorlu araçlar hareketli objeler olduğu için, kaçma şüphesi, yani delili bir daha ele geçirememeye tehlikesi büyüktür. Bu nedenle, araçlarda yapılan arama ayrıca düzenlenmiştir. Arama Yönetmeliğinde (AramaY 29) “araçlarda arama” başlığı altında, deniz araçlarını da kapsayan bir düzenleme yapılmıştır. Kolluğun bir aracı durdurma yetkisinin hangi hallerde doğacağı 2007 yılında PVSK 4A/1 ile düzenlendiğinden, kolluğun buradaki koşulların olduğu durumlarda durdurma yetkisini kullanması, durdurma için polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması (PVSK 4A/2) ve kolluğun durdurduğu kişiye durdurma sebebini bildirmesi (PVSK 4A/3) gerekir. Görüldüğü gibi, aracı durdurma yetkisinin doğabilmesi için, “makul sebep” bulunması gerekir. Yönetmelikte ise, “umma” derecesinde makul şüphe bulunması gerektiği (AramaY 27/1) belirtilmiştir. Gerek PVSK 4A/2’deki makul sebep ve gerekse Arama Yönetmeliğinin 27/2 maddesindeki “umma derecesinde makul şüphe” kavramları yerinde ve doğru kavramlardır. Zira durdurma bazı hallerde suç işlenmesini önlemek için yapılır, bu gibi durumlarda makul sebep bulunması gerekir; bazı hallerde de durdurma suç işlendikten sonra yapılır. Bu gibi durumlarda da “makul şüphe” bulunması gerekecektir. Kolluk durdurma sebebi ile ilgili soru sorma yetkisi kazanır. Yapılan açıklama ile durdurma nedeni ortadan kalkmazsa, yoklama biçiminde kontrol yapılır.

Bu işlem sonucunda, “kişide silah bulunduğu sonucunu çıkarmaya yeterli şüphe meydana gelirse, memur kendiliğinden silah veya diğer suç eşyası araması yapabilir (AramaY 29/5). Yönetmeliğin bu düzenlemesi PVSK 4A maddenin 2007 yılında değiştirilmesinden sonra, kanunla uyumlu olmaktan çıkmıştır. Zira, 2007’de değişen Kanun, kolluğa durdurduğu kişi veya araç üzerinde arama yapma yetkisini artık vermemektedir: Kolluk sadece “tedbir” almakla yetinebilecektir. Yönetmelikte, durdurma sonrası yapılacak olan “arama” kademelendirilmiş ve yoklamadan aramaya geçecek şekilde düzenlenmiştir. Araç araması sırasında, yapılan aramanın konusu olan eşyanın ne olduğu veya aramanın yapılmasına temel teşkil eden sebepler, ilgiliye açıklanır (AramaY 29/2). Arama, aracın ilk durdurulduğu yerde, başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. “Detaylı” inceleme yapılması gereken hallerde, araç başka yere götürülerek arama orada yapılır (AramaY 29/4). Denizdeki araçların aranması gerektiği hallerde, deniz şartlarının elvermediği durumlarda deniz aracının en yakın ve uygun limana çekilmesi ve aramanın limanda yapılması söz konusu olur.

Araç araması sırasında, özel kâğıt veya zarfa rastlanırsa, bunların açılması yasaktır. Sadece zarf içinde müsadereye tabi bir eşya bulunması ihtimali varsa, açma yetkisi kabul edilmişse de yazılı bilgilerin okunması yasaktır (AramaY 29/6).

Araçların park edilmiş vaziyette, içinde insan bulunmadan görüldüğü hallerde, araca arama yapıldığını belirten bir not bırakılır ve notta arama tutanağının bir kopyasının alınabileceği yer belirtilir. Bu gibi hallerde, araçta bulunan bütün eşyanın bir listesini çıkarmak yerinde olur. Bu liste ileride ilgilinin eşyasının kaybolduğu konusunda yapabileceği şikayetleri önlemek için düzenlenir.

a) CGK 3.12.2019, E. 2016/8-427, K. 2019/688

Dava, 6136 Sayılı Kanun'a aykırılık suçuna ilişkindir. Havalimanı otoparkından sorumlu özel güvenlik görevlileri tarafından yapılan denetim sırasında, sanığın kullanımında bulunan suça konu aracın kapılarının ve sol arka camının açık bırakıldığının tespit edilmesi üzerine içerisinde bulunabilecek değerli eşyaların çalınmasını engellemek ve otopark şirketi aleyhine doğabilecek tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırmak amacıyla kapıları ve sol arka camı açık olan aracın bagajında bulunan çantanın muhafaza altına alınması şüpheli veya sanığı ya da bir delili elde etme veya bir suçun işlenmesini ya da bir tehlikeyi önleme amacıyla yapılan arama işlemi olarak değerlendirilemeyecektir. Yine özel güvenlik görevlilerince söz konusu çantanın tesliminden sonra polis memurlarınca X-ray cihazına sokularak kontrol edilmesi eyleminin herhangi bir arama emir veya kararı gerektirmediği ve suça konu silahın ele geçirilmesine ilişkin elle yapılan arama işleminin de arama emri verilmesini ya da hâkimden karar alınmasını gerektirmediği, dolayısıyla dosya kapsamında hukuka aykırı olarak elde edilen bir delilden söz edilemeyeceği anlaşıldığından Özel Dairenin bozma kararında isabet bulunmadığının kabulü gerekir.

b) Arama kararı alınmadan bulunan kaçak parfüm delil olur; 7. CD 3.7.2013, E. 2013/5127, K. 2013/17549.

Arama kararı olmadan sanığın bagajında kaçak parfümler ele geçmiştir. Sanık araç bagajını kendi rızası ile açmıştır. Sanığın haklarının ihlal edilmesi halinde, suçun topluma verdiği zarar ile devlet

görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan kişisel ve toplumsal zarar karşılaştırılarak sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise hukuka aykırı olarak elde edilen deliller yargılamada delil olarak kullanılmalı, aksi takdirde değerlendirme dışı bırakılmalıdır. İnsan haklarını korumak amacıyla yasaya konulan hukuka aykırı elde edilen delillerin, delil olarak kabul edilemeyeceği hükmü hukuk devleti ilkesinin diğer iki unsuru olan adaleti ve hukuki güvenliği gerçekleştirmeyi engellememelidir. Olayda da sahte ve kaçak parfüm insan sağlığına zararlı olduğu cihetle, yaşam hakkı diğer hakların üzerinde olup, arama ile ele geçen kaçak eşyanın delil olarak değerlendirilmesinde hukuka aykırı bir durum bulunmamaktadır.

2. Mukayeseli Hukuk.

a) Chadwick.

İçinde uyuşturucu madde gibi bir suç eşyası bulunduğu şüphelenilen bir aracın, durdurulması ve aranması konusunda “makul şüphe” kavramı daha geniş yorumlanır. Yüksek Mahkemenin, *Chadwick*²⁵⁴⁷ davasında verdiği kararda, motorlu araçların “taşıma fonksiyonu” gördükleri vurgulanmıştır. Bu nedenle, motorlu araç kişinin “konutu” olmadığı için, “özel hayatın gizli alanı” kavramı burada daha geniş yorumlanır. Zira, araç seyir halindeyken, araç ve içindekiler kamuya açık yollarda herkes tarafından görülebilir. Bu nedenlerle, araç içinde yolculuk eden şahısların özel hayatlarının korunması bakımından daha az bir beklenti içinde oldukları varsayılır.

Araçların içinde, dışarıdan görülebilecek yerlerde bulunan şahısların özel hayatlarının gizliliği bakımından, daha az bir beklentiye sahip olmaları gerekirken, aracın kapalı yerlerinde ve içindeki çantalarda yapılacak aramalarda genel kurallar geçerlidir. Sadece, gecikmesinde delilin kaybolması veya yok olması tehlikesi varsa, hâkim kararı²⁵⁴⁸ olmadan çantanın içi aranabilir.

Aracın içinde bulunan yolcuların üzerlerinin aranması bakımından da kıyas yolu ile ev aramasına ilişkin kurallar uygulanır ve sadece silah araması yapılabilir. Ancak, araç “içindeki yolcunun bir suç emaresi taşıdığı gerekçesi ile” durdurulmuş ise, bu takdirde yolcu üzerinin aranabileceği açıktır. *Chimel* davasında verilen karar, bir süre motorlu araçlar hakkında da uygulandı ve yasal olarak durdurulan bir araç içinde arama yapılabileceği kabul edildi.

b) USSC N.Y. v. Belton 1981.

Bir otomobilin içinde bulunan bir kişiyi yakalayan polis, aynı zamanda ve yakalamanın bir parçası olarak, aracın yolcu kısımlarında arama yapabilir. Bundan elde edilen delil, yukarıda evde yapılan yakalamada da belirtildiği gibi, dosyadan çıkarma kuralının bir istisnası olarak kabul edilir. Yüksek Mahkeme, *Belton*²⁵⁴⁹ kararında şu ölçütleri koydu: (1) İlk şart, özel hayatın gizliliği menfaati ile, Devletin kanunları uygulamasındaki menfaat arasında bir dengenin mevcut bulunmasıdır. (2) Hukuka uygun olarak durdurulan bir araç içinde yapılacak arama, sadece şüphelinin eli ile uzanabileceği alanı kapsar ve bu alan içerisinde silah veya suç emaresi aranabilir. (3) Hukuka uygun olarak durdurulan kişi, suç şüphesi üzerine yakalanırsa, polis otomobilin yolculara mahsus bölümünün tümünü arama yetkisi kazanır ve burada bulunan çanta vesaire gibi kapalı eşyanın içine de bakabilir.

Motorlu araçların aranmasından sonra yapılan eşya listesi: Polis hukuka uygun bir şekilde bir aracı park yerine çekerek muhafaza altına alırsa (mesela trafik kurallarını ihlal ettiği gerekçesi ile çekilen araç gibi), aracın içinde bulunan eşyaların bir listesini yapmak mecburiyetindedir. Bu listenin yapılmasının sebebi, araç polis muhafazası altında kaldığı sürece içindeki eşyaların kaybolmasını önlemek ve böylece mülkiyet hakkının korunmasını sağlamak içindir. Diğer bir amaç, araç içinde bulunan eşyanın ileride suç delili olarak kullanılması söz konusu olduğunda, bir listenin mevcut olmasıdır. Bu listenin, araç muhafaza altına alınır alınmaz yapılması, tarih ve saati ile imzalanması gerekir. Bu şartları taşımayan listeler mahkemede delil olarak²⁵⁵⁰ kullanılamaz.

²⁵⁴⁷ *Chadwick v. US* (1977).

²⁵⁴⁸ *Chadwick v. US* (1977).

²⁵⁴⁹ *NY v. Belton* (1981).

²⁵⁵⁰ *Dak. v. Opperman* (1976) ve *Colo. v. Bertine* (1987).

c) *Şoför çıktıktan sonra otomobilde arama yapılamaz; USSC Arizona v. Gant, (2009).*

Polis, Gant'ı yakalayıp kelepçeli bir şekilde polis aracına aldıktan sonra, otomobilinde arama yaparak silah ve uyuşturucu madde bulur. İlk derece mahkemesi Gant'ı kısmen bu delillere dayanarak mahkûm eder. Arizona Temyiz Mahkemesi ise, ilk derece mahkemesinin kararını bozarak, yapılan arama karara dayalı olmadığı için buradan elde edilen delilin kullanılamayacağına hükmeder. Federal Yüksek Mahkeme ise, Gant kendi aracını gönüllü olarak terk ettikten sonra aracında yapılan aramanın, yakalama ile veya polis memurlarının güvenliği ile bağlantılı olmayacağını belirterek, Anayasa ek madde 4 ihlaline hükmederek Arizona Temyiz Mahkemesi'nin bozma kararını doğru bulmuştur.

ç) *Motosiklette arama; USSC Collins v. Virginia, U.S. (2018).*

Bu dava, özel bir mülkün müstemilatında, bir karar olmadan yapılan bir motosiklet aramasına ilişkindir. Tartışılan konu, Anayasa ek madde 4'te otomobiller bakımından getirilen istisnaların, özel mülk içerisinde bulunan bir motosiklette yapılan aramada da geçerli olup olmayacağıdır. Federal Yüksek Mahkeme, burada otomobil istisnasının uygulanamayacağını, arama kararı olmadan arama yapılamayacağını ifade etmiştir. Federal Yüksek Mahkeme hakimlerinden biri, eyaletleri dosyadan çıkarma kuralının uygulanmasına mecbur etme konusunda tereddütleri olduğunu belirtmiştir. Bu görüşün yakın gelecekte, konuya ilişkin olarak önemli tartışmalarından biri olacağı düşünülmektedir.

III. İş yerinde Yapılan Arama ve Vergi Hukukuna ilişkin arama.

1. İş yerinde yapılan arama.

a) 7. CD 5.3.2007, K. 2007-1307; *İş yerinde arama kararını fikri ve sınai haklar mahkemesi veremez*

(Arama kararını nöbetçi sulh ceza hâkimi verir, fikri ve sınai haklar mahkemesi değil): İş Merkezinde bulunan işyerinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 116 ve devamı maddeleri gereğince gündüzleyin bir defaya mahsus arama yapılmasına karar verilmiştir. Mezkûr ihbarnamede; tüm dosya kapsamına göre, Cumhuriyet Savcılığınca yapılan talebin, yetkili mahkemenin İ. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi olduğundan bahisle reddine karar verilmiş ise de; 5846 sayılı kanunun 76. maddesinde bu kanundan doğan davalarda görevli mahkemenin ihtisas mahkemeleri olduğunun belirtildiği, bu durumun yargılama yapma görevinin hangi mahkemeye ait olduğunu kapsadığı, hazırlık soruşturmasının yürütülmesine ilişkin hususları içermemesi karşısında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun "Arama ve el koyma" başlıklı dördüncü bölümünde; arama ve el koymada dikkate alınması gereken hususların gösterildiği nazara alınarak, Cumhuriyet Savcılığınca yapılan arama ve el koymaya ilişkin taleplere ait kararların; 5271 sayılı kanunun 162. maddesi uyarınca sulh ceza mahkemesi tarafından verilmesi gerektiği dikkate alınmaksızın, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir.

b) 7 CD 8.3.2007, K.2007/1461; *İş yerinde karar almadan arama yapılamaz*

(CMK 217/2) Tescilli markalı ürünlerin taklitlerinin satıldığı iddiası ile C. Savcılığına verilen dilekçe, gereğinin yapılması talimatı ile kolluğa iletilmiştir. Kolluk, gecikmesinde sakınca olmadığı, savcının yazılı emri veya hâkim kararı olmadığı halde, iş yerinde arama yapmıştır. 2007 yılında verilen kararda CMUK 97'deki gecikmede sakınca istisnası değerlendirilmiş ve aramanın kanuna aykırı olduğu belirlenmiştir: "Usul işlemleri gerçekleştirildikleri tarihte yürürlükte bulunan normlara uygun olmalıdır". Delil hüküm verilirken kullanılmamıştır.

c) 6. CD 22.2.2007, E. 2004/5671, K. 2007/1111; *İş yerinde karar almadan arama yapılamaz*

İş yerinde hukuka aykırı olarak yapılmış bir arama sonucu elde edilen deliller mahkemece geçerli bir delil olarak gözetilemeyeceğinden ve sanık aleyhine mahkumiyeti gerektirecek başkaca da yasal delil bulunmadığından bu nedenlerle beraat kararı verilmelidir.

2. Vergi Hukukuna İlişkin Arama.

a) *AİHM Funk v.-Fransa 25.2.1993; Vergi araması*

Gümrük memurları adli kolluk nezaretinde başvurucunun evinde yurt dışına mal varlığı kaçırdığı iddiası ile arama yapmışlar ve yabancı bankaya ait çek karneleri ve yurt dışında tamir ettirdiği aracının faturasını ele geçirmişlerdir (n.7). Bu konudaki daha önceki yıllara ait evrakları teslim etmeye zorlamak

üzere günde 50 Fransız Frankı ödemesine karar verilmiştir. Kararda kendisi aleyhine delil vermeye zorlandığı için adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Diğer taraftan vergi soruşturması nedeniyle idari makamlar tarafından hâkim kararı alınmadan konutta arama yapılmıştır. Bu nedenle de özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir (n.57, 59).

b) 11. CD 7.2.2018, E. 2017-3571, K. 2018/966; Vergi incelemesi araması yetkili makamın lüzum göstermesi üzerine sulh ceza hâkimi kararı ile yapılır

Arama genel ceza muhakemesi hukukunda olağan bir korunma tedbiri iken, vergi hukukunda istisnai ve olağanüstü bir denetim yoludur. Bu aramanın genel suç kolluğu tarafından değil, vergi inceleme elemanlarınca yapılabilmesi diğer bir özelliktir. Vergi araması, vergi incelemesi denetim yolunun ön basamağıdır. Amaç vergi kaçırıldığının ortaya çıkarılmasını destekleyecek belge ve kayıtların ele geçirilmesidir. Somut olayda yürütülen soruşturmanın konusunun genel hükümlere yönelik bir suça mı yoksa VUK 359 kapsamındaki eylemlere mi yönelik olduğunun belirlenmesi gerekir. VUK 359 kapsamında ise VUK 142'deki özel hükümlere uygun bir arama yapılması gerekir. Dosya içinde bu kapsamda değerlendirme yapacak bilgi, belge bulunmadığından esas mahkemesince bu tespitlerin yapılması gerektiği görüşü ile hüküm bozulmuştur. Vatandaşın mali emniyetinin korunması mülahazası ile Cumhuriyet savcısının VUK 359'da belirtilen suçlara ilişkin dava açması için vergi dairesinin vereceği mütalaa şartı öngörüldüğü gibi VUK 142-147 maddeleri arasında arama ve aramalı incelemenin usul ve koşulları düzenlenmiştir. VUK 142 uyarınca bir mükellefin vergi kaçırdığına delalet eden bulgular varsa bu kişi veya ilgisiz görülen diğer kişiler nezdinde arama yapılabilir. Bu aramanın yapılabilmesi için vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların lüzum göstermeleri ve gerekçeli bir yazı ile Sulh Hakiminden istekte bulunmaları ve hâkimin arama kararı vermesi şarttır. Diğer hususlarda CMK hükümleri uygulanır (VUK 147). Söz konusu olayda Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturmada Ankara 5. Sulh Ceza Mahkemesinin arama ve el koyma kararına dayanarak Ankara Emniyet Müdürlüğü görevlilerince evde yapılan aramada suç konusu faturalar ele geçirilmiştir. Ancak dosya kapsamından yürütülen soruşturmanın konusunun genel hükümlere yönelik bir suç mu, yoksa VUK 359 kapsamındaki eylemlere mi yönelik olup olmadığı anlaşılammaktadır. Yargıtay bu araştırmanın yapılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini vurgulayarak hükmü bozmuştur.

c) 21. CD 5.4.2017, E. 2016-10857, K. 2017-1723; Vergi araması yapılması için hâkim kararı bulunması gerekir

Sanığın VUK 359 kapsamında sahte fatura düzenlediği en başından tespit edilerek arama kararı verilmesi talep edilmiştir. Bu durumda aramanın VUK 142 kapsamında özel hükümlere göre yapılması yerine, olaydaki gibi yapılması hukuka aykırı olup, elde edilen delillerin hüküm verilirken kullanılmaması gerekir. Sanık ikrar da etmemiştir. Hükümde tüm delillerin CMK 230/1-b uyarınca tartışılması ve değerlendirilmesi gerekir.

IV. Avukat Ofisinde Yapılan Arama (CMK 130).

1. Avukat ofisinde arama hakkında genel bilgiler.

Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı arama doğrudan doğruya savcı ve yardımcısı tarafından²⁵⁵¹ yapılması önerileri vardı. Avukatların avukatlık görevlerinden veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet Savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır cezayı gerektiren suç üstü halleri dışında avukatın üzeri aranmaz (AvK "2001-4667" 58).

Bu arama sınırlı bir işlemdir. Sınırlama CMK 144 ve meslek sırrı kurallarından çıkarsa da önleme aramasında ayrıcalık vermez.

²⁵⁵¹ Adalet Bakanlığı 27.3.1971/no. 11/37 tarihli tamimi: nakleden Erem 1986, sh. 485. Özbek (1999, 92 dn. 291) AİHM'nin *Niemetz-Almanya* kararını zikretmekte ve haberleşme niteliğindeki yazılar ile, meslek sırrına ağır saldırı oluşturan işlemlerin yapılmasının hukuka aykırı bulunduğunu nakletmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu avukat bürolarında arama, elkoyma ve postada elkoymayı tekrar düzenledi (CMK 130). Buna göre, avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak, C. Savcısının denetiminde aranabilir.

Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur (CMK 130/1).

Arama sonucu C. Savcısı tarafından elkoyma kararı verilirse, avukat buna karşı koyabilir ve bu şey mühürlenerek hâkim tarafından tetkik edilir. Yetkili hâkim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında, 24 saat içerisinde verilen kararlarla şey avukata derhal iade edilir. Görüldüğü gibi yeni Kanun, avukatlarla ilgili aramada sadece müdafii-sanık arasındaki sırların ötesinde, avukatın mesleki ilişkilerinin tümünü koruma altına almıştır (CMK 130/2).

Kanunda “müdafii” değil, “avukat” teriminin kullanılmış olduğuna dikkat edilmelidir. Müdafaa dokunulmazlığı CMK 154 bakımından ve kanundaki diğer maddelerde ön palana çıkan bir husustur. Fakat Kanun, belli bir ceza davasının avukatı olduğu için müdafii sıfatını kazanan kişiyi değil, daha genel bir bakış açısıyla, “bütün avukatları” ayrı statüye tabi tutmuştur.

İkinci olarak dikkat edilmesi gereken nokta, CMK 130 un sadece avukatın “bürosunun” aranması ile ilgili özel kurallar koyduğudur. Avukatın “üstünde ve yanında taşıdığı eşyalarda” yapılacak olan arama, burada düzenlenmemiştir.

Avukat bürosunun aranabilmesi için mutlaka bir “mahkeme” kararı mevcut bulunmalıdır. Kanun “hâkim” değil, “mahkeme” terimini kullanmıştır.

Mahkemenin arama kararı verirken hangi ölçütlerden yola çıkacağı belirtilmediğinden (CMK 130), arama kararına ilişkin genel hüküm olan CMK 116’daki ölçütlerden yola çıkılacaktır.

Aramanın yapılması sırasında Cumhuriyet Savcısının arama yerinde, yani avukatın bürosunda hazır bulunması öngörülmüştür. Ayrıca, Baro Başkanı veya onu temsil eden bir avukatın da aranacak büroda hazır bulundurulması emredilmiştir (CMK 130/1).

Büroda yapılan arama sonunda elkonulması gereken şeyler bulunursa, savcının olay yerinde bir elkoyma kararı vermesi gerekmektedir. Ancak savcının elkoyma kararına “karşı koyma” adlı bir başvuru yolu kabul edilmiştir (CMK 130/2). Savcının büroda verdiği elkoyma kararına bürosu aranan avukat, baro başkanı ve onu temsilen avukat elkonulmak istenilen şeylerin “avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye” ait olduğunu ileri sürerek karşı koyarlarsa, bu şeyler paketlenir, mühürlenir ve yargılama makamından gerekli kararı vermesi istenir (CMK 130/2). “Yargılama makamı”, soruşturma evresine göre hâkim veya mahkemedir.

Yargılama makamı elkonulan şeyin gerçekten “avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu” saptarsa elkonulan şey derhal avukata iade edilir. Kanun bu kararın 24 saat içinde verilmesini mecbur tutmuştur.

Postada elkoyma durumunda bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın karşı koyması üzerine CMK 130/2’de belirtilen usuller uygulanır (CMK 130/3).

Müdafiiin sanıkla yazışması denetlenemez. Bunlar arama kapsamı dışındadır. Ancak TMK 10/1-e uyarınca, müdafiiin terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde belgeler hâkim tarafından incelenebilir.

Aramaya tâbi olan avukatın kağıtlarını sadece hâkim tetkik edebiliyordu (CMUK 102). Yeni CMK Cumhuriyet savcısına da yetki verdi (CMK 122/1). Mülga Kanuna göre, zilyed rıza göstermedikçe, görevliler bu özel kağıtları inceleyemezler. Bunlar bir zarfa konularak mühürlenirdi (VIII). Yeni Kanun “zilyedin rızası ile”, kolluğun belge inceleme yetkisini kaldırdı. Artık belge ve kağıtların zilyedi veya temsilcisi kendi hükmünü koyabilir (CMK 122/e).

2. Avukat ofisinde aramaya ilişkin AİHM kararları.

a) AİHM Niemietz-Almanya 16.12.1992; Avukat ofisinde arama

Münih Mahkemesi 8 Ağustos 1986’da Wegner hakkında başvurucu ve ortaklarında bilgi bulunabileceği gerekçesiyle, başvurucunun bürosu ile D. ve G.’nin evlerinin aranması için arama kararı vermiştir. Polis tarafından düzenlenen tutanağa göre, 13 Kasım 1986’da savcılık görevlileri ile polis

sabah 9:00'da başvuruçunun bürosuna girmişler, başvuruçunun çalışma arkadaşı 9:15'te büroya gelmiş ve arama başlamış, arama 10:30'a kadar devam etmiştir. Başvuruçucu 9:30'da büroya gelmiş ve Wegner hakkında bilgi vermemiştir. Aramayı yapanlar, avukat olan başvuruçunun müvekkilleriyle ilgili dosyaların bulunduğu dört çekmece ve altı özel klasörü incelemişlerdir. Başvuruçunun müvekkillerine ilişkin rehberde bakmışlardır. Yapılan aramada delil olabilecek bir belge bulunamamış ve herhangi bir belgeye el konulmamıştır. Komisyon önündeki duruşmada başvuruçucu, arama sırasında Wegner'in kimliğini gösteren dosyayı gizleyebildiğini ve daha sonra bunları imha ettiğini belirtmiştir. Bürodaki aramadan sonra bayan D. ve G.'nin evlerinde arama yapılmış, aranan faksın bayan D. tarafından Wegner adıyla gönderilmiş olabileceği yönünde şüphe ortaya çıkmıştır. Söz konusu faksı gönderdiği iddia edilen Klaus Wegner hakkında yürütülen ceza soruşturmasında delil yokluğu gerekçesiyle takipsizlik kararı verilmiştir. Başvuruçucu İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak özel yaşama, konuta ve haberleşmeye saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre olayda özel yaşam, konut ve haberleşme hakkının dokunulmazlığı ihlal edilmiştir. Müdahale Ceza Usul Yasasının 103. maddesine dayandığı için 'öngörülebilir' niteliktedir. Müdahalede suçun önlenmesi ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amacı mevcuttur. Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği konusu: arama kararını veren mahkemenin gösterdiği gerekçeler izlenen meşru amaçla ilgilidir. Ancak arama kararında hiçbir sınırlama getirilmeden, suçun konusu olan mektubun sahibini ortaya çıkarabilecek her türlü belgenin aranması ve el konulması gibi geniş ibarelere yer verilmiştir. Bu durum bir avukatın bürosunun aranması sırasında bağımsız bir gözlemcinin bulunması gibi herhangi bir usuli güvence getirmeyen Alman hukuku bakımından özel bir önem taşımaktadır. Ayrıca olayda incelenen materyaller göz önüne alındığında, söz konusu arama mesleki gizliliğe saldırı oluşturacak şekilde ölçsüzdür. Aranan kişi avukat olduğunda, mesleki gizliliğe saldırı, adaletin gereği gibi dağıtılması üzerinde olumsuz sonuçlar yaratarak, Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınan hakları da ihlal edebilir. Ayrıca başvuruçunun mesleki itibarını da zedeleyebilecek bir durumdur. Olayda demokratik bir toplumda gerekli olmayan müdahale nedeniyle özel yaşamın, konut dokunulmazlığının, haberleşmenin dokunulmazlığı haklarının, dolayısıyla AİHS'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.

b) AİHM Smirnov v. Rusya, 12.11.2007; Avukatın konutunda arama

Avukat olan Smirnov'un evinde, müdafiliğini üstlendiği ve ciddi suçlamalarla yargılanan sanıkların davaları ile ilgili olarak avukatın evinde delil bulunabileceği umudu ile, hakim kararı ile arama yapılmıştır. Aramada bazı belgelere ve bilgisayara el konulmuştur. Bilgisayar 6 günden fazla tutulduktan sonra iade edilmiştir. AİHM bu davada; konutun aranması ve bazı belgelere el konulabilmesi için, arama kararının bazı koşullar taşıması gerektiğine karar vermiştir: arama kararının içeriği, belirsiz ve çok geniş yetki verir biçimde düzenlenmemeli; konutu aranan kişinin meslek özellikleri dikkate alınmalı ve avukatın evinde bulunacak belgelerin adaletin işleyişini olumsuz yönde etkileyebileceği dikkate alınmalı; el koyma ile başvuruçunun hakları arasında bir denge bulunmalıdır. Bu bulunmadığı takdirde 8 inci madde ihlal edilmiş olur.

V. Konutta adli aramanın icrası.

1. Aranılacak konuta gelme.

a) Aramayı yapan görevliler.

Arama karar veya emrini verenler, aramayı bizzat yapabildikleri gibi kolluk memurlarına da yaptırabilirler. Hâkim ve savcı arama yaparken veya huzurunda yaptırırken, zabıt kâtibi de hazır bulunacaktır. Görüldüğü gibi, bizzat hâkimin arama yapmasında hukuki bir engel yoktur.

Arama kolluk görevlileri tarafından yapılır (CMK 119/1). Bunun sebebi, aramanın eşya üzerinde doğrudan doğruya bedeni güç demek olan "bedeni kuvvet", yani zor kullanarak yapılan (PVSK 16/3) bir işlem olmasıdır. Devlet kurum ve kuruluşları içerisinde zor kullanma yetkisi sadece kolluğa ve Silahlı Kuvvetler ile diğer sınırlı sayıdaki yetkiliye tanınmıştır. Hâkim arama kararı verir, fakat bizzat arama yapamaz. Savcı da arama emri verir, hâkimin verdiği arama kararının Kolluk tarafından yerine getirilmesinde hazır bulunur, fakat zor kullanmayı gerektiren bir işlem olan aramayı bizzat yapamaz. Eğer, hâkim veya savcı aramayı bizzat yapacak olurlarsa, Devlet içinde "araştırma", "itham", "savunma" ve "yargılama" görevleri şeklinde ayrılmış bulunan muhakeme görevleri açısından karmaşa doğar.

Görüldüğü gibi, tek engel “zor kullanma” bakımındandır. Zor kullanma yetkisi kolluğa verilmiştir. Kolluk arama sırasında orantılılık kuralların göz önünde tutularak zor kullanılabilir (PVSK Ek m. 6).

b) Arama sebebinin ve hakların bildirilmesi.

Zabitanın konutta arama yapması için ya hâkim kararı veya yetkili merciin emri bulunmalıdır. Prensip olarak önce ilgiliye hakları bildirilmelidir. Ayrıca aramanın amacı da açıklanmalıdır (CMK 120/2): İsnadı öğrenme hakkı (İHAS 6). Aramanın amacının bildirilmesi, bazı acele hallerde mümkün olmayabilir.

Sanıktan başka kimseler hakkında yapılan aramada (CMK 120/2) zilyede aramanın gayesi bildirilir. Geceleyin herkesin girip çıkabileceği yerlerle, polisce mâruf olan vb. yerlerde (CMUK 96/2) yapılan aramada; zilyede aramanın gayesi bildirilmezdi (CMUK 98/3). İlgiliye aramanın gayesi bildirilecek olan hallerde, bildirmenin aramaya başlamadan önce yapılması gerekir.

Normal şartlar altında arama sebebinin bildirilmemesi hukuka aykırılık oluşturur. Rızaya dayanan arama da mümkündür. Hâkim kararı olmadan arama yapılıyorsa, ilgilinin rızası alınmalıdır.

Karar ve emir verme yetkisi yoksa da alacağı emir üzerine ve gecikmede tehlike olan hallerde bilfiil arama işlemini yapmak bakımından, her polis memuru yetkilidir. Binada arama yapma konusunda, zabıta memurlarının kendiliklerinden harekete geçme yetkileri yoktur. Arama kararı almak gerekirse, polis bunu savcılık kanalı ile sağlar (CMK 162). Ancak, derhal yapılması gereken bir tahkik muamelesi varsa, polis sulh ceza hâkimi tarafından emredilen tedbirleri alır ve doğrudan doğruya sulh hâkimine başvurulabilir (CMK 163/2).

c) Aramada zor kullanma: kapıyı çalarak veya kırarak arama.

Prensip olarak zor kullanarak eve girebilmek için, güvenlik önlemlerini aldıktan sonra kapıyı çalması (AramaY 30/2), o yere girme yetkisine sahip kişilerle iletişim kurmaya çalışması (AramaY 30/3) polisin kendisini tanıtp, amacını da söyledikten sonra, arama kararı bulunduğunu da açıklayarak (VII) haber verdikten sonra ve arama kararını göstermeye girişip (AramaY 30/5) kapının açılmaması halinde zor kullanarak kapıyı kırması kabul edilir.

Bununla birlikte, bazı hallerde içerdekileri uyarmadan kapının kırılması ve içeri girilmesi de mümkündür. Bunun için “gecikmede tehlike” şartının bulunması gerekir. Bilgi verildiği takdirde aranan delilin yok olması tehlikesi varsa, gecikmede tehlike vardır.

Bazı hallerde bir kişiyi yakalamak amacıyla, kolluğun hâkim kararı ve rıza olmaksızın kapı veya pencereleri kırarak eve girmesi (AramaY 30/4) zorunlu olabilir: (1) Evin içindekilerin dışardakilerin polis olduğunu ve ne amaçla gelmiş olmalarını bilmeleri şarttır. (2) İçerdekilerin korunması için derhal harekete geçmek zorunlu olmalıdır. (3) Polis memurunun güvenliği açısından bilgi vermeden içeri girme zorunlu olmalıdır. (4) Delillerin yok olmasını korumak düşüncesi ile bilgi vermeden girme zorunlu olmalıdır. (5) Bilgi vermeden içeri girmek suretiyle, işlenmekte olan bir suçta bizzat müşahade etmek imkânı hasıl olacaksa veya (6) bilgi vermeden giriş sayesinde yakalanmak istenen kişinin kaçması önleneyecekse. Yukarıda sayılan hallerin somut olaylara dayalı olarak emareleri mevcut olmalıdır. Genel bir şüphe yeterli değildir. Mevcut emarelerin ne olduğunun ileride hâkime açıklanması gerekecektir.

ç) Konutta bulunan kişilerin üstünün aranması.

Arama kararında belli bir kişi gösterilmesi mecburi olduğundan, bu kişinin dışındaki şahısların üzerleri prensip olarak aranmaz. Bir başka deyişle tesadüfen evde olan herkesin üzerinin aranması hukuka aykırıdır. Ancak tesadüfen orada bulunan kişinin silahı olduğundan şüphelenmeyi gerektiren makul şüphe mevcut ise, üst aranması yapılabilir.

d) Arama yapılan konutta yakalama.

Bulundurulması suç teşkil eden eşyanın arandığı evde bulunan kişiler yakalanabilir. Yüksek Mahkemenin bu kararı vermesindeki gerekçeler şunlardır: Suç eşyası bulunduğu takdirde, kaçmayı önlemek; içerdekilerin polise zarar verme riskini azaltmak ve aramanın sağlıklı bir şekilde sona erdirilebilmesini sağlamak.

Aramanın düzenini bozanlar 24 saati geçmemek üzere gözaltına alınıyordu (CMUK 157). Yeni Kanun gözaltına alma yetkisini kaldırdı, sadece menetme ve zor kullanma yetkisi verdi (CMK 168). Arama sırasında eşya kaçıran kişi de 60 ıncı maddedeki zorlama hapsi ile tazyik edilebilir.

e) *Tesadüfi delillere el konulması.*

Hukuka uygun bir arama kararının infazı sırasında, polis arama kararında belirtilmiş olmayan bir başka suç deliline rastlarsa, buna da el koyması mümkündür (CMK 138/1). Ancak buradaki şart “çıplak gözle görülebilme” şartıdır. Yani açıkta bulunan ve gözükabilen ve diğer suçları gösteren suç delillerine el konulabilir, zabıt defteri tutularak, eşya mühürlenir; karışması önlenir (CMK 121).

İletişimin denetlenmesi tedbirlerinden elde edilen tesadüfi deliller (CMK 138/2) bakımından ise, delil suç kataloğuna girdiği anlaşılan yeni suç bakımından kullanılabilir, iletişimin denetlenmesi tedbirinin bu yeni suç bakımından uygulanabilmesi için, CMK 135/1 de gösterilen usul ve esas çerçevesinde dinleme ve kayıt altına alma kararı alınması gerekir.

2. *Aramada hazır bulunması gereken ve hazır bulunabilen kişiler.*

Aramada, C. savcısı veya hâkim hazır bulunabilir. C. savcısı hazır olmaksızın konut iş yeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulundurulması mecburidir (CMK 119/4). Aramada, aranacak yerin sahibi veya eşyanın zilyedi hazır bulunabilir. Kendisi bulunmazsa, temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisi ile birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu hazır bulundurulur (CMK 120/1).

Arama işlemi yapılırken *arama tanığı* bulundurulmasını kanun koyucu mecburi hale getirmiştir. Bunun sebebi ileride doğabilecek iddiaların, yani aslında orda olmayan delillerin görevlilerce yerleştirildiği gibi suçlamaların önüne geçmek ve aramanın her türlü şüpheden uzak bir şekilde yapılmasını sağlamaktır. Kanunda arama tanığının bulundurulması mecburi tutulmuşsa da Yargıtay önceleri bazı durumlarda arama tanığı bulundurulmadan arama yapılmasını şekli hukuka aykırılık olarak kabul etmekte ve yapılan aramanın kanuna aykırı olmasına rağmen (CMK 206/1) “hukuka uygun” (CMK 217/2) kabul edebilmekte idi.²⁵⁵² Daha sonra Anayasa Mahkemesinin kararları doğrultusunda Yargıtay da içtihat değiştirmiş ve arama sırasında gerek Cumhuriyet savcısının, gerekse arama tanığının hazır bulunmasına önem vermeye başlamıştır.²⁵⁵³

Mülga kanuna göre kolluğun, hâkim ve savcı hazır olmaksızın, meskende, işyerinde, sair kapalı yerlerde yapacağı aramalarda yahut komşulardan iki kişi bulundurulurdu (CMUK 97/2). Ceza Muhakemesi Kanunu aranacak yerlerin sahibinin veya eşyanın zilyedinin aramada hazır bulunmasına izin verdi (CMK 120/1). Hakkında arama yapılan kişi istemezse dahi, iki tanık hazır bulundurulurdu. Ceza Muhakemesi Kanunu arama tanığının sayısını bire indirdi: temsilcisi, bir hısımlı, kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya bir komşusunun hazır bulundurulması mecburidir (CMK 120/1). Zira arama işlemine muhatap olan kişi daha sonra memurların hakkaniyete uygun davranmadıklarını ileriye sürebilir.

Mülga Kanun bu şartı, (emniyeti umumiye nezareti altında bulunan şahısların oturdukları), geceleyin herkesin girip çıkabileceği yahut mahkûmların toplandığı ve sığındığı yerler veya suç ile elde edilen eşyayı saklama mahalleri yahut gizli kumarhaneler, genelevler gibi polisçe maruf olan yerler hakkında uygulamıyordu (CMUK 97/3). Yeni Kanun bu istisnayı düzenlemedi.

²⁵⁵² Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26/06/2007 tarih ve 2007/159 numaralı kararında taklit bornoz araması hâkimin verdiği bir karar üzerine yapılmakta iken, “hâkim veya C. savcısı bulunmaksızın” (CMUK 97/2) konut veya iş yerlerinde arama yapılırken ihtiyar heyeti azalarından veya komşularından iki kişide bulundurulmadan, yapılan aramada şeklen kanuna aykırılık bulunduğu kabul edilmiştir. Halen yürürlükte olan Ceza Muhakemesi Kanunu 219/4 maddesinde aramada hâkimin hazır bulunmasını düzenlenmiş, sadece C. savcısının hazır olmasını mecburi kılmıştır. Yargıtayın bu kararı bizim de taraftar olduğumuz menfaatlerin dengelenmesi teorisini yansıtmakta ise de, uygulamada kanunun öngördüğü arama tanığı bulundurma mecburiyetinin her somut olayda hâkim tarafından hassasiyetle değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

²⁵⁵³ Aramada C. Savcısının hazır bulunmasına ilişkin içtihat yazı.

Hâkim veya savcının hazır bulunması şart değildir, hazır bulunmaları beklemeğe kalkılırsa, tehlike doğabilir, ayrıca aramanın yapıldığı yerde hayat için bir tehlike²⁵⁵⁴ mevcut olabilir. Bununla birlikte, hâkim veya savcı tarafından yapılan aramada zabıt kâtibi bulundurulması mecburidir (CMK 169). Hâkim veya savcının hazır bulunduğu bir arama sırasında ve herkesin girip çıkabildiği aleni yerlerde yapılan aramalarda (CMUK 98/3) "işlem tanığı" bulundurmaya gerek yoktur.²⁵⁵⁵

Aramada yerin sahibi veya eşyanın zilyedi hazır bulunabilir (CMK 98/1) ve bir vesika verilir (CMK 121). Sanık zilyet ise, ancak o takdirde hazır bulunabilir.

Aramada kişinin avukatının hazır bulunmasına engel olunamaz (CMK 120/3). Mülga Kanunda müdafii, arama sırasında hazır bulunmayı talep etme hakkı yoktu.

3. Konutta Aramada Tanık veya Savcı Bulundurmama.

7 CD 20.6.2005, E. 2003/13539, K. 2005/8098; hâkim kararı ve arama tanığı olmadan arama

Telefon ihbarı üzerine, hâkim kararı alınmadan ikametgahta arama yapılmış, evin içinden geçilerek çıkılan bahçede 27 kiloluk keneviri tespit edilmiş, şüpheli ikrar etmemiştir. Hâkim kararı alınmasını engelleyecek gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığını gösteren bir tespit, bilgi ve belge de bulunmamaktadır. Dolayısıyla hâkim kararı olmaksızın arama yapmayı yasal kılan gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı da söz konusu değildir. Böyle bir halin varlığı kabul edilse dahi arama Anayasanın 21, Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununun 2 ve 9, 1412 sayılı CMUK'nun 97.maddelerine uygun değildir. Arama yapılabilmesi için yetkili merciin yazılı veya sözlü arama emri olmadığı gibi arama sırasında CMUK. 97/2.maddesi hükmüne aykırı olarak ihtiyar heyetinden veya komşularından hiç kimse de bulundurulmamıştır. Bu suretle, hukuka aykırı olarak yapılan arama sonucu elde edildiğinden dosyadan çıkartılması gereken yasak delile dayanılarak, başkaca da yasal delil bulunmadığı gözetilmeden sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi, yasaya aykırıdır.

19 CD 15.9.2015, E. 2015/13907, K. 2015/4390; Savcı hazır olmadan arama yapılamaz

CMK'nın 119. madde 4. fıkrasındaki "Cumhuriyet Savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri ve diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur." düzenlemesi karşısında, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi hazır bulundurulmadan arama yapılamayacağı gözetilmeden, yapılan aramanın mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde hukuka aykırı yöntemle elde edildiğinin açıkça gösterilmemesi suretiyle CMK'nın 230 maddesinin 1. fıkrasının b bendine aykırı davranılması bozmayı gerektirmiştir.

AYM Yaşar Yılmaz Başvurusu 19.11.2014; Arama tanığı bulundurmama

Başvurucu hakkında koruma altında bulunan hayvan ve tahnit bulundurduğu iddiası üzerine evi, müstemlatı ve arazilerinde Tuzla Sulh Ceza Mahkemesi arama kararı vermiştir. Yapılan aramada bir kısmı Türkiye'de yaşamayan yaban hayvanlara ait post gibi unsurlar bulunmuş, tutanak düzenlenmiş ve tutanak sadece jandarma ve orman mühendisince imzalanmış, arama sırasında ihtiyar heyetinden veya komşulardan kimse hazır bulunmamıştır (n.8). Yasa uyarınca arama tanığı bulunmadan yapılan aramanın yasaklandığı görülmektedir (n.55). Anayasa'nın 36/1 maddesinde hak arama özgürlüğünün ancak meşru vasıtalarla yararlanmak suretiyle kullanılabilmesine açıkça işaret edildiği için, adil yargılanma hakkı açısından aramanın icrasındaki 'kanuna aykırılığın' bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisi incelenmelidir (n.56). Yargılama arama ve arama esnasında elde edilen eşyalar üzerine bina edildiği için mahkeme kararı, yargılamanın esaslı ve belirleyici delili olan aramada ele geçen post ve boynuzlara dayandırılmıştır (n.58). Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemeye ait olmakla birlikte, somut olayda aramadan elde edilen delilin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmış olması bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelemiştir. Bu nedenle aramanın icrasındaki kanuna aykırılığın yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır (n.59). Anayasa Mahkemesi'nin görevi, belirli delillerin kanuna uygun şekilde elde edilip edilmediklerini tespit

²⁵⁵⁴ Almanya'da nezdinde arama yapılan kişi aranan tanığı istemediğini açıkça belirtirse ve kolluk da tanığa gerek görmezse, önceden tutanak hazırlayarak arama tanığından vazgeçilebilir (Roxin 1991, 243).

²⁵⁵⁵ Öztürk 1994, 487.

etmekten ziyade, bu türden ‘kanuna aykırılığın’ Anayasa’da korunan başka bir hakkın ihlali ile sonuçlanıp sonuçlanmadığını ve bu ‘kanuna aykırılığın’ bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisini incelemektir (AİHM Ramanauskas-Litvanya kararı 5.2.2008 n.52).

CGK 28.4.2015, E. 2013/9-464, K. 2015/132; Aramada C. Savcısının hazır bulunması

Anayasa Mahkemesinin Yaşar Yılmaz kararı üzerine Yargıtay da 2015 yılında bu konudaki görüşünü değiştirdi: “Aramanın CMK’nın aramanın güvenilirliği ile ilgili 119/4. maddesinin "Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur" amir hükmüne aykırı olarak o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi hazır bulundurulmaksızın yapılması nedeniyle icrası bakımından hukuka aykırı olduğu ve arama sonucu elde edilen suçta konu mermilerin hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil niteliğinde bulunduğu kabulünde zorunluluk bulunmaktadır."

8. CD 14.12.2009, K. 15739; Aramada C. Savcısının hazır bulunması

Aramada C. savcısının veya arama tanığının bulunmaması bozmayı gerektirir.

8 CD 14.12.2009, E. 2008/334, K. 2009/15739; Aramada C. Savcısının hazır bulunması

Sanığın sonradan değiştirdiği kolluk aşamasındaki ikrara dayalı ifadesinin suç tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan CMUK’un 135. maddesine aykırı olarak hakları hatırlatılmaksızın alındığı, ayrıca suçta konu silahların, hakim veya Cumhuriyet Savcısı tarafından gerçekleştirilmeyen ve ihtiyar heyetinden veya komşularından da iki kişi bulundurulmaksızın CMUK’un 97/2. madde ve fıkrası hükmüne aykırı olarak sanığın evinde yapılan aramada ele geçirildiği anlaşılmakla, anılan yasanın 254/2. madde ve fıkrası hükmü uyarınca soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağı ve belirtilen delillerin dışında mahkumiyete yeter, şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı kanıt da elde edilemediği gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı gerekçe ile mahkumiyetine hükmolunması, bozmayı gerektirmiş sanık ve müdafininin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı bozulmasına karar verilmiştir.

7 CD 17.04.2007, E. 2004/3693, K. 2007/2705; Aramada C. Savcısının hazır bulunması

Dosyada hakim tarafından verilmiş bir arama kararı mevcut ise de; suç ve karar tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK. nun arama ile ilgili 97/2. maddesinde “Hakim veya Cumhuriyet Savcısı hazır bulunmaksızın” konut veya işyerlerinde ya da kapalı alanlarda arama yapabilmek için ihtiyar heyeti azalarından veya komşulardan iki kişinin bulundurulacağı hususu düzenlendiğinden ve somut olayda bu hususa riayet edilmeden usulüne uygun olmayan arama sonucu ele geçen eşyalar dışında aleyhe başka delil bulunmadığından sonucu itibarıyla beraat kararı doğru ise de dosyadaki bilgilerden, taklit olduğu anlaşılan eşyaların müsaderesi yerine iadesine karar verilmesi yasaya aykırı, müdahil vekili'nin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden, ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden 5320 sayılı yasanın 8/1. maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK. nun 322/1. madde ve fıkrası uyarınca karardan “ürünlerin sanığa iadesine” ibaresinin çıkarılarak, “dava konusu taklit eşyaların 556 sayılı KHK'nin 61/A-son madde fıkrası uyarınca müsaderesine” ibaresinin eklenmek suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir.

CGK 26.6.2007, K. 2007/159; Aramada C. Savcısının hazır bulunması

(CMK 217/2; CMK 119; Arama tanığı bulundurulmaması) Hâkim kararı bulunmasına rağmen, arama sırasında arama tanığı veya C. savcısı bulunmaması kanuna aykırıdır (CMK 119/4); ancak, yapılan arama bir marka suçu ise, bu hukuka aykırılık "şekli" olarak nitelendirilmekte ve delil kullanılabilmekte idi.

4. Yakalama araması kararının icrası.

Şüpheliye, ait yerlerin üstünün ve şeylerin, “şüphelinin” ve “sanığın” yakalanması için aranması mümkündür (CMK 116).

Mülga Kanun başka kimseler’den, sanık olmayan, suçun işlenmesinden sonra faile yardım etmiş (mülga CK 296) olmayan veya cezaya hükmedilmesini, hükmün infazını akamete uğratmış bulunmayan veya cürüm eşyasını satın alan, saklayan (mülga TCK 512) bir kimse dışındaki kişiler kastediliyordu. Kanun suç ortaklarını düzenleme kapsamına almadı (CMK 117/1). Kanun şüpheli veya sanıktan başka

“diğer kişiler” hakkında arama yapılması için, Kanun sıkı şekil şartları öngörmüş olup, arama sadece sınırlı hallerde mümkündür.

Ancak; a) Şüpheli veya sanığın yakalanması veya b) suç delillerinin elde edilebilmesi, yani suçun izlerinin takibi veya c) belirli bir eşyaya elkonulması amacı ile arama yapılabilir (CMK 117/1). Üçüncü şahıslar nezdinde yapılan yakalama araması, sadece “şüpheli” veya “sanık” statüsüne girmiş olan bir kişinin yakalanması için yapılabilir. Mülga Kanuna göre, CMUK 94’üncü maddenin aksine, “şüphelinin” yakalanması amacı ile üçüncü şahıslarda arama yapılamazdı. Diğer bir ifade ile, şüphenin daha kuvvetli olması şarttı. Bu kuvvetli şüphenin, vakialara dayanması da şarttı.

Sanıktan başka diğer kişiler hakkında arama yapılabilmesi için, aranılan kişinin veya suçun delillerinin, yani takip edilen izlerin yahut elkonulacak eşyanın orada bulunduğunu kabul ettirebilecek bunu ortaya koyan olaylar bulunmalıdır (CMK 117/2). Meselâ, tanık beyanı, istihbarat sonuçlarına vb. dayanan olay ve bulgular mevcut olmalıdır. Burada, “tahmin” yeterli değildir.

Binada arama yapılırken sanığın başka yollardan kaçması ihtimali mevcut bulunduğu için, etraftaki sokaklarda kontrol noktaları kurularak, kimlik denetimi yapılması uygun olur (PVSK 17).

Sanık durumunda olmayan kimseler nezdinde arama kararı verme yetkisi hâkime aittir. Gecikmede tehlike olan hallerde savcı ve mülga kanuna göre, savcı muavini sıfatı taşıyan polis memurları arama yapabiliyordu (CMUK 97/1). Üçüncü şahıs nezdinde arama yapılmadan önce, zilyede aramanın sebebinin bildirilmesi mecburîdir (CMK 120/2 StP0 106/e).

Sanık durumunda olmayan üçüncü şahıslar hakkında bazı hallerde sınırsız olarak ‘araştırma araması’ yapılabilmesi mümkündür: sanık yakalandıktan sonra, içinde yakalandığı binada veya takip edildiği sırada içine girdiği binalarda arama yapılırken, yukarıda açıklanan sınırlamalar geçersizdir (CMK 117/3).

5. Araştırma araması kararının icrası.

Bu tür arama ise, sanığın yakalanması, suçun izlerinin takibi veya hakkında ceza kovuşturması açılmış olan bir fiile ilişkin olarak delil bulmak için yapılan aramadır (CMK 116 cüm. 2; CMK 117/1 cüm.1). Delil olmaya elverişli olan eşya (izler de dahil) veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, ya muhafaza altına alınır (CMK 123) veya elkoyma yasağı (CMK 126 gibi) yoksa, elkonulabilir (zaptolunurlar) (CMK 123).

Araştırma araması yapılırken, ileride duruşma sırasında tanıklık yapabilecek kişiler de tespit edilmelidir. Ancak tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olan kişilerin (CMK 45, 46, 47, 48) üzerlerinde veya evlerinde arama yapılıyorsa, sanık ile bu kişiler arasında teati olunan mektuplara ve belgelere elkonamaz (CMK 126).

6. Arama sonunda delil elde edilmesi.

Arama el koymanın ön işlemidir. Hâkim tarafından verilen arama kararı, kararda tanımlanan eşyaya elkoyma yetkisi de verir. Kanunun ilk düzenlemesinde ayrı bir el koyma kararı istiyordu. Fakat sonradan yapılan değişikliklerle bu yetki verilmiştir.

Kararda belirtilen eşyaya elkoyma yetkisi bulunmakla birlikte, tesadüfen elde edilen bir delilin kolluk tarafından önce “muhafaza altına alınması” ve durumun derhal C. savcılığına bildirilmesi (CMK 138/1) öngörülmüştür. Bu düzenlemeye paralel olarak Arama Yönetmeliğinin 10. maddesinde de hâkim kararı uyarınca yapılan aramada, yapılmakta olan soruşturma ile ilgisi olmakla birlikte kararda belirtilmeyen veya soruşturma ile ilgisi olmayan ancak diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse, bunun “koruma altına alınması” öngörülmüştür. Kanunda (CMK 138) “muhafaza altına alma” terimi kullanılırken, Arama Yönetmeliğinde “koruma altına alma” teriminin kullanılması ve Arama Yönetmeliğinin 4. maddesinde “koruma altına alma” kavramının ayrıca tanımlanmış olması ilgi çekicidir. Yönetmelikteki terimlerin Kanuna uygun olması gerekirdi.

Hukuka uygun, hâkim kararı veya yazılı emre dayanan aramadan elde edilen deliller, ileride kovuşturma evresinde mahkeme önünde “ortaya konulacaklardır” (CMK 206/1). Soruşturma evresinde aramadan elde edilen delillerin hukuka uygun delil olabilmesi için, hâkim kararında tanımlanmış eşya dışındaki deliller hakkında ayrıca bir hâkim tarafından “elkoyma kararı” verilmiş

olması şarttır. Bunu sağlamak üzere, elde edilen bu tür delillerin yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunulması mecburidir (CMK 127/3). Hâkim kararı olmaksızın muhafaza altına alınan veya kanundaki deyimle elkonulan eşya hakkında, elkoymadan itibaren kırksekiz saat içerisinde elkoyma kararı verilip, karar açıklanmadığı takdirde elkoyma kendiliğinden kalkacaktır.

Ender bulunan, zor ele geçen delillerin kovuşturmada kanuna aykırı delil statüsüne düşmemesi için, C. savcılarının hâkim kararı olmaksızın elde edilen tüm delilleri Anayasa gereği ve CMK 127/3 uyarınca hâkime onaylatmaya özen göstermeleri yerinde olacaktır.

VI. Askeri mahallerde ve dokunulmazlıkları olan kişilerde arama.

1. Askeri mahallerde arama ve elkoyma.

Harp gemileri dahil olmak üzere askerî hizmetlere mahsus *askeri mahallerde* yapılacak önleme araması (İç Hizmet K 56/A ve 56/B, AsCK EK 19/3), adli arama (CMK 119/5) ve elkoyma (CMK 127/6) işlemleri 2018 sonrasında yeniden düzenlenmiştir (bkz. No. 83).

2. Dokunulmazlıklar.

a) *Diplomatlık dokunulmazlığı*. Diplomatlık dokunulmazlığına sahip olanların üzerleri, evleri aranmaz. Sözleşmeden doğan bu istisna dışında, hakkında kovuşturma açılmayan kişilerle ilgili olarak, yani sanık statüsüne girmiş olmayan kişilerde CMK 117'deki şartlar varsa, arama yapılabilir.

b) *Hâkimlik dokunulmazlığı*. Meselâ suçta kullanılan silahın bir hâkimin bahçesine atıldığı yolunda şüphe varsa, bölgedeki bütün evlerin aranması sırasında, hâkimin evi de aranabilir. Aynı şartlarla tanıklıktan çekinme hakkı olanlar bakımından da arama²⁵⁵⁶ yapılabilir. Zan altında olan hâkimin dokunulmazlığı vardır, ama, önleme aramalarında hâkimlerin de aranması gerekir. Bu görüşümüzün genellikle kabul görmediğini de belirtmekteyiz.

VII. Belge verme ve aramada bulunan eşyaya elkoyma kararı verilmesi sorunu.

Arama öncesinde ilgiliye arama kararı ibraz edilir. Arama sonrasında da adli aramalarda mutlaka bir tutanak düzenlenir ve yapılan işlemlerin mahiyetini gösteren bir belge verilir (CMK 121). Arama tutanağına işlemi yapanların açık kimlikleri yazılır.

Kanunun ilk düzenlenen biçiminde, el koyma gerçekleşirse, CMK 127/1 uygulanıyordu (CMK 119/3). Bu düzenlemenin anlamı, iki defa hâkim kararı verilmesi idi: önce arama kararı verilerek "arama" yapılıyor, aramadan istenilen şey bulunur ve rıza ile verilmezse, yani zorla alınırsa, ikinci bir hâkim kararı daha (elkoyma kararı !!!) veriliyordu. Kanun 2005.5353 numaralı Kanun ile değiştirildi ve CMK 119/3 de yer alan ve ikinci kararı gerektiren "arama sonucunda bazı eşyaya elkoyma söz konusu olduğunda 127 inci maddenin ikici fıkrası hükmü uygulanır" cümlesi kaldırıldı (CMK "2005-5353" 119/3).

Aramanın sonunda hakkında arama işlemi uygulanan kişi "isterse" kendisine yapılan aramanın detaylarını gösteren bir belge ile eşyaya elkonulmuşsa bunları gösteren bir liste verilir (CMK 121/1). Aramadan şüphe sebebi elde edilmemişse bunu belirten bir belge istek üzerine ilgiliye verilir.

Elkonulan eşya veya muhafaza altına alınan eşyanın tam bir defteri yapılır. Delil olarak saklanmak üzere eşya resmi mühürle mühürlenir (CMK 121/3).

VIII. Kağıtların incelenmesi.

Aramada, aramaya tâbi kimsenin kâğıtlarının tetkiki icap edebilir. Bu yetki, zilyedin rızası olmayın hallerde sadece hâkime verilmişti (CMUK 102). Savcıya da yetki verilmeli idi.²⁵⁵⁷ Yeni Kanun savcılığı da kabul etti (CMK 122/1). Yeni CMK, mülga CMUK'da mevcut olan, kolluğun "rıza" ile belge inceleyebilme hükmünü, kaldırmıştır.

²⁵⁵⁶ Erem 1986, 483. Aksi görüşte olan Danıştay, hâkimin evinde arama yapmadan evvel Yüksek Hâkimler Kurulundan izin alınmamasını, ağır hizmet kusuru olarak nitelendirmiştir (Özbek, 1999, 90, not. 281; Danıştay 18. D. 22.3.1977, E. 75/2395, K. 77/842, İBD 1979, 676).

²⁵⁵⁷ CMUK 158 yetmemektedir. CMUK 102 değişmelidir. *Yenisey* de bu görüştedir (I. n. 279). 1975 Alman reformunda bu yetki savcılara ve gümrük memurlarına verilmiştir (Grauhan, 392) (StPO 110, I).

Mülga Kanuna göre aramayı yapan hâkim değilse, ancak zilyedinin müsaadesi ile bu kâğıtları tetkik edebilirdi. Zilyed razı değilse, memurlar tetkikini lüzumlu addettikleri kâğıtları, mümkünse zilyedin huzurunda bir zarfa koyarak ve resmî mühürle mühürleyerek hâkime gönderirlerdi. Kâğıtların zilyedi veya temsilcisi de kendi mühürünü basabilirdi.

İleride mühürlerin koparılmasına ve kâğıtların tetkikine karar verildiği takdirde, bu işlemlerin icrasında hazır bulunmak üzere, zilyet veya temsilci mümkünse çağırılır (CMK 122/2).

Hâkim tetkik ettiği kâğıtlar arasında suça taallûk edenleri savcılığa tevdi eder. Diğerleri sahibine iade olunur (CMK 122/3).

VIII. Olay yeri inceleme.

Olay yeri herkesin girip çıkabileceği, kamuya açık bir alan ise, bir C. Savcısı emri veya hâkim kararı gerekmeden, bilimsel ve teknik araştırma işlemleri adli kolluk tarafından yapılır. Ancak, genel kural olarak, suç üstü haller dışında CMK 161/2 uyarınca C. Savcısının emri veya kolluk amirinin yazılı emri alınmış olmalıdır (AramaY 9/1).

Olay yeri konut, işyeri veya kamuya açık olmayan kapalı yer ise, genel hükümlere göre (CMK 119) hâkim kararı alınacaktır (AramaY 9/2).

Olay yeri olan konuttan delil toplanırsa, bunlar için elkoyma kararı alınmaktadır.

390. MUHAFAZA ve EMNİYET ALTINA ALMA.

I. Kural.

Bazı eşyanın, zilyedin tasarruf yetkisi kaldırılarak, muhafaza ve emniyet altına alınması gerekebilir. Bunun için kanunlar zilyedin rızasına bakarlar. Razı olursa pek mesele çıkmaz. Delil olacak eşya rıza ile verilirse, Kanun buna *muhafaza altına alma* demiştir (CMK 123/1).

Razı olmazsa, gerekiyorsa zor kullanılarak, yine zilyedin tasarruf yetkisi kaldırılır. Bu son hale mülga Kanunda (zapt) denilmiş ve ayrıca düzenlenmişti.²⁵⁵⁸

Yeni Kanun “elkoyma” demektedir. Yakalama Yönetmeliği “muhafaza altına alma” terimini koruma amaçlı yakalamalara ayırmıştır (YakalamaY 4).

“Elkoyma” ve “muhafaza altına alma” kabahatlere özgü idari yaptırımlar arasında yer alan “mülkiyetin kamuya geçirilmesine” ilişkin kararın kesinleşmesine kadar da uygulanabilir (KK 18).

Ceza Muhakemesi Kanunu muhafaza ve emniyet altına almanın şeklini göstermemiştir. Hangi şeklin uygun olacağını hâkim tâyin edecektir. Bu şekillerin başında, elkonulan eşyada uygulanan muhafaza şekli gelir, yani zorla alınan eşya nasıl muhafaza ediliyorsa rıza ile alınan eşya da öyle muhafaza edilecektir. Rıza ile tevdi edilen eşya delil ise bu şekil tercih edilmelidir. Bunun dışında eşyayı bir odaya koyup kapısını mühürlemek veya emniyetli bir kimseye (yed-i emin’e veya yed-i adl’e) teslim etmek gibi başvurulacak diğer şekiller de vardır. Alınan bu tedbirlere riayetsizlik suç sayılmıştır (TCK 203, 289, 290).

Muhafaza ve emniyet altına alınacak eşyayı yanında bulunduran şahıslar, talep üzerine, bu eşyayı göstermekle mükelleftirler. Kaçınanlar, göstermeğe zorlanmak için kabahatlerde 6 haftayı, cürümlerde 6 ayı geçmemek üzere, tutuklanabilirler (CMK 124, 60). Bu zorlama tutuklaması, tanıklıktan

²⁵⁵⁸ Kanunlarımız tasarruf yetkisinin rıza ile veya zorla kaldırılması muamelelerini dağınık ve sitemsiz bir şekilde düzenlemiştir. 86. madde sadece, sübut vasıtalarından olmak üzere faydalı görülen veya müsadereye tâbi olan eşyanın muhafaza veya başka bir suretle emniyet altına alınacağını, bu eşya bir şahsın yanında bulunur ve bu şahs rızası ile teslimden kaçınırsa, zaptolunacağını, söylemektedir. 101. madde de “tevdi veya zaptolunan eşya” sözü geçmektedir. Bunlardan anlaşılan “muhafaza ve emniyet altına alma” tedbirinin rıza ile yapılan muamelede olduğudur. Eğer taşınılabılır eşya söz konusu ise teslim de edilecektir. Uygulamada hattâ doktrinde (Taner, 176; Kantar, 100) teslim rıza ile olsun olmasın, her türlü muhafaza ve emniyet altına alma muamelesine elkoyma adı verilmektedir. Bunun da sebebi, zilyedin rızasının sorulmaması ve rızası yokmuş gibi doğrudan doğruya elkonulması olsa gerekir.

çekinebilenlerle uygulanmaz (CMK 87).²⁵⁵⁹ Sanık da beyana zorlanmadığından, eşyayı göstermesi için tutuklanamayacaktır.

Muhafaza ve emniyet altına alma rıza ile yapıldığından, hâkim kararına ihtiyaç duyulmamıştır. Rızasız yapılan elkoyma bakımından yetkili olanlar, yani savcılar ve kolluk mensupları, bunu da yapabilirler. Dâva açıldıktan sonra, muhafaza ve emniyet altına alınan eşyayı hâkimin geri vermemesi, bu konuda zımnî bir karar vermesi demektir. Önce razı olan kimse, sonradan cayarsa, her zaman hâkime başvurabilir. Bu isteği hâkimin kabul etmemesi, rıza söz konusu olmadığına göre, elkoyma kararını açıkça vermesi suretiyle olacaktır.

II. İstisnalar.

Muhafaza ve emniyet altına alma, muhakkak tevdi ve teslim edilebilir eşya hakkında söz konusu olmaz. Meselâ bir trafik kazasında fren izlerinin kaybolmaması için muhafaza ve emniyet altına alma gerekir. Bu şekilde muhafaza tedbirlerini, kolluğa “olaylara elkoymak” ödevini veren CMK 161/2 madde düzenlenmiştir.

391. a) ELKOYMA.

Bir eşya,²⁵⁶⁰ zilyedin rızası olmamasına rağmen, suçu veya tehlikeyi önlemek veya suçun delili olarak kullanmak amacı ile, üzerindeki tasarruf yetkisi hâkim²⁵⁶¹ kararı ile kaldırılarak, elinden alınabilir (CMK 123/1). Birinci halde *önleme elkoyması*, ikinci halde ise, *adli elkoyma* söz konusu olur. Delil olabilecek eşyaya elkoyma, tutucu bir koruma tedbiridir. Hükmün isabetle verilememesi yahut yerine getirilememesi yakın tehlikelerine karşı gecikmeden bu tedbire başvurma zorunluğu ortaya çıkabilir. Buna karşılık, müsadere edilecek eşyaya ve para cezasını tehlikeden korumak için belli eşyaya elkoyma ise, önleyici mahiyette koruma tedbiridir.²⁵⁶² Elkoyma eşya üzerinde tasarruf yetkisinin kaldırılması olduğuna göre, çeşitli şekiller alabilir. Gayrimenkullerde tapuya şerh vermekle mesele halledilir. Menkullerde eşya zilyedin elinden alınır.

Basit el koymanın şartları arasında şüphe derecesi olarak *yeterli şüphe* arayan yazarlar vardır.²⁵⁶³ Yazarlar buradaki söz konusu şüphenin suçu suçun işlenip işlenmediğini ve el koymanın gerekli olup olmadığına ilişkin dair belirli bir kanaat oluşturmaya yetecek bir şüphe demektedirler böyle bir tanım şu andaki yeterli şüphe kavramıyla uyumsuzdur.

Basit el koyma sulh ceza hâkimi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı, Cumhuriyet savcısına ulaşamayan hallerde kolluk amirinin yazılı emri ile uygulanabilir (CMK 127/1).²⁵⁶⁴ Hâkim kararı ile olmayan el koyma işlemlerinin 24 saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması gerekir. Hâkim kararını el koymadan itibaren 48 saat içinde açıklar. Aksi halde el koyma kendiliğinden kalkar (CMK 127/3). İşlemi onaylayan hâkimin hukuka uygun delil araştırması yapması da gerekir. Örneğin, el koyma işleminin dayanağı olan emrin yazılı olup olmadığı veya somut olayda gecikmede sakınca bulunup bulunmadığı gibi konuları denetlemesi gerekir.²⁵⁶⁵

Elkoyma *hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı* ile bağlantılı olarak ayrıca incelenmelidir. Mahkeme duruşmanın sonunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verirse, elkonulmuş olan eşyanın müsadere edilip edilmeyeceği konusu tartışmalıydı. Bu husus Anayasa Mahkemesi'nin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin iptal kararında da gündeme geldikten sonra, kanun

²⁵⁵⁹ Mülga CMUK 87. maddenin 3. fıkrasındaki istisna 2. fıkra bakımından olduğundan, mehzaz kanunda ve İstanbul tasarısında olduğu gibi ikisi tek fıkra olmalı idi.

²⁵⁶⁰ Piyas oynanması eşya olmadığından elkoyma suretiyle piyesin oynanmasına engel olunamaz (4. CD 5/2/53).

²⁵⁶¹ Anayasada “...arama yapılamaz ve buradaki eşyaya elkonulamaz” denilmektedir (AY 20/2).

²⁵⁶² Elkoyma'ya diğer hukuk dallarında da rastlanır. Meselâ Medenî Muhakeme Hukukunda ihtiyatî tedbir kavramı içinde (HMK 101) elkoyma da girer. İcra ve İflâs Kanununda “ihtiyatî haciz” adı altında düzenlenen kurum da (İK 257) elkoymadır. Muhtelif Hukuk dallarındaki elkoymanın niteliğinin aynı olması, bunların gerekiyorsa farklı şekillerde düzenlenmesine engel değildir.

²⁵⁶³ Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır 2018, 449, Kızıllarslan 2020, 207.

²⁵⁶⁴ Taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma kararı sadece bir hâkim tarafından verilebilir (CMK 128/9).

²⁵⁶⁵ Kızıllarslan 2020, 209.

koyucu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hallerde kurulan hüküm sanık hakkında diğer hallerde bir hukuki sonuç doğurmazken, müsadere kararının yerine getirilmesi yönünde bir düzenleme yaptı (CMK '2024-7499' 231/5, cü.2)

Kanunda üç grup eşyaya el konulabileceği kabul edilmiştir: (a) İspat aracı olarak yararlı görülen, emare niteliğindeki eşya, (b) eşya müsadereye tabi bulunan mal varlığı değerleri (TCK 54) ve (c) kazanç müsadereyesinin konusunu oluşturan mal varlığı değerleri (TCK 55).

392. b) DELİL OLABİLECEK veya MÜSADERE EDİLECEK EŞYAYA ELKOYMA: aa) KONUSU VE ŞARTLARI.

I. Kanundaki durum.

Kanun²⁵⁶⁶, zorla almaya *elkoyma*, rıza ile teslim etmeye ise, *muhafaza altına alma*²⁵⁶⁷ adını vermiştir (CMK 123).

Elkonulacak eşyayı yanında bulunduran şahıslar, talep üzerine, bu eşyayı göstermeğe ve teslim mecburdurlar. Aksine davranış için Ceza Muhakemesi Kanunu²⁵⁶⁸, genel olarak üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi öngörmüştür. Vermemeden doğan masraflar kendisine yüklenebilir. Bu bir zorlama tedbiridir (CMK 124/2). Elkoymaya tabi olup da verilmediği için elkonulamayan eşya şüpheli, sanık veya tanıklıktan çekinme yetkisine sahip bulunan kişilerin elinde ise, bunlar hakkında zorlama tedbirine başvurulamaz.

II. Elkoymanın geçici olması.

Elkoyma bütün koruma tedbirleri gibi geçicidir. Elkonulan eşya muhakemenin sonunda ya müsadere edilir yahut zilyedine iade olunur. Elkoyma kaide olarak hükme kadar devam edecektir. Hükümden sonra delil saklamada fayda kalmaz. Hüküm sırasında eşyanın müsadereye tâbi olmadığı anlaşılırsa yine zilyede geri verilmelidir.²⁵⁶⁹ Mahkeme beraat kararı vermekle şüphe sebebi ön şartı kalmadığını kabul etmiş olduğundan, meselâ tutuğun salıverilmesinde veya yurtdışına çıkma yasağının kaldırılmasında olduğu gibi, eşyanın da geri verilmesi gerekir. Bu sebeple beraat kararı ile birlikte müsadere konusunda karar verilmemiş olsa da, sonradan müracaat olunursa, *hüküm temyiz edildiği için kesinleşmemiştir* denilerek iade talebinin reddi doğru değildir. Elkoyma sebebi kalmamışsa, hükümden önce de iade mümkündür.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen hallerde, hükümden müsadere kararı da yer alıyorsa, müsadere işlemi gerçekleştirilecektir. HAGB kararının hiçbir hukuki sonuç doğurmaması nedeni ile, müsadere işleminin de gerçekleştirilmemesi gerektiği halde, 2024-7499 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, kanun koyucu iradesini bu yönde kullanmıştır (CMK 231/??).

III. Elkonulması yasaklanmış olan eşya.

1. Tanıklıktan çekinebilen kişiler.

Şüpheli veya sanık ile CMK 45²⁵⁷⁰ ve 46'ncı maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki mektuplara ve belgelere, bu kişilerin nezdinde bulundukça elkonulması yasaktır (CMK 126/1). Ancak, bu kişiler kendi rızaları ile verirlerse, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delil oluşur.

²⁵⁶⁶ Mülga Kanunumuz, delil olabilecek veya müsadere edilecek eşyaya elkoymayı "zabıt" adı altında ve ayrı bir fasılda düzenlemişti. Bunun dışındakilere, nitelikleri aynı olduğu halde, çok defa "haciz" adı verilmişti.

²⁵⁶⁷ Arama Yönetmeliğindeki tanıma göre, *koruma altına alma; suçun veya tehlikelerin önlenmesi ya da delil olabilecek veya müsadereye tabi olan yahut güvenliğin sağlanması amacıyla, eşyayı zilyedinin kendiliğinden vermesini veya el konulana kadar geçici olarak alkoymayı* ifade eder (m. 4).

²⁵⁶⁸ Göstermekten kaçınma halinde, mülga Kanuna göre kabahatlerde 6 haftayı, cürümlerde 6 ayı geçmemek üzere, zorlama tutuklanması uygulanabiliyordu (CMUK 87).

²⁵⁶⁹ Beraat kararı veren mahkemenin, elkonulan eşyanın iadesine karar vermesi, sahibinin mahkûmiyetine bağlı müsaderelelerde mantıkî bir zarurettir.

²⁵⁷⁰ Mülga CMUK 89 sanık ile, tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler arasındaki mektuplara, bu kişiler nezdinde bulundukça elkoymayı yasaklamıştı; tutuk ile müdafii arasında yazışmaya elkoyma yasaktı.

Başka bir ifade ile, *muhafaza altına alma*, muteber olup, *elkoyma* yasaktır. Buna rağmen elkonulursa, *konusu bakımından yasaklanmış delil* oluşur (No.).

2. Devlet sırrı.

Ceza Muhakemesi Kanunu ise, bizce hatalı bir şekilde, *devlet sırrının yargıdan gizlenememesi ilkesini* benimsemiştir. Bu nedenle, bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgelerin, *devlet sırrı* olarak kovuşturma evresinde mahkemeye karşı gizli tutulması yasaktır (CMK 125 ve CMK 47/1). Devlet sırrı ile ilgili mahkemeye karşı gizli tutmama ilkesi, sadece alt sınırı beş yıldan fazla olan hapis cezasını gerektiren suçlarda uygulanmaktadır (CMK 125/3 ve CMK 47/3).

Mülga Kanun zamanında, resmi dairelerde saklı belgelerin açıklanmasının, Devlete vereceği zarar ihtimali halinde, bunlara elkonulması koşullara bağlanmıştır.²⁵⁷¹

Kanunda devlet sırrının ne olduğu tanımlanmıştır: *Açıklanması devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, devlet sırrı sayılır* (CMK 47/1).²⁵⁷² Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir (CMK 125/2). Hâkimin soruşturma evresinde *delil araştırması* yapması hukukumuz tarafından kabul edilmemiştir.

IV. Elkoyma koşulları.

Kanun, kişi hürriyetine dokunmayıp, mala taallük etmesi sebebi ile, elkoyma şartlarını tâyinde, tutuklamadaki kadar sıkı davranmamıştır. Eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturması şartı, bazı eşyalarda kâfi görülmüştür (CMK 123/1). Diğer eşyalarda da soruşturma için *ispat aracı* olma bakımından yararlı görülmek şartı ile yetinilmiştir. Herhangi bir suç hakkında herhangi bir evrede, delil olabilecek herhangi bir eşyaya elkonulabilecektir.

Ancak, elkoyma bir koruma tedbiri olduğundan, bu tedbirlerin ön şartlarının da bulunması gerekir. Bir kere, az da olsa, gecikmede tehlike olmalıdır. Diğer taraftan, az da olsa, şüphe sebebi bulunmalıdır. Bu sebeple bir suçun mevcut olduğu ihtimalini gösteren deliller bulunmalıdır. Sadece bir ihbar üzerine veya sadece soruşturma evresinin başladığının anlaşılması sebebine dayanılarak, elkoyma kararı verilemez.

V. Elkoyma karar veya emrini verme yetkisi.

Elkoyma kararını hâkim verir. Hâkimin elkoyma kararı vermesi için, kolluğun *makul şüphe* sebeplerini oluşturduğunu belirten bir raporla Cumhuriyet savcısına başvurulması, Cumhuriyet savcısının bunu uygun gördüğü takdirde, sulh ceza hâkiminden elkoyma kararı vermesini istemesi, normal prosedürdür.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise, Cumhuriyet savcısı, kolluk görevlilerine yazılı elkoyma emri verir. Cumhuriyet savcısına ulaşamayan hallerde ise kolluk amirinin yazılı emir vermesi de kabul edilmiştir (CMK 127/1). Cumhuriyet savcısının veya kolluk amirinin yazılı emrinin, 24 saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması gerekir (CMK 127/3). Hâkim kararını elkoymadan itibaren 48 saat içinde açıklamazsa, elkoyma kendiliğinden kalkar (CMK 127/3).

²⁵⁷¹ Sanık ile tanıklıktan çekinme hakkı ve mecburiyeti olan kimseler arasında yazışılan mektuplara bu kimseler nezdinde buldukları ve bu kimseler soruşturmanın konusu olan olaylara iştirak etmek veya yataklık eylemek şüphesi altında olmadıkça elkonulamıyordu (CMUK 89). Bu kimseler, nezdlerinde bulunan eşyayı göstermemek ve teslim etmemek yetkisini de haiz olduklarına göre eşyaya de elkonulamıyordu. Tutuk sanık ile müdafii arasında yazışılan mektuplara, nerede olursa olsun, elkonulamaz, çünkü yazışma serbesttir (CMK 154). Sanığın müdafii ve teknik müşavirine tevdi ettiği belgelere, suçun mevzuunu teşkil etmemek şartı ile, elkonulamıyacağı yolundaki İtalyan kanunu hükmünü (CPPI 341) çok isabetli bulmaktayız. Resmî dairelerde saklı belgelerin açıklanmasının memleketin selâmetine zarar vereceği o dairenin en büyük âmiri tarafından beyan edilirse, bu belgelerin gösterilmesi ve teslimi istenemez ve dolayısı ile bu eşyalara da elkonulamaz. Bu beyan kâfi görülmediği takdirde, o dairenin mensup olduğu bakanlığına başvurulabilir. Basimevi ve eklentilerine ve basım araçlarına elkonulamaz. Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, Cumhuriyetin temel ilkeleri ve millî güvenlik aleyhinde işlenmiş bir suçtan mahkûm olma hariç, elkonulamaz, müsadere edilemez ve işletmekten alıkonamaz (AY 30).

²⁵⁷² Devlet sırrı konusunda tanıklıkta da, benzer düzenleme yapılmış ve tanığın sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından zabıt katibi dahi olmaksızın dinlenmesi esası benimsenmiştir (CMK 47/2).

VI. Hukuka aykırı elkoymalar.

Muhafaza altına alma (CMK 123/1) serbest iradeye dayanmıyorsa, hukuka aykırı elde edilen bir delil söz konusu olur. Bunun yanı sıra, (a) şüpheli veya sanık ile, 45 ve 46 ncı maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara elkonulmuşsa (CMK 126), (b) hâkim kararı veya yazılı savcı emri olmadan “elkoyma işlemi yapılmışsa” (CMK 127/1) veya (c) Cumhuriyet savcısının yazılı emri 24 saat içinde hâkim tarafından onaylanmamışsa (CMK 127/3), elkoymadan elde edilen deliller, *hukuka aykırı yöntemle elde edilen delil* kategorisine girer.²⁵⁷³

393. bb) BASILMIŞ ESERLERE ELKOYMA.

I. Anayasadaki düzenlemeler.

1. Basın özgürlüğü.

Basılmış eserlere²⁵⁷⁴ elkoyma, basın hürriyeti ile ilgisi yüzünden büyük bir önem taşır. Bu konunun son zamanlarda Anayasalarla düzenlenmesinin sebebi budur.²⁵⁷⁵ (Anayasamız, kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçlarının suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilmesini veya işletilmekten alıkonulmasını yasaklamıştır (AY “2004-5170” 30).

Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, Cumhuriyetin temel ilkeleri ve milli güvenlik aleyhinde işlenmiş bir suçtan mahkûm olma halini bu kuralın dışında tutan istisna 2004-5170 numaralı Kanun ile kaldırılmış ve temel hakların sınırlanmasındaki genel hüküm ile yetinilmiştir (AY “2001-4709” 13).

Araştırma araması yapılan hallerde, özellikle elkoyma amaçlı aramalarda, Kanunumuzun elkonulmasını yasakladığı bir eşyanın aranması için işlem yapılamayacağı açıktır. Burada sadece Anayasanın 14’üncü maddesinde belirtilen istisnalarla ilgili olarak arama yapılabilecektir.

Basın özgürlüğü ile, ceza kovuşturmasından beklenen toplumsal fayda, arama işlemine karar verilir ve uygulanırken gözönünde tutulmalıdır.²⁵⁷⁶

Anayasanın 26 ncı maddesinin birinci fıkrası haberleşme özgürlüğü konusunda genel ilkeyi koyar. Anayasanın 26 ncı maddesinin 2001-4709 numaralı Kanunla değişen ikinci fıkrası düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün hangi hallerde sınırlandırılabilirliğini özel biçimde düzenlemiş ve 1961 Anayasasından ayrılmıştır: *suçun önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirlenmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının, şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereği gibi yerine getirilmesi amaçları ile*, basın özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi kabul edilmiştir.

Anayasanın haberleşme özgürlüğü kullanılırken, yasaklanmış dil kullanılmayacağını açıklayan²⁵⁷⁷ 26 ncı maddesinin 3’üncü fıkrası, 2001-4709 numaralı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁵⁷³ 2005-5353 değişikliğinden önce Cumhuriyet savcısı yazılı emir vermiş, yazılı emir üzerine elkoyma işlemi gerçekleştirilmiş, fakat daha sonradan 24 saat içinde hâkim onay vermemişse, elde edilen delil hukuka uygun bir delil olarak kullanılabilirdi. Yapılan değişiklikle hâkim sonradan karar vermezse, elkoymanın kendiliğinden kalkacağı açıklandı. Değişiklik öncesinde “hâkimin onaylamama kararı, delili kendiliğinden hukuka aykırı delil haline getirme, çünkü kolluk tarafından elde edildiği sırada, kanunun öngördüğü koşullara uygun bir şekilde ele geçirilmiştir; demiştik. Artık bunu söylemek mümkün değildir.

²⁵⁷⁴ Mülga Basın Kanununa göre (m. 2), “basılmış eser”den maksat, neşredilmek üzere tabii âletleri ile basılan veya sair her türlü vasıtalarla çoğaltılan yazılar ve resimler gibi eserlerdir. Yeni Basın Kanununa göre, (2004.5187), basılmış eseri, “yayınlanmak üzere her türlü basın araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınlarını”, ifade eder (m. 2/a).

²⁵⁷⁵ Tafsilât için Bk: *Gürelli* (Nevzat): Basın Suçlarında Hususî Usul, İstanbul 1958, s. 21.

²⁵⁷⁶ BVerfGE 20, 162, 186: *Roxin* 1992, 242.

²⁵⁷⁷ Bu hükme istinaden Kürtçe yazmayı yasaklayan 2932 sayılı kanun çıkartılmışsa da, 1991 yılında yürürlükten kaldırılmıştı.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini düzenleyen Anayasanın 26. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi ile paraleldir. Avrupa Sözleşmesinde yer alan «toprak bütünlüğünü koruma» unsuru da Anayasamıza dahil edilmelidir.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller Kanunla düzenleneceği için (AY “2001-4709” 26/son), yeni bir Basın Kanunu hazırlanmıştır (Bask “2004-5187”).

2. Anayasaya göre basın araçlarına elkoyma ve müsadere.

Basılmış eserde kanunlarla suç olarak belirlenmiş yazılar yer alırsa, bu konuda dava açılması amacı ile, delil olarak yazılara elkonulabilir; yazının yayılması yolu ile suçun etkilerinin genişlemesini daraltmak amacı ile toplatma yoluna başvurulabilir.

Basılmış eserlere elkoyma diğer elkoymalarda olduğu gibi, iki gaye bakımından düşünülebilir: delil elde etmek ve müsadere etmek. *Delil elde etmek için* basılmış eserlerin hepsine elkoymaya ihtiyaç yoktur²⁵⁷⁸, ancak bir miktarına elkonulabilir. Buna da çok defa ihtiyaç duyulmaz, çünkü basılmış eserlerden bir miktarı kanunlar gereğince ilgili makamlara tevdi edilmektedir. Suç ihtiva ettiği iddia olunan eser tevdi edilmemişse, bir miktarına elkonulması mümkündür ve bu elkoyma, basın hürriyetini kısımadığından Anayasalık bir konu değildir.

Müsadere için basılmış eserin müsadere edilebilecek nüshalarının hepsine elkoymak gerekir. Bu şekilde elkoymaya toplatma denilir. Anayasada sözü geçen “dağıtımın önlenmesi” de toplatmadan farksızdır.

3. Dağıtımın önlenmesi.

Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeğe ya da ayaklanma veya isyana teşvik eden nitelikte olan veya *Devlete ait gizli bilgilere* ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı yazarlar veya bastırıcılar veya aynı amaçla, basanlar, başkasına verenler, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu olurlar.

Tedbir yolu ile dağıtım, hâkim kararı ile, gecikmesinde sakınca (tehlike) bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle önlenir. Dağıtım önleyen yetkili merci bu kararı en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkime bildirir. Yetkili hâkim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, dağıtım önleme kararı hükümsüz sayılır (AY 28/5).²⁵⁷⁹

4. Toplatma.

Sürelili veya süresiz yayınlar, kanunun gösterdiği suçların soruşturma veya kovuşturmasına geçilmiş olması hallerinde hâkim kararı ile, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel ahlâkın korunması ve suçların önlenmesi bakımlarından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle toplatılabilir. Toplatma kararı veren yetkili merci, bu kararı en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkime bildirir. Hâkim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, toplatma kararı hükümsüz kalır (AY 28/7).

5. Genel hükümlerin uygulanması.

Sürelili ve süresiz yayınların suç soruşturma veya kovuşturması sebebi ile zapt ve müsaderesinde genel hükümler uygulanır (AY 28/8).

6. Kapatılan sürelili yayının toplatılması.

²⁵⁷⁸ Keza Dönmezer 1976: Basın ve Hukuku, 4. bası, 1976, n. 238.

²⁵⁷⁹ Anayasanın 28 inci maddesinde emir yerine karar, karar yerine onaylama denilmemeliydi. Mercein verdiği emir olduğu zaten 5. fıkranın 2. cümlesinden anlaşılıyor. Maksat mercein emrinden sonra asıl yetkili hâkimin de bu yolda bir karar vermesi. Durum, meselâ mercein elkoyma emrinden sonra hâkimin elkoyma kararı vermesinden farksız iken neden emir yerine karar denilsin de hâkime onaylatma kararı verdirilsin. Bunun, CMK 92 deki isabetsiz örnek dışında, hukukî bir izahı yoktur. Diğer taraftan, hâkimin karar vermemesi halinde “toplatma hükümsüz sayılır” denilmesi de yanlıştır. Hükümünü kaybeder denilmeliydi. Zira başında hükümsüz değildi ve şimdi de başından beri hükümsüz sayılmamaktadır.

Türkiye’de yayınlanan süreli yayınlar, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin temel ilkelerine, millî güvenliğe ve genel ahlâka aykırı yayımlardan mahkûm olma halinde, mahkeme kararıyla geçici olarak kapatılabilir. Kapatılan süreli yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayım yasaktır. Kapatma süresi içinde süreli yayının devamı niteliğindeki yayınlar hâkim kararı ile toplatılır (AY 28/9).

II. Basın Kanunundaki düzenlemeler.

1. Teslim yükümlülüğü.

Basımcı, bastığı her türlü yayının imzalı iki nüshasını, dağıtım veya yayımın yapıldığı gün, mahallin Cumhuriyet Başsavcılığını teslim etmekle yükümlüdür (BasK 10). Bunun dışında C. savcısı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kolluk delil olmak üzere en fazla üç adet basılmış esere elkoyabilir (BasK 25).

Basılmış eserlerin tamamına el konulabilmesi, sadece Basın Kanunu’nun 25/2 maddesinde sayılan suçlarda kabul edilmiştir.

2. Yayımın durdurulması.

Süreli yayınların çıkarılabilmesi için yönetim yerinin bulunduğu yer C. Başsavcılığına bir beyanname verilir. Beyannamenin ve eklerinin koşullara uymaması halinde C. Başsavcılığı eksiklerin giderilmesini ister. Bu istemin tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde yerine getirilmemesi halinde, Asliye Ceza Mahkemesinde “yayımın durdurulmasını” talep eder. Bu mahkeme kararına karşı itiraz yolu (CMK 267) kabul edilmiştir (BasK 8/1). Beyanname tarihinden itibaren bir yıl içinde yayım gerçekleşmez veya yayıma üç yıl müddetle ara verilirse, süreli yayım sahibi hakkını kaybeder (BasK 9/1). Yayımına devam etme suçtur (BasK 16).

3. Tanıklıktan çekinme hakkı.

Süreli yayım sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi haber kaynağını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamaz (BasK 12).

III. Basılmış eserlere elkoyma kararı.

Basılmış eserlere sadece hâkim kararı ile elkonulabilir. Basın Kanunu, bu konuyu 25 inci maddesinde düzenlemiştir: soruşturma için sübut vasıtası olarak her türlü basılı eserin en fazla üç adedine Cumhuriyet savcısı elkoyabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk da elkoyabilir (BasK 25/1). Burada hâkim kararı aranmadığına dikkat edilmelidir.

Basılmış eserlerin tamamına elkonulması, sadece Kanunda sayılan katalog suçlarında ve hâkimden karar alınarak mümkündür (BasK 25/2). Soruşturma veya kovuşturmanın başlamış olması ön koşuldur. Bu önkoşul gerçekleşmişse aşağıda sayılan suçlarda basılmış eserlerin tamamına hâkim kararı ile el konulabilir. Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun (1951-5816), İnkılap Kanunları (AY 174), TCK 309, 311 (mülga TCK 146/2), TCK 319, (mülga TCK 153/1 ve 4), TCK 318 (mülga TCK 155), TCK 214 (mülga TCK 311/ 1 ve 2), TCK 215, 216, 217, 218 (mülga TCK 312/2 ve 4) TCK 213 (mülga TCK 312/9) ve Terörle Mücadele Kanunu’nun 7/2 ve 5 madde hükümlerinde öngörülen suçlarda, hâkim kararı ile basılmış eserlerin tamamına el konulabilir (BasK 25/2).

Toplatma dışında kalan *dar mânâda elkoyma* da zilyedliği zorla kaldıran bir işlem olduğundan, teminat olmak üzere, hâkimin karar vermesi kabul edilmiştir.

Bu karar için yetkili hâkim, görev itibariyle yetki esaslarına göre tâyin edilir.²⁵⁸⁰⁽⁴⁴⁾ Basın Kanunu basın suçlarında yargılama görevini (iki) numaralı ağır ceza veya asliye mahkemesine vermiştir (BasK 27). Tedbir kararını ise, işlemin yapılacağı yer mahkemesi vermelidir.

IV. Türkiye dışında basılan yazılar.

²⁵⁸⁰ Mülga 1962-38 numaralı kanunda sadece sulh hâkiminden sözedilmesi, hazırlık soruşturması gözönünde tutulduğu ve diğer hâkimlerin yetkisini daraltmak düşünülmediği için, meselâ duruşma sırasında mahkemenin karar vermesine engel olmamakta idi.

Yabancı memlekette çıkan ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin varlığına, millî güvenliğe, kamu düzenine, genel asayişe, kamu yararına, genel ahlâka ve genel sağlığa aykırı basılmış eserlerin Türkiye’ye sokulması veya Türkiye’de dağıtılması Bakanlar Kurulunun kararı ile yasaklanabiliyordu. Bu gibi basılmış eserlerin, Bakanlar Kurulundan acele karar alınmak üzere İçişleri Bakanlığınca karardan evvel dağıtılmaları yasaklanabileceği gibi dağıtılmış olanlar da toplattırılıbiliyordu (mülga Basın K “1983-2950” m. 31/1 ve 2).

Yeni Basın Kanunu Türkiye dışında basılan süreli veya süresiz yayın ve gazetelerin Türkiye’de dağıtılması veya satışa sunulmasının yasaklanmasında sınırlama getirdi; artık sadece 25/2 maddede sınırlı sayıda sayılan suçların işlendiğine dair “kuvvetli delil” bulunan durumlarda hâkim kararı ile uygulama yapılabilmektedir (BasK “2004-5187” 25/3).

394. cc) ELKOYMA KARARI ve EMRİ.

I. Elkoyma emrinin verilmesi.

Hâkim kararı kuralının istisnası olarak, Kanunla yetkili kılınan merci de gecikmede tehlike bulunan hallerde *elkoyma emri* verebilir (AY 20/2); bu nedenle, özel eşyaya, konuttaki eşyaya, istisnai hallerde savcı ve kolluk emri ile (AY 21) elkonulabilir. Anayasadaki bu kural hem mülga Kanuna hem de yeni Kanuna yansımıştır: Ceza Muhakemesi Kanunu, “gecikmesinde sakınca” bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının elkoyma yazılı emir vermesini kabul etmiştir.²⁵⁸¹

Cumhuriyet savcısına “ulaşamadığı hallerde” ise, kolluk amirinin (“adli kolluk” denilmediğine dikkat edilmelidir) yazılı emri ile, kolluk görevlileri elkoyma işlemi gerçekleştirebilir (CMK “2005-5353” 127/1). Postada elkoyma yetkisi ise, sadece savcındır (CMK 129/1).

Hâkim kararı ile gerçekleştirilen bir arama sırasında yapılan elkoyma, hukuken muteber bir işlemdir.

CMK²⁵⁸² delil yasağı şeklinde düzenleme yaparak, hâkim kararı alınmaksızın yapılan elkoyma işleminin ilgilinin *itirazını* beklemeksizin, 24 saat içinde hâkim onayına sunulmasını, elkoymadan itibaren 48 saat içinde hâkim kararı açıklanmazsa, elkoymanın kendiliğinden kalkmasını kabul etti (CMK “2005-5353” 127/3). Zilyedliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimse hâkimden karar vermesini her zaman isteyebilir (CMK 127/4).

Elkoyma için hâkim kararı kaidesinin şu istisnaları²⁵⁸³ vardır:

1) Özel kağıtlar ve eşya (AY 20/2) ile konuttaki eşyaya (AY 21), tehlike varsa, Kanunun yetkili kıldığı merciin yazılı emriyle, geçici olarak, elkonabilir. Bu merci, savcılık ve kolluktur (CMK

²⁵⁸¹ Mülga CMUK’da da savcı yardımcısı durumda olan kolluğun da bu, konuda yetkileri vardı. Elkoyma işlemi polis memuru «icra» edecekti. Fakat bunun için, elinde hâkim kararı veya yetkili merciin emri bulunmalıydı. Sanılanın aksine, her jandarma ve polis memurunun «gecikmede tehlike» görülen hallerde zabıt emri verme (CMUK 90/1) ve «arama yapma» yetkisine sahip değildi (CMUK 97/1). Bu yetki sadece «Cumhuriyet Savcılarının muavini sıfatıyla emirlerini icraya memur olan zabıta memurlarını»na aitti. Bu nitelikteki polis ise, orta derecedeki bir amirdi, her polis memuru değildi. Türk hukukunda bu statüdeki bir amir tefrik edilmediği için, kanun (CMUK 90, 97) yanlış uygulanagelmiş ve arama ve elkoymada kişi hakları zedelenmişti.

²⁵⁸² Mülga CMUK zamanında, emir üzerine yapılan elkoymanın ise, hâkim kararı elkoyma işlemine açıkça itiraz etmiş olursa, zabıt muamelelerini yapan memur bunu 24 saat (üç gün) içinde hâkime tasdik ettirmeğe mecburdu (CMUK. 90/2) ve Any “2001-4771” 20, 21).

²⁵⁸³ Almanya’da bir yazı işleri müdürlüğünde, yayın ve basımevinde, bir radyo kurumunun kapalı yerlerinde, istisna olarak yapılabilen (StPO 97, V) elkoymalarda hâkim kararı kaidesine istisna kabul edilmemiştir (StPO 98, I). Alman Hukuku yazıların meydana getirilmesinde kullanılan baskı yardımcılarının da müsadere edilebilmesini kabul etmiştir (StGB 74d/1). Müsadere tedbiri sadece yazının dağıtılmasında katkıda bulunan kişilerin zilyetliğinde olan dağıtma veya gönderme halinde bulunup da, henüz alıcısının eline teslim edilmemiş yazılar hakkında uygulanabilmelidir (StGB 74d/vd). Dağıtma bakımından da, yazıların, failin, şerikin veya şerik için hareketeden veya bunlar tarafından dağıtım görevlendirilen kişinin zilyedliğinde bulunması ve bu kişiler tarafından gerçekleştirilebilecek olan yasaya aykırı bir dağıtımın engellenebilmesi için müsadere tedbirinin gerekli olması şarttır (StGB 74d/III). Alman kanununda, bir yayının kamu yararını tehlikeye düşürmesi söz konusu olup, orantılılık şartı da gerçekleşmiş ise, Alman Ceza Kanununun 74d maddesinde müsadere edebileceği belirlenmiş olan yazılarla StPO 111b maddenin 1. fıkrası uyarınca bir matbaaya elkoyma kararı verilebilir (StPO 111m.).

127/1).²⁵⁸⁴ Aramadakinin (CMK 119/1) aksine, elkoymada “konut” istisna tutulmadığı için, konuta yasal olarak girip arama yapan kolluk, elkoyma işlemini de gerçekleştirebilir.

2) Aleni yerlerde yapılan önleme aramaları sırasında “elkoyma” yetkisi *vardır*. Konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme arama yapılmaz ama diğer aleni yerlerde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amir yazılı önleme arama emri verilebilir; kolluk amiri veremez (PVSK 2007-5681, 9/3 ve 5).²⁵⁸⁵ Önleme araması sonunda kolluğun *delilleri koruma altına alma* yetkisi varsa da kolluk kendiliğinden önleme araması yapamaz (PVSK 9/1).

3) Sair eşyaya, gecikmede tehlike varsa, C. savcısına ulaşılamayan hallerde kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri elkoyabilir (CMK 127/1)²⁵⁸⁶(16). Ancak muhaberata postada iken elkoyma yetkisi, sadece savcındır (CMK 129).

II. Elkoyma emrinin onaylanması.

CMK, hâkim kararı olmadan yapılan elkoyma, işleminin yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulmasını emretti (CMK “2005-5353” 127/3). Elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde onaylanmazsa, elkoyma kendiliğinden kalkar.²⁵⁸⁷ (Hâkim kararı üzerine yapılan elkoymayı da tekrar hâkim kararına bağlayan ilk düzenleme 2005-5353 numaralı kanun ile kaldırıldı.)²⁵⁸⁸

III. Askeri usulde elkoyma.

Askerî mahallerde yapılacak elkoyma işlemi, Cumhuriyet savcısının nezaretinde askerî makamların katılımıyla adli kolluk görevlileri tarafından yerine getirilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle de askerî makamların katılımıyla adli kolluk görevlileri tarafından elkoyma işlemi yapılabilir (CMK '2018-7145' 127/6) (bkz. No. 83).

IV. Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma.

Ceza Kanunu suç işlenmesi ile sağlanan menfaatin değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadere edilmesini (kazanç müsadere) kabul edilmiştir (TCK 55/1). Bu müesseseyi kabul eden sistem içerisinde, genişletilmiş müsadere bakımından da davanın devam ettiği sürece, *tedbir niteliğinde bir elkoyma* kabul edilmektedir (CMK 123/1).²⁵⁸⁹

²⁵⁸⁴ Anayasa emirden bahsetmekte ise de elkoymayı emreden bizzat elkoyabileceğinden, Anayasada bu yetkinin kolluk memuruna verilmemesi maksadının güdüldüğünü gösteren bir cihet bulunmadığından kolluk memurunun âmirinden emir almadan elkoyabileceğini kabul etmek hem ihtiyaca cevap verecek, hem de Anayasaya aykırı düşmeyecektir.

²⁵⁸⁵ Vali ve kaymakama da kamu düzeni ile anayasal hak ve özgürlükleri koruma amacı ile yetkiler verilmişti (PVSK “2001-4771” 9). Bu yetki 2001 Anayasa değişiklikleri sonrasında kaldırıldı.

²⁵⁸⁶ 9. maddede “gecikmede tehlike”den bahsedilmemiş ise de, elkoymanın koruma tedbiri olması bu şartı gerektirmektedir. Gecikmede tehlike olduğunu bu hallerde kanun önceden kabul etmiştir.

²⁵⁸⁷ Malatya Emniyet Müdürlüğü’nün Cumhuriyet Başsavcılığı’na gönderdiği 10 Mayıs 2007 tarihli yazıda şüphelinin hastane odasında görüntü ve ses kayıtlarının alındığı belirtilerek, her biri 6’şar saatlik 52 adet VHS kasetin teslim ve tebellüğ edilmesi istendi. Başsavcılık 52 kaseti teslim alarak belgeyi parafladı. Savcı aynı gün Malatya 3. Ağır Ceza Mahkemesi’ne bir yazı yazarak, şüpheli ile ilgili 52 kasete el koyma işlemi için onama kararı istedi. Mahkeme, kasetlerden 10 adedinin aynı gün hastanede şüpheliyi izlemekle görevli güvenlik görevlileri tarafından emniyet görevlisine teslim edildiği için, el koyma onama kararını onadı. 42 kasetin ise hastane odasında görevli 2’si jandarma, 2’si polis 4 güvenlik görevlisi tarafından güvenlik görevlilerine 7 Mayıs günü teslim edilmesine rağmen, savcılığa ve mahkemeye bu tarihten 3 gün sonra 10 Mayıs’ta teslim edildiğini hatırlatarak el koymayı onama istemini reddetti. Mahkeme kararında, CMK’nun 127. maddesinin 3. fıkrasının “hâkim kararı olmaksızın yapılan el koyma işlemi 24 saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur” hükmünü hatırlattı. Kasetler savcılığa iade edildi.

²⁵⁸⁸ Mülga Kanuna göre, Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoymalarda ilgili şahıs veya mümeyyiz hısımlarından biri hazır bulunmamış ve bunlardan biri hazır bulunup da teslim razı olmamışsa (Kanunun hatalı tâbiri ile itiraz etmişse), elkoyma memur üç gün içinde hâkimden karar almağa mecburdu. Nezdinde elkoyma işlemi yapılan kimse, her zaman hâkimden bu hususta karar vermesini isteyebilirdi. Bu hâkim, elkonulan yerdeki sulh hâkimidir. Kamu dâvası açıldıktan sonra savcı veya kolluk elkoymuşsa, dâvaya bakmakta olan hâkime üç gün içinde haber verilir ve elkonulan eşya emrine hazır bulundurulurdu (CMUK 90). Bu durum, yakalanan kişinin hâkime çıkartılmasına benzer.

²⁵⁸⁹ Yeni batı kanunlarında failin fiili işlediği sırada kendisine ait olan ve müsadere tabi bulunan eşyasını, karar verilmeden evvel elinden çıkararak müsadereyi uygulayamaz hale getirmesi durumunda uygulamak üzere genişletilmiş müsadere müessesesi düzenlenmiştir (StGB 73, 74c).

Ceza Muhakemesi Kanunu²⁵⁹⁰, hak ve alacaklara ilişkin tedbirler konusunu düzenlemiştir. Kanunun 128'nci maddesinde, "taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma" başlığı altında, kanunda liste halinde sayılan ağır suçlarda, haklara elkonulması yetkisi, Devlete verilmiştir.

Taşınmazlara hak ve alacaklara el koyma genel olarak niteliği amacı şartları kuvvetli şüphe doğuracak somut deliller bulunması yaşadığı sayılan suçlardan birinin varlığı hâkim kararı el koyma kararı öncesinde rapor alma zorunluluğu mallara sanığa ait olması zorunluluğu el koyma tedbirinin icrası

Ceza muhakemesi hukukunda eşyaya el koyma tek başına yeterli bir tedbir olmayabilir bu nedenle taşınma ağızları hak ve alacaklara el koyması tedbiri ilk defa çıkar amaçlı suç örgütleriyle mücadele kanununda yer almıştı 4422 sayılı kanunun altıncı maddesi idi yasada belirtilen suçlardan şüpheli olanların mal varlıklarını toplu olarak el koyma olanağı vardı. Bu kanun CMK ile yürürken kaldırıldıktan sonra kara paranın aklanmasının önlenmesine dair kanunun yerine geçen 5549 sayılı suç gelirlerinin aklanmasının önlenmesi hakkındaki kanunun 17 maddesi kara para aklama ve terörün finansmanı suçunun işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunan hallerde mal varlığı değerlerine el konulabileceğini olanak izin vermiştir.

Taşınmazlara el koyma tedbiri doğrudan doğruya tüzel kişiler hakkında bir düzenleme olmamakla birlikte, şirketler de özel hukuk ticaret kişiliğine sahip buldukları için, şirketler hakkında uygulanabilir.

Alman hukukundaki genişletilmiş müsadereenin bir örneği gibidir. Taşınmazlara ve hak ile alacaklara elkoyma tedbiri, aslında suçun işlenmesiyle elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadere anlamına gelen *kazanç mücadelesinin ön aşaması* olarak da nitelendirilebilir.²⁵⁹¹ Ancak, elkoyma tedbirinin asıl hizmet ettiği amacın delil elde etmek olduğu da unutulmamalıdır. Bu tespit bizi şirket yönetimi için kayyım tayini konusuna (CMK 133) getirir, zira elkonulan taşınmaz, hak ve alacakların idaresi için kayyım atanabilmektedir (CMK 128/10).

1. Elkonabilecek olan taşınmazlar, hak ve alacaklar.

Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçların işlenmesi sureti ile elde edildiğine dair, "kuvvetli şüphe sebebi" bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait malvarlığına elkonulması kararı verilebilmektedir.

Bu amaçla, şüpheli veya sanığa ait taşınmazlara, kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına, banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba, gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara, kıymetli evraka, ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına, kiralık kasa mevcutlarına ve diğer mal varlığı değerlerine, bunlar şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyedliğinde bulunması halinde dahi, elkonulabilmektedir (CMK 128/1).

2. Karar verme yetkisi.

Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma yetkisi sadece hâkime verilmiştir. Savcı bu konuda yetkilendirilmemiştir (CMK 128/9).

3. Hak ve alacak elkoymasına konu teşkil edebilecek olan suçlar.

Ceza Muhakemesi Kanunu taşınmaz, hak ve alacaklara elkonulması konusunda da liste halinde suç sayma yöntemini benimsemiştir. Söz konusu suçlar şunlardır: Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (TCK 76, 77, 78), göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (TCK 79, 80), hırsızlık (TCK 141, 142), yağma (TCK 148, 149), güveni kötüye kullanma (TCK 155), dolandırıcılık (TCK 157, 158), hileli iflas (TCK 161), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK 188), parada sahtecilik (TCK 197), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK 220), ihaleye fesat karıştırma (TCK 235), edimin ifasına fesat karıştırma

²⁵⁹⁰ Çıkar Amaçlı Örgütlerle Mücadele Kanunu müsadereyi genişletmişti. Suçun işlenmesine ayrılan veya suçun işlenmesinde kullanılan veya suçtan zarar doğan değer veya ürünlerin veya bunlar yerine geçen şeylerin ve müsadereyi gereken her türlü eşyanın gelirlerinin veya suçtan doğan her türlü menfaatin 'Devlete intikaline' hükmolünmesine ilişkin bir düzenleme yapılmıştı. Kanundaki bu düzenlemeye paralel olarak da tedbir kararı verilmesi öngörülmüş Kanunun altıncı maddesinde bu kurum düzenlenmişti.

²⁵⁹¹ Kızılarstan 2020, 218.

(TCK 236), zimmet (TCK 247), irtikap (TCK 250), rüşvet (TCK 252), devletin güvenliğine karşı suçlar (TCK 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308), silahlı örgüt (TCK 314), devletin sırlarına karşı suçlar ve casusluk (TCK 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337).

V. Mevzuattaki düzenlemeler.

Para cezasının veya suçla ilgisiz eşyanın müsadereyi yaptırımının yerine, getirilememesi tehlikesinden korunmak için de koruma tedbirine ihtiyaç duyulabilir. Bunlara çok defa “ihtiyatî haciz” denilmektedir. Bunlar, koruma tedbiri olan “elkoyma”dan sadece amaç bakımından ayrılmakta olup, nitelik bakımından farklı şeyler değildir.

Bu konuda şu misaller gösterilebilir: Para cezalarının ödenememesi tehlikesi olabilir. Eğer tehlike yakınsa, yani gecikmeye bir diğer söyleyişle maliyenin yapacağı bir icraî haczi beklemeğe işin tahammülü yoksa, sanığın cezasına yetecek mal ve alacaklarına²⁵⁹² ihtiyatî haciz de denilen elkoyma tedbirine başvurulur. Âmme Alacaklarının Tahsili Hakkındaki 1953-6183 numaralı Kanun, para cezasını gerektiren bir fiil dolayısı ile kamu dâvası açılması halinde tehlikeyi kabul etmekte ve ihtiyatî haciz yetkisini alacaklı kamu idaresinin mahallî en büyük memuruna vermektedir (m. 13). Kara paranın aklanmasının önlenmesi için de tedbir kararı verilebilir (1996-4208 m. 9).

Yürürlükten kalkan bazı mevzuatta da bu yetki vardı.²⁵⁹³ Çıkar amaçlı suçlarda mücadele etmek amacı ile, hak ve alacaklara tedbir konulması kabul edilmişti. Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda da ihtiyatî haciz ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.²⁵⁹⁴

VI. Eşya müsaderesinde muhafaza altına alma elkoyma.

Müsadereye tabi eşya (TCK 54) Türk Ceza Kanunu’nda sadece bir güvenlik tedbiri olarak öngörülmüştür. İyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine

²⁵⁹² CGK. 25/12/72 İKİD 73, 1840.

²⁵⁹³ 16.3.1960 ve 5/322 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla uygulamadan kaldırılan Millî Korunma Kanununa göre, bazı suçlarda, failin dükkân, mağaza, ticarethane, fabrika, imalâthane ve benzeri ticarî ve sınaî faaliyetlerinin ve hissesine münhasır olmak üzere iştiraklerinin İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine uyularak tasfiyesine ve artan kısmının müsaderesine hükümlenüyordu. Ancak sanığın mallarını hükme kadar kaçırmaya tehlikesi bulunduğundan bunu önlemek üzere, soruşturmaya başlanırlar başlanmaz sanığın bu sayılan yerlerde bulunan malları üzerine derhal “ihtiyatî tedbir” ve alacakları üzerine de “ihtiyatî haciz” konuluyordu (MKK 57, III/3). Kanun, bu koruma tedbirlerinin alınmasını mecburî kılmış yani koruma tedbirinin iki ön şartının gerçekleşeceğini önceden kabul etmişti. Bu peşin kabulün her olayda isabetli olmaması mümkündür. Hem bu şartlar aranmalı, hem de tedbire lüzum olup olmadığı araştırılmalı, yani ihtiyarlık esasından ayrılmamalı idi.

²⁵⁹⁴ Mülkiyetin devlete geçmesi veya müsadere tedbiri uygulanabilen hallerde, eşyaya elkonulması kabul edilmiştir. Eğer mamelek belirli bir şeyin içinde ise ve o bu şey müsadereye tâbi ise, müsaderecinin teminat altına alınması için de, elkoyma kabul edilmiştir (StPO 111b I, II). Diğer taraftan suçtan zarar görenin, olaydan doğmuş bulunan talep hakkı, ifa edilme yolu ile ortadan kalkmışsa (StGB 73 I) ve sadece bu sebepten dolayı mülkiyetin devlete geçmesi tedbiri uygulanamıyorsa, malvarlığı hakkında da elkoyma kabul edilebilir (StPO 111b III). Taşınabilir bir mala elkoyma, malın muhafaza altına alınması suretiyle gerçekleştirilir. Bir taşınmaz veya taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümlere tâbi olan bir hakka elkonulması, elkoymanın sicile kaydedilmesi suretiyle olur. Taşınmaz mülkiyetine tâbi bulunmayan talep haklarında ise elkoymanın rehin yolu ile gerçekleştirilmesi kabul edilmiş (StPO 111c III) gemilere, tersanelere ve hava taşıt araçlarına elkonulmasında ise sicile kayıt esası getirilmiştir (StPO 111c IV). Para cezası veya muhakeme masraflarının teminatı olarak elkoyma da mümkündür. Para cezasının, ceza muhakemesinden doğan masrafların teminatı olarak veya mülkiyetin devlete geçmesi veya suç eşyası olup da «müsadereye tâbi bulunan eşyanın yerine kaim olan değerini» müsaderesini teminat altına almak amacıyla, «ihtiyatî haciz» (*dinglicher Arrest*=aynî tevkiyat) kararı verilebilir. Para cezası veya muhakeme masrafları dolayısıyla ihtiyatî haciz kararı verilebilmesi için sanık hakkında bir cezaya hükmeden mahkeme kararı verilmiş olması şarttır (StPO 111d I). İhtiyatî haciz, para cezası veya muhakeme masrafları dolayısıyla tertiplenmişse, sanığın müdafaa masraflarını, kendi geçimini veya ailesinin geçimini karşılamak üzere rehin alınan mala ihtiyacı bulunduğu takdirde, talebi üzerine yerine getirme tedbirine son verilir (StPO111d III). Teminat amaçlı elkoyma ve ihtiyatî hacize karar verme yetkisi ayrıca düzenlenmiştir. «Müsadereyi teminat altına alma» amaçlı elkoyma (StPO 111c) ve ihtiyatî haciz (StPO111a) kararlarını verme yetkisi hâkime aittir. Ancak, gecikmede tehlike varsa savcılık da yetkilidir. Gecikmede tehlike olan hallerde savcılığın yardımcı memuru durumundaki polis memurları da (GVG 152) taşınabilir bir eşyaya elkoyma tedbirini «teminat amacıyla» uygulanabilirler (StPO 111e/I). Elkoyma veya ihtiyatî haciz işlemini savcılık tertiplenmişse, savcı bir hafta içinde tasdik etmesi için hâkimden istekte bulunur. Suçtan zarar gören biliniyorsa, elkoyma veya ihtiyatî haciz işlemine başvurulmuş olduğu kendisine haber verilir (StPO 111e/III). Suçla ilgili olmayan eşya ve alacaklılara elkoyma işleminin yapılması ve yürütülmesi Alman Kanununun StPO 111f-111i maddeleri arasında dört madde ile etraflı bir şekilde düzenlenmiştir (RiStBV 75).

hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir (TCK 54/1).

Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya müsadere edilir (TCK 54/4).

Yukarıda belirtilen “eşya müsadere” hükümlerine tabi olan eşyanın, ceza muhakemesi sırasında muhafaza altına alınması veya rıza ile teslim edilmediği durumlarda elkonulması gereklidir (CMK 123).

PVSK 2004 öncesinde ve özellikle 2007-5681 numaralı Kanundan önce suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan ve kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olan eşyanın (TCK 54/1) ve üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması alım satımı suç oluşturan eşya, TCK 54/4 bakımından PVSK kolluğa daha geniş bir elkoyma yetkisi vermişti (PVSK 9). Bu geniş yetki mülga 2003-4926 numaralı Kaçakçılık Kanunu ile (m. 16) de teyit edilmişti. Ancak halen yürürlükte olan PVSK 9 da kolluğun önleyici görevi olarak tehlikeli eşyaya elkoyma yetkisinin düzenlenmemiş olması şaşırtıcıdır.

2007-5607 numaralı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu da aynı yolu izlemiştir; “*kaçak eşya, her türlü silah, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğundan şüphe edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlar ile kişilerin üzerinde yapılacak arama ve elkoymalar CMK uyarınca yerine getirilir*”. Gümrük salonları ve gümrük kapılarında “kuşku üzerine” kontrol araması yapılması kabul edilmiştir. Gümrük bölgesinde ise, kuşku olmadan da durdurma ve arama yetkisi verilmiştir. Kaçak eşya bulunursa, bunlara elkonulması gerekir (KaçK “2007-5607” 9).

Kabahatlerden dolayı arama yapılamaz. Fakat elkoyma yapılması mümkündür (KK 18/3): “*Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar kesinleşinceye kadar ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından eşyaya elkonulabileceği gibi; eşya, kişilerin muhafazasına da bırakılabilir.*”

Yeni Kaçakçılık Kanunu ise, kendisinin düzenlediği kabahatler açısından hem arama hem de elkoymaya cevaz veren bir düzenleme yapmıştır: Kanunun 3 üncü maddesinin 10 ve 11 inci fıkralarında düzenlenen kabahatlerden dolayı ve bu kabahatlerin işlenmesinde kullanılan araçlarda yapılacak “mülkiyetin kamuya geçirilmesi” amaçlı *arama ve elkoymada*, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunun ilgili hükümlerinin uygulanması kabul edilmiştir (KaçK “2007-5607” 14).

Kaçakçılıkta kullanılan araçlara elkonulması hakkında CMK 128 uygulanır (KaçK “2007-5607” 10/1). Ancak, müsadere edilecek olan taşıtlar bakımından özel hükümler sevk edilmiştir (KaçK “2007-5607” 10/2).

Avrupa Polis Kanunlarında silah ve patlayıcı madde taşınmasının önlenmesi için polise verilen ve hâkim kararı olmadan kullanılabilen önleme araması yetkisinin, PVSK ve yeni Kaçakçılık Kanunu ile daraltılması, Türk Kolluğuna hukuk Devletini korumakta kullanacağı gerekli yetkilerin verilmemesi, herhalde amaçlı değildir. Önleme yetkilerinin daraltılması, kolluğu yasa dışı çalışmağa sevk edebilir.

VII. Kazanç müsaderesinde taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma.

Bir suçun işlenmesiyle elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi ile sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadere karar verilir (TCK 55/1). Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsadere kararına hükmedilir (TCK 55/2).

Türk Ceza Kanunu’nun kazanç müsadere kararına ilişkin yukarıdaki hükümlerinin Ceza Muhakemesi Kanununa yansımaları, taşınmazlara hak ve alacaklara elkoyma başlığını taşıyan CMK 128 ile olmuştur.

1. Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoymanın şartları.

Birinci şart, olayda CMK 128/2’de liste halinde sayılan 18 kalem suçlardan birinin söz konusu olmasıdır.

İkinci şart “kuvvetli şüphe” bulunmasıdır. Kanun kuvvetli şüphe sebebini iki noktada aramıştır: a) Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiği konusunda kuvvetli şüphe sebebi; b) taşınmaz, hak ve alacağın bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi (CMK 128/1).

Üçüncü şart, taşınmaz hak veya alacağın şüpheli veya sanığa ait olmasıdır. Ancak, bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer mal varlığı değerinin, şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, el koyma işlemi yapılabilir (CMK 128/1).

Taşınmaz, hak, hak veya alacağın üçüncü kişinin *mülkiyetinde* olması halinde ne yapılacağı konusunda Kanun açık değildir. Kanunun amacına uygun olmaayan bir düzenleme yapıldığı görülmektedir.

Dördüncü şart, hâkim kararıdır. CMK 128 de düzenlenen taşınmaz hak ve alacağa elkoyma kararını sadece hâkim verebilir, savcı yetkili kılınmamıştır (CMK 128/9).

2. *Elkoyma kapsamına giren taşınmaz ve haklar.*

Kanun taşınmazlara, kara deniz veya hava ulaşım araçlarına banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba, gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara, kıymetli evraka, ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına, kiralık kasa mevcutlarına ve diğer mal varlığı değerlerine elkonulabilmesini kabul etmiştir (CMK 128/1).

3. *Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma kararının uygulanması.*

(a) Taşınmaza elkonulması kararı, tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle icra edilir (CMK 128/3).

(b) Kara deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen elkoyma kararı, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunur (CMK 128/4).

(c) Banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba elkonulması kararıyla, teknik iletişim araçlarıyla ilgili banka veya mali kuruma derhal bildirilerek icra olunur (CMK 128/5). Söz konusu karar ilgili banka veya mali kuruma ayrıca tebliğ edilir. Elkoyma kararı alındıktan sonra hesaplar üzerinde yapılan bu kararı etkisiz kılmaya yönelik işlemler geçersizdir (CMK 128/5).

(d) Şirkette ortaklık paylarına elkoyma kararı, ilgili şirket yönetimine ve şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret sicili müdürlüğüne teknik iletişim araçlarıyla derhal bildirilerek icra olunur (CMK 128/6). Söz konusu karar, ilgili şirkete ve ticaret sicili müdürlüğüne ayrıca tebliğ edilir.

(e) Hak ve alacaklara elkoyma kararı ilgili gerçek veya tüzel kişiye teknik iletişim araçlarıyla derhal bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili gerçek veya tüzel kişiye ayrıca tebliğ edilir (CMK 128/7).

4. *Elkoyma kararının gereklerine aykırılığın müeyyidesi.*

CMK 128 de düzenlenmiş olan taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma kararının gereklerine aykırı hareket edilmesi halinde “muhafaza görevini kötüye kullanma suçu” (TCK 289) oluşur.

VIII. Şirket faaliyeti çerçevesinde işlenen suç.

Bir suçun şirket faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu konusunda kuşku varsa, bu şirket yönetimi için bir kayyım tayin edilebilir. Şirket yönetimi için kayyım tayini kanunda şöyle düzenlenmiştir.

1. *Kayyım tayininin koşulları.*

Suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve “maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması” halinde, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atanabilir.

2. *Karar verme yetkisi.*

Şirket yönetimi için kayyım tayini kararı hâkim veya mahkeme tarafından verilebilir (CMK 133/1). Atama kararında, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığı veya yönetim organının yetkilerinin tümüyle kayyıma verildiği açıkça belirtilir. Kayyım tayinine ilişkin karar, ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunur (CMK 133/1).

3. *Kayyım tayini tedbirinin uygulanabileceği suçlar.*

Ceza Muhakemesi Kanunu liste halinde suç saymayı veya katalog halinde suçları belirlemeyi tercih etmiştir. Burada da CMK 133/4’te sayılan ağır suçlarda kayyım tayini olanaklıdır.

4. *İtiraz.*

Hâkim veya mahkeme tarafından kayyım atamaya ilişkin tayin kararı konusunda Kanun (CMK 133) hem *tayin* hem *atama* terimlerini kullanmakta ve bunları itiraz edilebilen kararlar arasında sayılmamaktadır. CMK'nın sistemi mahkeme kararlarına itiraz edememe olduğundan, burada da kural gereği, hâkim kararlarına itiraz yolu açık olduğu halde, mahkeme kararlarına itiraz yolu kapalıdır. Ancak, ilgililer atanan kayyımın işlemlerine karşı, 2001-4721 numaralı Türk Medeni Kanunu ve 1956-6762 numaralı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre “görevli mahkemeye” başvurabilirler.

Hâkimlik kararlarına karşı genel bir hak olarak itiraz yolu her zaman açıktır. Sadece Kanunun açıkça itiraz edilemez dediği hâkimlik kararlarına itiraz edilemez. Burada ise (CMK 133/3), özel bir itiraz düzenlemesi yapılmıştır. Bu özel usul, atanan kayyımın işlemlerine karşı bir başvuru yolu düzenlemiştir. Bu özel usul, hâkimin verdiği kararlara itiraz yolunu, bizce kapatmaz.

5. Kayyımın ücreti.

Hâkim veya mahkemenin kayyım hakkında takdir etmiş bulunduğu ücret şirket bütçesinden karşılanır. Ancak şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğundan kuvvetli şüphelenilen suçundan dolayı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı veya beraat kararı verilirse, devlet kayyım ücreti olarak şirket bütçesinden karşılanan paranın tamamını, kanuni faizi ile birlikte devlet hazinesinden karşılar (CMK 133/3).

395. çç) ELKOYMA İŞLEMİNİN YAPILMASI.

I. Elkoyma usulü.

Kural olarak, ispat aracı ya da kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan eşyayı yanında bulunduran kişiden zorla alınması, yani elkoyma için, önceden verilmiş bir hâkim kararı vardır (CMK 127/1) ve bu karar C. savcısı emri ile kolluk tarafından uygulanır.

Ceza Muhakemesi Kanununun ilk şeklinde kolluk görevlilerine “kendiliğinden elkoyma yetkisi”, hayret edilecek bir şekilde, hiç verilmemişti: hâkim kararı olmadan veya C. savcısının yazılı emri olmadan arama yapılamayacağı için, elkoymada da yapamıyorlardı. Bu nedenle, daima önceden verilmiş bir yazılı hâkim kararı veya savcı emri bulunması şart idi.

Hayatın normal akışına aykırı olan bu düzenleme, 2005-5353 numaralı Kanun ile kısmen düzeltildi: CMK 127 inci maddeye, “C. savcısına ulaşılamadığı hallerde, kolluk amirinin yazılı emri ile” ibareleri eklenerek, elkoyma yapma yetkisi verildi. *Kısmen* diyoruz, zira kolluk memurunun kendiliğinden elkoyma yetkisi, hala yoktur. Elkoymanın koşulları oluştuğunda, kolluk, amirinin yazılı emir vermesini bekleyecektir.

Başka bir suç ile ilgili hâkim kararı alınarak yapılan arama sırasında, diğer bir suçun işlendiği şüphesi ortaya çıkarsa bu “tesadüfi” delilin “muhafaza altına alınması” da kabul edilmiştir (CMK 138/1). Burada CMK 127/1’deki *kolluk amirinin yazılı emrini bekleme*, yoktur.

Bununla birlikte, kolluk görevlilerinin “muhafaza altına alma” yetkileri devam etmektedir. Yani, kişi eşyayı rızası ile teslim ederse, muhafaza altına alma hukuka uygundur (CMK 123/1). Muhafaza altına alma durumunda hâkim kararı alma zorunluluğu da yoktur. *Hâkim kararı*, sadece elkoyma için öngörülmüştür (CMK 127/3). Fakat kişinin vermeye razı olmadığı durumlarda elkoyma, zorla alma (CMK 123/2) yapılabilir.

Kolluk görevlisi hâkim kararı veya yazılı emir ile elkoyma işlemi yaparsa, bir elkoyma tutanağı düzenler. Bu tutanakta kolluk görevlisinin açık kimliği yer alır (CMK 127/2).

Elkoyma “*hâkim kararı olmaksızın yapılmışsa, elkoyma işlemi yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur*” (CMK “2005-5353” 127/3). Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile gerçekleştirilen elkoyma işleminin de 24 saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması gerekir. Hâkim kararını elkoymadan itibaren 48 saat içinde açıklamadığı takdirde, elkoyma hükümsüz kalır, yani kendiliğinden kalkar (CMK 127/3). Burada işlem bakımından “yokluk müeyyidesi” sözkonusu olur.

Zilyedliğinde bulunan eşya veya diğer mal varlığı değerlerine elkonulan kimse hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir (CMK 127/4).

Suç mağdurunun, suçun işlendiği sırada, malı alınmışsa ve elkoyma işlemi ile bu mal tekrar ele geçirilmişse, elkoyma işlemi suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilir (CMK 127/5).

Elkoyma, ister kararla ister kararsız yapılsın, bir eşyanın zilyedi elinden zorla alınmasıdır. Her adli işlemde olduğu gibi, önce «haklarını öğrenme hakkı» uygulanmalı ve ilgili şahsa elkoyanın konusu ve hakları (rızası olmadığı takdirde, eşyanın zorla alınacağı vs) açıklanmalıdır.

Elkoymanın icrası, yetkili memur eşyanın verilmesini talep etmesi ile başlayacaktır. Rıza ile verilmediği takdirde, Devletin zor kullanma yetkisi başlar. Zor kullanmada sınırın aşılması TCK 256'daki suçu oluşturur. Eğer zilyet belli bir eşyayı göstermezse, o eşyanın nezdinde bulunduğu dair kanaat verici delil olmak şartı ile²⁵⁹⁵(24) beyandan kaçınan tanıklar gibi, *disiplin hapsine* alınarak (CMK 124/2) göstermeğe zorlanabilir.

Elkonulan eşyanın tam bir defteri, yani listesi yapılır ve karışmasına veya değiştirilmesine mâni olmak için bu eşya resmî mühürle mühürlenir ve işaretlenir (CMK 121/3). Bu listenin oluşturulması için, hâkim kararına gerek yoktur. Elkoyma muamelesi sırasında hazır bulunan kimseler de mühürleyebilirler. Eşyanın listesinin bir sureti, nezdinde elkoyma yapılan kimseye, isterse verilir (CMK 121/1).

Elkoyma zor ile yapılan bir muamele olduğundan, hâkim kararı ile de olsa, kolluk marifetiyle yapılır. Askerî yerlerdeki arama ve elkoymayı C. savcısının istemi ve katılımı ile askerî makamlar yapar (CMK 118/5; 127/6).

Arama sırasında, başka bir suçun işlenmiş olduğu şüphesini verecek eşya bulan kolluk, buna da elkoyma²⁵⁹⁶ ve savcıya haber verir (CMK 138/1).

II. Zor kullanma.

Elkoyma, “zorla alma” demektir. Fakat, zor kullanma koşula bağlıdır PVSK 16). Kolluk görevlileri elkonulacak eşyayı önce isterler, verilmediği vakit zor kullanma yetkisi doğar.

Muhafaza altına almaya tabi eşya veya diğer mal varlığı değerlerini yanında bulduran kişi, istem üzerine bu şeyi göstermek ve teslim etmekle yükümlüdür (CMK 124/1). Rıza ile teslim edilmediği takdirde, zor kullanılarak elkonulabilir (CMK 123/2). Eşya meydana ise gözle görülürse zor kullanarak alma mümkündür.

Eşyanın bu kişide olduğu bilindiği halde kişi eşyayı göstermekten kaçınırsa, bu şeyin zilyedi hakkında CMK 60'ta yer alan *disiplin hapsine* ilişkin hükümler uygulanır. Tanıklıktan çekinme yetkisi bulunan kişilerle şüpheli veya sanık hakkında disiplin hapsi hükümleri uygulanmaz (CMK 124/2).

396. dd) POSTADA ELKOYMA.

I. Anayasal düzenleme.

Haberleşme gizliliği Anayasa ile korunmuştur: Haberleşmenin gizliliği esastır.²⁵⁹⁷ Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya bir kaçına bağlı olarak usulüne uygun verilmiş hâkim kararı olmadıkça, yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin “yazılı” emri bulunmadıkça, haberleşme engellenemez ve gizliliğe dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunla belirtilir (AY “2001.4709” 22).

²⁵⁹⁵ Kantar, 104; Taner, 176.

²⁵⁹⁶ Mülga CMUK 100. maddede “muvakkaten zapteder” denilmekte idi ise de her zapt, “muvakkat” olduğundan, bunu ayrıca belirtmek gerekmez. Buradaki elkoymanın, genel elkoymadan farklı olarak, gecikmede sakınca almasa dahi yapılabileceği gerekçesi ile “muvakkat” kelimesinin ilâvesini haklı bulan görüş (Önder: Arama, İHFM, 63, 464) isabetsizdi. İki arasında bir fark varsa, bu farkı belirten bir kelime kullanılmalıdır. Muvakkatlık bakımından bir fark iddia edilmiş değildir. Kaldı ki gecikmede sakınca olması, elkoymanın koruma tedbiri olmasının zarurî bir ön şartıdır.

²⁵⁹⁷ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan 2007, 251.

II. Postada elkoyma hakkındaki düzenlemeler.

Postada bulunan gönderilere delil elde etmek amacıyla elkonulması kabul edilmiştir (CMK 129).

1. Postada elkoymanın şartları.

Posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluştaki bulunan gönderilere, bunlarda suçun delillerinin bulunduğundan şüphe ediliyorsa ve gerçeğin ortaya çıkarılması için bunların adliyenin eli altında olması zorunlu ise elkonulabilir.

2. Postada elkoyma kararı.

Postada elkoyma kararı hâkim tarafından verilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri (kararı) ile de elkoyma kabul edilmiştir (CMK 129/1).

3. Postada elkoyma işleminin yerine getirilmesi.

Gönderilere postada iken elkonulmasına ilişkin hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının emri (CMK 129/2 burada ilk defa savcı emrinden bahsetmektedir) kolluğa bildirilir. Bu emir üzerine kolluk memurları postada elkoyma işlemini yerine getirirler.

4. Elkoyma konusu gönderiler.

Mülga Kanun sanığa gönderilen²⁵⁹⁸ mektuplara vesair mersule ve telgraflara posta ve telgrafhanede elkonulmasını düzenlemişti (CMUK 91/1). Sanık tarafından veya ona hitaben gönderildiği bazı hallerden anlaşılan ve soruşturma bakımından münderecatı önemli görülen mektuplara vesair mersule ve telgraflara da bu yerlerde elkonulabiliyordu (CMUK 91/2). Bu konuda, tutuk sanık ile müdafii arasındaki muhaberata elkonulamıyacağı hatırlanmalıdır (CMUK 144).

CMK postada elkoymayı genelleştirdi. Şüpheli veya sanıktan soyutlayarak, “gönderinin kendisini” hedef alan bir düzenleme yaptı: “suçun delilini oluşturduğundan şüphe edilen” ve “gerçeğin ortaya çıkarılması için zorunlu olma” ölçütlerini kullandı. Böylece, herkesin gönderisine elkoyma yolunu açtı.

III. Elkoyma yetkisi.

Gönderilere PTT’de elkoymaya karar vermek yetkisi hâkimindir. İstisna olarak savcıya da hâkim kararı olmaksızın elkoyma emri verme yetkisi verilmişse de bu yetki kolluğa verilmemiştir.

CMK postada elkoymanın Cumhuriyet savcısının “kararıyla” (bizce emri ile) yapılması durumunda sonra ne yapılacağını ayrıca düzenlemedi.²⁵⁹⁹ Burada genel kuralın (CMK 127) geçerli olduğu açıktır.

IV. Eşyayı tetkik yetkisi.

PTT’de elkonulan eşyanın tetkiki haberleşme gizliliğine dokunmak olduğundan, bu yetki sadece yargılama makamlarına aittir.

CMK postada elkonulan gönderileri hangi makamın inceleyeceğini düzenlemedi.²⁶⁰⁰(29) Kolluk memurlarının gönderilerin içinde buldukları zarfları veya paketleri açması yasaklandı (CMK 129/2), ama incelemeyi teslim edilen C. savcısının mı, yoksa hâkimin mi yapacağı söylenmedi. Bizce, özel hayatın gizliliğinin korunması söz konusu olduğu için, eskisi gibi hâkim yetkili olmalıdır. Zira “*olay*

²⁵⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bakınız; *Gökçen*, Ceza muhakemesi hukukunda basit elkoyma ve postada elkoyma, Ankara 1994. *Yurtcan* (1994, 343), yakalanan veya tutuklu bulunan kişinin müdafii ile yaptığı yazışmaların denetimine tabi tutulamamasından (CMUK 144) hareketle, sanıkla müdafii arasında gönderilen mektuplara da elkonulamıyacağını ifade etmektedir. Bununla birlikte, sanığın müdafie yazdığı mektubun tamamen kontrol dışı olduğu da sanılmamalıdır. Öncelikle mektubun gerçekten müdafie gönderilip gönderilmediği denetlenebileceği gibi, müdafinin suç ortağı olduğu şüphesi ortaya çıkarsa, bu mektuba da elkonulabilir (*Kleinknecht* 1975, 471).

²⁵⁹⁹ Mülga Kanun Savcının emri ile elkoymadan sonra 3 gün içinde hâkimden elkoyma (kanunun hatalı tâbiriyle, tasdik) kararı almak gerektiğini açıkça belirtmişti. Karar alınmazsa elkoyma işlemi hükmünü kaybederdi (CMUK 92/4).

²⁶⁰⁰ Mülga Kanuna göre, elkoymayı, istisna olarak, savcı emretmiş olsa dahi, açmaksızın derhal hâkime tevdi etmek mecburiyetinde olduğu açıkça belirtilmişti (CMUK 92/3). Elkonulan gönderiler ilgili posta görevlisinin huzuru ile, açmaksızın mühür altına alınıp, derhal elkoyma kararını veya emrini veren hâkim veya cumhuriyet savcısına teslim edilirdi (CMUK 129/2). Kolluk memurları gönderilen içinde bulunduğu zarfları veya paketleri açamazlar.

genişliği itibariyle cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa,“ soruşturmanın sulh ceza hâkimi tarafından yapılması kuraldır (CMK 163/1).

V. İlgilisine haber verme.

Postadaki gönderilere kolluk tarafından hâkim kararı üzerine elkonulduğunda haberleşmenin gizliliği tahdit edilmiş olur. İlgilisinin bu gibi durumlarda devlete karşı bir dava açma sözkonusu olabilir. Bu nedenle soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar vermek olasılığı bulunmadıkça, alınmış tedbirler ilgililere bildirilir (CMK 129/3). Bu tür geri bildirim mükellefiyeti Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından iletişimin denetlenmesi tedbiri açısından da kanunlarda bulunması gereken bir garantidir. İletişimin denetlenmesi bakımından da bu mecburiyeti öngörülür (CMK 137/4).

Postada yapılan elkoyma işlemi soruşturma için zararlı olmadıkça ilgililere bildirilecektir (CMK 129/3). Açılmasına karar verilmemiş olan mektup ve mersuleler derhal ilgililere teslim olunacaktır. Açılıp da alıkonulması icap etmeyenler de keza sahiplerine verilecektir. Alıkonulan bir mektubun soruşturma için gizli tutulmasında fayda görülmeyen kısımlarının sureti, keza sahiplerine yollanacaktır (CMK 129/4).

VI. Postada elkoyma tedbirinin sona ermesi.

Postada elkoyma bakımından, Kanun hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri koşullarını öngörmüş, fakat savcının yazılı emrinin hâkimin onayına bağlı olmasını kabul etmemiştir. Bu nedenle herbiri tek başına hukuken muteberdir. Kolluk tarafından kendisine teslim edilen gönderiyi açan hâkim veya Cumhuriyet savcısı bu gönderinin açılmamasına karar verebilir.

Açmama kararı verilirse, gönderi ilgisine hemen teslim olunur. İkinci ihtimal gönderinin açılıp incelendiğinde, adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığının görülmesidir. Böyle bir karar verildiğinde de gönderilerin ilgililerine hemen teslim olunması sözkonusudur (CMK 129/4).

VII. Avukatın postasına elkoyma.

Suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için adliyenin eli altında olması zorunlu sayılan gönderiler avukatın postası kapsamında olabilir. CMK 130/3 bu ihtimali öngörerek, postada elkoyma durumunda bürosunda arama yapılan avukatın karşı koyması üzerine gönderinin ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hâkime gönderilmesi kuralını öngörmüştür (CMK 130/2). Hâkim postadaki gönderinin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olup olmadığını inceleyecektir.

Yasanın böyle bir düzenleme yapması gereksizdir. Esasen CMK 129 uncu maddenin genel hükümlerine göre bütün gönderilerin mühür altına alınıp hâkim veya C. savcısına teslim edilmesi öngörülmüştür. CMK 130/3. maddedeki düzenleme avukata ek bir güvence sağlamamaktadır. Zira postada elkoyma durumunda, itiraz edebilmeleri için bürosunda arama yapılan avukatın veya baro başkanının öncelikle postada elkoyma işleminden haberdar olması gereklidir. Avukat bakımından sadece “bürosunda arama yapılan avukat” terimi kullanılmıştır. Bu düzenleme bürosunda arama yapılmayan fakat sadece postada elkoyma yapılan bir avukatı, koruma dışı tutar görünümündedir. Ancak genel hükümler avukatları da koruduğu için, bir hak kaybı sözkonusu olmadığından, CMK 130/3 maddenin getirdiği hükmü yersiz bulmaktayız.

397. ELKONULAN EŞYANIN SAKLANMASI, GERİVERİLMESİ veya ELDEN ÇIKARILMASI.

Elkonulan eşyanın saklanması ve geriverilmesi hakkında kanunda norm olmadığı için²⁶⁰¹ yönetmelikle düzenlenmekte idi. Ceza Muhakemesi Kanunu bu durumu düzeltti (CMK 132). Elkonulan eşyanın aynen muhafazası asıl olmakla beraber, bozulacak mahiyette veya kıymetini kaybedecek veya muhafazası külfeti olan suç eşyası satılır veya yönetmelikte belirtilen veya münasip görülen bir mercie teslim edilir. Ancak bunun için hâkim kararına ihtiyaç vardır. Delil için elkoymalarda, “belgeleme” gerekir.

²⁶⁰¹ Mülga CMUK 103. madde, elkonulmuş değil, mağdurdan suç sebebi ile alınmış, meselâ çalınmış eşya hakkında idi.

Elkonulan eşyanın nezdinde elkoyma yapılan kimseye iadesi, dâvaya bakmakta olan yargılama makamının kararı ile olur. Bunun için, kaide olarak, duruşmanın bitmesi ve hükmün verilmesi beklenir. Ancak elkoyma, sebebi kalmamışsa, elkoyma kararı geri alınarak, daha önce iade de mümkündür. Geriverilmeyecek eşya, müsadere olunacak demektir ki bu da müsadere kararı ile olacaktır.

I. Eşyanın saklanması.

1. Eşyanın muhafaza altında tutulması.

Elkonulan eşya Devlet tarafından muhafaza altında tutulur ve değerinin muhafazası ve zarar görmemesi için gerekli tedbirler alınır (CMK 132/4).

2. Eşyanın şüpheli veya bir başka kişiye teslimi.

Elkonulan eşya muhafaza edilmek üzere şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye teslim edilebilir (CMK 132/5). Bu takdirde teminat göstermesi koşuluna da bağlanabilir. İlgili istenildiğinde derhal iade etmek mecburiyetindedir. Teslime soruşturma evresinde Cumhuriyet Başsavcılığı kovuşturma evresinde ise mahkeme yetkilidir (CMK 132/5).

Delil olması için elkonulan bir eşya, delil olarak saklanmasına gerek kalmadığı durumlarda, “rayiç değerinin derhal ödenmesi karşılığında” ilgiliye teslim edilebilir. Bu durumda müsadere kararının konusunu ödenen rayiç değer oluşturur (CMK 132/6).

3. Eşyanın güvenlik kuvvetlerine tahsis edilmesi.

Terör veya örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen ya da Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamındaki suçlar ile göçmen kaçakçılığı²⁶⁰² ve uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçları sebebiyle elkonulan, milli savunma veya iç güvenlik hizmetleriyle doğrudan ilgili silah, mühimmat, araç ve gereç ile sarf malzemesinin delil olarak saklanmasına gerek bulunmaması halinde, bu eşyaların Türk Silahlı Kuvvetleri, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı veya Sahil Güvenlik Komutanlığına tahsis edilmesi, mahallin en büyük mülki amiri tarafından soruşturma evresinde hakim veya kovuşturma evresinde mahkemeden talep edilebilir. Talep üzerine verilen kararlara karşı itiraz edilebilir. Soruşturma veya kovuşturma sonunda elkonulan eşyanın iadesine karar verildiği takdirde iadenin konusunu rayiç değer oluşturur. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Adalet, İçişleri, Maliye ve Milli Savunma Bakanlıklarınca müştereken çıkarılan yönetmelikle belirlenir.²⁶⁰³

4. Eşyanın elden çıkarılması.

Elkonulan eşyanın saklanması, eşyanın zarara uğramasına veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelmesine neden olabileceksen, hükmün kesinleşmesinden önce elden çıkarılabilir (CMK 132/1). Elden çıkarmanın ayrıntıları, Haziran 2005 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan “Suç Eşyası Yönetmeliğinde” düzenlenmiştir.

Elkonulan eşya muhafaza altında tutulduğu sırada zarara uğrama veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesiyle karşı karşıya kalırsa, hükmün kesinleşmesinden önce elden çıkarılabilir (CMK 132/1). Elden çıkarma kararı soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilir (CMK 132/2), elden çıkarma kararı duruşmalı verilir ve önce eşyanın sahibi olan şüpheli, sanık veya ilgili diğer kişiler dinlendikten sonra elden çıkarma kararı kendilerine bildirilir (CMK 132/3).

II. Elkoyma tedbirinin sona ermesi.

Elkonulan eşyanın geri verilmesi için bir karar verilmesi öngörülmüştür. Bu karar resen veya istem üzerine Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından verilir. Elkonulan eşyanın şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait olup, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması durumunda geri verme kararı verilir. Müsadere edilemeyecek olduğu anlaşılan eşyanın da geri verilmesine karar verilir. (CMK 131/1).

²⁶⁰² 28/3/2023 tarihli ve 7445 sayılı Kanunun 9 uncu maddesiyle bu fıkrasına “suçlar ile” ibaresinden sonra gelmek üzere “göçmen kaçakçılığı ve” ibaresi eklenmiştir.

²⁶⁰³ 6136 sayılı Kanun Ek Madde 12- (Ek: 2/1/2017-KHK-680/30 md.; Değiştirilerek kabul: 1/2/2018-7072/29 md.

Elkonulmuş eşyanın geri verilmesi isteminin reddi kararlarına karşı itiraz yolu açıktır (CMK 131/1).

Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkonulmuşsa, bunların suçtan zarar gören mağdura ait olduğunun anlaşıldığında, eşya veya diğer mal varlığı değerleri sahibine iade edilir (CMK 131/2). CMK 128’de düzenlenen bu taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma tedbiri, bunlara delil olarak artık ihtiyaç bulunmaması halinde de sahibine iade edilir (CMK 131/2).

IV. Sürücü belgesinin geri alınması güvenlik tedbiri.

Trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet halinde üç aydan az, üç yıldan fazla olmamak üzere sürücü belgesinin geri alınması güvenlik tedbirine karar verilebileceği için (TCK 53/6), sürücü belgesini elkoyma mümkündür. Bu yaptırım mülga Ceza Kanununda yoktu.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 118 inci maddesine göre, bu Kanunun suç saydığı bir fiilden dolayı haklardan ceza uygulanan sürücülere, aldıkları her ceza için ceza puanı verilir. Diğer yandan, bu kanunun 41 inci maddesinin (e) bendinde gösterilen suçlardan mahkûm olanların²⁶⁰⁴ sürücü belgelerinin süresiz olarak geri alınması, diğer cürümlerden mahkûmiyet halinde ise ceza süresini geçmemek üzere ve hürriyeti bağlayıcı ceza infaz edildikten sonra yerine getirilecek olan, sürücü belgesinin geçici olarak geri alınması kararı verilebilir (KTK 119). Karayolları Trafik Tüzüğünde de trafik polisince, sürücü belgelerinin geri alınmasının şartları²⁶⁰⁵ düzenlenmiştir.

Bununla birlikte, KTK sürücü belgesinin geri alınmasını bir ceza olarak düzenlemiş bulunmaktadır.

Kara Yolları Trafik Kanununda, “süresiz” ve “geçici” olmak üzere ikiye ayrılan “sürücü belgesinin geri alınması”, ayrıca iki ayrı hukuki nitelik arz etmektedir: İşlenen suçlar nedeniyle, ferî ceza niteliğinde geri alma: (KTK 119/1, KTK 41) ve ihtiyati tedbir niteliğinde geri alma: Ölümle sonuçlanan trafik kazasında asli kusurlu olan sürücünün belgesinin 1 yıl süre ile geri alınması (KTK 118/5) ve bir yıl içinde üç defa 100 ceza puanını dolduran kişinin sürücü belgesinin süresiz iptal edilmesi (KTK 118/4).²⁶⁰⁶

²⁶⁰⁴ Mülga Kanunda şu maddeler yer almakta idi: TCK 403, 404, 414, 415, 416/1-2, 418/1, 435, 436, 448, 450, 491, 493, 495, 499, 503, 504, 505, 506, 508, 509 ve 510 ayrıca 416/3, 429, 430, 431, 432.

²⁶⁰⁵ KTT 101: Sürücünün sağlık durumunun araç sürmesine engel teşkil ettiği görülürse, sürücü belgesinin sahte olduğu, hile ile alındığı tespit edilirse zabıtaca geri alınması kabul edildiği gibi, incelenmek üzere, trafik denetimi için alınması da kabul edilmiştir (KTT 102). Tüzükte sayılan durumlar dışında geçerli bir neden olmadan ehliyetin geçici bir şekilde de olsa geri alınması kabul edilmemiştir. Diğer taraftan alkollü içki, uyuşturucu ve keyif verici maddelerin etkisi altında araç sürenlerden güvenli sürme yeteneklerini kaybeden sürücüler derhal araç kullanmaktan men olunur ve haklarında para cezası ile 1-3 ay sürücü belgesinin geri alınması cezası tertip olunur. Tekerrür halinde, para cezası ve sürücü belgesinin geri alınmasıyla birlikte altı aydan az olmamak üzere hafif hapis cezası hükmolunur (KTK “2003.4785” 48).

²⁶⁰⁶ Bu konuda Yargıtay aşağıdaki kararları vermiştir: (a) “Sürücü belgesinin daimi veya geçici olarak geri alınması” müeyyidesi mesleki şoförlük olmayanlar için çok önemli bir “hak kaybı” mesleği şoförlük olanlar için ise bunun yanında bir çeşit “meslek ve sanatın tatili” cezası niteliğinde olup unsurları”, kapsamı, doğurduğu sonuçlar” uygulama biçimi gözönünde tutulduğunda tipik bir “fer’î ceza” olduğunda kuşku bulunmamak gerekir. CMUK nun 305 inci maddesinde açıklanan “temyizi kabil olmayan hükümler” arasında sayılmamış olması nedeniyle de, “Ehliyetin geri alınması” cezasına ilişkin hükümler Yargıtay denetimine tabidir (CGK 28.11.1983 (E. 1/265, K. 385: EU. 1991, 27). (b) Hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan hükümlü bir şoför veya sürücünün ehliyetnamesinin, bu suç 6085 sayılı Yasanın 26 inci maddesinin (G) bendinde yazılı suçlardan olduğundan, sürekli olarak geri alınmasına karar verilir; yeni ehliyetname almak için başvuruda bulunan bir şahıs daha önce hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan hükümlü olsa bile, eğer bu suçtan veya bu bentte yazılı diğer suçlardan mükerrer olarak hükümlenmemişse, kendisine ehliyetname verilmesi gerekir (CGK 3.3.1986 (YKD 1986, 874). (c) Mağdureyi evlenmek amacı ile kaçıran 1.2.1965 doğumlu olan sanık Asım, suç tarihinde 15 yaşını bitirmediğinden M.K. m. 88’e göre hâkim izni ile dahi evlenemeyeceğinden sanık hakkında TCK nun 433.ncü maddesinin tatbiki yasal değildir. Mahkeme masraflarının tahsili suretinde CMUK nun 408. maddesinde bulunmayan ve müteselsil kelimesinden tamamen ayrı bir anlam taşıyan (mütesaviyen) tabirinin kullanılması doğru değildir. 3. 18.6.1985 tarihinde yürürlüğe giren 2918 sayılı Yasa’nın 119/2. maddesi sürücü belgesinin geri alınması yönünden sanıklar yararına hüküm getirmiş olup, karardan sonraki bu yasal düzenlemeye ve TCK.nun 2/2. maddesi açıklığına göre durumun yeniden takdiri ile inceleme yapılması zorunludur (5 CD 10.4.1986 (K. 1986/1820; E. 1986/5408). (d) 2918 Sayılı Yasanın 48/4. maddesine göre Yönetmelikte belirtilen miktar üzerinde alkollü içki kullandıkları belirlenenlerin cezalandırılacakları hükme bağlanmıştır. Buna göre eylemin suç olup olmayacağı, alınan alkol miktarı ile bağıntılıdır. 12 Eylül 1985 gün ve 18.866 sayılı Resmi Gazetenin mükerrer sayısında yayınlanarak yürürlüğe giren Yönetmeliğin 110. maddesi hükmünden, 0.50 promilin altında alkol alındığı belirlenen oto sürücülerinin eylemlerinin suç oluşturmayacağı anlaşılmaktadır. Yürürlükten kaldırılan 6085 sayılı Yasanın 58/C maddesi, alkol miktarında herhangi bir ayırım yapmaksızın alkollü içki kullanılan şoför ve sürücülerin cezalandırılacaklarını yaptırma

V. Mukayeseli hukuk.

Alman Ceza Kanunu “sürücü belgesinin geri alınmasını”, ceza, emniyet tedbiri ve koruma tedbiri şeklinde olmak üzere, üç türde düzenlemiştir.

1. Fahrverbot (araç sürme yasağı).

“Araç sürme yasağı” (StGB 44), ferî ceza olarak Kanunda açıkça yer almaktadır. Ceza niteliğinde olduğu için, kusur olmadıkça bu ferî ceza uygulanamaz. İdari kabahat türündeki trafik suçlarında uygulanan “araç sürme yasağı” vardır.²⁶⁰⁷

2. Sürücü belgesinin geri alınması (Entziehung der Fahrerlaubnis: StGB 69-69b).

Trafik güvenliğini sağlamak amacı ile uygulanan bir emniyet tedbiridir. Failin kusurlu olması aranmadan hükmedilen bir tedbirdir. Failin yeniden ehliyet alması gerekir.

3. Sürücü belgesinin geçici olarak geri alınması (vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis: StPO 111a).

bağlamıştır. Her iki yasa hükümleri karşılaştırıldığında para cezası yönünden önceki hüküm lehe görülmekte ise de; alkol miktarına göre ceza yaptırımını düzenleyen sonraki yasanın sanık lehine olduğu aşikardır ve TCK.nun 2/2. maddesi uyarınca lehe olan yasa tatbik ve infaz olunmalıdır. Bu durumda, 2918 sayılı Yasanın 48 ve Karayolları Trafik Yasasının 110. maddesinde belirtilen soruşturmalar yapıldıktan sonra, mülga TCK nun 2/2. maddesi de gözetilerek soruşturmalar yapıldıktan sonra, mülga TCK nun 2/2 maddesi de gözetilerek sonucuna göre sanık hakkında bir hüküm kurulmalıdır (7 CD 29.12.1986 (E. 7/543, K. 625: USM 1987, 230). (e) 2918 sayılı yasanın 36/3 ncü maddesine göre suçun “tekrarlandığı”nın kabul edilebilmesi için, sanık hakkında usule uygun şekilde dava açılması, hukuken geçerli mahkumiyet kararı verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi şarttır. 2918 sayılı yasanın 112/2 nci maddesinde “bu kanunda yazılı suçları işleyenler hakkında duruşmalar, 3005 sayılı kanunun 1 nci maddesinin (A) bendindeki yer ve aynı kanunun 4. maddesindeki zaman kayıtlarına bakılmaksızın sözü edilen kanun hükümlerine göre yapılır”. 113 ncü maddesi de “trafik mahkemeleri ve yetki verilen sulh ceza mahkemelerinde sadece sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınması cezasını gerektiren davalara duruşmasız bakılabilir” denilmektedir. 2918 sayılı yasanın yukarıda içeriği açıklanan amir hükümlerine uyulmaksızın evrak üzerinde yapılan inceleme sonucu ceza karamamesi ile verilen ve kesinleşen bir hüküm, “suçun tekrarlandığı”nın yasal ve geçerli dayanağı kabul edilmeyeceği gibi; kısaltma olarak CMUK’nun 343 ncü maddesi gereğince hükmün bozulması halinde yeniden yargılama yapılmayacağı ve sanık aleyhine tesir etmeyeceği gözönünde tutulduğunda yazılı emir yoluna başvurulmasını beklemekte de bir yarar ve sonuca etkili durum bulunmamaktadır. Bu durumda, 2918 sayılı yasanın 36 ncü maddesinin 3 ncü fıkrasının 1. cümlesinin uygulanması suretiyle sanığa ceza verilmesi gerekmektedir (CGK 1.6.1987 (E. 7-191, K. 334; V. Savaş). (f) TCK.nun 76 ncü maddesi gereğince fer’î ceza olan sürücü belgesinin geri alınmasının her suç için ayrı ayrı uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde cezaların içtimaından sonra tek olarak uygulanması, bozmayı gerektirmiştir (5 CD 15.2.1988 (E. 762, K. 4678: EU 1991, 160). (g) 2918 sayılı Kanun’un 48. maddesinin 4. fıkrasına göre sürücü belgesinin geri alınması, bu suçun tekrarı halinde mümkün olup aynı Kanun’un 112. maddesinin 7. fıkrasında daha önce verilmiş hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıl içinde aynı suçun işlenmesinin (suçun tekrarı) sayılacağı belirtildiği cihetle, icabında bu hususun araştırılması ve sonuca göre hüküm tesisi gerektiği halde özel tekrür halinin oluştuğu tespit edilmeden sürücü belgesinin iki ay süreyle geri alınmasına karar verilmesi doğru değildir (2 CD 15.3.1988 (K. 1988/1345; E. 1988/1340; YKD Ağustos 1988). (h) Temyizi kabil olmayan ağır para cezasına bağlantılı olarak, sürücü belgesinin daimi veya geçici olarak geri alınmasına da karar verilmesi halinde, hükmün Özel Dairece temyiz incelemesine tabi tutulması gerekir (CGK 6.6.1988 (E. 1988/6-202; K. 1988/245; USM 1991; 397). (i) 3092 sayılı Kanunla 4223 sayılı Kanunun kaldırılması suretiyle çayların devlet tekelinden çıkarılarak gümrük eşyasına dönüştürülmesi ile 3217 sayılı Kanun uyarınca lehe durumun oluştuğu dikkate alınmadan dava konusu kaçak kabul edilen çayların gümrüklenmiş değeri yerine özel yasasıyla cif değer toplamı üzerinden tazmini para cezasının eksik tayini, 2- Dava konusu 16 kilo çaydan bir kilosunun ve bir kilo kahvenin 23 sayılı zati eşya listesi kapsamında ve bir adet televizyon anteninin de hediyeelik eşya olarak muaf oldukları halde cezaya esas alınması, 3- Sadece para cezasına hükmedildiği gözetilmeden 2918 sayılı Kanun’un 119/2. maddesiyle sanığın sürücü belgesinin geçici olarak geri alınmasına karar verilmesi, Yasaya aykırıdır (7 CD 17.5.1989 E. 1989/3948; K. 1989/4928; YKD Kasım-Aralık 1989). (j) 1632 sayılı Askeri Ceza Yasasının “Askerlik haysiyetine ve şerefine dokunan suçlar ve cezalar” başlıklı 11. faslındaki 152/1. maddesi, “ırz ve namusa tecavüz eden askeri şahıslar hakkında TCK nun 8. babında yazılı cezalar tatbik olunur” hükmünü içermekte olmasına, iddianamede uygulanması istenen mülga TCK nun 429, 416/1, 417. maddelerinin 8. babta yer alması, isnat olunan suçun ırz ve namusa tecavüzü nitelik taşıması ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nin konu ile ilgili ilke kararlarına göre suç tarihinde asker olan sanık Ekrem hakkında açılan kamu davasına bakma görevinin askeri mahkemeye ait olduğu ve görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden duruşmaya devam olunması, zorla ırza geçme eyleminin aynı zaman ve yerde birden ziyade kimseler tarafından işlendiği gözetilmeyerek sanık Muammer hakkında TCK.nun 417. maddesinin uygulanmaması, sulh ceza hâkimi önündeki beyanına rağmen sanık Muammer’in sürücü belgesi olup olmadığının araştırılmaması, noksan yargılama giderine hükümlenmesi kanuna aykırıdır (5 CD 23.5.1990, E. 1990/1957; K. 1990/2880; YKD Ocak 1991). (k) Hürriyeti bağlayıcı ceza 647 sK. m. 4/4 uyarınca para cezasına çevrilse dahi sürücü belgesi geçici olarak geri alınır (2918/41 ve 119) veya CGK 23.5.1988 tarihli kararında belirtildiği gibi, TCK 402 uyarınca meslek ve sanatın tatiline karar verilir (CGK 3.2.1992 E. 1992/328, K. 1992/2).

²⁶⁰⁷ Fahrverbot (StVG 25) (zusätzliche Sanktion als Verkehrsordnungswidrigkeit):

Görülmede olan bir dava sırasında, kesin hükme kadar sürücü belgesinin geri alınması hâkim tarafından karara bağlanabilir.

Görüldüğü gibi, Alman Hukuku, «sürme yasağı» ile «sürücü belgesine elkonulması»nı birbirinden ayırmaktadır. Motorlu bir taşıma aracının sürülmesi ile bağlantılı olarak veya bir motorlu taşıt sürücüsünün görevlerini ihlâl etmek suretiyle işlenen suçlardan dolayı hürriyet bağlayıcı cezaya veya para cezasına mahkûm edilen kişiler hakkında, mahkeme 1 aydan 3 aya kadar *karayolu trafiğine katılarak taşıt sürmeyi yasaklayabilir* (StGB 44/1). Böyle bir sürme yasağı hükmedildiğinde, sürücü belgesinin resmen muhafaza altına alınması sözkonusu olabilir (StGB 44/3).

Bu düzenleme, Alman Hukukunda bir fer’i ceza (*Nebenstrafe*) olarak düzenlenmiştir. «Müeyyide» olarak, sürücü belgesinin dayanağı olan «yetkinin geri alınması» ise (*Entziehung der Fahrerlaubnis*), bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir: Motorlu bir taşıtın kullanılması ile bağlantılı olarak veya bir taşıt sürücüsünün vecibelerini ihlâl ederek gerçekleştirdiği bir fiil dolayısıyla mahkûm olanlar ile, sadece kusur ehliyeti bulunmadığı için mahkûm edilmemiş olan kişilerin gerçekleştirdikleri fiilden «motorlu taşıt kullanmaya ehil olmadıkları» ortaya çıkarsa, mahkeme bu kişilerin araç sürme yetkilerini geri alır. Alman Hukukunda sürücü belgesinin geçici olarak geri alınması da mümkündür.

New York Eyaletinde alkollü araç kullanan sürücülerin mahkeme önüne çıkarıldıkları günden başlamak üzere 30 gün süre ile sürücü belgelerinin askıya alınmasını öngören bir kanun vardır.²⁶⁰⁸

398. c) SUÇLA İLGİLİ OLMAYAN EŞYA ve ALACAKLARA ELKOYMA.

I. Genel bilgiler.

Para cezasının veya suçla ilgisiz eşyanın müsaderesi cezasının yerine getirilememesi tehlikesinden korunmak için de koruma tedbirine ihtiyaç duyulabilir. Bunlara çok defa *ihtiyati haciz* denilmektedir. Bunlar, koruma tedbiri olan *elkoyma*’dan sadece amaç bakımından ayrılmakta olup nitelik bakımından farklı şeyler değillerdir (No. 391). Bu konuda şu misaller gösterilebilir:

a) Para cezalarının ödenmemesi tehlikesi olabilir. Eğer tehlike yakınsa yani gecikmeye bir diğer söyleyişle maliyenin yapacağı bir haczi beklemeye işin tahammülü yoksa, sanığın cezasına yetecek mal ve alacaklarına²⁶⁰⁹ ihtiyati haciz de denilen elkoyma tedbirine başvurulur. Amme alacaklarının tahsili hakkındaki 53-6183 numaralı kanun, para cezasını gerektiren bir fiil dolayısı ile kamu davası açılması halinde tehlikeyi kabul etmekte ve ihtiyati haciz yetkisini alacaklı kamu idaresinin mahalli en büyük memuruna vermektedir (m. 13).

b) Milli koruma kanununa göre, bazı suçlarda, failin dükkân, mağaza, ticarethane, fabrika, imalathane ve benzeri ticari ve sınai faaliyetlerinin ve hissesine münhasır olmak üzere iştiraklerinin İcra ve İflas Kanunu hükümlerine uyularak tasfiyesine ve artan kısmın müsaderesine hükümlenacaktır. Ancak sanığın mallarını son karara kadar kaçırması tehlikesi bulunduğundan bunu önlemek üzere, soruşturmaya başlanır başlanmaz sanığın bu sayılan yerlerde bulunan malları üzerine derhal *ihtiyati tedbir* ve alacakları üzerine de *ihtiyati haciz* konulur (MKK 57, III/3).²⁶¹⁰

II. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamına giren suçlarda ihtiyatî tedbir.

Bu kanun kapsamına giren suçlarda, eser üzerinde meydana gelebilecek zararın giderilebilmesi ve eser sahibinin haklarını koruyabilmek için, mahkeme kararı ile ihtiyatî tedbir alınabilir (FSEK “2001-4630” 77). İleri sürülen iddiaların gerçekleşmesi tehlikesi varsa, mahkeme bir işin yapılmasını veya yapılmamasını emredebilir, bir eserin çoğaltılmış nüshalarına veya kalıp vs. gibi çoğaltmaya yarayan

²⁶⁰⁸ 1992 yılında New York ehliyetinde 66.004 kişi alkollü araç kullanmakla suçlanmış, bunların 7.527 si (% 11,40) beraat etmiş, 34.202’si (% 51,82) (*driving while ability impaired*) suçlamasında mahkum olmuş, 24.275’i (% 36,78) ise *driving while intoxicated* (DWI) suçundan mahkum olmuşlardır (Press and Sun Bulletin, 15 Ağustos 94, 2B).

² CGK 25/12/72 İKİD 73, 1840.

589) Kanun, bu koruma tedbirlerinin alınmasını mecburi kılmış yani koruma tedbirlerinin iki ön şartının gerçekleşeceğini önceden kabul etmiştir. Bu peşin kabulün her olayda isabetli olmaması mümkündür. Hem bu şartlar aranmalı, hem de tedbire lüzum olup olmadığı araştırılmalı, yani ihtiyarilik esasından ayrılınmamalı idi.

vasıtalara elkoyma kararı verebilir. Bu tedbir hem ceza davasında hem de hukuk davasında uygulanabilir.²⁶¹¹

399. ç) GAİPLERİN ve KAÇAKLARIN MALLARINA ELKOYMA.

I. Mülga Kanuna göre gaiplik.

Gaiplik son soruşturma engelidir. Gaipler hakkında duruşma yapılamayacağı ve para cezasına hükmolunamayacağı için, CMUK “haciz, adını verdiği bir tedbir öngörmüştü (CMUK 286).

Gaipler hakkında elkoyma CMUK’da iki çeşitti: belli eşyaya elkoyma ve genel elkoyma olarak. Hükmolunabilecek olan para cezasının en yüksek haddini ve muhakeme masraflarını ödemeye yetecek miktarda eşyası hâkim kararı ile elkonabiliyordu. Bu elkoyma İcra İflas Kanununa göre yapılıyordu (CMUK 276).²⁶¹²

Genel elkoyma sanığın Türkiye’deki bütün mallarına sulh hâkimi kararı ile elkonulması idi (CMUK 277 ve 283). Genel elkoyma devletin şahsiyetine karşı cürümler olan mülga TCK 125, 173 ile ölüm ve ağır hapis cezasını gerektiren suçlarda mecburi idi (mülga CMUK 283/2). Resmî Gazetede yapılan ilandan sonra hüküm ifade ediyordu (CMUK 285).

II. CMK hükümlerine göre gaiplik durumunda elkoyma.

Ceza Muhakemesi Kanunu uluslararası standartlara uygun bir şekilde, gaiplik kurumunu büyük ölçüde kaldırmış ve sadece delillerin korunması için gereken işlemlerin yapılmasına izin vermiştir (CMK 244). CMK gaipler hakkındaki elkoyma hükümlerini kaldırmıştır. Sadece delil koruma işlemlerine izin vermiş (CMK 244/1) ve mahkeme önüne gelmesi için ihtar yapılmasını düzenlemiştir (CMK 245).

Gaip hakkında duruşma açılmaz. Soruşturma işlemleri sırasında müdafii hazır bulunabilir (CMK 244/3).

III. Kaçak hakkında elkoyma.

Hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye “kaçak” denir (CMK 247/1).

Kaçakların duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye’de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına, amaçla orantılı olarak, sadece bu Kanunda liste olarak sayılan suçlarda, mahkeme kararı ile elkonabilir (CMK 248/1, 2).

Kanun, kaçağa “tutuklanmama güvencesi” verilmesini de kabul etmiştir (CMK 248/7).

IV. Elkoyma ile ilgili kuralların ihlali nedeniyle hukuka aykırı hale gelen deliller

Elkoyma ferdin mülkiyet hakkına veya mal üzerindeki zilyetliğe müdahale teşkil eden işlemlerden olduğu için, prensip olarak, önceden verilmiş bir hâkim kararına dayanılarak yapılabilir. Bununla birlikte, bazı istisnaî hallerde hâkim kararı olmadan yapılan elkoyma işlemi hukuka uygundur.

Gecikmede tehlike bulunan hallerde Anayasa “adli soruşturma ve kovuşturma” bakımından bir istisna öngörmüştü (AY 20/2). Bu istisnanın Anayasa metninden 2001 yılında çıkarılmış olması, adli aramaların yapılamayacağı anlamına gelmez (Any “2001-4709” 20/2). Değişiklikte örnek alınan İHAS 8’de bulunmayan bu istisna “başkalarının haklarının korunması” sebebinin içinde saklıdır. Gecikmede sakınca (tehlike) bulunan hallerde, kanunun yetkili kıldığı merciin emriyle, üstte ve konutta arama yapılabilir (AY “2001-4709” 20/2).

²⁶¹¹ *Yarsuvat* 1976, 240.

²⁶¹² Belli suçların gaip sanıklarının yurda dönmeğe zorlamak için, onları vatandaşlıktan çıkarmak ve Türkiye’deki malların hazinece tasfiye etmele tehdit edilebilmelerini öngören kanun değişikliği (TVK “81-2388” m. 25: g. 35), tasfiye sonunda gaip nam ve hesabına bankaya yatacak paranın akibeti açık olmadığından ve muhtemel malî cezanın karşılanması amacıyla başvurulmuş elkoyma sınırını aşarak, gaibin yurda dönmemesiyle cezaya dönüştüğünden, muhakemesiz ceza olmaz ilkesine aykırıdır ve demokrasiye dönüşen bir ülkede artık yeri olmamak gerekir (Benzer eleştiri için Bkz. *Öztürk* 151).

Kamu düzeni ile anayasal hak ve özgürlükleri korumak amacı ile, vali ve kaymakama yetkiler verilmiştir (PVSK “2002-4771” 9). Elde edilen delilin 24 saat içinde hâkim kararına sunulması Anayasa emridir. Hâkim arama ve elkoymada hukuka aykırılık görürse, bu deliller, «kanuna aykırı» olur.

1. Elkoyma

USSC Silverthorne Lumber Co. v. U.S. 1920

Birtakım belgelere, bir karara dayalı olmadan ve makul şüphe bulunmaksızın elkonulmuştur. Belgelerin fotokopisi çekilmiş ve orijinaleri iade edilmiştir. Belgelere elkonulması ve fotokopileri üzerinde çalışılması, mahkeme tarafından hukuka aykırı bulunmuştur. Mahkeme, elkoyma işlemini hukuka aykırı bulmasının yanı sıra, fotokopilerinin de kullanılmayacağına hükmetmiştir.

2. Muhafaza altına alma: Şüphelinin kendiliğinden verdiği eşya

CGK 16.5.2019, E. 2016/20-1062, K. 2019/441; Şüphelinin kendiliğinden verdiği eşya delil olarak kullanılabilir

Kolluk görevlileri tarafından durdurulan ve kaba üst araması yapmak istedikleri şüphelinin cebinden çıkarttığı uyuşturucuyu kolluk görevlilerine teslim ettiği ve muhafaza altına alınan uyuşturucu madde hukuka uygun olarak elde edilmiş bir delildir. Buna karşılık sanığın cüzdanı arasında yapılan arama işlemi için yazılı emir veya karar alınması gerekli olduğundan bu şekilde elde edilen delilin hükme esas alınamayacağı kabul edilmiştir. Sanığın yakalama sonrasında çalan telefonunun açtırılarak tanık ile yaptığı görüşmenin sesinin hoparlöre verilmesi ve dinlenmesi yoluyla elde edilen delil hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olup hükme esas alınmaz.

CGK 20.12.2018 E.2016/10-1014, K. 2018/664; Şüphelinin kendiliğinden verdiği eşya delil olarak kullanılabilir

Kolluk görevlilerince durdurularak üzerinde herhangi bir suç unsuru taşıyıp taşımadığı sorulan sanık pantolonunun ön ve arka ceplerinden çıkarttığı uyuşturucu maddeleri görevlilere teslim etmiştir. Bunun üzerine uyuşturucu maddeler muhafaza altına alınmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu olayda sanığın üzerindeki uyuşturucu maddeleri görevlilere kendiliğinden teslim etmek suretiyle, hukuka uygun olarak kullanılacak deliller verdiğini ve kendi suçunu ortaya çıkarttığı içinde sanığın TCK 192/3 uyarınca etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması gerektiğine karar vermiştir. Söz konusu kararda Yargıtay durdurma ve kontrol kavramlarını açıklamış, koruma tedbirleri hakkında genel bilgiler vermiş, arama çeşitleri olarak önleme araması ve adli arama kavramlarını açıklamış ve etkin pişmanlığa ilişkin doyurucu bilgiler vermiştir.

CGK 20.12.2018 E.2016/10-1014, K. 2018/664; Durdurulan kişinin uyuşturucu teslim etmesi

Kolluk görevlilerince durdurularak üzerinde herhangi bir suç unsuru taşıyıp taşımadığı sorulan sanık pantolonunun ön ve arka ceplerinden çıkarttığı uyuşturucu maddeleri görevlilere teslim etmiştir. Bunun üzerine uyuşturucu maddeler muhafaza altına alınmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu olayda sanığın üzerindeki uyuşturucu maddeleri görevlilere kendiliğinden teslim etmek suretiyle, hukuka uygun olarak kullanılacak deliller verdiğini ve kendi suçunu ortaya çıkarttığı içinde sanığın TCK 192/3 uyarınca etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması gerektiğine karar vermiştir. Söz konusu kararda Yargıtay durdurma ve kontrol kavramlarını açıklamış, koruma tedbirleri hakkında genel bilgiler vermiş, arama çeşitleri olarak önleme araması ve adli arama kavramlarını açıklamış ve etkin pişmanlığa ilişkin doyurucu bilgiler vermiştir.

48. § 4. BİLGİSAYARDA ARAMA

399-1. BİLGİSAYARDA YAPILAN ARAMA.

I. Bilgisayarlarda arama yapılması hakkında genel bilgiler.

1. Bilgisayar verisi.

Bilgisayar verileri elle tutulamayan, gözle de görülemeyen elektrik devrelerinden oluşur. Bunların ceza muhakemesinde *delil* olarak kullanılması için *özel bir arama kararı* verilmesi gerekir. Bunun dışında, iki kişi arasında elektronik ortamda iletişim sağlandığı sırada, canlı olarak gerçekleşen iletişime ilişkin verilerin içeriklerin ele geçirilmesi, ağa bağlı bilgisayarlara dışardan girerek, bilgisayarın içinde arama yapılması da ayrı bir işlem tipidir. Bu yöntemler uygulanarak, *yabancı bir ülkede* bulunan bir bilgisayara yurt dışından girilmesi ve uluslararası alanda faaliyet gösteren *sınır aşan suçlarda* araştırma yapılması, *klasik ceza muhakemesi* hukukunun yakın dönemlere kadar hiç bilmediği, *yeni* araştırma usulleridir. Maddi ceza hukukunda ortaya çıkan *bilişim alanındaki suçlar* gibi (TCK 243 vd), ceza muhakemesi hukukunda da *verinin özel yapısına uygun* bir şekilde, yeni düzenlemelere kavuşturulması gereklidir. Bilgisayarın içinde olan veya internet üzerinde dolaşan, elle tutulamayan ve gözle görülemeyen veriler, ceza muhakemesi hukukunda kendine özgü bir delil hukuku yaratmıştır. Bu nedenle, İnternet'e giren bilgisayarlar arasında yapılan iletişim bilgileri ile, ağa giren bilgisayarın o sırada nerede bulunduğu tespit edilmesine ilişkin bilgilerin, servis sağlayıcıları tarafından belli bir süre saklanması mecburiyeti vardır. Bilgisayarlardaki kayıtlar gerçeğin açığa çıkarılması yönünden ceza davasında delil, iz, eser ve emare olarak kullanılabilir. Bu itibarla madde hem bu olanağı sağlamak hem de bireysel yararları saklı tutmak amacıyla, bilgisayar program ve kütüklerinde arama yapılmasını belirli koşullara tabi kılmış bulunmaktadır.²⁶¹³

2. Ceza muhakemesi hukukunda bilgisayarlarda arama.

a) Siber Suç Sözleşmesindeki düzenleme.

Avrupa Konseyi 23.10.2001 tarihinde ETS 185 sayılı bir *Siber Suç Sözleşmesi* hazırlamıştır. Bu Sözleşmeye göre, bilişim suçlarında yapılacak ilk ve en önemli iş, toplanarak saklanmış olan bilgisayar verilerinin değışmeden muhafaza edilmesini sağlayacak bir şekilde koruma altına alınması hususudur. Siber Suç Sözleşmesinin 16. maddesine göre, *veri içeriği ve bu veriye ilişkin sinyal bilgisi* birlikte ele alınarak, bunların kaybolmaları ve değıştirilmeleri önlenecek ve böylece muhafaza altına alınacaktır. Dikkat edilmelidir ki, bu aşamada verinin içeriğine girme, bir anlamda bunu *okuma* söz konusu değildir. Amaç, delil olabilecek nitelikteki bir verinin içeriğinin nasıl oluştuğu, ne şekilde değıştirildiği, hangi yolları izleyerek o bilgisayara ulaştığı gibi hususların, kuşkuya yer bırakmayacak bir şekilde güven altına alınması ve bu *veri içeriğinin* delil olarak ilerideki bir tarihte mahkeme önünde tartışmasız bir şekilde ortaya konmasını sağlamaktır. Bu işleme teknik lisanda *quick freeze* denilmektedir. Sinyal bilgileri de muhafaza altına alınacağından, verinin naklinde rol oynamış olan “servis sağlayıcıların” da belirlenmesi gerekecektir.

Sözleşmenin öngördüğü sisteme göre, bilgisayar verisini elinde veya denetimi altında bulduran kişiye yönelik olarak bir hâkim kararı verilecek ve hâkim bu kişiye bilgisayarı en fazla 90 gün süre ile *dondurmasını* emredecektir. 90 günlük sürenin uzatılması da mümkündür (m. 16/2).

Bu karar tipinde bir de bilgisayarı veya bilgisayar verisini nezdinde bulduran kişiye yönelik bir *gizli tutma emri* de öngörülmektedir. Kararın muhatabı olan kişi, hâkimin öngöreceği süre zarfında böyle bir kararın varlığını gizli tutmakla yükümlendirilebilmektedir (m. 16/3).

Hâkimin verdiği bu kararlara uymayan kişi hakkında Sözleşmenin 14 ve 15 inci maddeleri çerçevesinde yaptırım uygulanabilecek ve ilgili hakkında muhakeme hukuku garantileri öngörülecektir (m. 16/4).

Sözleşmenin öngördüğü diğer önemli bir düzenleme, verinin geriye doğru takip edilmesini mümkün kılan sinyal bilgilerinin 17 inci maddede öngörülen özel bir usul çerçevesinde kısmi bir şekilde açıklanması mecburiyetidir. Sözleşmenin 17 inci maddesindeki düzenleme ile, veri trafiğine bir veya birden fazla servis sağlayıcısının katılıp katılmadığı, muhatabın kendisine veya muhatap tarafından tayin edilen kişiye bildirilerek, bunun servis sağlayıcılarını denetlemesi, doğruluğunun belirlenmesinin mümkün kılınması amaçlanmıştır.

²⁶¹³ 7.3.2003 tarihli CMUK Tasarısı ile CMUK'un bir maddesinde değışiklik yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklennesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, (1/535, 1/292) sayı: B.02.0.KKG.0.10/101-508/1020.

Sözleşme ile ayrıca *veriyi teslim etme yükümlülüğü* doğuran bir karar tipi yaratılmıştır. Sözleşmenin 18 inci maddesinde *production order* adı verilen bu karar ile, hâkim nezdinde veya zilyetliğinde, hatta denetimi altında bilgisayar ortamında saklanan veri bulunduran bir kişiye ve servis sağlayıcısına, *ileride delil olabilecek nitelikte bilgiler taşıyan bir veriyi* teslim etme mecburiyeti konulmasını öngörülmektedir.

Görüldüğü gibi, klasik Ceza Muhakemesi Hukukunda mevcut bulunan, elinde delil olabilecek bir şey bulunduran kişiye, bunu Devlete teslim etmesi anlamında bir *muhafaza altına alma kararı*, rıza ile vermezse *elkoyma kararı* veya tanığı tanıklık yapmağa mecbur etmek için kullanılan *zorlama hapsine* benzeyen, bir yeni karar tipi yaratılmıştır. Bu karara uymayanlar hakkında, Sözleşmenin 14 ve 15 inci maddelerinde öngörülen yaptırımlar ve hukuki garantiler uygulanabilecek veya sağlanacaktır.

Production order ile servis sağlayıcılar açısından ayrı bir yükümlülük daha getirilmiştir: servis sağlayıcı hakkında verilen hâkim kararı ile, servis sağlayıcısından hizmet alan kişinin kimliği, posta adresi veya oturduğu adres, telefon numarası, yaptığı ödemelerin banka bilgileri, servis sağlayıcı ile yaptığı sözleşmenin ayrıntıları ile, servisten yararlandığı süre içerisinde aldığı hizmetin ayrıntıları, kullandığı aletin iletişim nitelikleri gibi ayrıntılı bilgileri, servis sağlayıcı Devlete bildirmek mecburiyeti altına sokulmuştur.

Sözleşmenin can alıcı hükmü, yukarıda açıklanan usul kuralları çerçevesinde elde edilmiş bilgisayar verisinde arama yapılması ve buna teknik anlamda elkonulması ile ilgili olan 19 uncu maddedir. Buradaki “arama”, bilgisayar verisine girmek anlamındadır.

Bilgisayarda arama yapmak için, ya bilgisayar sistemine girmek veya bilgisayarda kayıtlı bulunan verinin içine girmek ve de bilgisayar verisi saklanan bir ortama girmek gibi üç ayrı işlem tipi düzenlenmiştir. Bilgisayarda arama yapmak kararı veren hâkimin hangi işlemin yapılacağını kararında göstermesi gerekir.

Diğer bir ifade ile, hazırlanacak olan mevzuatta belli bir bilgisayar sisteminin tümüne mi, yoksa bir kısmına mı girileceği açıklanmalı ve hâkimin bu kararı verirken *siber suç* içerikli verinin bu bilgisayarda bulunduğu konusunda makul şüphesinin bulunması gerekli olduğu da açıklanmalıdır. Eğer hâkim kendi milli yetkisi içinde bulunan başka bir bilgisayar sisteminde siber suç verisi bulunduğu konusunda makul şüpheye ulaşırsa, aramanın acele olarak diğer sisteme girilerek yapılması konusunda da aramayı genişletici bir karar verebilir (m. 19/2).

Bilgisayar ortamında yer alan bilişim verilerinin delil olarak kullanılabilmesi açısından, bunların toplanması, elde edilmesi sırasında uyulması gereken kurallar Siber suç Sözleşmesinin 14 ila 21. maddelerinde ve buna ilişkin açıklayıcı raporda²⁶¹⁴ açıklanmıştır.

Siber Suç Sözleşmesi taraf ülkelere bir suça ilişkin elektronik ortamda delil toplanabilmesini temin açısından gereken yasal düzenlemeleri yapma yükümlülüğü getirmektedir. Sözleşmenin 19 uncu maddesinde depolanmış bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara elkonulması düzenlenmiştir. Madde ile Sözleşmeye taraf olan Devletlerin yetkili mercilerine, ulusal sınırları içindeki bir bilgisayar sistemine ya da bir parçasına ve bunların içerisinde depolanan bilgisayar verilerinde yine bilgisayar verilerinin depolanabileceği aygıtlarda arama yapma ve benzer şekilde erişim sağlama hususunda yetki vererek, gerekli yasal ve diğer düzenlemeleri yapmasını öngörmektedir.

Bir bilgisayar sistemine, parçasına ya da veri depolama aygıtına elkonulması veya benzer şekilde koruma altına alınması, bu bilgisayar verilerinin kopyalanarak alıkonulması, ilgili verilerin bütünlüğünün korunması ve erişilen bilgisayar sistemindeki verilerin silinmesi ya da erişilmez kılınması sağlanabilmektedir.

Sözleşmede bilgisayarda arama yapılabilmesi için orada delil olabilecek verilerin bulunduğuna inanmak için *makul şüphe* gerekir.²⁶¹⁵

b) *Ceza Muhakemesi Kanunundaki düzenleme.*

²⁶¹⁴ Explanatory Report No. 131-239.

²⁶¹⁵ Explanatory Report No. 184-185.

Bir suç dolayısıyla ceza soruşturması başladıktan sonra, başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması halinde, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi varsa, şüphelinin kullandığı bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına karar verilebilir (CMK 134/1). Bilgisayarlardaki kayıtlar gerçeğin açığa çıkarılması yönünden ceza davasında delil, iz, eser ve emare olarak kullanılabilir. Bu itibarla madde hem bu olanağı sağlamak hem de bireysel yararları saklı tutmak amacıyla, bilgisayar program ve kütüklerinde arama yapılmasını belirli koşullara tabi kılmış bulunmaktadır.²⁶¹⁶

Bilgisayarda arama kararı, bilgisayara elkoymaksızın sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyasının çıkarılması işlemini kapsar. Bu işlemin yapılmaması bozmayı gerektiren bir hukuka aykırılıktır.²⁶¹⁷ Kopyası alınan veriler kâğıda yazdırılır ve bu işlem tutanağa bağlanarak ilgililer tarafından imzalanır (CMK 134/5). Kayıtlar daha sonra çözümlenerek metin haline getirilir.

Kararı hâkim verir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da yetkilidir. Bu gibi hallerde savcının kararı yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulur ve karar yirmi dört saat içinde verilir. Süre dolar veya hâkim aksine karar verirse, çıkarılan kopyalar ve çözümünü yapılan metinler *derhal* imha edilir (CMK 134/1, cü.4).

Mülkiyet hakkına ağır bir müdahale teşkil ettiği için, bilgisayara kural olarak elkonulamaz. Ancak, şifresi çözülemediği için sisteme girilemez, gizlenmiş bilgilere ulaşılamazsa veya kopyalama işleminin uzun süreceği anlaşılırsa, şifrenin çözülmesi veya kopyanın alınması için bilgisayara elkonulabilir (CMK 134/2, cü.1). Şifre çözümlenip kopya alma işi tamamlanınca, bilgisayar *gecikme olmaksızın* iade edilir (CMK 134/2, cü.2).

Elkonulan bilgisayar soruşturma makamlarının kontrolü altına gireceği için, üzerinde oynama yapılmadığının belgelenmesi gerekir. Kanun bu güvenceyi sağlamak üzere, elkonulan bilgisayardaki bütün verilerin yedeklemesinin yapılmasını (CMK 134/3) ve yedeklemenin kopyasının çıkartılarak ve imza altına alınan bir tutanak düzenlenerek şüpheli veya vekiline verilmesini emretmektedir (CMK 134/4).

Ana hatları böyle açıklanabilecek olan bilgisayarda arama tedbirinin ceza muhakemesi hukuku açısından ayrıntılı konuları aşağıda irdelenmiştir.

II. Bilgisayarda arama.

1. Bilgisayarda arama yapmanın koşulları.

a) Soruşturma evresinin başlamış, fakat kovuşturmayla geçilmemiş olması koşulu.

Bilgisayarda arama yapılabilmesi için, bilgisayarı, bilgisayar programı ve kütükleri incelenmek ve aranmak istenen kişi hakkında bir suç dolayısı ile *ceza soruşturması* başlamış olması gerekir (No.). Ceza soruşturması başlamadan önce yapılan idari ön inceleme aşamasında (No.) bilgisayarda arama yapılamaz.²⁶¹⁸

²⁶¹⁶ 7.3.2003 tarihli CMUK Tasarısı ile CMUK'un bir maddesinde değişiklik yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, (1/535, 1/292) sayı: B.02.0.KKG.0.10/101-508/1020.

²⁶¹⁷ Sanıkların ev veya iş yerlerinde yapılan aramalarda hard disk, bilgisayar kasası ve dijital medyalarla arama mahallinde imaj alınmadan, ilgisine bir kopyası verilmeden ve kanuna uygun gerekçesi tutanağa yazılmadan el konulması ve bu şekilde elde edilen delillerin hükme esas alınması, bu delillerin tek başına mahkûmiyet hükmüne esas alınması Kanuna aykırıdır (16. CD 21.9.2017, E. 2015/2056, K. 2017/5023).

²⁶¹⁸ Danıştay'da görülen davada verilen kararda belirtildiği üzere, Gelir İdaresi Başkanlığı Bilgi İşlem Merkezine girilerek bazı mükelleflerin kişisel verilerinin sorgulanması ve bunların üçüncü kişilere aktarılması iddiası ile ilgili Maliye Bakanlığı onayı ile yürütülen ön inceleme kapsamında CMK 134 kapsamında bilgisayarların programlarında inceleme yapma ve iletişimin tespiti yapılamaması izni istenmiş, önce reddedilen istem, neticede aşamalardan geçerek kabul edilmiştir. Somut olayda iletişimi tespit edilen telefon, şikayetçi adına kayıtlı olmakla birlikte, Vergi Denetmeni olarak görev yapan eşi tarafından kullanıldığı, bu şahıs hakkında yürütülmekte olan bir ceza soruşturması bulunduğu ve bu soruşturmaya dayanılarak CMK 135 uyarınca verilen bir hâkim kararı ile iletişim tespit edildiği için, yapılan idari işlemlerde ilgililer hakkında soruşturma yapılmasını gerektirecek bir hukuka aykırılık görülmemiştir. Ceza muhakemesinin soruşturma evresinin başlatılabilmesi için suç işlendiği izlenimi veren hal mevcut bulunmalıdır (CMK 160/1). Böyle somut olgulara dayanarak bir soruşturma başlattıktan sonra, iletişimin denetlenmesi için, elde edilen bu şüphe sebeplerinin "kuvvetli", yani inanılabilir ve güçlü olması da aranacak, fakat tutuklama kararı verilmesini gerektirecek ölçüde kuvvetli şüphe (CMK 100/1) bulunması beklenmeyecektir. İletişimin

Kanun bu tedbire *soruşturma aşamasında* başvurulabileceğini açıkça belirtmiş, yine maddede sanıktan değil, sadece *şüpheliden* söz etmiştir. Bu bakımdan, bu tedbire sadece soruşturma aşamasında başvurulabilir, kovuşturma aşamasında başvurulamaz. İletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirleri ise kovuşturma evresinde de uygulanabilir.

Bilgisayarda arama kararı verilebilmesi için katalog halinde suç sayılmadığı ve araştırma makamlarına daha geniş yetki verildiği görülmektedir) Buna karşılık, iletişimin denetlenmesi (CMK 135/8), gizli soruşturmacı (CMK 139/7) ve teknik araçlarla izleme tedbirleri (CMK 140/1) sadece belli ağır suçlarda uygulanabilir.

b) *En son çare olma koşulu.*

Bilgisayar üzerinde arama yapılabilmesi için, *başka surette delil etme imkanının bulunmaması* (No.) gereklidir.

Bilgisayarda arama yapılmasına karar verecek olan hâkimin, öncelikle *somut delillere dayanan kuvvetli şüphe* *sebebini* değerlendiren ve “başka suretle delil elde etme imkanının bulunmadığını” (CMK 134/1, cü.1) saptayan bir *gerekçe* (No.) yazması gerekir.

c) *Hâkimden karar alınması koşulu.*

Bilgisayarda arama kararı özel bir karar olup, sulh ceza hâkiminin CMK 134 kapsamında verdiği karar ile yapılabilir. Delil arama veya şüpheli yakalamak için verilen genel bir arama kararı ile bilgisayarda arama yapılamaz.²⁶¹⁹

Bilgisayarda arama kararı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından verilir. Hâkim kararı, şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile, bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözümlenerek metin haline getirilmesine ilişkindir. Şüpheli olmayan bir kişinin bilgisayarında başkasının suçuna ait delil araştırılması kabul edilmemiştir.

2018 yılında 7145 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının da arama kararı vermesi kabul edilmiş, fakta 24 saat içinde onaylanması sistemi benimsenmiştir (CMK 134/1, cü.2).

Bilgisayarda arama (CMK 134/1) ve *bilgisayara elkoyma* (CMK 134/2) iki ayrı işlem niteliğindedir. Bilgisayarda arama yapılması ilk yöntemdir. Bu arama sırasında sistemdeki verilerin tamamı veya bir kısmı kopyalanır, kopyası alınan veriler kâğıda yazdırılır, bu husus tutanağa kaydedilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır (CMK 134/5). Kanun, arama sırasında kopyalanacak olan dosyaların yazdırılmasını bir mecburiyet haline getirmişse de büyük hacimli dosyaların yazdırılması pratik bakımdan bazı zorluklar meydana getirecektir.

2. *Bilgisayarda aramanın yöntemi.*

a) *Özel hayatın gizli alanının korunması ilkesi.*

Kişinin kullandığı bilgisayarında özel hayatının parçası niteliğindeki özel yazılar, resimler, video filmleri gibi çeşitli veriler kayıtlıdır. Her bir dosya ayrı bir programdan üretilmiş olup belli bir başlık altında bilgisayarın içerisinde hafızada kayıtlıdır. Böylece belli bir bilgisayarın hafızasında yüzlerce, hatta binlerce belge bulunması doğaldır. Her bir belge kendisi içerisinde özel hayatın gizli alanından öğeler içeren kapalı bir kutu gibidir. Bu kapalı kutuda ne olduğunu anlamak için açıp, içine bakmak bir

denetlenmesi istisnai araştırma yöntemlerinden olduğu için, standart araştırma yöntemlerinin delil elde etmekte yarar sağlamamış olması gerekir.

²⁶¹⁹ İş yerinde adli arama yapılması için CMK 116 kapsamında verilen karar, CMK 134 uyarınca bilgisayarda arama yapma yetkisini vermez. Sulh ceza hakimliğinin verdiği arama kararında “sanık tarafından işletilen iki ayrı iş yerinde arama yapılması” ibaresinin yer almasına rağmen, aynı iş yerlerinde bulunan bilgisayarlar üzerinde de arama yapılmıştır. Somut olayda bilgisayarda arama yapılmasına ilişkin ayrı bir karar mevcut bulunmadığı için, bilgisayarlarda bulunan ve lisanssız oldukları anlaşılan yazılımlar, hard discler ve CD’ler hukuka aykırı delil niteliğinde olduklarından, sanık hakkında beraat kararı verilmesi yerindedir (19. CD E. 2015-2092, K. 2015/1175).

tür *arama* sayılır. Dosyanın sadece ismi içindeki bütün bilgileri bize yansıtmaz. Dosya açılmaksızın içindeki ayrıntının öğrenilmesi olanağı yoktur.

Bilgisayar programlarındaki arama motorları, kelimeler kullanarak, dosyanın içinde aranan kelimenin yer alıp almadığını gösterebilmektedir. Bu nedenle, mesela belli bir kişinin “ismi” şüphe sebebi oluşturuyor ve bu ismin dosyalarda yer alıp almadığı araştırılmak isteniyorsa veya örgütlerin belli bir kelimeyi kendilerine göre somut bir anlam vererek kullandıkları biliniyorsa, bu kelimenin hafızadaki dosyalar içinde bulunup bulunmadığını tespit etmek üzere, arama motoruna verilen bu kelime üzerine, bir liste ortaya çıkarsa, Devlet hâkim kararıyla o dosyayı açıp okumak konusunda yetki kazanabilir.

Doğaldır ki arama motoruna verilen kelime dışında da makul şüphe (No.) örnekleri söz konusu olabilir. Mesela ihbarda bulunan kişinin belli bir isim altına kayıtlı olan dosyada suç delili bulunduğunu bildirmesi gibi, çok değişik hayat olaylarından *makul şüphe* ortaya çıkabilir.

Devlet, hâkim kararı ile de olsa, bir kişiye ait bilgisayar hafızasında kayıtlı bulunan bütün dosyaları tek tek açıp okuyarak, *belki bir tanesinden bir delil elde edebilirim*, düşüncesiyle inceleme yapamaz. Bunu yapması, bir şehirdeki bütün evleri bir tek karar ile aramaya veya konutta arama yapmak için karar verirken, aranacak şeyin belirtilmemesine benzer. Halbuki, CMK 119 da belirtildiği üzere, her bir arama kararı, hangi konutun aranacağını ve burada neyin aranacağını belirtmek zorundadır: “toplu arama kararları” verilemez.

b) *AİHM Craxi-İtalya kararı.*

Bu konuda dikkat çeken kararlardan ilki *Craxi-İtalya* kararıdır. Eski İtalya Başbakanı olan Craxi aleyhine hükümeti zamanında yolsuzluk yaptırdığı iddiaları ile, *temiz eller* operasyonu başlamış ve savcı Di Pietro bu soruşturmaları yürütmüştü. Yapılan aramalardan birinde Craxi'nin evinde bulunan bilgisayardan elde edilmiş bir dosyaya elkonulmuş ve sonra da mahkemeye sunulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bununla ilgili olarak, İtalya aleyhine 8 inci maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. İhlal kararının gerekçesi olarak, elde edilen özel ve dava ile ilgili olmayan bilişim verisi ve telefon konuşmalarının duruşmada delil olarak okunması ve bunların basında yayınlanması gösterilmiştir. Basının haber verme hakkı ile özel hayat hakkını karşılaştıran AİHM, “dava konusu ile ilgisi olmayan, özel hayata ilişkin hususların” basında yayınlanmasının, *basın özgürlüğü kapsamına girmediğine* karar vermiş ve bu hususları da mahkemeye delil olarak sunulmasını bir ihlal sebebi yapmıştır.

c) *Avukatın bilgisayarında arama yapılması: AİHM Petri Sallinen ve diğerleri, 27 Eylül 2005.*

Başvuruculardan birincisi Finlandiya Barosuna kayıtlı bir avukat olup, diğer onyeddi başvuru ise, onun müvekkilleri idi. 26 Ocak 1999 tarihinde polis, daha sonra Sallinen'in müvekkilleri olan X ve Y'nin konutlarında daha henüz Sallinen'e vekalet vermeden önce, sahtecilik suçları işledikleri şüphesi ile arama yapmıştır. Aramanın yapıldığı sırada, X bilgisayarındaki kayıtlı dosyalardan birini silmeye teşebbüs etmiştir. Polis bunu engellemeye çalışmış ise de X dosyayı silmeyi başarabilmiştir. Daha sonra, 2 Mart 1999 tarihinde hâkim kararı alınarak, Sallinen'in avukatlık bürosunda, evinde ve aracında arama yapılmıştır. Arama kararı X ve Y tarafından işlenmiş olan suçların delillerini bulmak için verilmişti. Hâkim verdiği kararda, “neyin” aranacağını belirtmiştir. Avukatın bürosunda arama yapıldığı sırada, iddiaya göre, avukatın müvekkilleri ile ilgili olarak tuttuğu kayıtları içeren bütün bilgisayar kayıtları da dikkatle incelenmiştir. Polis bütün disketleri incelemiş ve avukatın müvekkilleri ile randevularını yazdığı not defterlerine de bakmıştır. Avukatın bürosunda bulunan bilgisayarların hafızaları da kopyalanmıştır: bilgisayarlardan iki tanesi büroda kopyalanmış, biri başvuruçunun kullandığı bilgisayar olmak üzere, diğer iki tanesine ise elkonularak, bunlar daha sonra kolluğun mekanlarında diskete kopyalanmıştır. 4 Mart 1999 tarihinde bilgisayarlar iade edilmiştir. Başvuruçunun bilgisayarında kişisel ve mesleki iletişimini içeren e-mailler de yer almaktaydı. Avukatın bürosunda yapılan bu arama sırasında baro temsilcisi de hazır bulunmuştur. Başvuruçunun 4 Mart 1999 tarihinde aramanın hukuka aykırı olduğunu ve hukuken geçersiz sayılması gerektiğini ileri sürerek mahkemeye başvurmuş, mahkeme 24 Mart 1999 tarihinde verdiği kararla, avukatın “suç ortağı” olduğu gerekçesi ile itirazı reddetmiştir. İstinaf edilen karar mahkemece yerinde bulunmuş ve daha sonra da temyiz edilmiş ise de, temyiz itirazları da kabul edilmemiştir. Polis 4 Mart 1999 tarihinde dört hard disk'ten üçünü iade ettiğini belgelemiş ve daha evvel, arama sırasında yaptığı kayıtları da “imha ettiğini” tutanağa bağlamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuruda bulunan, sahtecilik suçu işlediğinden şüphelenilen X ve Y'nin dışında kalan ve hard disk bilgisayar kopyalanırken kendilerine ait veriler de birlikte kopyalanmış bulunan, avukatın diğer müvekkilleri de vardır. Hiçbir suç şüphesi altında olmayan bu diğer müvekkiller, Haziran 1999 da mahkemeye başvurarak, polis elkoymuş bulunduğu verileri iade etmesini ve tazminat talep etmişlerdir. İddialarına göre, yapılan bilgisayar araması baştan itibaren hukuka aykırı idi; ancak, istinaf mahkemesinin yukarıda belirtilen 11 Mayıs 1999 tarihli kararı elkoymayı hukuka uygun bulduğu için, talep edilen husus gerçekleştirilmemiştir. Ancak, mahkeme 17 Haziran 1999 tarihinde verilerin iadesine karar vermişse de tazminata hükmetmemiştir. Tazminata hükmetmeme gerekçesi, “başlangıçta yapılan elkoymanın hukuka uygun” olmasıdır. 3 Mart 2000 tarihinde savcı sahtecilik suçlamasıyla X ve Y hakkında dava açmışsa da bürosunda arama yapılan avukat hakkında delil bulunmadığı için kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermiştir. Neticede dava Yargıtay’a intikal etmiş ve polis avukat bürosunda yaptığı arama sırasında, avukata ait hard disk üzerinde arama, elkoyma yapmasının ve bunların kopyasını almasının Koruma Tedbirleri Kanununun 450/1987 numaralı maddesine uygun olduğuna ve teknik sebepler ile de olsa, “müvekkil-avukat itimat ilişkisine” dayanan belgelere elkoymanın hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir. Bu nedenle, polis elkoymadığı bilgisayar dosyalarını derhal iade etmesi ve kopyaladıklarını da imha etmesi gerektiğine karar verilmiştir. Mahkeme başvuruculara tazminat ödenmesine de hükmetmiştir. İç hukukta görülen bu dava bireysel başvurucuları tatmin etmemiş, ayrıca Finlandiya Barolar Birliği bildirimler yayınlamak, konuyu kamuoyunun dikkatine sunmuştur. Başvurucular Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8 inci maddesinin ihlal edildiği iddiası ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvurmuşlardır. İHAM, Sözleşmenin 8 inci maddesini analiz etmiş ve burada geçen “home” kelimesinin “konutu” ifade ettiğini, ancak gerçek ve tüzel kişilerin işlettikleri işyerlerini de kapsadığını kabul etmiştir.²⁶²⁰

İncelenen olayda “avukat bürosunda yapılan bir arama” sözkonusudur ve polis avukatın bilgisayarını kopyaladığı ve bu bilgisayarların bazılarını ve kopyalarını esas mahkemesinin verdiği kararın kesinleşmesine kadar tuttuğu tespit edilmiştir. İHAM ilk tespit olarak, bilgisayarda arama yapılmasının, bunlara ve hafızalara elkoymanın 8 inci madde kapsamında bir hakkı ilgilendirdiğini tespit etmiştir.²⁶²¹

Görüldüğü gibi, bilgisayarda arama yapılması ve bunu elkonulması, içinde e-mailler de bulunduğu için, özel hayatı ilgilendiren bir müdahaledir. Bu tespit arkasından, İHAM yapılan müdahalenin hukuka uygun olup olmadığını denetlemiştir. Yaptığı denetlemede önce, bilgisayarlarda arama yapılmasını düzenleyen bir hukuk kuralı bulunup bulunmadığına bakmış ve Koruma Tedbirleri Kanunu adlı bir kanunda buna izin veren bir düzenleme bulunduğunu tespit etmiştir. Ancak, iç hukuktaki hukuk normlarının “kalitesinin” de Sözleşme standartlarına uygun olması gerektiğinden, bu hususu da incelemiş ve bahsedilen kanunun yeterince açık olmadığını tespit etmiştir. Kanunda geçen tanımlamalarda “belirlik kuralına” aykırı tanımlamalar yapıldığı ve Avrupa Konseyinin REC 200/21 Tavsiye Kararının dikkate alınarak, “avukat-müvekkil itimat ilişkisine” kanunda yer verilmediğini ve yeterli yasal garantilerin düzenlenmediğini görerek, 8 inci maddenin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.

3. “Online-Durchsuchung” şeklinde, bilgisayara uzaktan erişimle yapılan arama.

Gelişen teknoloji diz üstü bilgisayarları yaygınlaştırmış ve bunların bir modem vasıtasıyla her yerden internete girmesi yolunu açmıştır. Fakat madalyonun öbür yüzü, internete bağlanabilen bütün bu dizüstü veya masaüstü bilgisayarlara ve hatta uydu üzerinden hizmet alan bütün iletişim araçlarına, “dışarıdan girip içindeki verileri ve dosyaları öğrenmek” teknik imkânı da ortaya çıkmıştır. Böylece, internete girebilen bilgisayar kullanan herkesin bilgisayarında kayıtlı bulunan dosyalarına, onun bilgisi dışında dışarıdan girmek ve bilgisayarını incelemek, dosyalarını okumak, teknik olarak mümkündür.

Bu teknik gelişmenin arkasından, Alman hukukunda BKA Kanununda yapılan bir değişiklik ile, terör suçu ile ilgili inceleme ve araştırmalarda Federal Polise “Online Durchsuchung” adı verilen yeni bir yetki, “bilgisayar içinde uzaktan arama yapma” yetkisi tanındı. Yetkiyi düzenleyen kanun maddesi

²⁶²⁰ Buck v. Germany; Chappell v. The United Kingdom; Niemietz v. Germany

²⁶²¹ Niemietz v. Germany No. 30.

hakkında Anayasa'ya aykırılık davası açılmış ve Alman Anayasa Mahkemesi bu kanun maddesini iptal etmiştir.

III. Bilgisayara elkoyma.

1. Bilgisayara elkoyma istisnadır.

Elkoyma istisnai bir yetki olarak, sadece bilgisayarın şifreli olması veya gizlenmiş bilgilere ulaşılabilmesi halinde, kabul edilmiştir. Şifresinin çözülmemesi dolayısıyla, programlara girilemiyorsa veya gizlenmiş bilgilere ulaşamadığı durumlarda bilgisayarın kendisine elkonabilir. Ancak, şifre çözüldükten ve kopyalama işlemi yapıldıktan sonra, cihazın gecikmeksizin iade edilmesi mecburiyeti vardır (CMK 134/2). *Elkoyma* işlemi sırasında bütün verilerin yedeklenmesi yapılacak, yedekten bir kopya çıkarılarak, şüpheliye veya vekiline verilecek ve bu hususta tutanak tutulacaktır (CMK 134/3, 4).

Bilgisayara ve bilgisayar kütüklerine elkonulurken sistemdeki bütün verilerin yedeklenmesi yapılır (CMK 134/3). Uygulamada bu işleme "imaj çıkarma" denilmektedir. Bu yedeklerin bir kopyası istediği takdirde şüpheliye veya vekiline verilir (CMK 134/4). Bilgisayarın kendisine veya bilgisayar kütüklerine elkoymadan sadece sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyasının alınması da mümkündür (CMK 134/5). Bu gibi durumlarda kopyası alınan veriler ayrıca bir kâğıda yazdırılır, bu konuda bir tutanak tutulur ve ilgililer tarafından imzalanır.

Sözleşmeye göre, verilerin kopyalanmalarının mümkün olmadığı nadir işletim sistemlerinde veri taşıyıcısının tamamına elkoymak yetkisi vardır.²⁶²²

Sözleşmeye göre "elkoyma", veri ya da bilginin kaydedildiği aracın götürülmesi veya verinin bir kopyasının alınmasıdır. Veriler *maddi formda bulunmadığı* için, yetkili mercilerin verileri güven altına alması için ilave tedbirler gerekir. Bu tedbirler, kopyalanan ya da taşınan verilerin sonradan elkoyma anındaki haliyle geri elde edilebilmesi ve soruşturma süresince değişmeden muhafazasına yönelik verinin bütünlüğünün veya gözetim zincirinin korunması için gereklidir. Bilişim verilerine elkoyma, ya da onları muhafaza altına alma, verileri kopyalamak yoluyla delil toplamak ya da verileri kopyalamak ve daha sonraki orijinal versiyonları erişilmez kılmak ya da taşımak yoluyla verileri müsadere etmek demektir. Bu anlamda "elkoyma", verilerin nihai olarak silinmesi anlamına gelmemektedir.²⁶²³

Elkoyma işleminde sistemdeki bütün verilerin yedeklenmesi yapılmakta ve istemesi halinde bu yedekten elektronik ortamda bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline de verilmekte, bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınmaktadır. Tutanağın bir sureti de ilgililere verilmektedir.

Burada yine Sözleşmeye paralel şekilde verilerin bütünlüğünün korunması ve soruşturma sonuçlanıncaya kadar, soruşturma ile ilgili delil niteliği taşıyabilecek verilerin değiştirilmesi, bozulması, erişilmez hale getirilmesi, silinmesi engellenmektedir. CMK da elkoyma gerekçelerinin detaylı bir şekilde açıklanmamış olmasına rağmen, Sözleşmeyle bir paralellik sağlandığı görülmektedir.

Bilgisayar ve bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Bu sayede şüpheli, bilgisayar sistemini, programlarını veya verilerini kullanmaya devam edebilmektedir. Ancak, tutanak altına alınarak yedeklenen verileri değiştirmesi, bu aşamadan sonra bir anlam ifade etmez.

Kolluk güçleri uygulamada üç kopya çıkarmakta ve birini şüpheliye vermekte, birini incelemekte, diğerini ise uyumsuzlukların giderilmesi için ayrı bir birimde koruma altına almaktadırlar. CMK burada da Sözleşme ile uyumlu görülmektedir.

Ancak, verilerin suç oluşturan içerik ya da virüs programı veya çocuk pornografisi gibi başlı başına suç unsuru, ya da suç aracı olması durumunda erişilmez kılınması ve hatta kopyaları alındıktan sonra taşınması veya silinmesi gerekmektedir. Sözleşmenin bu hususta bir düzenleme getirmesine rağmen, ulusal mevzuatımızda bu konuları kapsayan bir ifade yer almaması eksiklidir.

²⁶²² Açıklayıcı Rapor, paragraf 196

²⁶²³ Açıklayıcı Rapor paragraf 197-199.

Sözleşme arama ve elkoyma yetkisinin internet vb. telekomünikasyon ağları ile yasal olarak erişilebilen diğer sistemler ya da bilgisayar sistemine doğrudan bağlı bulunan veya yakınında bulunan veri depolama aygıtları için de genişletilebileceğini öngörmekte ve uygulamayı ulusal mevzuatlara bırakmaktadır.

CMK 134'te bu konuda bir düzenleme bulunmamakla beraber, arama Yönetmeliğinin 17 inci maddesinde bulunan hüküm yedekleme işleminin bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri hakkında da uygulanabileceği şeklindeki ifade, bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak, bilişim sistemlerinin yapısı ve bilgisayar sistemlerinin birbirine bağlanabilme özellikleri göz önüne alındığında, bilgisayar verilerinin ağa bağlı başka bir sistemde saklanabilmesi de büyük bir olasılıktır. Tek cümle ile ifade edilen bu düzenleme yetersiz olup, arama ve elkoyma işleminin genişletilmesi hususunda sınırların mümkün olduğunca net çizilmesine imkân sağlayıcı düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

2. Mülkiyet hakkının ihlali; AİHM Smirnov - Rusya kararı.

Bilgisayarlarda arama ile ilgili diğer bir İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararı, 20 Haziran 2007 tarihli Smirnov - Rusya kararıdır. Buradaki başvuru da Petersburg Barosuna kayıtlı bir avukat olup, örgütlü suç iddialarıyla bilgisayarında arama yapılmış ve bilgisayara da elkonulmuştur. İHAM bu davada da “yeterli şüphe sebepleri” olmadan arama yapıldığı ve meslek sırrının saklanmasıyla ilgili yasada bir garanti öngörülmediği gerekçeleriyle 8 inci madde ihlali verirken, Türk hukuku bakımından önemli diğer bir saptama daha yapmıştır. Bilgisayarlara elkonulması ve bunların belli bir süre tutulmasının Sözleşmenin Ek Protokolünün 1 inci maddesinde yer alan “mülkiyet hakkını” ihlal ettiğine karar vermiştir.²⁶²⁴

IV. Arama sonunda elde edilen bilgisayar verisinin delil olma özelliği.

1. Bilirkişi incelemesi yaptırma mecburiyeti.

Bilişim sistemindeki “veri”, elle tutulan ve gözle görülen bir nesne olmadığı için, somutlaştırılarak, esas hakkında hüküm verecek olan mahkemenin önünde, CMK 206 doğrultusunda ikame edilebilecek veya ortaya konulabilecek, yani elle tutulur, gözle görülür bir “delil” haline getirilmedikçe, delil olma niteliğini taşımaz. Bilişim sisteminde elektronik ortamdaki kayıtların CMK 206 anlamında delil olarak ikame edilebilmesi için önce “bilirkişi” incelemesi yaptırılması gereklidir. Zira bilgisayar verisinin hangi tarihte, hangi kelimeler kullanılarak, nasıl bir akış içerisinde hazırlandığının belirlenmesi, “özel ve teknik bir bilgiyi” gerektirdiğinden, CMK 66 uyarınca bilirkişi incelemesi yapıldıktan sonra ikame edilmelidir.²⁶²⁵

Bilgisayar verisinin bilirkişi incelemesinden geçerek, üzerinde oynama yapılmadığı, yani sağlamlığı belirlendikten sonra, içeriğinin delil olarak kullanılabilmesi için, belgenin hazırlanması süreci²⁶²⁶ ile ilgili olarak tanık dinlenmesi de gerekli olabilir.

Özellikle, belli bir verinin kayıt öncesindeki kayda hazırlık usulleri, programdaki yapısal hatalar, veri girişinin ayrıntıları, bilgisayara verilen komutlarda yapılan hatalar, kaydedilerek saklanan verideki hasar ve bozukluklar, bilgisayarın çalıştığı sırada elektrik kesintileri olup olmadığı, bilgisayarın hata verip vermediği, veri içerisinde kelime araması veya belli bölümlerin kesilmesi, verinin başka bir karaktere çevrilmesi gibi işlemler yapılırken rutin, kişiye özgü hatalar yapılıp yapılmadığı, kullanılan

²⁶²⁴ Smirnov-Rusya Kararı, n. 59.

²⁶²⁵ Bu konu Amerika Birleşik Devletleri'nde de tartışılmış ve 6. Bölge İstinaf Mahkemesi tarafından *USA v. Albert Ganier III* davasında, 15.11.2006 tarihinde (Dosya no. 05-6350) karara bağlanmıştır. Belirtilen kararda bilgisayara elkoyma memurunun tanık olarak dinlenmesi talep edilmiş ve elkoyma sırasında bilgisayarlardan çıkartılan raporların da ibraz edilmesini istenmiştir. Mahkeme daha önce verilen benzer kararlara da atıf yaparak, adli bilişim alanında uzman bilirkişiden rapor alınması gerektiğine, teknik ayrıntılara ilişkin bilgiye sahip olmayan sıradan insanların kolaylıkla yanlabileceğini vurgulayarak, böyle bir yöntemle uyulmadan elde edilen delilin ikame edilemeyeceğine karar vermiştir.

²⁶²⁶ Amerika Birleşik Devletleri 9 uncu Bölge İstinaf Mahkemesinin “*In re Vinhnee WL 3609376*” kararında açıklandığı üzere; bilgisayar cihazını, içindeki programı, veri tabanını kaydın yapıldığı ortamda nasıl ve kimin tarafından kullanıldığına ilişkin tanık dinlenilmesi gereklidir. Ayrıca, sözkonusu veri tabanına girişin denetim altında olup olmadığı, belli bir program sözkonusu ise, bunu kullanan kişinin tespit edilip edilmediği, inceleme konusu olan veride hangi tarihte, ne gibi değişiklikler yapıldığı ve yedekleme sisteminin yapısı ve kullanımı ile veri tabanının bozulmadan varlığını sürdürebilmesi için ne gibi denetim usullerinin uygulandığı konularında *tanık dinlenmesi* gereklidir.

bilgisayarın standart tipte bir bilgisayar olup olmadığı, bilgisayarın hassas çalıştığına güvenilip güvenilemeyeceği gibi *teknik hususların* da bilirkişi tarafından incelenmesi ve böylece hazırlanan verinin belli bir kişinin ürünü olup olmadığı, teknik yönden bilirkişi marifetiyle belirlenmesi gerekir. Bu konuda *11 noktadan oluşan bir test* geliştirilmiştir.²⁶²⁷

Bilişim sistemindeki verilerin *elektronik ortamda saklanan manyetik parçacıklardan ibaret olmaları* nedeniyle, *adli bilişim* konusunda uzman olan bilirkişi (CMK 63) veya uzman (CMK 67/6) incelemesinden geçtikten, sağlık denetiminde “sağlam” olduğu anlaşıldıktan, gerçeği yansıttığı tartışmasız bir şekilde ortaya konduktan sonra, bunların ceza muhakemesi alanında delil olma niteliği kazandıkları kabul edilmiştir. Bu özel bilirkişilik alanına (*Computer Forensics*) adı verilmiştir.

“*Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelikte*” de, “delillerin bozulması, değişmesi ve kaybolmasının önlenmesi”, “olay yerinin incelenmesi sırasında bulunan tüm maddi delillerin, buldukları yerde etiketlenerek numaralandırılacağı, deliller toplanırken, bozulmalarına, değişmelerine, kaybolmalarına meydan verilmeyecek tedbirlerin alınacağı, olay yerlerinde elde edilen deliller incelenmek üzere ilgili birimlere gönderilirken mühürlenmesi gerektiği” hüküm altına alınmıştır.

Bu düzenlemeye benzer bir şekilde, bilgisayarlara elkoyma ve bilgisayardaki verileri ele geçirme sırasında “bilgisayar verilerinin yapılarına uygun delil toplama yöntemleri” kullanılması gerekir. Bu hususta olay yerinde delil toplanmasına ilişkin yönetmelikte olduğu gibi, hatta bundan daha ayrıntılı kurallara ihtiyaç bulunduğu açıkken, henüz bunun yapılmadığı görülmektedir. Bu nedenle mukayeseli hukuktaki düzenlemelerin yol gösterici olduğu düşünülerek aşağıdaki açıklamalar yapılacaktır:

2. Adli bilişim.

Adli bilişim “yeni bir alan olarak, bilgisayar kullanılması suretiyle araştırma ve soruşturma yapılmasını ilgilendirdiği gibi, bilgisayar ortamında saklanan verilerin adli anlamda delil şekline getirilmesi konusu ile de ilgilenmektedir. Amaç, bilgisayar verilerinin delil olarak algılanması, toplanması, bunların daha sonra saklanması ve bilimsel analizden geçirilerek ceza muhakemesinde CMK 206 anlamında ortaya konulabilecek bir delil haline getirilmesidir. Bunu sağlayacak şekilde alet ve teknoloji geliştirmek bu branşın konusuna girmektedir.²⁶²⁸

Adli bilişim alanında “temizlik” esastır. Burada temizlikten kastedilen, bilgisayar alanında çalışan uzmanın bilgisayar içerisinden alacağı ve üzerinde çalışacağı veriyi çok detaylı ve metodik olarak incelemesi demektir. Başka bir ifadeyle, uzmanın incelediği dosyanın “değiştirilmeden” muhafaza edilmesi şarttır. Elkonulan bir bilgisayar sistemi içerisinde yer alan herhangi bir dosya delil olmak üzere muhafaza altına alındığı veya elkonulduğu andan sonra değişikliğe uğradığı belirlenecek olursa, uzmanın temiz bir iş yapmadığı iddiası rahatlıkla ortaya atılabilecektir.²⁶²⁹

²⁶²⁷ Edward J. Imwinkelried tarafında yazılan ve 2002 yılında 5 inci baskısını yapan “*Evidentiary Foundations & 4.03 (2)*” adlı kitapta, bilişim sistemindeki verinin delil olarak kullanılmasından önce, şu noktaların araştırılması gerektiği vurgulanmaktadır. 1. Kişinin bu bilgisayarı gerçekten kullanıp kullanmadığı; 2. Bilgisayar güvenilir bir bilgisayar olup olmadığı; 3. Bilgisayar belli bir ofiste bulunmakta ise, bu bilgisayara veri eklemek, bilgisayarda çalışmak isteyen kişilerin uyacakları belli kurallar bulunup bulunmadığı; 4. Bilgisayarın içerisinde bilgisayarın hatasız çalışmasını ve yapılabilecek hataları teşhis etmeyi sağlayacak teknik donanım bulunup bulunmadığı; Bu hususta yapılan değişikliklerin “log” olarak kayıt altına alınıp alınmadığı, yedeklemenin hangi aralıklara, nasıl yapıldığı ve bilgisayara girilen verilerin düzenli olarak denetlenip denetlenmediği gibi hususlarda tanık dinlenilmesi gerekmektedir; 5. Bilgisayarın tamirden geçip geçmediği, bozuklukları varsa, giderilip giderilmediği; 6. Tanığın bilgisayarın içinde mevcut olan belirli bir veriyi ekrandan bizzat kendisinin okuyup okumadığı; 7. Tanığın ekrandan çıktı alarak okuması halinde, bu çıktıyı almaya yetkili olup olmadığı; 8. Tanığın çıktıyı alıp okuduğu veya ekrandan okuduğu sırada bilgisayarın düzenli çalışıp çalışmadığı; 9. Çıktı söz konusu ise, duruşma sırasında tanığa daha evvel okuduğu çıktıdan oluşan delilin gösterilip, daha önce gördüğü belge ile bunun aynı olup olmadığı sorulup sorulmadığı; 10. Tanık belgenin daha evvel okuduğu veya gördüğü belge olduğunu söylerse, evvelki belgeyi duruşma salonunda tanınmasına neden olan, hatırlamasına sebebiyet veren özelliğin ne olduğu; 11. Tanık çıktıda yer alan bazı farklı işaretleri veya kelimeleri hatırladığını söylerse, tanığa bu şekil veya terimlerin ne anlama geldiğini bilip bilmediği sorularak, mahkemenin ileri sürülen bilgisayar verisini delil olarak kabul edip etmemesi konusunda bir karar vermesinin sağlanması amaçlanmıştır.

²⁶²⁸ Kenneally (Erin): “Computer Forensics”, Login: The Magazine f Usenix&Sage, August 2002 Volume 27-number 4.

²⁶²⁹ Byfield (Bruce): ”IT Manager’s Journal; Tracking the Evolution of IT; “The two-edged sword: Legal computer forensics and open source; Legal and Regulatory. Available: <http://www.management.itmanagersjournal.com>).

Bilgisayar verilerinin ceza muhakemesinde kullanılacak nitelikler kazanabilen “sağlam delil” olarak kabul edilebilmesi için, bunların ele geçirildiği ilk andan itibaren “*chain of custody*” denilen, steril bir şekilde el değmeden korunarak incelemeyi yapacak olan uzmanın önüne kadar gitmesinin sağlanması gerekir.

Ancak, incelemeyi yapacak olan uzmanın da usul kuralları gereğince hukuka uygun bir şekilde görevlendirilmiş olması şarttır. Yani, savcılık veya mahkeme tarafından “bilirkişi” olarak görevlendirilmiş (CMK 63) olmalı, genel kural uyarınca kolluk memuru olmamalıdır: belge ve kağıtları inceleme yetkisi Kanunda ayrıca düzenlenmiştir (CMK 122). Buna göre, kolluk belgeleri inceleyemez. Postada elkoymada de CMK 129 uncu madde uyarınca hâkim kararı veya savcı emri ile elkoyma işlemini yerine getiren kolluk memurları nasıl gönderilerin içinde bulunduğu zarfları veya paketleri açamıyorlar, bunları mühür altına alıp kararı verene teslim ediyorlarsa (CMK 129/2), arama sırasında ele geçen belge ve kağıtları inceleme yetkisi C. savcısı ve hâkime ait ise (CMK 122/2), “steril ortamda” el değmeden toplanan kişisel veri kayıtlarının kolluk memuru tarafından incelenmemesi gerekir.

Verilerin elde edilmeye başlandığı an, ileride bu verinin mahkeme önünde delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı açısından büyük önem taşıdığından, davanın “bel kemiğine” benzetilmektedir. Delil toplamanın bilgisayar verileri açısından büyük önem taşıdığını vurgulayan *Erin Kenneally*²⁶³⁰, vücuttan alınan örneklerin DNA analizi yapılarak incelenmesi ile, bilgisayar verilerinin incelenmesi arasındaki farkı belirtmektedir: sağlıklı bir DNA analizi yapılabilmesi için, vücuttan alınan örneğin orijinalinin bizzat kendisinin kullanılması gerekir. Bu incelemenin yapıldığı sırada çok az miktarda örnek varsa ve bu da inceleme sırasında “tüketilirse”, incelemeyi yapan bilirkişi, “tanık bilirkişi” konumuna girer. Bilgisayar verilerinde ise, adli bilişim uzmanının orijinal metin üzerinde çalışarak, onu bir şekilde harap etmesi kabul edilemez. Bu nedenle, uzmanın “orijinal verinin” kendisi tarafından yapılan kopyası üzerinde incelemelerini yapması ve daha sonra da bu belirlemelerin mukayesesinin yapılabileceği orijinal verinin olduğu gibi saklanması gerekmektedir.

Bu tespitten çıkan sonuç şudur ki, orijinali elde olmayan bilişim verisinin “sadece kopyası” ele geçirilmiş ise, kopya üzerinden kopya çıkarılarak bilirkişi incelemesi yapılması usule uygun değildir. Usule uygun olmamasının gerekçesi, genel hukuk kurallarından çıkmaktadır: belgeler üzerinde yapılacak olan sahtecilik incelemelerinin, orijinal metin üzerinden yapılması gerektiği, fotokopi üzerinden sahtecilik incelemesi yapılamayacağı yerleşmiş bir hukuk kuralıdır ve Yargıtay kararlarına da yansımıştır.

Ancak, belgenin aslı hiç bulunamıyorsa, fotokopi üzerinden sahtecilik incelemesi yapılmasına izin veren “*best evidence rule*”, bilgisayar verileri bakımından şöyle düzenlenmiştir: Bilgisayardaki veri kullanılarak bir çıktı alınmış ise, fakat elimizde çıktı olmasına rağmen, verinin kendisi elde edilemiyorsa Amerikan hukukunda federal düzeyde geçerli olan delil kanununun 1001 (3) numaralı maddesi uyarınca, “*best evidence rule*” uygulanabilir: “*best evidence*” (yani elde edilebilen kötülerin en iyisi) denildiği vakit, bu delilin kalitesinin standartların altında olduğu önceden kabul edildiğinden, ispat değeri açısından hâkimin tek başına dayanabileceği bir delil olmadığı, ancak mevcut başka delilleri destekleyici yan delil olarak kullanılabilmesi kabul edilmektedir. Amerikan hukukunda bilgisayar kayıtlarının adli sistemde delil olarak ikame edilebilmesi için *Savcılara Yönelik Olarak Düzenlenmiş bir El Kitabı* hazırlanmıştır.²⁶³¹

Bilgisayar verisinin alındığı *kaynak bilgisayarın özelliklerine* de dikkat edilmelidir. Kişiyi ait özel kullanımda olan bir bilgisayardan alınan veri ile “resmi” yani bir iş yerinde, büroda, resmi bir dairede kullanılmakta olan bilgisayardan alınan veri arasında fark vardır. İş yerlerinde kullanılan bu tür “*resmi*” *bilgisayarlar* açısından elde edilen veriler, ticari, kurumsal, derneğe ait bir bilgisayar ile, meslek veya sanata ait olup, kar gütmek amacıyla veya ücret beklentisi olmadan yapılan bir iş sırasında toplanan bilişim verileri, farklı kategorilere girerler. Kişinin kullandığı *özel bilgisayarındaki* veriler ise, özel hayatın gizli alanına dahil öğelerdir. Bunlardaki koruma daha büyük iken, geniş manada iş hayatına

²⁶³⁰ *Kenneally (Erin)*: “Computer Forensics,” login: The Magazine of Usenix&Sage, August 2002 Volume 27-number 4.

²⁶³¹ *Kerr (Orin S.)*: Computer Records and the Federal Rules of Evidence; USA Bulletin (March 2001).

ilişkin veriler üzerindeki yasal koruma bu kadar güçlü olmak zorunda değildir. Ancak, bu verilerin tamamen alınabileceği, hiçbir korumanın bulunmadığı anlamına da gelmez.

3. Otomatik olarak üretilen veriler.

İletişimin denetlenmesinde örneğini gördüğümüz gibi, telefon görüşmelerinin faturalandırılmasında kullanılan iletişim bilgileri, bir yerde ticari veri niteliği taşımakta olduğu halde, bu ticari bilginin “kişinin kiminle, hangi saatte, ne kadar süre ile irtibatla bulunduğunu”, ceza muhakemesi hukukunda delil olarak kullanılması için, CMK 135/1 uyarınca hâkimden karar alınması gerekir. Bu yönde olmak üzere Amerikan²⁶³² Hukukunda da, ticari hayata ilişkin verilerin mahkemede ikame edilen bilgisayar verisinin delil olarak ortaya konması sırasında en büyük önemi kazanan husus, söz konusu verinin bir insan tarafından mı üretildiği, yoksa otomatik olarak bir bilgisayar programının mı ürünü olduğu konusudur.

Günümüzde birçok belge, bilgisayar tarafından önceden hazırlanmış bir program tarafından, otomatik olarak düzenlenmektedir. Bunun en yakın örneği, Türkiye’de de geniş ölçüde kullanılmaya başlamış bulunan UYAP sistemindeki dosyalama işlemleridir. Form biçiminde hazırlanmış olan veri tabanlarına eklemeler yapılarak üretilen adli belgeler vardır. UYAP konusunda Türkiye de herhangi bir yasal alt yapı bulunmazken, Alman Ceza Muhakemesi Kanununa eklenen 8 inci Kitap, 474-495 maddeler arasında bilgisayar ortamında dosya hazırlanması, çeşitli vesilelerle kolluk tarafından biriktirilmiş kişisel verilere adliyenin ulaşımı, adli veri tabanlarına kolluğun erişimi ve kişisel nitelikteki bilgisayar verilerinin ceza muhakemesi hukukunda nasıl kullanılacağını detaylı olarak hükme bağlanmıştır.

Bu nedenle, makine tarafından otomatik olarak düzenlenmiş olan belge yukarıda bahsettiğimiz ve “özel hayat içeriği daha az olan” bir bilişim verisi iken, kişinin bizzat kendisinin yazdığı, yarattığı bir metne ilişkin veriler, elektronik biçimdeki bir özel hayat olarak kabul görüp, daha fazla korumuştur.²⁶³³

Görüldüğü gibi, bilgisayar verilerinin ceza muhakemesi hukukunda delil olarak kullanılabilmesi için, (üzerinde çok kolay oynama yapılabilen, fakat bu tür oynamaların da teknik olarak belirlenmesi mümkün olan) verilerin, “sağlamlığı” kontrol edildikten sonra ve hiç bir şekilde değiştirilmeden, mahkeme salonuna kadar getirilmeleri gerekir. Bu konuda “bilirkişi incelemesinin gerekli olduğunu”, yukarıda belirtmiştik.

Bu husus bir ispat sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani mahkeme salonuna kadar gelmiş olan bir veri üzerinde oynama yapılıp yapılmadığı gerekli incelemeler yapıldığı halde kuşkulu kalabilir. Bütün kurallara riayet edilmiş veriler hiç el değmeden “temiz” bir şekilde bilirkişinin önüne kadar gelmiş ve bu şekilde mahkemeye intikal etmiş olsa dahi, üzerinde değişiklik yapılmış olduğu gene de iddia edilebilir. Bu gibi durumlarda, delilin ikame edilmesine karşı çıkan tarafın söz konusu olayda güvenlik açısından ne gibi bir hata yapılmış olduğunu ve ne nedenle değişiklik yapıldığından kuşkulandırılması gerektiğini ortaya koyması gerekir.²⁶³⁴

4. Emare delillerinin diğer delillerle desteklenmesi kuralı.

Bilgisayar kayıtlarının şüphelinin imzasını taşıyamaması sebebiyle bu kayıtlarda her zaman değişiklik yapılmasının mümkündür. Doktrinde bu nedenle, şüpheli aleyhindeki tek delilin bilişim sistemindeki verilerden oluştuğu hallerde, bunların başka delillerle desteklenmesi gerektiği görüşü savunulmaktadır.²⁶³⁵

V. Bilgisayarlardaki Verilerin Trol Ağı Metodu ile İncelenmesi ve Profilleme

1. Bilgi isteme yetkisi.

²⁶³² *United States v. Cestnik*, 36 F. 3d 904, 909-1 (10 th Cir. 1994); *United States v. Moore*, 923 F.2d 910, 914 (1st Cir. 1991).

²⁶³³ *People v. Holowko*, 486, E.2d 877, 878-79 (III. 1985).

²⁶³⁴ *Kerr (Orin S.)*: Computer Records and the Federal Rules of Evidence USA Bulletin (March 2001).

²⁶³⁵ *Özbek/Şimşek/Ömrüüzun*: Polisin Görev ve yetkileri, İçişleri Bakanlığı yayını 2001, s. 64; *Şamlı (Yasin)*: Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Hukuk Dünyası Dergisi Ekim Kasım Aralık 2005.

“Bilgi isteme” (CMK 332) ile, bilgisayarlardaki kayıt ve verilerin sistematik olarak incelenmesi arasında fark vardır. Suç işlendikten sonra başlayan soruşturma sırasında “bilgi isteme”, CMK 160 ile düzenlenen “genel yetki” çerçevesinde kullanılır. Fakat, Ceza Muhakemesi Kanununda, kişisel verilerin ve kayıtların, “delil elde etmek amacıyla” incelenmesi konusunda, bir düzenleme yoktur.

Sadece “bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma” başlığı altında CMK 134’te “bilgisayar programlarında arama” yapılması yetkisi, araştırma makamlarına verilmiştir.²⁶³⁶

2. Bilgisayar verilerini tarayarak yapılan inceleme.

Mülga 4422 sayılı Kanun ise, bu Kanunda öngörülen suçları işlediğinden şüphelenilen kişileri ortaya çıkarmak amacı ile, “bu suçların işleniş biçimine benzer tutum ve davranışlarda bulunan kişilere” ilişkin kayıt ve bilgisayar verilerini inceleme (ÇASÖMK m.2/5) yetkisini vermişti.²⁶³⁷ Sınırlarda yapılan pasaport kontrolleri sırasında kimin, hangi saatte, nereye gittiğine dair veri kaydı yapılıyorsa, bunların daha sonradan suç araştırmasında kullanılması için, hâkim kararı gerekli idi. Hâkim kararı ile incelenebilecek kayıtlara, satın alınmış bulunan uçak biletleri, ödenmiş elektrik faturaları gibi, elektronik ortamda tutulan ticari kayıtlar da dahildi.

1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanununun 2 inci maddesinde sayılan tesislerden otel motel ve tatil köyleri ile 30 yatak kapasitesi üzerinde olan özel ve resmi konaklama yerleri, sağlık müesseseleri tüm kayıtlarını bilgisayarda tutmak ve bilgisayar terminallerini, genel kolluk kuvvetlerinin bilgisayar terminallerine bağlamak zorunluluğu getirilmiştir (Bakanlar Kurulu Kararı 2001/2227).

3. Mukayeseli hukuk.

Kişisel verilerin bilgisayarda toplanarak, bu bilgileri suç analizinde kullanılması, mukayeseli hukukta gelişmiş bir yöntemdir.

a) *Gelişme Çizgisi.* Federal Alman Trafik Kanununda 28.1.1987 tarihinde yapılan değişiklikle, trafik kayıtlarının merkezi bir bilgi bankasında biriktirilmesi kuralı konmuş ve ZEVİS (Zentrales Verkehrsinformationssystem) kurulmuştur. Bu yapılanmanın amacı, ceza kovuşturmasında uygulanan “trol ağı metodu ile bilgi toplamaya yönelik araştırmaların” (163d StPO) daha etkin hale getirilmesini sağlamaktır.

Otomobil, suç işlemede kullanılan temel araçlardan biri olduğu için, araç ve araç sahibine ait bilgilerin suç araştırması ve kovuşturmasında kullanılmak üzere, ağ ile balık avlamada²⁶³⁸(3) olduğu gibi, tarama yolu ile trafik bilgisayarından alınabilmesi kabul edilmiş (StVG 35) ve kimlik belgelerinin bilgisayarın anlayabileceği şekilde otomatik olarak bir şekilde okunabilecek biçimde düzenlenmesi de kararlaştırılmıştır.²⁶³⁹

²⁶³⁶ Madde hükmüne göre önce bilgisayarlarda arama yapacak daha sonra gerekirse el koyma işlemi yapılacaktır (Özbek 2005, 496).

²⁶³⁷ 4422 numaralı Kanunda öngörülen suçları işlediğinden şüphelenilen kişileri veya bunların delillerini ortaya çıkarmak amacı ile, “bu suçların işleniş biçimine benzer tutum ve davranışlarda bulunan” kişilere ilişkin yer, kuruluş, çevre ve kurumlardaki her türlü resmi ve özel kayıtlarla, bilgisayar verileri incelenebilir. Devletin ulusal güvenliği bakımından gizli tutulması zorunlu olanlar hariçtir. Görüldüğü gibi, kayıt ve verilerin incelenmesi tedbirinin uygulanması için aranan ‘makul şüphenin’ kuvvet derecesi ‘daha az yoğun’ tutulmuştur: ‘çıkar amaçlı örgüt suçlarının işleniş biçimine benzer tutum ve davranışta (modus operandi) bulunma’ kriteri kabul edilmiştir. Alman Hukukunun ‘Suchbegriff’ kavramı altında anladığı da budur. Kayıt ve verilerin incelenmesi tedbirine başvurulabilmesi için, hâkim kararı veya gecikmede sakınca varsa, Cumhuriyet savcısının emri mevcut bulunmalıdır (ÇASÖMK m. 2/5).

²⁶³⁸ Bilgisayar destekli bu yeni araştırma metoduna “trol ağı” (*Schleppnetz fahndung*) adının verilmesine, “Der Spiegel” dergisinde 10.3.1986 tarihinde yayınlanan bir yazı sebep olmuştur: Yazıda bireylerin ağlara takılarak umutsuzca çırpınan balıklar gibi, sınırlardan yurda girip çıkarken polis bilgisayar ağlarına yakalanacakları benzetmesi yapılmıştı (Kühl: NJW 1987, 739, dn 38).

²⁶³⁹ 19.4.1986 tarihli Kanun: BGBl 1, 545. Ancak, kişisel bilgiler üzerinde “bireye ait anayasal bir hak” mevcut bulunduğu kabul edilmiş olduğu için, kanun ile izin verilmiş olan haller dışında, pasaportun veya kimliğin otomatik olarak okunması ve hafızaya kaydedilmesi yasaklanmış (PassG 17 II ve Personalausweis G 3a II) ve Alman Ceza Usul Kanununda yapılan düzenleme ile, StPO 163d madde kanuna eklenerek, yukarıda belirtilen yasağın Ceza Muhakemesi Hukuku amaçlı istisnası kanunda gösterilmiştir. Federal Anayasa Mahkemesinin 15.12.1983 tarihli nüfus sayımı kararındaki (BVerfGE 65, 2 = NJW

b) *Temel Yapı*. Trol ağı araştırma metodunun temel yapısı şudur: Belli kriminojen özellikler (*Suchkriterien*) taşıyan bilgiler, kimliklerin bilgisayar tarafından otomatik bir şekilde okunması sırasında, hafızaya kaydedilmekte ve daha sonra bu bilgiler uzmanlar tarafından değerlendirilmektedir. Mesela, suçu işlediğinden şüphelenilen ve kimliği meçhul olan kişinin 20 ila 30 yaş arasında veya çok iri olması gibi özellikler, “krimonojen özelliği” (*Suchbegriff*) oluşturur. Bu özelliklere sahip olan pek çok kişinin “aranan şahıs” olmadığı açıktır; bunların içinden sadece bir tanesi muhtemel fail olup diğerleri masum kişilerdir. Ancak 20-30 yaş arasında, iri yapılı olan ve “ağa takılan” herkes hakkında araştırma yapılır.

Bu kişiler hakkında soruşturma başlamış değildir. Bunların “şüpheli” (*Beschuldigter*) statüsüne girip girmeyecekleri ancak araştırma yapıldıktan sonra belli olacaktır. Aranan özellikleri taşıyan kimselere ait bilgilerin bilgisayara kaydedilmesi ile, bu kişiler “şüpheli” hukuki statüsüne girmezler. Zira bu kişilerden şüphelenmeyi gerektiren “zehap” derecesindeki şüphe henüz doğmamıştır. Bu nedenle İHAS 6/2 açısından suçsuzluk karinesi zedelenmiş sayılmazsa da polis bilgisayarına, “ağır bir suçtan dolayı aranan kişilerde bulunan özelliklere sahip bulunduğu için”, kimlik bilgilerinin kaydedilmesi, o kişi için lekeleyicidir.

Ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan *ölçülülük ilkesi* burada da tesirini gösterir; gerçekten, işlenmiş olan ağır bir suçun aydınlatılması, toplum açısından üstün bir değer taşır. Bu değer karşısında bireylerden orantılı olarak bazı fedakarlıklar beklenir.

Trol ağı metodunu düzenleyen StPO 163d madde, kişisel bilgilerin bilgisayara kaydedilmesi yasağı²⁶⁴⁰ açısından, genel bir hukuka uygunluk sebebidir.

Trol ağı metodunun uygulanması sırasında, kolluğun “suçu önleme görevi” ile “adli görevleri”²⁶⁴¹ yan yana gelir. Trol ağı metodu sadece ceza muhakemesi hukuku amaçlarına uygun olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, önleme amaçlı veri toplama StPO 163d kapsamına girmez. Genel tehlikelerin sezilmesi amacı ile veri toplama konusu, Almanya’da eyaletlerin polis kanunlarında düzenlenmiştir. Önleme amaçlı veri toplama ayrıca incelenmesi gereken önemli bir konudur.²⁶⁴²

c) *Trol ağı metodunun uygulanması sırasında savcı-polis ilişkisi*. Trol ağı metodu uygulanarak toplanan veriler doğal olarak polis bilgisayarında saklanır ve dolayısıyla polisin hâkimiyeti altındadır. Alman Kanunlarında savcının bu bilgilere doğrudan doğruya girme yetkisi kabul edilmemiştir. Bununla birlikte mesele tartışma konusu olunca, Alman Parlamentosu bir yorum kararı vermiştir.²⁶⁴³

ç) *Trol ağı metodunda şüphenin kuvvet derecesi*. StPO 163 d maddede öngörüldüğü biçimde, kişisel bilgilerin bilgisayar hafızasına kaydedilebilmesi için, öncelikle “somut olaylara dayanan basit ve makul tahmin”²⁶⁴⁴ mevcut bulunmalıdır. Bu tedbirin uygulanabilmesi için mevcut bulunması gereken şüphenin kuvvet derecesi, tutuklama veya yakalamada olduğu gibi “kuvvetli”, kamu davasının açılmasında arandığı gibi “yeterli şüphe” değil, çok daha az kuvvet derecesi gösteren bir tahmin yoğunluğudur.²⁶⁴⁵

1984, 419) ana fikir gözönünde tutularak hazırlanmış olan bu kanunda, kimlik bilgilerinin bilgisayara kaydedilmesi için gereken kurallar belirlenmiştir.

²⁶⁴⁰ Kişisel verilerin korunması hukuku açısından, veri biriktirmek (*Datenerhebungsnorm*) ve biriktirilmiş verileri değerlendirmek (*Datenverarbeitungsnorm*) ayrı kurallara tabidir. Trol ağı metodu ikinci gruba giren yetkidir. Ceza muhakemesi hukuku amacıyla yapılan araştırmalarda kullanılan veriler (*ermittlungsrelevante Daten*), mesela, sınırdeki pasaport denetimi sırasında yapılan kayıtlardır. Benzer düzenlemeler içeren StPO 111, 163b, 163c maddeleri açısından, 163d’nin genel hüküm olmasının önemi şudur; işlemin hangi maddeye giren bir yetkiden kaynaklandığı tartışması ortaya çıkmaz. *Nuhoğlu*, Hukuk ve Adalet, 2007/10, 201 vd.

²⁶⁴¹ *Jung*: JUS 1978, 499; *Baumann*: StrVert 1986, 495, *Geerds*: Jura 1986, 7, *Achenbach*: JA 1981, 660.

²⁶⁴² *Preventive Zwecke*: *Rogall*: NStZ 1986, 389; *Schlinck*: Der Staat, 1986, 233.

²⁶⁴³ BR-Dr. 590/86, S. 2: *Kühl*, NJW 1987/13, 741, dn 68’den naklen: bu yorum kararına göre, verilere doğrudan doğruya girme yetkisi polise tanındığı için, aynı yetkinin savcıya verilmemesi için bir sebep yoktur. Bu nedenle kanunun bu noktada genişletilmesi önerilmiştir.

²⁶⁴⁴ *durch bestimmte Tatsachen begründete Verdacht*

²⁶⁴⁵ *Kleinknecht/Meyer*, 42. Auflage, 1995, § 111, Rdnr. 4.

d) *Uygulama alanına giren suçlar.* Trol ağı metodu ile araştırma, sadece en ağır suçlarda uygulanabilir. Bu suçlar sınırlı sayıda olmak üzere Alman Ceza Muhakemesi Kanununda belirtilmiş olan; terör örgütü oluşturmak (StGB 129a), silahlı soygun (StGB 250/I, 1) ve ateşli silahlar ile uyuşturucu maddeler alanındaki suçlardır.

e) *Trol ağı araştırma metodunun uygulanmasına karar verilmesi.* Trol ağı metodunun uygulanmasına hâkim karar verir. Gecikmede tehlike varsa, savcı ve savcı yardımcısı kolluk da emir verme konusunda yetkili kılınmıştır. Mesela, adam kaçırma, fidye isteme veya silahlı gasp hallerinde, prensip olarak hâkimden karar alınması gerekirse de gecikmedeki tehlike nedeni ile bunun gerçekleştirilmesi zordur.

Acele hallerde savcı veya savcı yardımcısı kolluk tarafından verilen uygulama emri üç gün süre ile geçerlidir. Üç gün içinde hâkim tarafından tasdik edilmediği takdirde, tedbir hükümsüz kalır (StPO 163d III). Tedbirin hükümsüz kalması ile, üç gün içinde elde edilmiş bulunan bütün veriler iz bırakmayacak şekilde silinir (StPO 163d IV).

f) *Kararın şekil şartları.* Hâkim tarafından verilen ve trol ağı metodu ile araştırma yapılmasına ilişkin olan karar, yazılı şekilde verilir. Bu kararda, araştırma yapılırken, şahıslarda bulunması gereken ortak özellikler (*Suchkriterien*= uzun boylu, 30-40 yaş arası olma gibi), açıkça belirtilir. Tedbirin hangi yerlerde uygulanacağı ve üç ayı geçmemek üzere süresi de kararda yer alır.

g) *Veri toplama son verilmesi ve verilerin silinmesi.* İstenilen amaca ulaşılır, yani en az “zehap derecesinde şüphe” elde edilerek, bir “şüpheliye” ulaşırsa, trol ağı araştırma metoduna son verilir (StPO 163d IV).

Yapılan değerlendirmelerin sonunda o olayda kullanılmayacağı anlaşılan veriler, adli kolluk tarafından bilgisayarın hafızasından silinir ve bu verilerin silindiğine dair bir rapor hazırlanarak savcılığa verilir.

h) *Verilerin delil olma değeri.* Trol ağı araştırma metodu ile elde edilen veriler, sadece, hâkimin kararına esas teşkil etmiş olan somut soruşturma ve kararın konusunu teşkil eden suç ile ilgili muhakemede delil olarak kullanılabilir. Bu nedenle, başka suçların aydınlatılması amacıyla trol ağı araştırma metodu dolaylı bir şekilde kullanılamaz.²⁶⁴⁶

Ancak, genel kural (CMK 100) burada da geçerlidir: yapılan veri toplama işlemi sırasında başka suçlara ait tesadüfi bilgiler elde edilirse, bu bilgiler delil olarak kullanılabilir.

i) *İlgiliye bilgi vermek mecburiyeti.* Trol ağı araştırma metodu uygulanarak kimlik bilgileri bilgisayara kaydedilen, fakat daha sonra yapılan ek araştırmalar neticesinde şüpheli statüsüne girmeyen kişilere, haklarında trol ağı metodu ile araştırma yapıldığı konusunda bilgi verilir (StPO 163d V).

İlgiliye bilgi verme kuralı iki noktada sınırlandırılmıştır: i) Sadece “hakkında ek araştırma yapılmış olan kişilere bilgi vermek mecburiyeti vardır. ii) İlgiliye bilgi verilmesi, yürütülmekte olan soruşturmayı tehlikeye düşürecekse veya asayiş açısından (*öffentliche Sicherheit*) sakıncalı ise, bilgi verilmez.

4. Profilleme ve veri madenciliği

YAZILACAK

49. § 5. DİĞER KORUMA TEDBİRLERİ

400. Erken dinlenme ve erken sorgu. 401. Şahsi davacının teminat vermesi sorunu. 402. Kovuşturma davacısının teminat vermesi sorunu. 403. İşten elçektirme, çek düzenleme yasağı ve ruhsat iptali. 403-1. İnternete erişimin engellenmesi.

²⁶⁴⁶ Kühn, NJW, 1987/13, 743.

400. ERKEN DİNLENME ve ERKEN SORGU.

I. Tanık ve bilirkişinin erken dinlenmesi.

Tanık veya bilirkişinin duruşmada dinlenmemesi tehlikesi çıktığında, *istinabe yoluyla* duruşmadan önce erken dinlenmesi, bir koruma tedbiridir (CMK 180). Erken dinleme aslında kovuşturmada, duruşma hazırlığında söz konusu olur.

Soruşturmada da bir tanık veya bilirkişinin duruşmada hazır bulunmayacağından korkuluyorsa veya meskeninin uzaklığı yüzünden hazır bulunması güç görülüyorsa erken dinleme yolu açıktır (CMK 84/2). Bu dinlemede taraflara hazır bulunma imkânı da tanınmıştır (CMK 84/1).

Tanık ve bilirkişinin ilerde zamanı geldiğinde ispat konusunda karar verecek olan mahkeme tarafından duruşmada dinlenmemesi tehlikesinden korunmanın tedbiri *erken dinlemedir*.²⁶⁴⁷ Erken dinleme bu nedenle *duruşmada yapılmıyormuşçasına* yapılır, yani taraflara hazır bulunmak, soru sormak ve beyanı tartışmak imkânı sağlanır. Erken dinleyen hâkimler ilerde kovuşturma yapacak mahkemenin âdeta naibi durumundadırlar. Erken dinleme şu hallerde mümkündür:

a) Duruşma hazırlığında, hastalık veya kaldırılması imkânsız diğer bir engel yüzünden bir tanık veya bilirkişinin uzun veya belli olmayan bir zaman için duruşmada hazır bulunmayacağı anlaşılırsa veya meskenlerinin uzaklığı yüzünden çağırılmaları müşkül ise, duruşmadan önce naip marifetiyle veya *istinabe yolu* ile dinleme mümkündür (CMK 180/1). SEGBİS olanağının bulunduğu hallerde ifadenin bu yöntemle alınması gerekir (CMK 180/5).

b) Duruşma için belirlenen günde sanığın gelmemesine, yani duruşmanın yapılamamasına rağmen, gelmiş olan tanık ve bilirkişinin dinlenmesinde de (CMK 206/1), duruşma hazırlığında mahkemece yapılmış erken dinleme durumu kabul etmekten başka çare yoktur.

Bu dinlemelerde taraflara hazır bulunma imkânı tanınır (CMK 181/1)²⁶⁴⁸ ve böylece ilerde duruşmada dinleniyormuş gibi hareket edilerek duruşmada tekrar dinlenmeyebilmesi sağlanır.²⁶⁴⁹

Hâkimden karar almak da beklenemeyecekse, savcının o sanık veya bilirkişiyi hatta yeminli dinlemesi *erken dinleme* niteliğinde değildir. Tarafların biri olan savcının bu dinlenmesinin, duruşmada dinleme gibi olamayacağı, savcıya böyle bir yetki tanınamayacağı açıktır.²⁶⁵⁰ Burada yapılan, aslında yine ifade almadır.

II. Erken sorgu.

Kolluk tarafından alınan ifade sırasında suçunu ikrar eden şüphelinin sonradan pişman olarak kabahati kolluğa attığı çok görülmüştür. Bu nedenle kollukta suçunu ikrar eden kişiyi Cumhuriyet savcısı derhal hâkim önüne çıkartarak sorguya çekilmesi sağlanırsa (CMK 162), sistem önemli bir delil kazanmış olur. Ancak müdafî hazır bulundurulurken Cumhuriyet savcısı veya kolluk tarafından alınan ifadeler de delil değeri kazanır, zira müdafinin hazır bulunmadığı şüphelinin kolluk ifade tutanakları, duruşmada okunamayacaktır (CMK 213).

²⁶⁴⁷ *Tosun*'un koyduğu bu adı (I- 932) biz de benimsedik.

²⁶⁴⁸ Henüz ortada sanık yoksa, sanığın hazır bulundurulması söz konusu olamayacaktır. Ama şüpheli varsa, onun da bulundurulması mümkün olmalıdır.

²⁶⁴⁹ 1985 değişikliği sonrasında önsoruşturmasında yani sadece hazırlık soruşturmasında bir tanık veya bilirkişinin duruşmada hazır bulunamayacağından korkulursa veya meskeninin uzaklığı yüzünden hazır bulunması güç görülürse, erken dinlemeyi, hâkim işlemi söz konusu olduğundan, sulh hâkimi savcının istemesi üzerine (CMUK 155) veya re'sen (CMUK "85-3206" 158) yapıyordu.

²⁶⁵⁰ Nitekim ilk soruşturmanın soruşturma bölümünü kaldıran 1975 Alman reformunda da savcının tanık ve bilirkişi dinlenmesinde, değil sanığın, müdafinin de bulunması kabul edilmemiştir (*Grauhan*, 389).

401. ŞAHSİ DAVACININ TEMİNAT VERMESİ SORUNU.

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile, şahsi dava kaldırıldığı için, bu kurum varlığını kaybetmiştir. Mülga kanun şahsi davayı kabul etmişti ve bazı hallerde şahsi davacının teminat vermesini de mecburi kılmıştı (CMUK 349/2).

402. KYOK KARARINA İTİRAZ EDENİN TEMİNAT VERMESİ SORUNU.

Takipsizlik (kovuşturmaya yer olmadığı) kararına itiraz edildiğinde, yargılama makamı olan en yakın ağır ceza mahkemesi başkanlığı, karar vermeden önce, Hazineyi ve sanığı masrafların ödenmemesi tehlikesine karşı korumak üzere, itiraz edenden kefalet vermesini isteyebilirdi. Bu tedbir ihtiyarı idi. Koruma tedbiri ön şartları yoksa teminat istenmezdi. CMK bu kurumu düzenlemedi.

403. İŞTEN ELÇEKTİRME, ÇEK DÜZENLEME YASAĞI ve RUHSAT İPTALİ.

I. İşten elçektirme.

1. Sanığın suçla ilgili faaliyetlerinin geçici olarak durdurulması kavramı.

Sanığa işten elçektirmenin koruma tedbiri olarak kabul edildiği vardır.²⁶⁵¹ Mahkûmiyet halinde suçla ilgili faaliyet yasaklanacağından, bu yasaklamadan önce de aynı çeşit yeni suçların işlenmesi tehlikesini ortadan kaldırmak için geçici olarak işten elçektirme bazen zorunlu görülür. Suçun işlenmesi veya tekrarı tehlikesi yakın ise, bu tehlikeden korunma amacı ile alınan bu tedbirin koruma tedbiri niteliği taşıyacağı şüphesizdir.

Ancak bu tedbirin, aynı amaca yönelik tutuklamada olduğu gibi, muhakeme hukuku kurumu olmadığı, muhakeme-dışı hukuk kurumu olduğu da açıktır. Buna rağmen, bu koruma tedbirinin, sanıklar hakkında uygulanması bakımından, ceza muhakemesi hukukunda da yeri olması gerekeceğini düşünüyoruz.

Türk Ceza Kanunu belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmayı (TCK 53) bir güvenlik tedbiri olarak düzenlemiştir. Belli bir meslek veya sanatın, ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet halinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir (TCK 53/6). İşten elçektirme tedbirine meselâ şu hallerde rastlamaktayız:

2. Derneklerin faaliyetten alıkonulması.

Yeni Dernekler Kanunu (2004-5253) geçici yasaklama öngörmedi. Mülga Dernekler Kanunu'na göre, millî güvenlik, kamu düzeni, suçların önlenmesi gibi belli bakımlardan gecikmesinde sakınca (daha doğrusu tehlike) bulunmak şartı ile valiliğin gerekçeli kararı ile dernekler faaliyetinden alıkonabiliyordu. Bu hallerde bu karar, valilikçe geri alınmamışsa, kovuşturmanın veya beraat kararına kadar devam ediyordu.²⁶⁵²

3. Devlet memurunun görevden uzaklaştırılması.

Haklarında ceza veya disiplin kovuşturması yapılan Devlet memurları görevden uzaklaştırılabilir. Bu tedbire, ceza kovuşturmasından, hattâ herhangi bir soruşturmadan önce de soruşturmaya 10 gün içinde başlamak şartı ile, başvurulabilmektedir.²⁶⁵³

²⁶⁵¹ Almanlar, meslek icrası yasağı cezasının koruma tedbiri olarak da uygulanmasını ayrıca düzenlemişlerdir (StPO 132a).

²⁶⁵² "(DerneklerK "1997.4279" Madde 54- (Değişik: 3/7/1997 - 4279/3 md.) Bir derneğin veya şubesinin faaliyetleri bakımından Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel ahlakın, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde o derneğin merkezinin veya şubesinin bulunduğu ilin valiliği, gerekçeli bir kararla derneği veya şubeyi faaliyetten alıkonabilir. Valilik, men kararını yirmidört saat içinde asliye hukuk mahkemesinin onayına sunar. Mahkeme, valiliğin kararını onama veya kaldırma şeklindeki kararını kırksekiz saat içinde verir. Aksi halde, idari karar kendiliğinden yürürlükten kalkar." Gecikmede tehlike olması halinde valilikçe verilen kararın, beraat kararı verilinceye kadar devamını haklı görmeğe imkân yoktur. İş hâkim önüne geldiğine göre, devama da hâkim karar vermemelidir.

²⁶⁵³ Soruşturma sonunda haklarında disiplin yönünden memurluktan çıkarma bakımından işlem yapmağa veya ceza koşturmasına lüzum kalmayanlar ile yargılama sonunda memurluktan çıkarmadan başka bir disiplin cezasına çarptırılanların

4. Hâkim ve savcıların görevden uzaklaştırılması.

Hâkim ve savcılar da görevlerinden uzaklaştırılabilmektedirler. Haklarında soruşturma yapılan hâkim veya savcının göreve devamının, soruşturmanın selâmetine yahut yargılamanın itibarına zarar vereceğine kanaat getirilirse, geçici bir tedbir olarak, görevden uzaklaştırılmasına veya soruşturmanın sonuçlanmasına kadar geçici bir yetki ile başka bir yargılama çerçevesinde görevlendirilmesine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilebilir (HSYKK “1981-2461, 21”).²⁶⁵⁴

5. Avukatın görevden yasaklanması.

Hakkında meslekten çıkarma cezasını gerektirebilecek bir suçtan dolayı kovuşturma yapılmakta olan avukat disiplin kurulu kararı ile işten yasaklanabilir (AvK 153/1). Hakkında “tutuklama müzekkeresi çıkarılan” avukat ise, disiplin kurulu kararı ile, bu kurul iki ay içinde karar vermediği takdirde Adalet Bakanlığının doğrudan vereceği kararla işten yasaklanır (AvK “1984-3003” m.7, 154/1 ve 2).

Avukatlık Kanunu’nun 153. maddesindeki ihtiyarî yasaklama hakkında söyleyeceklerimiz, tehlike tedbirlerinin bir çeşidi olan ve yakın tehlikede söz konusu olan bir “koruma tedbiri” karşısında olduğumuzu ve bu nedenle koruma tedbirlerinin gecikmezlik ve haklı görünüş önşartlarının disiplin kurullarınca her olayda araştırılması gerektiğini hatırlatmaktan ileri gitmiyecektir.

Mecburî (Kanunun, hukuk dışı bir kavram olan zarureti ifade ettiği için hatalı olarak kullandığı tâbirle, *zorunlu*) yasaklama için ise daha fazla açıklamaya ihtiyaç duyuyoruz:

a) *Yasaklama sebepleri konusunda:* 154. maddenin 1984-3003 numaralı kanunla değişik metnininin 1. fıkrasında mecburî yasaklama için dört sebep gösterilmişti. Bunlardan “Devletin şahsiyetine karşı cürümlerden veya rüşvet, sahtecilik... cürümlerinden biri ile hakkında kamu dâvası açılmış olmak” sebebi ile ilgili kısım, Anayasa Mahkemesinin 1/3/85 tarihli kararı ile, pek isabetli olarak, iptal edildi (RG 17/5/85). Geriye kalan üç sebepten biz sadece ceza muhakemesi hukukunu doğrudan ilgilendirenini yani “tutuklama müzekkeresi çıkarılmış olması” sebebini ele aldık.

b) *Yasaklama sonucu konusunda:* Anayasa Mahkemesi, tutuklanan avukatın geçici olarak iş yapamaz hale geldiğine bakarak, yasaklanmasını Anayasaya aykırı bulmamıştır. Eğer amaç tutuklama süresince yasaklama ise, ayrıca yasaklama kararı almak herşeyden önce abestir. Kaldı ki hukukî olarak da imkân yoktur. Zira tutuklamadan ayrıca yasaklamayı haklı gösterebilecek uzak veya yakın hiç bir tehlike yoktur ki, uzak tehlikeyi önleme veya yakın tehlikeden korunma sözkonusu olabilsin. Hukukî hiçbir dayanağı olmayan, üstelik başka bir meslek mensubu hakkında öngörülmemiş olan böylesine ağır bir tedbirin Anayasaya uygun olabileceğini düşünmüyoruz. Yine kaldı ki, tutukluk kalkınca yasaklamanın kalkacağı kabul olunsa dahi, otomatik olmadığı için yasaklama derhal kalkmayacak ve burada avukat haksız yere işinden yasaklanmış olacaktır. Bizce Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği kısım için dayandığı gerekçelerin hemen hepsi burada da iptale pekâlâ sebep olabilirdi.

veya haklarında sonsoruşturma açılmaması veya beraat, genel af sebebiyle düşme kararı verilenleri veya memurluğa engel olmayacak cezaya mahkûm olup cezası ertelenenlerin görevden uzaklaştırma tedbiri kaldırılır. Soruşturma konusu fiillerin hizmete devama engel olmadığı âirlerince anlaşıldığında, bu tedbir daha önce de kaldırılabilir. Disiplin koğuşturmasında tedbir süresi en çok 3 aydır. Ceza koğuşturmasında devam hususunda karar verilmesi gerekir. Bu tedbir sırasında memur aylığının üçte ikisini alır (Devlet MmK. 65-657 “75-1897” m. 137-145). Görülüyor ki dâva sonunda verilecek memurluktan çıkarma cezası geçici ve peşin olarak bir koruma tedbiri niteliğinde uygulanmaktadır. Gerek disiplin gerek suç nedeniyle memur olamayacak kimseler tarafından yapılması tehlikesine karşı Devlet hizmeti korunmaktadır. Bizi burada ilgilendiren sanık bakımından olan kısmıdır. Ceza muhakemesinde, iki ayda bir yapılacak devam denetlemesini, işe elkoymuş olan ceza yargılaması makamı yapmalıdır. Soruşturma konusu fiilin hizmete devama engel olup olmadığını ancak âmirin takdir edebileceği görüşüne katılmıyoruz. Ama iş artık idarenin elinden çıktıktan sonra, dâva ile ilgili kısıtlayıcı bir karar alınacaksa, dâvaya her yönü ile bakan hâkimler buna da karar vermelidirler.

²⁶⁵⁴ Burada da soruşturmanın selâmetini veya yargılamanın (güvenirliği anlamına) itibarını yakın bir tehlikeden korumak amacı ile başvurulmuş bir koruma tedbiri karşısında olduğumuz görülmektedir. Sanık hâkim ve savcılara uygulandığında ceza yargılaması ile ilgili şüphe götürmeyen bu tedbirin birinci amaç dolayısı ile ceza muhakemesi koruma tedbiri olduğu açıktır. Bizce bu tedbire, işe elkoyduktan sonra ceza yargılaması makamı karar vermelidir. Tutuklamaya karar verebilen bir hâkimin geçici olarak görevden uzaklatılmağa karar verememesi anlaşılır gibi değildir. Bu karar Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna bildirilir ve Kurul gereğini yapar, bu arada gerekli görüyorsa, başka bir çevrede geçici olarak görevlendirilebilir diye düşünmüyoruz.

c) *Disiplin kurulunun karar vermesi konusunda:* Bir koruma tedbiri almak gerekiyorsa, iş hâkim elinde oldukça buna hâkim karar vermelidir. Geçikemezlik hâkim kararını dahi beklememize elvermiyorsa, bu yetki idari bir makama elbet verilebilir, ama bu karara karşı da kısa bir sürede hâkime gidilmesi, Anayasada da korunmuş (AY 36/1, 125) olan insan haklarının en başta gelenlerindedir (İHAS 6/1).

ç) *Mecburilik konusunda:* Madem bir tehlikeden koruma söz konusudur, o halde her olayda korunmanın (zaruriliği anlamına) zorunluluğu kararı verecek makam araştırılmalıdır. Bu nedenle ihtiyarilik yerine mecburiliğin kabul edilmiş olması, Anayasanın belli bir maddesine olmasa bile, temeline yani hukukun ana prensiplerine aykırıdır.

d) *Adalet Bakanının karar vermesi konusunda:* Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 135. maddesinde “kamu kuruluşu niteliğindeki meslek kuruluşları Devletin idari ve mali denetimine tabidir” denilmesine dayanarak, ikinci fıkrayı Anayasaya aykırı bulmamıştır. Bu denetim Bakanlığın karar mercii yerine geçerek karar vermesi biçiminde anlaşılmalıdır. Netekim Anayasa Mahkemesi de kanunların Anayasaya uygunluğunu denetler ama kendisi kanun yapamaz. Unutulmamalıdır ki demokrasilerde Adalet Bakanları siyasi tesirler altında kalabilirler. Bu nedenle, bir avukat hakkında dava açılması için emir verebilen bakanın o avukatın işten yasaklanmasında da karar verebilmesi, avukatın adalete yardımcılığı ilkesine (AvK 2) ters düşer. Araya bir tutuklama kararı girmiş olması durumu değiştirmez. Unutulmamalıdır ki tutuklama kararı da nihayet geçici bir tedbir kararı olup kesin mahkûmiyet değildir. Bakan, nasıl hâkimlere baskı yapamamalı ise, avukatlara da yapamamalıdır. Avukat hangi sebeple olursa olsun Bakan kararı ile işten yasaklanabilmesi, iddia ve müdafaaya bağışıklık dahi tanınmasını gerektiren, Anayasalar ve İnsan Hakları Sözleşmeleriyle teminat altına alınan iddia ve müdafa haklarının gereği gibi kullanılmasını da engelleyebilecek niteliktedir.

6. Avukatın müdafilik veya vekillik üstlenmekten yasaklanması.

Şüpheli veya sanık tarafından seçilen (CMK 149) veya görevlendirilen “zorunlu” müdafisi (CMK 150) sadece TCK 220 ila 314’üncü maddelerde sayılan suçlar veya terör suçu tutuklu ve hükümlülerinin müdafiliği üstlendiği sırada, hakkında bu suçlar nedeniyle kovuşturma açılırsa, müdafilik üstlenmekten yasaklanabilir (CMK “2005-5353” 151).

II. Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağı.

“Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı”, 2009-5941 numaralı Çek Kanunu tarafından kabul edilen yeni bir koruma tedbiridir.

Kanunun 5 inci maddesine göre, üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükümlenir. Ancak, hükmedilecek adli para cezası, çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olamaz. Mahkeme ayrıca, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmeder. Bu davalar, çekin tahsil için bankaya ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer ya da hesap sahibinin yahut şikâyetçinin yerleşim yeri mahkemesinde görülür.

Birinci fıkra hükmüne göre çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlü olan kişi, çek hesabı sahibidir. Çek hesabı sahibinin tüzel kişi olması hâlinde, bu tüzel kişinin malî işlerini yürütmekle görevlendirilen yönetim organının üyesi, böyle bir belirleme yapılmamışsa yönetim organını oluşturan gerçek kişi veya kişiler, çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmakla yükümlüdür.

Çek hesabı sahibi gerçek kişi, kendisi adına çek düzenlemek üzere bir başkasını temsilci veya vekil olarak tayin edemez. Gerçek kişinin temsilcisi veya vekili olarak çek düzenlenmesi hâlinde, bu çekten dolayı hukukî ve cezaî sorumluluk çek hesabı sahibine aittir.

Karşılıksız çek düzenleyen, adına karşılıksız çek düzenlenen ve ileri düzenleme tarihli çek üzerinde yazılı tarihe göre kanunî ibraz süresi içinde ibrazında, karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmayan gerçek ve tüzel kişi hakkında, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talebi üzerine, sulh ceza

hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde resen mahkeme tarafından, karşılıksız çıkan her bir çekle ilgili olarak, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilir.

Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı ile ilgili olarak, herhangi bir adres değişikliği bildiriminde bulunulmadığı sürece ilgilinin çek hesabı açtırırken bildirdiği adrese 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanununun 35 inci maddesine göre derhal tebligat çıkarılır. Adresin bankaya yanlış bildirilmesi veya fiilen terkedilmiş olması hâlinde de tebligat yapılmış sayılır.

Hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilmiş olan kişi, elindeki bütün çek yapraklarını ait olduğu bankalara iade etmekle yükümlüdür. Bu kişi adına yeni bir çek hesabı açılmaz.

Hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilmiş olan kişi, kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on gün içinde, düzenlemiş bulunduğu ve henüz karşılığı tahsil edilmemiş olan çekleri, düzenleme tarihlerini, miktarlarını ve varsa lehtarlarını da göstermek suretiyle, muhatap bankaya liste hâlinde vermekle yükümlüdür.

Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararına ilişkin bilgiler, güvenli elektronik imza ile imzalandıktan sonra, Adalet Bakanlığı Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına elektronik ortamda bildirilir. Bu bildirimler ile bankalara yapılacak duyurulara ilişkin esas ve usuller, Adalet Bakanlığının uygun görüşü alınarak Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından belirlenir.

Karşılıksız kalan bir çekle ilgili olarak yapılan soruşturma veya kovuşturma neticesinde;

a) Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına,

b) Mahkeme tarafından, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın düşmesi veya davanın reddine,

karar verilmesi hâlinde, aynı kararda, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılmasına da karar verilir. Bu karar, kesinleşmesi hâlinde, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına sekizinci fıkradaki usullere göre bildirilir ve ilân olunur.

Koruma tedbiri olarak verilen çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararına yapılan itirazın kabulü hâlinde, bu kararla ilgili olarak da sekizinci fıkradaki bildirim ve yayımlanma usulü izlenir.

Birinci fıkrada tanımlanan suç nedeniyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, ön ödemeye ve 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 297'nci maddesinin üçüncü fıkrasındaki tebliğnamenin tebliğine ilişkin hükümler uygulanmaz.

Kanunun 6 ıncı maddesinde etkin pişmanlık ve yasak kararının kaldırılması düzenlenmiştir.

Karşılıksız kalan çek bedelini, üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticarî işlerde temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödeyen kişi hakkında;

a) Soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına,

b) Kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından davanın düşmesine,

c) Mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra mahkeme tarafından hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına,

karar verilir.

Şikâyetten vazgeçme hâlinde de birinci fıkra hükmü uygulanır.

Kişi, mahkûm olduğu adli para cezası tamamen infaz edildikten veya bu cezayı ödemediği için hakkında hapis uygulanıp serbest bırakıldıktan itibaren üç yıl ve her hâlde yasağın konulduğu tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, hükmü veren mahkemeden çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılmasını isteyebilir; mahkemenin vereceği karara itiraz edebilir. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılmasına ilişkin karar kesinleştiğinde, yasağın kaldırıldığı, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına 5 inci maddenin sekizinci fıkrasındaki usullere göre bildirilir ve ilân olunur.

III. Ruhsat iptali.

4733 numaralı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 8/8. Fıkrasında 8/8 bazı hallerde idari yaptırım olarak, bazı hallerde de suç kovuşturmasında yargılama başlayınca ruhsat iptali yolunu açmıştır.

4733 sayılı Kanunun 8/8. fıkrası, “*Bu Kanuna, 4250 sayılı Kanuna veya 5607 sayılı Kanuna aykırılıktan dolayı yargılanması devam edenler ile mahkûm olanlara veya aynı kanunlara aykırılıktan dolayı iki defadan fazla ön ödemede bulunması nedeniyle haklarında kamu davası açılmamış ya da düşmüş olanlara satış, dağıtım veya uygunluk belgesi verilmez; verilmiş olanlar da iptal edilir*” hükmünü içermektedir.

Fıkra düzenlenen belgelerin iptalinin hukuki niteliği fıkra metninden ve genel olarak bu Kanundan açıkça anlaşılabilir. Bilindiği üzere tüzel kişiliğe verilmiş olan iznin iptali, ceza hukuku anlamında güvenlik tedbiri, ceza muhakemesi hukuku anlamında koruma tedbiri veya idare hukuku anlamında idari yaptırım veya idari işlem olabilir.

Ancak bu Kanunun genel düzenlemesine bakıldığında 8/8. fıkradaki yaptırımın karma bir nitelik taşıdığı, *yargılama aşamasında hükmedildiğinde ceza muhakemesi hukukundaki koruma tedbiri olduğu, mahkûmiyet halinde hükmedildiğinde ise ceza hukuku anlamında güvenlik tedbiri olduğu* kabul edilmelidir. İki defadan fazla ön ödemede bulunulması halinde tipinde ise, ön ödeme kurumunun yaptırımsızlık hatasının giderilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

4733 numaralı Kanunun 8/8. fıkrasında düzenlenen “belgelerin iptali” idari yaptırım veya işlem değildir. Çünkü aynı Kanunun 8/6. fıkrasında belgelerin “Kurumca” iptal edileceği açıklıkla belirtilmiştir. 6 ncı fıkradaki iptal, fıkra metninden de açıkça anlaşıldığı üzere “idari bir işlemdir”. Benzer şekilde, 4733 numaralı Kanunun 8/9. fıkrasında, “Beşinci fıkranın (f), (g), (h), (ı) ve (j) bentlerinde yazılı fiiller hakkında idarî yaptırım uygulamaya ve bu fiillerin konusunu oluşturan her türlü eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi kararını vermeye *mahalli mülkî amirler*, diğer bentlerde yazılı fiiller hakkında idarî para cezası vermeye *Kurumun* yetkili olduğu belirtilmiştir. 9 uncu fıkra uyarınca hükmedilen belgelerin iptali de idari bir işlemdir.

Kanun koyucunun 4733 sayılı Kanunun 8/8. fıkrasında, *yargılama başladığında ve devam ederken* “satış, dağıtım veya uygunluk belgelerinin” iptali prosedürünü düzenlemesinin sebebi, suçun işlenmeye devam edilmesini önlemektir. Gerçekten, niteliğine uygun olmayan bandrol yapıştırılarak veya başka surette 8/4 üncü fıkra kapsamına giren bir suç işlendiğinde, suç konusunun, yanlış bandrol taşıyan ürünün piyasada satılması veya üretimine devam edilmesi, suçun işlenmeye devam edilmesi anlamına gelir.

Kanun koyucu soruşturma ve kovuşturma evrelerinde suçun işlenmesinin önüne geçilmesi için ceza muhakemesinde bazı koruma tedbirleri öngörmüştür. Örneğin, CMK 128. maddesinde suçtan elde edilen taşınmaz, hak ve alacaklara el koyulabileceği, 133. maddede şirket faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda şirket yönetimi için kayyım tayin edilebileceği öngörülmüştür. Tüm bu koruma tedbirlerinde amaç suçun işlenmesine devam edilmesinin önlenmesidir.

İşte 4733 sayılı Kanunda da (8/8. fıkra ile) kanun koyucu aynı amaçlarla “satış, dağıtım veya uygunluk belgelerinin” iptalini düzenlemiştir. Şayet 4733 sayılı Kanun kapsamına giren bir suç söz konusu ise ve bu suçtan dolayı en azından yargılama başlamış ise, suçun işlenmesine devamı önlemek amacıyla suç konusu ürünler piyasadaki toplatılarak imha, aynı zamanda suç konusu oluşturacak yeni ürünlerin üretimini engellenmesi amacıyla da belgeler iptal edilecektir.

Belgelerin iptalindeki amaç, suçun işlenmesinin önlenmesi olarak kabul edildiğinde, tüm belgelerin değil, dava konusu suçun işlenmesine vesile olan belgelerin iptal edilmesi gerekir.

Örneğin, 4733 numaralı Kanun kapsamına giren ürünleri ithal eden bir şirket, ithal işleminde kanuna aykırılık yaparsa, sadece ithalata ilişkin ruhsatının iptali gerekir. Kendisinin ithal ettiği ürünler dışında kalan, başkaları tarafından ithal edilmiş olan veya tamamen yerli üretim olan ürünlerin perakende satışının isnat edilen suçla hiçbir ilgisi bulunmadığı için, bütün belgelerin iptali, kişinin çalışma özgürlüğünün elinden alınması demek olup, Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle bağdaştırılmaz.

Ceza muhakemesi hukukundaki koruma tedbirlerinde ölçülülük ilkesinin hâkim olduğu, bu tedbirlere hükmedilirken ölçülülük ilkesine uygun davranılması gerektiği Anayasa'nın 13. maddesinin gereğidir. Ölçülülük ilkesi demek, daha hafif bir tedbirle aynı amaca ulaşmak mümkün ise, daha ağır olan tedbirin uygulanmaması demektir. Amaç, suçun işlenmesinin devamını önlemek ise, isnat edilen suçla ilgisi bulunmayan diğer belgelerin iptali halinde ölçülülük ilkesine aykırı davranılmış olacaktır.

4733 sayılı Kanunun 8/8. fıkrasında, aynı Kanuna aykırılıktan dolayı mahkum olanların "satış, dağıtım veya uygunluk belgelerinin" iptali, güvenlik tedbiri şeklinde bir ceza hukuku yaptırımını olarak düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi, 4733 numaralı Kanun ile tütün ve alkol piyasası alanında yeni bir koruma tedbiri getirilmiştir. Uygulamada idari bir işlem olarak kabul görmesine rağmen, biz yargılama devam ederken uygulandığı hallerde, bu tedbirin bir ceza muhakemesi hukukuna ilişkin koruma tedbiri olduğu görüşündeyiz.

403-1. İNTERNETE ERİŞİMİN ENGELLENMESİ.

I. İnternete Erişim Hakkı.

Yüzyılımızın *Agorası* olarak tanımlanan İnternet, insan haklarına ulaşmaya yardımcı olduğu için, bilgiye erişim hakkının bileşeni olarak da işlev yapar.²⁶⁵⁵ Devletin bir kamu hizmeti olarak, sürekli, düzenli ve güvenilir bir İnternet hizmeti sunması gerektiği belirtilmektedir.²⁶⁵⁶ Telif hakkı ve unutulma hakkı gibi, İnternet'e erişim hakkı ile çatışan ve yarışan haklar da vardır.

2007 yılında yürürlüğe giren 5651 numaralı Kanun, İnternet ortamında yapılan ve içeriği Kanunda sayılan suçları oluşturduğu konusunda yeterli şüphe bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verme yetkisi kabul etmiştir (İnternetK 8/1). Karar Başkanlığa gönderilir. İçerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması durumunda Başkanlığın re'sen engelleme kararı verme yetkisi vardır (İnternetK 8/4).

İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun 04.05.2007 tarihinde 5651 sayılı Kanun olarak yürürlüğe girmiş ve 2016 yılında KHK 671 ile değiştirilmiş, bu değişiklik 6757 sayılı Kanun ile aynen kabul edilmiştir. En son 12.10.2022 tarih ve 7418 sayılı Kanunla değiştirilmiştir. Bu Kanun Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu (BTK) kurmuş, TİB'ni kaldırmıştır. İnternet Kanunu erişimin engellenmesi kararını koruma tedbiri ve idari tedbir olarak ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedir (5651, m. 8).

5651 sayılı Kanunun 8. maddesinde katalog suçlar sayılarak, bu suçların varlığına ilişkin yeterli şüphe halinde; Kanunun 8A maddesinde yaşam hakkı, kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebepleri ile; 9. maddesinde kişilik haklarının ihlali sebebiyle; 9A maddesinde de özel hayatın gizliliğinin ihlali sebebiyle verilecek yayından çıkarılma ve/veya içeriğe erişimin engellenmesi halleri düzenlenmiştir.

II. Öngörülen Tedbirler.

1. Koruma Tedbiri Olarak İçeriğin Çıkarılması ve Erişimin Engellenmesi Kararı

Kanun içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi kararının verilmesini sadece içeriği belli suçları oluşturduğu konusunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlar ile sınırlı tutmuştur: Liste halinde sayılan suçlar arasında intihara yönlendirme, fuhuş ve Atatürk Aleyhine İşlenen suçlar gibi suçlar yer almakta (5651, m. 8/1), fakat terör suçları da dahil olmak üzere birçok ağır suçun yer almadığı görülmektedir.

Koruma tedbiri olarak içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hakim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir; itiraz yolu açıktır. Sulh ceza hakimliğinin birden fazla olduğu yerlerde HSK görevli hakimliği belirler (5651, m. 8/15). Gecikmesinde sakınca

²⁶⁵⁵ Nomer 2023, 47.

²⁶⁵⁶ Nomer 2023, 104.

bulunan hallerde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı da, hakimin onayına sunulmak koşulu ile yetkilidir (5651, m. 8/2).

Koruma tedbiri olarak verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, gereği yapılmak üzere BTK'na gönderilir (5651, m.8/3). Kurum hâkim ve mahkeme kararlarına CMK hükümlerine göre itiraz edebilir (5651, m. 8/13). Bu karar bildirim anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir (5651, m. 8/5).

Bu kanundaki kabahatler dolayısıyla verilen idari para cezalarını ise İdari Yargılama Usulü Kanununa göre kanun yoluna başvurulabilir (5651, m. 8/12).

Koruma tedbiri olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararını yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcıların sorumluları, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmiyorsa, adli para cezası ile cezalandırılır (5651, m. 8/10). Karar idari tedbir olarak verilmişse, idari para cezası verilir; bu andan itibaren 24 saat içinde karar yerine getirilmezse, bu sefer BTK'yı yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir (K. 5651, m. 8/11).

Soruşturma sonucunda KYOK veya kovuşturmada beraat kararı verilirse içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz hale gelir (5651, m.8/7-8). Konusu yasada belirtilen suçları oluşturduğu iddia edilen içerik yayından kaldırılırsa, erişim yasağı kararı soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından kaldırılır (5651, m.8/9).

2. Yaşam Hakkı, Kişilerin Can ve Mal Güvenliğinin Korunması Nedeni İle İçeriğinin Çıkarılması Veya Erişiminin Engellenmesi

İnternet ortamında yer alan yayınlara ilgili olarak, yaşam hakkı, kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerine bağlı olarak hakim kararı ile internet ortamında yer alan içerik çıkarılır veya erişim engellenebilir. (m. 8A/1) Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde aynı sebeplere bağlı olarak Cumhurbaşkanlığı veya milli güvenlik, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkan tarafından da internet ortamında yer alan yayınlara ilgili olarak içeriğin çıkarılması veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir.

Hâkim tarafından veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde başkan tarafından verilen karar derhal erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. Kararın gereği derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir (m. 8A/1, cü. 2). Cumhurbaşkanlığı veya bakan talebi üzerine başkan tarafından verilen içeriğin çıkartılması veya erişimin engellenmesi kararı Başkan tarafından sulh ceza hakiminin onayına sunulur. Hâkim kararını 48 saat içinde açıklar. Aksi halde karar kendiliğinden kalkar (m. 8A/2).

Erişimin engellenmesi kararları ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilir. Ancak teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir (m. 8A/3).

Suç konusu internet içeriklerini oluşturan ve yayanlar hakkında başkan tarafından suç duyurusu yapılır. İçerik, yer ve erişim sağlayıcılar hakim tarafından karar verilirse failere ulaşmak için gerekli olan bilgiler adli mercilere verilir. Hâkim kararı ile istenen bu bilgileri vermeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları adli para cezası ile cezalandırılır (m.8A/4). İçeriğin çıkarılması veya erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen erişim sağlayıcılar ile ilgili içerik ve yer sağlayıcılara başkan tarafından idari para cezası uygulanır (8A/5).

3. Kişilik Haklarının Korunması Nedeni İle İçeriğin Yayından Çıkarılması ve Erişimin Engellenmesi

İnternet ortamında yapılan yayının içeriği gerçek ve tüzel kişiler ile kamu kurum ve kuruluşlarının kişilik haklarını ihlal edebilir. Bu gibi hallerde ilgililer içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak içeriğin yayından çıkarılması uyarısında bulunabilirler. Bu konuda ikinci olarak ilgililerin doğrudan sulh ceza hakimine başvurarak, içeriğin çıkarılmasını ve/veya içeriğe erişimin engellenmesini istemeleridir (m.9/1); hâkim içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verebilir (m.9/3).

Kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik veya yer sağlayıcısı tarafından en geç 24 saat içinde cevaplandırılır (m.9/2).

Hâkim kişilik haklarının ihlali ile ilgili olarak yalnızca bunların gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak URL şeklinde içeriğe erişimin engellenmesi yöntemi ile karar verebilir. Zorunlu olmadıkça yayının tümüne erişim engellenmez. Ancak teknik olanak yoksa gerekçesi de belirtilerek internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine karar verilebilir (m.9/4). Hâkim erişimin engellenmesi kararını doğrudan birliğe gönderir.

Başvurular hakim tarafından en geç 24 saat içinde duruşma yapmaksızın karar verir. Bu karara karşı itiraz edilebilir (m.9/6).

Erişimin engellenmesine konu olan içerik yayından çıkarılırsa, hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır (m.9/7).

Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğin çıkarılması ve/veya içeriğe erişimin engellenmesi kararı derhal ve en geç 4 saat içinde, içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir (m.9/8).

Kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının başka internet sitelerinde de yayınlanması durumunda, ilgili kişi birliğe müracaat ederek, daha önce verilmiş olan kararın bu adresler için de uygulanmasını sağlayabilir. Müracaatın Birlik tarafından kabulüne karşı itiraz, kararı veren hâkimliğe yapılır. İnternet sitesindeki yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesi kararlarında bu fıkra hükmü uygulanmaz (m.9/9).

2020.7253 sayılı Kanunla 9. maddeye 10. fıkra eklenerek, sadece kişilik haklarının ihlali durumuna ilişkin unutulma hakkı düzenlenmiştir. Buna göre yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talep etmesi durumunda hakim tarafından, başvuranın adının karar konu internet adresleri ile ilişkilendirilmemesine karar verilebilir. Kararda, Birlik tarafından hangi arama motorlarına bildirim yapılacağı gösterilir (m. 9/10).

Sulh ceza hakiminin verdiği kararın maddede düzenlendiği biçimi ile yerine getirmeyen sorumlu kişi hakkında adli para cezası uygulanır (m.9/11).

4. Özel Hayatın Gizliliği Nedeni ile İçeriğe Erişimin Engellenmesi.

İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia edenler kuruma doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebilirler (m.9A/1).

İlgilinin yaptığı bu istekte hakkın ihlaline neden olan yayının tam adresi (URL), hangi açılardan hakkın ihlal edildiğine ilişkin açıklama ve kimlik bilgilerini ispatlayacak bilgilere yer verilir. Eksik bilgi başvurunun işleme konmasını engeller (m.9A/2).

Başkan bu talebi uygulaması için derhal birliğe bildirir; erişim sağlayıcılar bu tedbir talebini derhal ve en geç dört saat içinde yerine getirirler (m.9A/3).

Özel hayatın gizliliğini ihlal eden yayın, kısım, bölüm, resim, video ile ilgili olarak URL şeklinde içeriğe erişimin engellenmesi yolu ile erişim engellenir (m.9A/4). Özel hayatının gizliliği ihlal edildiği gerekçesi ile erişimin engellenmesini talep eden kişi kuruma engelleme talebinde bulunduğu saatten itibaren 24 saat içinde talebini sulh ceza hakiminin kararına sunar. Hâkim internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeni ile özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini inceleyerek en geç 48 saat içinde karar verir. Karar engelleme yolunda ise, kararını doğrudan kuruma gönderir, karar aksi yönde ise kurumun uyguladığı erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar (m.9A/5).

Hâkim tarafından verilen bu karara karşı başkan CMK hükümlerine göre itiraz edebilir (m.9A/6). Erişimin engellenmesine konu içerik yayından çıkarılırsa, hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır (9A/7).

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde özel hayatın gizliliğinin ihlale bağlı olarak erişimin engellenmesi doğrudan başkanın emri üzerine kurum tarafından yapılır (m.9A/8). Başkan tarafından

verilen erişimin engellenmesi kararı 24 saat içinde sulh ceza hakiminin onayına sunulur. Hâkim kararını 48 saat içinde açıklar (m.9A/9).

50. § 6. ÖNLEME ve ARAŞTIRMA TEDBİRLERİ

403-2. Araştırma tedbiri kavramı, 403-3. Araştırma tedbirleri, 403-4. Bilgi toplama, 403-5. İstihbarat, 403-6. Durdurma, 403-7. Kimlik sorma ve kimlik tespit etme, 403-8. Parmak izi ve fotoğrafların kayda alınması, 403-9. Fizik kimliğin tespiti, 403-10. Şüpheli olmayanları ayıklama (screening), 403-11. Olay yeri inceleme: Teftiş 403-12. Otopsi ve adli muayene. 403-13. Teşhis. 403-14. Yüzleştirme. 403-15. Yer gösterme. 403-16. Kontrollü teslimat. 403-17. Projeli çalışmalar.

403-2. ARAŞTIRMA TEDBİRİ KAVRAMI.

Ceza muhakemesinin soruşturma evresi somut olgulara dayanan *başlangıç şüphesinin* ortaya çıkması ile başlar. Kanun başlangıç şüphesini *suç işlendiği izlenimi veren hal* diye tanımlamıştır (CMK 160/1). Başlangıç şüphesi varsa, Cumhuriyet savcısı olayı araştırmaya mecburdur. Buna karşılık, yapılan araştırmalar sonunda yeterli şüpheye ulaşılmışsa, bazı hallerde savcının takdir yetkisi gündeme gelebilir (CMK 171).

403-3. ARAŞTIRMA TEDBİRLERİ.

I. Araştırma mecburiyeti kavramı.

“Başlangıç şüphesi” olduğunu gösteren bir hal (bir suçun işlendiği izlenimini veren hal) varsa (CMK 160/1), Cumhuriyet Savcısı kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere, hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. Buna “araştırma mecburiyeti” adı verilir.

“Araştırma mecburiyeti” ile “kamu davasının mecburiliği” farklı kavramlardır. Kamu davasının mecburiliği prensibi²⁶⁵⁷ en önemli prensiplerden biridir. Ceza Muhakemesi Kanununun bu ilkeyi açıkça düzenlememesi önemli bir noksanlıktır (CMK 170).²⁶⁵⁸

İleride delil olabilecek şeylerin ve delil kaynaklarının araştırılması demek, ipuçlarını aramak, onlar vasıtası ile suçu işlediğinden hakikaten şüphelenilecek kimseyi bulmak demektir ki, bu da özellikle kolluk işidir. Araştırma tedbirleri, sadece meydanda olan iz ve eserlerin, geniş bir tâbirle delillerin kaybolmasına mâni olmak için uygulanmaz. Meydanda olmayan delillerin de gecikmeden meydana çıkarılması gerekir. Çünkü aradan zaman geçince bunlar büsbütün kaybolabilir veya değişebilir.

Kanun, ihtisas bilgisini gerektiren araştırma görevini “adli kolluğa” vermiştir (CMK 161). Ancak, adli kolluğa “kendiliğinden araştırma yapma” yetkisinin verilmemesi, ileride büyük problemler doğuracaktır.

“Araştırma”nın özellikle kolluk işi olması, adli kolluğun araştırmasını “idare” eden savcının aynı işlemleri bizzat yapabilmesine elbet engel değildir. Biz, araştırma işlemlerinin C. Savcısı tarafından “yönetilmesi” veya “idare edilmesinin” gerekli olduğuna inanıyor, fakat, ikisini bütünleştirdiği için, C. Savcısı emrindeki adli kolluğu benimsemiyoruz.²⁶⁵⁹

²⁶⁵⁷ CMUK 148.

²⁶⁵⁸ Özbek (2005, 685), CMK 160 ile “kovuşturma mecburiyeti ilkesinin” de düzenlendiği görüşündedir.

²⁶⁵⁹ Mülga Kanunlar zamanında “suçüstü” hali ayrı bir muhakeme usulüne tabi idi. Meşhut suçlardaki araştırmalar, 1936-3005 numaralı Mülga Meşhut Suçların Muhakemesi Kanununa göre kolluk, ağırcezalılar işlerde sadece “suç delil ve izlerinin” muhafazası için tedbir aldığı halde, ağırcezalılar olmayan işlerde “maddi sübut vasıtalarını” elde edip aynı günde savcılığa teslim etmekle görevli idi (m. 4). Bundan maksat, delil kaynaklarını, meselâ beyanda bulunabilecek tanıkların hüviyetlerini tespit etmektir. Görülüyor ki, bu kanunun uygulandığı yerlerde ve hallerde meşhut suç bakımından araştırma işi pek basitleşmiş ve kısalmıştı. Bunun da sebebi meşhut suçlarda her şeyin çok defa ortada olması, uzun uzadıya araştırmaya lüzum duyulmaması idi. Eğer uzun uzadıya araştırılacak bir nokta varsa, savcı bu kanunu uygulamıyabiliyordu (m. 4).

II. Suça ilişkin araştırma işlemleri.

Araştırma, suç izlerinin araştırılması, ipucu aramak, onlar vasıtası ile de, suçu işlediğinden hakikaten şüphelenilecek kişiyi bulmak demektir. “Araştırma” soruşturma evresinde yapılır (CMK 160).

Soruşturma evresinde yapılan ve şüphe sebebi elde etmeye yarayan faaliyete, kanun “araştırma” (CMK 160/1), kovuşturma evresinde mahkeme tarafından maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına ise, mülga CMUK 150 “tahkikat” (*Untersuchung*: StPO 12/2, 14, 15, 151, 155) demektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu mahkemenin kendiliğinden araştırma yapması ile ilgili terimlere, nedense yer vermedi.

1. Genel yetki.

Savcının ve kolluğun sahip bulunduğu araştırma yetkisi *genel* bir yetkidir. Bu genel yetkinin her türlü araştırma işlemlerini kapsadığı, fakat temel haklara ağır müdahale teşkil eden araştırma işlemleri bakımından, kanunla ayrıca düzenleme yapılmış olması gerektiği, Anayasamızın 13’üncü maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle vurgulanmıştır: “Temel haklar ancak ve sadece kanunla sınırlanabilir”. Aynı husus Alman Kanununda 1999 yılında yapılan değişiklikle açıkça belirtilmiştir.²⁶⁶⁰

“Genel yetki” çerçevesinde yapılan araştırmalar; ifade alma, mağdur, tanık, bilirkişi dinleme, olay yerinin incelenmesi, suçta kullanılan eşya ve emarelerin tespiti ve yasanın yetki verdiği hallerde, yazılı belgelerin okunmasıdır. İletişimin denetlenmesi çerçevesinde, belli bir şüpheli mevcut olmadığı, fakat bunun belirlenmesi gerektiği hallerde, iletişim bilgilerinin genel yetki ile C. savcısı tarafından araştırılması mümkündür.²⁶⁶¹

Özel hayatın gizli alanına girilmesi için, kanunda özel yetki düzenlenmiştir (CMK 116). Bu yetkinin kullanılması için de hâkim kararı veya yazılı emir (CMK 119) öngörülmüştür.

Kolluğun savcı emri ile kullanılabilirdiği özel yetki çerçevesindeki araştırma ve koruma tedbirlerinin hangi sıra içerisinde uygulanacağı yasalarda gösterilmemiştir. Somut olayın gereklerine göre, önce bilgi toplanabilir veya önce yakalama yapılabilir veya önce ifade alınabilir. Araştırma işlemlerinin şekillendirilmesi ve sıralanması, soruşturmayı yürüten araştırıcının takdirine bırakılmıştır.²⁶⁶² Kanun C. savcısının emrindeki adli kolluğun her bir araştırma işlemi için ayrıca emir vermesini öngördüğü için (CMK 161/2), kolluk kendiliğinden araştırma yapamaz. İşlemleri sıralama yetkisi C. savcısına aittir.

2) Sonradan “delil” olan “şüphe sebepleri”.

Soruşturma evresindeki araştırmalar, “şüphe sebebi” elde etmek için yapılır. C. savcısı bunların içinden önemli olanları ayıklayarak, iddianameye ekler. Bu nedenle, toplanan şüphe sebeplerinin duruşmada delil olarak kullanılacak nitelikte, hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş olması gereklidir.

Toplanan şüphe sebepleri²⁶⁶³ “dört artı bir” formülü ile ifade edilebilir. Beyan delilleri: (Tanık beyanı, bilirkişi beyanı, mağdur beyanı), belirtiler ve belgeler. Sanığın sorguya çekilmesi kanunda

²⁶⁶⁰ Schroeder 2001, 62.

²⁶⁶¹ Yargıtay kararı yaz.

²⁶⁶² “Grundsatz der freien Gestaltung des Ermittlungsverfahrens”: BVerfG NJW 1966, 772; Schroeder 2001, 67 den naklen.

²⁶⁶³ Konya Emniyet Müdürlüğü Cinayet Büro Amirliği ekipleri, uyguladığı çalışmalar ve “delilden sanığa” yöntemi sayesinde yaklaşık 5 yıldır kent merkezinde işlenen cinayetleri küçük ayrıntılardan yola çıkarak çözdü. AA muhabirinin aldığı bilgiye göre, yaklaşık 5 yıldır Konya Asayiş Şube Müdürlüğü görevini yürüten Ercan ve ekibi, kentte asayiş olaylarını azaltabilmek, bu olayların önüne geçebilmek ve suçu oluşmadan önleyebilmek için bazı çalışmaları hayata geçirdi. Bunların başını ise ruhsatsız silahlarla etkin mücadele oluşturuyor. Polis, bugüne kadar çok sayıda ruhsatsız silaha el koydu. Yüzlerce kişiye ruhsatsız silah kullanmaktan işlem yaptı. Bu sayede cinayet ve silahlı gasp olaylarında düşüş sağlandı. Konya’da, 2008 yılında işlenen 21 cinayetten 13’ünün bıçak, 3’ünün silah, 1’inin taş, 3’ünün kesici delici aletlerle işlendiği öğrenildi. Maktullerden 1’i ise boğularak öldürüldü. Asayiş Şube Müdürü, çoğu üniversite mezunu ve öğrencisi genç ekibi sayesinde “delilden sanığa” yöntemini kullanarak olayların kısa sürede aydınlatılmasını sağlıyor. Olay yerlerinde delilleri en ince ayrıntısına kadar inceleyen cinayet büro dedektifleri bu hassas çalışmasıyla birlikte 5 yıldır kent merkezinde faili meçhul cinayet olmadı. Ekiplerin, Konya’nın ilçelerinde ve çevre illerde yaşanan cinayet olaylarının çözülmesine de önemli katkı sağladığı bildirildi. 4 Aralık 2008 günü, merkez Meram ilçesi Uzunharmanlar Mahallesi’nde Ahmet’in bıçaklanarak

delillerin ikamesi arasında sayılmış değildir. Bununla beraber, duruşmada sanığın sorgusu özel olarak düzenlendiği için, sanığın ikrarı geniş anlamda delil olarak nitelendirilmektedir. Alman Federal Yargıtayının da kabul ettiği bu görüşe nazaran, sanık konuşmaya mecbur olmadığı halde, serbest iradesi ile ikrarda bulunursa, hâkim kanaatini oluştururken ikrarı da değerlendirme kapsamına alır.²⁶⁶⁴

III. Araştırma ve koruma tedbirlerinin tasnifi.

Soruşturma evresindeki araştırma ve koruma tedbirlerini klasik tedbirler ve modern tedbirler diye ikiye ayırabiliriz. Bu tedbirler kolluğa zor kullanma ve temel hakları sınırlandırma yetkisi verirler.

1. *Klasik yetkiler:* Durdurma, kimlik sorma, kontrol noktaları oluşturma, kimlik tespiti, zorla getirme, arama, elkoyma, postada elkoyma, yakalama, ifade alma.

2. *Modern yetkiler;* İletişimin dinlenmesi, gizli izleme, gizli görevli kullanma, gözkulak olma, uzun süreli gözetleme.

3. *Tıbbi yönden yapılan araştırmalar:* Gözlem altına alma ve vücudun tıbbi yönden araştırılması, beden muayenesi, DNA analizlerinin yapılması.

4. *Bilgisayar destekli araştırmalar:* Trol ağı metodu, bilgi bankasından sorgulama, genel denetim.

5. *Emare ve delilleri elde etmek veya muhafaza etmek için başvuru araştırma ve koruma tedbirleri:* Arama ve beden muayenesi „fiziki delil“ elde etmek için yapılan koruma tedbirleridir. Elkoyma ve tutuklama ise, elde edilen delili veya şüpheliyi duruşmada hazır etmek amacı ile uygulanır.

Emare elde etmek veya şüphe sebeplerini koruma altına almak amacıyla başvuru araştırma ve koruma tedbirlerinin hukuka aykırı olmaması gerekir. Buradaki hukuka aykırılık “temel hak ve özgürlükleri ihlal eden” işlem ve davranışlar olarak anlaşılmalıdır.

6. *Doğrudan araştırma ve dolayısıyla araştırma. a) Doğrudan araştırma.* Araştırma işlemlerinin bir kısmı, kişilerin bilgilerine başvurma dışında kalır. Buna doğrudan doğruya araştırma denilir. Doğrudan

öldürülmesinin ardından soruşturma başlatan ekipler, cinayetin işlendiği evin bahçesinden başlayan çamur izinin eve 300 metre mesafedeki rögar kapağında sona erdiğini gördü. Ekipler, zanlının ayaklarını rögar kapağında temizlediği düşüncesiyle kapaktaki çamur izinden ayakkabı desenine ulaştı. Bunun üzerine rögar kapağının sağında ve solunda bulunan 300 evde oturanlarla birebir görüşen polis, 22 yaşındaki İsa'yı yakaladı. Diğer bir olayda emekli öğretmen Mehmet'in 20 Ekim 2008'de başına taş ile vurularak öldürülmesinin ardından başlatılan soruşturmada, Mehmet'in parmaklarının şiş olmasından yola çıkıldı. Emekli öğretmenin darp sırasında kendisini savunduğu, bu nedenle saldırganın vücuduna darbe alabileceği ihtimali üzerine duran polis, Konya Şehirlerarası Otobüs Terminalinde kaşının üzerinde yara izi bulunan Abdullah'ı (21) gözaltına aldı. Yapılan sorgulamada söz konusu kişinin olayın faili olduğu belirlendi. Başka bir olayda ise, merkez Karatay ilçesinde büfe işleten Mustafa, 5 Eylülde bıçaklanarak parası ve telefonu gasbedildi. Mustafa, bu sırada yaralı halde annesini arayarak yardım istedi. Annesinin sağlık görevlileri ve polisi arayarak yardım istemesi üzerine hastaneye kaldırılan Mustafa, yapılan müdahalelere rağmen 2 gün sonra hayatını kaybetti. Polis, yaptığı araştırmada boş bir arazide bulduğu bıçağın markasından yola çıkarak cinayet zanlısını yakaladı. Diğer bir olayda, Konya'da 2001 yılında bir minibüs şoförünün boğularak öldürülmesi olayının faili, cinayetin aydınlatılması için kurulan özel ekibin çalışması sonucu 7 yıl sonra yakalandı. Polis olay yerindeki sigara izmaritlerinin tümünün aynı yöntemle söndürülmesi nedeniyle, cinayetin bir kişi tarafından işlendiği olasılığı üzerinde durarak bölgedeki otellerin olay öncesi ve sonrası döneme ilişkin kayıtlarını inceledi. Yapılan incelemede, olaydan 4 yıl önce Batman nüfusuna kayıtlı Bilal (38), cinayet bölgesine yakın bir yerdeki barakada 3 ay boyunca kaldığı tespit edildi. Bilal delillerin tamamlanmasıyla cinayet zanlısı olarak yakalandı. Konya'da polis, 2007 yılının sonlarında PTT Borsa Şubesinin soyularak bir memurun öldürülmesi olayını, zanlıların kullandığı kırmızı renkli otomobil ve olaya karışan kadının göbeğindeki piercing ayrıntılarından yola çıkarak aydınlattı. Polis, kırmızı renkli otomobilin plakasını belirlemek için 420 bin aracın kayıtlarını inceledi. 2005 yılının Temmuz ayında, ticari taksi şoförü Hakkı (33), otomobiline binen kişilerce gasbedildikten sonra 37 yerinden bıçaklanarak öldürüldü. Polis, bölgede yaptığı ev aramalarında bir sitenin asansör aynasında bulunduğu "kan damlasından" yola çıkarak zanlıları yakaladı. Üniversite öğrencisi Muhammet (23), Bosna Hersek Mahallesi'nde bıçaklanarak öldürüldü. Görgü tanıklarının sadece "otomobilin markasını" görebildiklerini söylemesi üzerine polis, Konya'da araç kiralama şirketlerini araştırdı. İş yerinden aynı markayı kiralayan kişiler tespit edildikten sonra alınan ifadeler doğrultusunda zanlılara ulaşıldı. 2005 yılının Kasım ayında Hatice (27), evinin bahçesinde, kişi ya da kişilerce 40 yerinden bıçaklanarak öldürüldü. Hatice'nin birlikte yaşadığı kişiden şüphelenen polis, eve gelen telefonla zanlının yerini tespit etti. Hakkındaki suçlamaları kabul etmeyen zanlıyı, ayrıntılı inceleme sonucu saçında bulunan kan lekesi ele verdi. Bıçaklanarak öldürülmüş üniversite öğrencisi Mehmet'in (26) cinayet zanlılarına ulaşmak kolay olmadı. Polis, olay yerinden gri renkli bir aracın ayrıldığı ihbarı üzerine 512 gri araç içinden, şüpheli otomobili bulmayı başardı. Daha sonra araçtaki kan damlalarından cinayet zanlıları yakalandı.

²⁶⁶⁴ BGH 2, 270; 28, 98; Schroeder 2001, 637'den naklen.

doğruya araştırma muameleleri dört²⁶⁶⁵ çeşittir: Göz kulak olma, teftiş, arama, teknik bulgu elde etme.
b) *Dolayısı ile araştırma*. Kişilerin bilgilerine başvurma biçiminde yapılan araştırmaya dolayısı ile araştırma denilir. Bunun da dört çeşidi vardır: teşhis, yüzleştirme, yer gösterme, ifade alma.

7. *Kişisel veri toplama, denetleme, koruma, güvenlik tedbirleri*. Kolluğun suç öncesi uyguladığı güvenlik önlemleri ruhsat, izin vermek ve denetleme şeklinde tezahür eder. Bu yetkiler PVSK 7, 8 ve diğer ilgili maddelerde düzenlenmiştir.

Kişilerin özel hayatları ile ilişkili olan bilgiler *kişisel veridir*. Bu kişisel veriler evin içinde ve dışında olabilir. İletişimin denetlenmesi, fotoğraf çekmek, kimlik tespiti, beden muayenesi veya moleküler genetik inceleme, kişinin özel hayatına ait verilerin Devlet tarafından toplanması demektir.

403-4. BİLGİ TOPLAMA.

İşlendiği öğrenilen suç hakkındaki bilgilerin, hattâ onların ipuçlarının âdeta havada yakalanması için kolluğun gözünü ve kulağını dört açması, “bilgi toplama” faaliyetidir. Zekânın kullanılmasını gerektiren bu faaliyeti yapma görevi kolluğa verilmiştir.

Bu konuda en önemli mesele, bu faaliyetin hile halini almaması, Anayasa ile korunan haberleşme hürriyetine ve gizliliğe (AY 22) dokunmamasıdır.

Bilgi toplama ve göz kulak olma faaliyeti de üçe ayrılabilir: gözleme, gizli hizmetler ve istihbarat.

a) *Polisiye olaylara dikkat etme*: Gözleme, belki ilgi çekecek bir şey görülür diye dikkat edilmesidir.²⁶⁶⁶

b) *Gizli hizmetler*: Casusluk, farklı derecede olmak üzere emniyeti kötüye kullanmağı gerektirmesi yüzünden gözlemeden ayrılır.²⁶⁶⁷ Casusluk faaliyeti de üç şekilde kendini gösterir: 1) Suçlunun kim olduğunu bildirene veya belli bir delili getirene yahut suçluyu yakalatacak ipucunu verene menfaat vaadedilir, 2) Gizli haberciler kullanılır, 3) Tahrikçiler vasıtası ile suçüstü yakalama için tertipler alınır.²⁶⁶⁸ Mesela, Kara Paranın Önlenmesi Hakkındaki Kanun, 1996 yılında kabul edilen ve daha sonra geliştirilen “kontrollü teslimat” müessesesini düzenlemiştir.

403-5. İSTİHBARAT.

Devletin İstihbarat yetkileri üçe ayrılır: askeri istihbarat, dış güvenlik istihbaratı (MİT) ve iç güvenlik istihbaratı. Türkiye de henüz üçüncü alan, detaylı şekilde kanunla düzenlenmemiştir (PVSK “2005.5397” Ek 7. m. yeterli değildir).

I. İstihbarat yetkilerinin düzenlenmesi.

²⁶⁶⁵ Foschini, II, 69.

²⁶⁶⁶ Meselâ nokta, devriye veya refakatlar hem önlemeğe hem gözlemeğe yarar. Kolluk memurlarının meselâ eğlence yerlerini sık sık kontrol etmeleri, maçlarda hazır bulunmaları da bu gayelerdendir. Genel mahiyetteki gözleme, suçlular suç üstü yakalandığı için hem suçun keşfedilmesine, hem delil olabilecek şeylerin elde edilmesine yarar. Suçu işlediğinden şüphelenilen kimselerin gizlice takip edilmesi veya özel memurlarla gözlenmesi ise daha araştırma faaliyeti olarak gözükmektedir.

²⁶⁶⁷ Bu türlü «gizli hizmetlerin» giderleri 1050 sayılı yasanın 77. maddesine tabi hizmetler faaliyetleri ile ilgili olarak a) örtülü ödenek, b) 1.11.1983/2939 sayılı MİT Kanununun gerektirdiği giderler ve c) gizli haber alma giderleri vardır. (İçişleri Bakanlığının ve Sahil Güvenlik Komutanlığının İstihbarat, bilgi toplama hizmetleri için) yapılacak harcamalarda 1050 s.K. m. 77 uygulanır (1998 Bütçe Kanunu, R. Cetveli m. 830. RG. 27.12.1997, 23213 mük.).

²⁶⁶⁸ Kışkırtıcı (tahrikçi, *provocateur*), suçun işlenmesinde doğrudan doğruya menfaati bulunmadığı halde, suçlunun yakalatılması için bir kimseyi suç işlemeye sevkeden kimsedir. Kolluk memurlarının da tahrikçilik yaptıkları vardır. Suç işlemeye meslek haline getirdiğinden meselâ esrar sattığından şüphelenilen kimsenin suçüstü yakalanması için yapılan tahrikler ve tertipler, suçluyu meydana çıkarma faaliyeti olduklarından suç sayılmamalıdır (k-m: *Erem*, n. 112. B. Her ne kadar 6. basınının 245. sahifesindeki f bendinin başlangıcında “Sorumsuzluğu benimseyen düşünceleri isabetli bulmaktayız” da denilmekte ise de bunun bir tertip hatası olduğu hem metne uymamasından hem de eski basılarla karşılaştırmadan anlaşılmalıdır). Buna karşılık, suç işlenmemiş ve suç işleme niyetinde olmayan kimselerin tuzağa düşürülerek suça sevk edilmiş olmaları halinde tahrikçiler, kolluk memuru da olsalar, cezalandırılmalıdır (*Sokullu-Akıncı*: s. 174; *Yenisey*: I, n. 481).

Temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıdığı için, istihbarat amaçlı suç öncesi polis araştırmalarının kanunla düzenlenmesi, bu kanunda belirlilik ilkesi ve ölçülülük ilkesinin (AY 13) gözetilmesi gerekir.²⁶⁶⁹

İstihbarat yetkisi Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun Ek 7'nci maddesinde ve Milli İstihbarat Kanununda kısmen düzenlenmiştir. Kanundaki (PVSK “2005-5397” Ek 7) istihbarat yetkisi, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü anayasal düzen ve genel güvenliğe dair önleyici ve koruyucu tedbirler almak için ve emniyet ile, asayişini sağlamak üzere, Devlete verilmiş bir bilgi toplama ve değerlendirme yetkisidir. Bu yetki yukarıda değindiğimiz genel yetki niteliğinde olup, kişi hak ve özgürlüklerine kısıtlama getirmediği sürece toplumun tehlikelerden korunmasını sağlamak amacıyla elde edilmesi ve biriktirilmesi ve sonra da kullanılması gereken her türlü bilginin toplanması yetkisini verir (PVSK Ek 7/1).

İstihbarat ile ilgili çalışmalar, açık bilgi veya gizli bilgi üzerinde yapılır. Açık bilginin kişi ile ilgili olan kısmının depolanması ve sonra bunların değerlendirilmesi, kişilik haklarıyla ilgili olduğundan, yasa ile düzenlenmeli ve özel yetki verilmelidir.

Gizli bilgilere ulaşılması için de yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunduğu açıktır. 2009 yılı itibariyle, halen mevcut olan istihbarat yasalarımız, hangi yetkinin kim tarafından, nasıl kullanılacağı ve nasıl denetleneceği konusunda ayrıntılı düzenleme içermemektedir. Bunların tamamlanması gereklidir.

İstihbarat yetkisinin Avrupa Standartlarına uygun bir şekilde kullanılması için, kolluğa uzun süreli inceleme, teknik araçlar kullanma, takip, yetkileri verilmeli, ayrıca yardımcı istihbarat elemanlarının hangi koşullarda kullanılabilceği yasa ile düzenlenmelidir.

Bunun yanı sıra, en önemli olan husus, kişisel bilgilerin otomatik veri işleme yöntemiyle analize tabi tutulmasıdır ki bunun yapılabilmesi için ayrı bir yasal düzenleme gereklidir. PVSK Ek 7/6. maddedeki düzenleme yeterli değildir.

II. İstihbarat şeklinde gizlice bilgi edinme.

1. İletişimin denetlenmesi.

“İstihbarat dinlemesi” de diyebileceğimiz araya girme, haberleşmelerden gizlice bilgi edinme yoludur. Dünyanın her yerindeki tatbikatta şu şekillere rastlanmaktadır: Haberleşme gizliliğine dokunulduğu, meselâ postadaki mektubun açılıp okunduğu, telefon konuşmalarının dinlendiği gizli inceleme yöntemlerinin kullanıldığı görülmektedir. Haziran 2005 de yürürlüğe giren PVSK, Ek 7 maddenin ikinci fıkrası, casusluk suçları hariç CMK 250/1-a,b,c madde hükümlerinde gösterilen suçların “önlenmesi amacı” ile, Polis, Jandarma ve MİT Teşkilatına (MİTK 6; bkz. No. 403-18), “telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin dinlenilmesi yetkisi” vermiştir. Bu yetki hâkim kararı ile, gecikmede tehlike olan hallerde ise, Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emri ile kullanılabilir (Bkz. No. 403-18/I).

2. İstihbarat amaçlı “teknik araçlarla izleme” ve kamu kurumlarındaki bilgi ve belgelerden yararlanma.

Yukarıda belirtilen suçların işlenmesini önlemek amacı ile, aleni yerlerde izleme yapılması da kabul edilmiştir (PVSK 2005-5397 Ek. m. 7/6). Bu yetkinin terör suçlarını ve konutun içeriğini kapsamadığına dikkat edilmelidir.

3. Konuşmaları dinleme.

Bir kimsenin normal konuşmasının gizlice dinlendiği vardır ki bu dinleme, Anayasadaki haberleşme gizliliğinin ihlali mahiyetinde değildir. Gizli dinleme ahlâka aykırıdır. Ancak bu aykırılık, sırf bu sebeple gizli dinlemenin hukuk bakımından hüküm ifade etmesine engel olmamalıdır. Eğer gizli

²⁶⁶⁹ İstihbarat yetkilerinin kanunla düzenlenmemesi ve bu bilgilerin delil olarak kullanılmasının sağlanmaması bazı sakıncalar doğurur: a) adliye ve savcı, kolluk üzerindeki denetim yetkisini kaybedebilir, b) delil elde etme idari bir nitelik kazanabilir, c) Kolluk teşkilatı “gizli polise” dönüşebilir, d) suç tipleri “tehlike suçlarına” dönüşebilir (Özbek 79).

dinleme belli bir hukuk normuna (TCK 133) aykırı ise, yani “aletle dinleme” veya “ses alma cihazı ile kayıt söz konusu ise, bu aykırılığın müeyyidesi bahis konusu olabilecektir (No. 403-20/IV).²⁶⁷⁰

403-6. DURDURMA.

I. Giriş

Durdurma, kişinin seyahat özgürlüğünü (AY 23/3) ilgilendirir. Bu nedenle, Anayasa'nın öngördüğü suç soruşturma, kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla kanunla sınırlandırılabilir. Anayasa'nın bahsettiği Kanun PVSK 4/A maddedir. Bu nedenle durdurma yetkisinin PVSK ile düzenlenmesinin Anayasa'ya uygun olduğunu saptamak isteriz.

Durdurma, “yakalama” değildir. Yakalama sayılması için, fiilen denetim altına alınması gereklidir. “Durdurma”, “arama” da değildir. Anayasamıza göre, her türlü “arama” işlemi için hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınan makamın yazılı emri bulunmalıdır (AY “2001-4709” 20). Ancak arama sayılmayan “durdurma ve soru sorma”, “durdurma ve kimlik sorma”, “durdurma ve kimlik tespiti” veya “durdurma ve sıvazlıyarak silah kontrolü yapma” (*stop and frisk*) gibi işlemler için belli bir kanunun koluğu açıkça arama yetkisi verdiği haller saklıdır. Polisin şahısları yolda durdurarak “suç işlenmesini önlemek” veya “işlenmiş suçların faillerini bulmak” amacı ile, onlara çeşitli sorular veya kimlik sormasının yasal kaynağı, Temmuz 2007'den bu yana PVSK m. 4/A dır.

Bu tür bir yetkinin kullanılabilmesi için, yakalama ve aramada gereken derecede olmamakla birlikte, basit bir şüphenin mevcut bulunması da gereklidir. Arama Yönetmeliği, kolluğun vatandaşı yolda durdurabilmesi için, “umma derecesinde makul şüphe” bulunması gerektiğini düzenlemiştir (AramaY 27).

Durdurulan kişiye, durdurma sebebinin oluşmasına veya şüpheye yol açan davranışları hakkında sorular sorulabilir. Durdurulan kişi üzerinde giysilerinden herhangi biri çıkarılmadan “yoklama biçiminde bir kontrol” yapılır (AramaY 27/5).

Amerikan Yüksek Mahkemesi *Terry* davasında²⁶⁷¹, polis memurunun tecrübesine dayanarak, izlediği davranışlardan, o şahsın bir suç işleme yolunda olduğuna inanırsa veya şahsın silahlı olduğu ve halen bir tehlike yarattığı kanaatine ulaşırsa, o şahsı durdurup sorular sorup üst araması yapabileceğini kabul etmiştir.

Yolda durdurulan kişi kimliğini ispat edemez ise, hakkında bilgi toplamak üzere 24 saate kadar gözaltına alma yetkisi doğar. Bu takdirde kişinin kimliğinin belirlenebilmesi amacıyla parmak izi alınabilir ve resmi çekilebilir.

Vatandaşın yolda durdurularak ona sorular sorulması, yakalama değildir. Teknik anlamda arama ve elkoyma da değildir. Bu nedenle yakalama, arama ve elkoyma için kanunlarda öngörülen koşullar burada aranmaz. Bu nedenle durdurma ve kimlik sorma, üst araması yapmak için ayrı bir tanım aranması gerekmiştir. Polisin durdurduğu kişiden yola çıkılarak bir kriter geliştirilmiştir: ‘polis sorduğu soru üzerine, makul bir vatandaş, kendisini halen “serbest” hissedebilecek fakat oradan ayrılmaması gerektiğine inanabilecek idi ise’, polisin başvurduğu tedbir yolda durdurma ve kimlik sorma tedbiridir.²⁶⁷² Bir başka ifade ile, sadece polisin sübjektif olarak durdurma sırasında sahip olduğu maksat ve düşünce geçerli olmayıp, olayın dışı yansıması ve kişi üzerinde bıraktığı izlenim de önemlidir.

²⁶⁷⁰ Meselâ sanığın gizlice dinlenmesi sanığın sorguda cevap vermeme hakkının çiğnenmesi demek olur. Aynı şekilde, beyanda çekinme hakkı olan tanığın gizlice dinlenmesi de bu hakkın inkârından başka bir şey değildir. Bu yollarla elde edilen beyanlar, irade unsurunun bulunmadığı sebebine dayanılarak hukuk bakımından yok sayılmalıdır. Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin, açıkça yasaklanmış olmadıkça kabulden yana olan *Tosun* (I, 814), susma hakkının konuşmamak yönünde isteğe dayandığını, zorla konuşturmayı önlediğini, zaten konuşmuş ise bunun banda alınmasının, tıpkı başkalarının duyulmasında olduğu gibi, hukuka uygun olduğu görüşündedir (İHFM “41”, 1976, 94). Bizce, konuşmayacağı diyen sanığın gizlice konuşturulup tanıklara dinletilmesi veya sesinin banda alınması hiyledir ve hiylenin zordan farkı yoktur. Kaldı ki hiyle söz konusu olmayan konuşma bantları dahi ikrara delil olarak dinlenemez. Zira kanunumuz sadece hâkim önündeki ikrara ait tutanakların delil olarak okunmasını kabul etmektedir.

²⁶⁷¹ *Terry v. Ohio* (1968)

²⁶⁷² *US v. Mendenhall* (1980)

Durdurma ve sıvazlayarak silah kontrolü yapma. Yolda durdurulan kişiler üzerinde yapılan aramanın diğer bir amacı da tehlikenin önlenmesidir. Bu nedenle kişinin silahlı olduğu veya halihazırda bir tehlike yarattığı konusunda makul bir şüphe doğmuş olmalıdır. Bu nedenle, durdurma sırasında sadece sıvazlama yolu ile kontrol yapılabilirse de, bazı hallerde polisin ilgilinin cebine elini sokması kabul edilebilir. Bu yetkinin doğabilmesi için, cebinde silah bulunduğundan şüphelenilmesi gerekir.

Durdurma yetkisi Türk kolluğuna açıkça verilen yeni bir yetkidir. Durdurma yetkisi evvelce, örtülü olarak kanunla zaten verilmiş idi; gerçekten PVSK'nın değişiklikten önceki 17. maddesinde kolluğa kimlik sorma yetkisi vermişti. Kimliği sorulacak olan kişinin, aranan kişilerden olup olmadığını belirlemek yetkisi de vardı. Kimliğini sormak için bir kişinin durdurulması zorunlu olduğu için, kimlik sormanın durdurma yetkisini de kapsadığı kabul edilmeliydi. Şimdi ise, eski 17. maddedeki kimlik sorma yetkisi PVSK 4A maddede 7-12 inci fıkralar arasında düzenlenerek nakledilmiş, durdurma yetkisi de ayrıca ve açıkça verilmiştir.

Anayasa'nın 13'üncü maddesine yapılan 2001 değişikliği doğrultusunda, Devletin kişi hak ve özgürlüklerinin kısıtlayabilmesi için öncelikle Anayasanın hakkı düzenleyen maddesinde, bu hakkın hangi sebeplere dayanılarak kısıtlanabileceğinin belirtilmesi ve daha sonra da buna dayanarak bir yasal düzenleme yapılması gerekmektedir.

II. Durdurma ve yakalama farkı.

Durdurma “yakalama” değildir. Yakalamada bireyin Anayasa'nın 19. maddesi ve İHAS md. 5'in garantisi altında olan, kişi hürriyeti ve güvenliği sözkonusudur. Durdurma ise, bir yerden başka bir yere gitmekte olan kişinin geçici bir süre için bekletilmesi yani seyahat hürriyetinin (AY 23/3) Anayasada belirtilen sebeplere uygun şekilde düzenlenmiş olan Kanun (PVSK 4A) uyarınca sınırlandırılması demektir.

Yakalama ile durdurma arasındaki farkı şöyle belirtebiliriz. Eğer makul ve orta zekalı bir kişi, serbest olmadığını hissedebiliyorsa, yani, yakalama Yönetmeliğinde belirtildiği gibi fiilen denetim altına alınmış ise, “yakalanmış kişi” statüsüne girdiğinden, AY 19 ve İHAS 5'teki haklardan yararlanan bir kişi, hukuk durumundadır. Buna karşılık, durdurma, geçicidir ve kişi bu geçiciliğin farkındadır. Eğer makul ve orta zekalı bir insan durdurulduktan sonra artık kendi isteği ile oradan ayrılamayacağını anlayabilecek idiye, durdurma bitmiş, yakalama başlamıştır.

III. Durdurma sebepleri.

Durdurma, keyfilik oluşturacak şekilde yapılamaz (PVSK 4A/2). Durdurma süreklilik arz ediyorsa, artık durdurma olmaktan çıkar (PVSK 4A/2).

a) *Makul sebep.* Kolluğun bir kişiyi ve aracı durdurabilmesinin ön şartı ve en önemli koşulu “*makul bir sebebin bulunmasıdır*”. Aramada olduğu gibi (makul şüphe: CMK 116), makul sebep olmadan durdurma yetkisi kullanılamaz.

Makul sebep, eğitim görmüş bir kolluk mensubuna; “*maddede gösterilen durdurma sebeplerinden birinin gerçekleşmiş olduğunu*” göstermelidir.

Tecrübeli polis, durdurma yetkisini kullanmadan önce, makul bir sebebin bulunup bulunmadığını “kendisi” takdir edecektir. Kolluğun başka bir makamdan, hâkimden veya savcıdan emir veya izin almadan kullanabileceği ender yetkilerden olan *durdurma, kötüye kullanılmamalıdır*. Eğer kolluk fiili durum veya keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapar veya durdurma sırasında kişiye durdurma sebebini bildirmezse, (PVSK 4A/3) kanunun verdiği görevi yerine getirmeyen bir kamu görevlisi durumuna girebilir. Bu ise, suç teşkil edebilir.

b) Kanun durdurma sebeplerini sınırlayıcı bir şekilde saymıştır (PVSK 4A/1). Durdurma sebeplerinden birincisi, *bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemektir*. Ancak polisin tecrübesine göre ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan somut bazı olgulara dayanarak takdir yetkisini kullanması ve kişinin bir suç veya kabahat işleyebileceğini öngörmesi sözkonusudur. Bir kişinin suç işleyeceğini öngörmek, somut olguya dayanarak şöyle örneklendirilebilir: Gece eğlendiği diskotekten korumalar tarafından zorla çıkartılan bir kişi arkadaşlarını toplayıp aynı yere geri dönüyorsa, bir suç işlemek üzere olduğu, makul ve orta zekalı bireyler tarafından öngörülebileceği gibi, bu tür olaylarla sürekli karşılaşan polisin tecrübesi ve içinde bulunulan durum suç veya kabahat işlenmek üzere

olduğunu ona gösterebilir. Böyle bir durdurma, durdurulan kişiye sebep de bildirilerek yapılırsa, kanuna ve hukuka uygun olur.

c) İkinci durdurma sebebi, *suç işledikten sonra kaçan failin yakalanması* için durdurmadır. Burada da durdurma yetkisinin kullanılması için, 2 inci fıkrada gösterilen *makul sebebin* bulunması önkoşuldur: Suç işleyip kaçan failin siyah balıkçı kazak giydiği görülmüşse, polis, bu eşgale uyan kişileri durdurduğunda, bu durdurma kanuna ve hukuka uygun bir durdurma olur.

d) Tehlike varsa, polis yetki kazanır. Polisin görevi uzak ve yakın tehlikeyi önlemektir. Kanun *tehlikeyi önlemek ve bertaraf etmek amacı* ile polis durdurma yetkisi tanımıştır. Tehlikenin, kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik bir tehlike olması gerektiği belirtilmiş (PVSK 4A/1-c) ve tehlikenin halen mevcut ve “muhtemel” bir tehlike olması gerekliliği dile getirilmiştir.

Tehlike polis hukukunun temel kavramı olduğu için, somut bir hukuk kavramıdır. Tehlike ceza hukuku açısından da *zorunluluk hali* ile net bir şekilde açıklanmıştır (TCK 25/2).

Somut tehlike, *“araya engel bir sebep girmediği takdirde, istenmeyen ve hakkı ortadan kaldıracabilecek nitelikte olan bir neticenin gerçekleşeceğini, makul ve orta zekalı insanlar tarafından kabul edilebileceği hallerde”*, var sayılır.

e) *“Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek”* de “durdurma sebebi” olarak tanımlanmış ise de bu sebebin “bir sonuç olduğu”, durdurma için tek başına yetmeyeceği bilinmelidir. Diğer sebeplere dayanarak durdurduktan sonra, aranan kişilerden olup olmadığını belirlemek üzere işlem yapılabilirse de geliş güzel, her istediğini “acaba aranıyor mu?” diye durdurmak, *keyfiliğe* (PVSK 4A/2) yol açar. Bu nedenle, kişinin hakkında bir ihbar varsa veya başka bir somut olguya dayanarak, aranan kişi olduğundan şüphelenmek için “makul sebep” oluşmuş ise, o zaman “aranan kişi” olduğu için durdurma sebebi doğabilir.

IV. Durdurma yetkisinin kullanılması.

Polisin durdurma yetkisini kullanmadan evvel durup düşünmesi gerekir. Bu yetki bireyi devlet ile yüz yüze getiren bir yetkidir. Yerinde kullanılmadığı takdirde, bireylerin devlete karşı kin ve nefret duyması dahi söz konusu olabilir. Bu nedenle, polisin durdurduğu kişiye nazik davranması, “siz” diye hitap etmesi ve ilk önce *“durdurma sebebini bildirmesi gerekir”* (PVSK 4A/3). Polis durdurduğu kişiye soru sorabilir, yani onunla konuşabilir. Bireyin sorulan sorulara cevap vermek hukuki yükümü yoktur. Bu sorular “şüpheliye” sorulan sorular olmadığı için, CMK 147 uyarınca, hak bildirilmesine de gerek yoktur. Polis durdurduğu kişiden kimlik veya diğer belgeleri ibraz etmesini isteyebilir (PVSK 4A/3).

Hukuka uygun bir şekilde durdurulmak istenilen kişi durmaz ise, PVSK 17 gündeme gelir. Polis bu durumda, Kanun ve usul dairesinde verdiği emre itaatsizlik eden kişiyi, zor kullanarak karakola götürebilir. Zor kullanma PVSK 16 ile yeniden düzenlenmiş ve eski Ek 6. maddede olduğu gibi, ölçülü zor kullanma yetkisi verilmiştir: görevini yaparken direnişle karşılaşan polis, direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette, bedeni kuvvet ve maddi güç kullanabilir (PVSK 16/2).

V. Durdurmanın devam süresi ve sona ermesi.

Durdurma, durdurmaya esas teşkil eden işlemin yapılması için zorunlu olan süre kadar devam eder (PVSK 4A/4). Kanunda “hakkında yakalama emri veya zorla getirme kararı olan kişileri tespit etmek için” durdurma yetkisi verildiğinden (PVSK 4A/1) polisin durdurduğu kişinin aranan kişi olup olmadığını belirlemek üzere, kimlik sorgulaması yapması, belli bir süre alacaktır. Bu süre zarfında kişinin bekletilmesi hukuka uygunsa da “zorunlu” süreden fazla durdurma (PVSK 4A/4) hukuka aykırı olur.

Durdurma sebebinin ortadan kalması halinde kişilerin ve araçların ayrılmasına izin verilir (PVSK 4A/5). Fakat durdurma sebebi kalkmaz ve şüphe teyit edilirse, (şüpheli sıfatı ile soru sormak, yani ifade almak veya yakalama gibi), başka yetkiler doğabilir (PVSK 4A/4).

Polis bir kişiyi durdurduğunda, *arama yapamaz*. Arama yapılabilmesi için, aleni yerlerde en azından kolluk amirinin yazılı emir vermiş olması gerekir (CMK 116). Arama yapamamakla birlikte, polisin durdurduğu kişi üzerinde silah bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde *“gerekli tedbirleri*

alma” yetkisi verildiği görülmektedir. Arama yapamayan polis ne gibi tedbirler alabilecektir? Burada Arama Yönetmeliğinin 27 inci maddesinde ve özel güvenlik mensuplarına tanınan “yoklama suretiyle kontrol” gündeme gelebilir.

Bir kişiye dokunmak, daima özeldir, fakat “arama” değildir. Bir insanın başka bir insana resmi amaçla dokunabilmesi için, makul bir sebep bulunması gerektiğini, “*Supreme Court*” un, *Terry* Kararı, dünyaya öğretmiştir.

Polise 2007 yılında açıkça verilen, fakat evvelce de üstü kapalı olarak mevcut bulunan durdurma yetkisi, kimlik sorma, kişisel verilerin toplanması, arama, zor kullanma, yakalama ve diğer kolluk yetkileriyle içiçe girmiş olan bir yetkidir. *Bu yetkinin bütün kolluk mensupları tarafından yeknesak bir biçimde öğrenilmesi ve halkın da polisin sahip olduğu bu yetkiler konusunda bilgilendirilmesi* gerekir.

Hukuk devletinin korunabilmesi için, hukuk devletinin kolluğa, toplumu koruyucu yetkiler vermesi ve bu yetkilerin denetlenmesi gerekir.

VI. Hukuka aykırı Durdurmalar örnekler.

1. Yolda durdurma, yoklama ve üst araması yapma.

Yolda yürüyen bir kişiyi durduran (AramaY 27) polisin hareketi, suç işlendiği hakkında makul şüpheye dayanıyorsa, hukuka uygundur ve polis bu kişilerin üzerinde bizde *yoklama*, diğer sistemlerde ise *arama*²⁶⁷³ yapabilir. Durdurmanın “makul sebebi” yoksa, elde edilen delil “hukuka aykırı delil” olur. Yapılan arama sonunda, Polis tarafından herhangi bir suç delili bulunması ile bulunmaması arasında bir fark yoktur.²⁶⁷⁴ Zira, amaç bireyin Polis tarafından aşırı yetki kullanılmasına karşı korunmasıdır. Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Brown v. Texas* davasında²⁶⁷⁵ verdiği kararda, polisin vatandaşla konuşarak iletişim kurmak hakkına sahip bulunduğunu kabul etmişse de sebepsiz olarak, vatandaşı bir an olsun durdurmasının ve hatta kimliğini sormak için, hareket özgürlüğünü kısıtlamasının hukuka aykırı olduğunu vurgulamıştır. Polisin bir kişinin onu yolda durdurmak şeklinde de olsa özgürlüğünü kısıtlayabilmesi için, maddî olaylara dayanan bir şüphe sebebinin mevcut bulunması gerekir. Burada söz konusu olan somut bir şüphedir. Yoksa bir iç güdü veya bir sezgi değildir.

2. Durdurma ve silâh araması yapma.

a) *Terry v. Ohio*

Suç işlediği konusunda başlangıç şüphesi (*reasonable suspicion*) duyduğu takdirde, polis memuru yolda kişileri durdurarak, onlara soru sorabilir ve üzerlerini sıvazlayarak (*stop and frisk*) silâh araması yapabilir. *Terry v. Ohio*²⁶⁷⁶ dâvası buna bir misaldir. “Durdurma” yetkisinin kullanılabilmesi için, hâkim kararına ihtiyaç yoktur, zira durdurma “arama” değildir (AramaY 27).²⁶⁷⁷ *Terry v. Ohio* davasında açıklandığı üzere, bilgi toplamak için kişilerin durdurulması hukuka uygundur. Buna “*brief investigatory stop*” denir.

²⁶⁷³ *People v. Thornton* (1988, 2d Dept)139 AD2d 787, 527 NYS2d 532, app den 72 NY2d 867, 532 NYS2d 517, 528 NE2d.

²⁶⁷⁴ *People v. Rodriguez* (1986, 2d Dept) 122 AD2d 895, 505 NYS2d 936.

²⁶⁷⁵ *Texas v. Brown*, 460 U.S. 730, 103 S.Ct. 1535, 75 L.Ed. 2d 502 (1983); *Kamisar/LaFave/İsrael* 1990, 253.

²⁶⁷⁶ *Terry v. Ohio* 392 U.S. 1, 88 Ct. 1868, 20 L.Ed.2D 889 (1968); *Kamisar/LaFave/İsrael* 1990, 269.

²⁶⁷⁷ *Kamisar/LaFave/İsrael* 1990, 269. Şeker hastası olan bir kişi büyük bir alışveriş merkezine girerek eczaneden insülin aramış, fakat bulamamış, bunun üzerine acele bir şekilde otomobiline binerek başka bir mağazaya doğru hareket etmiştir. O sırada devriye gezmekte olan ekip otosundaki Polis memuru, kişinin dükkâna acele bir şekilde girip çıkmasından dükkânda soygun yapıldığı konusunda şüphelenmiştir. Bu şüphe üzerine ilgiliyi durdurmuş ve silâh araması yapmak istemiştir. Şahıs şeker hastası olduğunu, acele ilaç alması gerektiğini, silâh bulunmadığını söylemiş ve aramaya rıza göstermemiştir. Bunun üzerine önce diğer ekipten yardım isteyen Polis memuru, zor kullanarak silâh araması yapmışsa da, şahıs direncini arttırmıştır. Neticede şahsın iki bacağı ve bir kolu kırılmış ve iş mahkemeye intikal etmiştir. Yüksek mahkeme verdiği kararda; olayın akışı içerisinde şahsın acele ile dükkâna girip çıkmasından doğan makul bir suç işleme şüphesinin bulunduğunu kabul ederek, bu şüphenin Polisin kişiyi durdurarak silâh araması yapma yetkisini doğurduğunu, görevini yapan Polise karşı direnen bir kişiye Polisin kademeli olarak, onun gücünü kırmaya yetecek oranda zor kullanabileceğini ve Polis tarafından yapılan işlemlerin hukuka uygun olduğunu belirtmiştir.

b) *U.S. v. Chadwick*

United State v. Chadwick davasında²⁶⁷⁸ kabul edildiği gibi, polisin yakalanan kişinin yanında bulundurduğu kapalı kutuları, çantaları açma yetkisi yoktur. Polis yakaladığı kişinin üzerini ve elinin uzanabileceği yerlerde, “tehlikeyi önlemek” için hâkim kararı almadan silâh araması (*search incidentally arrest*) yapabilir.²⁶⁷⁹ Bu aramanın amacı polisin kendisini güvence altına alabilmesidir. Ayrıca delillerin yok olmasının önüne geçmek amacı da bu aramada rol oynayabilir. Bu davada kabul edildiği gibi, polisin yakalanan kişinin yanında bulundurduğu kapalı kutuları, çantaları açma yetkisi yoktur. Türk polisi gibi, Amerikan polisi de yakaladığı kişinin üzerini ve elinin uzanabileceği yerlerde, “tehlikeyi önlemek” için hâkim kararı almadan silah araması (*search incidentally arrest*) yapabilir. Bu aramanın amacı polisin kendisini güvence altına alabilmesidir. Ayrıca delillerin yok olmasının önüne geçmek amacı da, bu aramada rol oynayabilir. Bununla birlikte, Türk Hukukunda durdurma sonrası ayrıntılı arama yapılabilmesi için, aleni yerlerde en azından kolluk amirinin yazılı emri, konut açısından ise, C. savcısının yazılı emrinin, arama öncesinde alınması zorunludur.

c) *Anayasa mahkemesinin durdurmada aramayı yasaklayan 2017 tarihli kararını ekle.*

ç) *Durdurma sonrası yapılan üst araması hukuka uygundur; CGK 14.3.2017, E. 2016/20-361, K.2017/139.*

17.12.2013 tarihinde saat 16.30 sıralarında iki erkeğin kapkaç yolu ile bir kadının çantasını çalmaları ihbarı üzerine, kaçış istikametindeki ekipler, kendilerini görererek kaçmaya başlayan kişiyi durdurmak istemişler, fakat bu kişi kaçarak bir inşaata girmiş ve orada yakalanmıştır. “Yoklama suretiyle yapılan kontrolde” bu kişinin üzerinde uyuşturucu madde ele geçirilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu somut olayda *makul sebep* koşulunun gerçekleştiğini kabul ederek, durdurma sonrasında yapılan aramadan elde edilen delillerin hüküm verilirken kullanılabilmesine karar vermiştir. Yargıtay bu kararında durdurma ve arama kavramlarını detaylı bir şekilde tartışmaktadır.

d) *Amerika’da durdurma sonrası rıza alınarak arama yapılabilir; USSC Bostik.*

Amerikan Yüksek Mahkemesi bir kararında, arama konusunda verilen rızanın şartlarını açıklamıştır: kişinin aramaya rıza göstermeye manevi açıdan da zorlanmaması gerekir. California civarında uyuşturucu madde trafiğinin yoğun olduğu ana otoyol üzerinde, polis rutin aramalar yapmaktadır. Bu aramalardan birinde otobüs terminale girdikten sonra polis memurları şoföre otomatik kapıları kapattırarak, içerideki yolcuları kimlik kontrolünden ve aramadan geçirmeye başlamışlardır. Yolculardan biri olan Bostik’e de kendilerinin polis olduğunu belgeleyen kimliklerini gösterdikten sonra, otobüs biletini sormuşlar ve kimlik kontrolü yapmışlardır. İlgiliye yanında bulundurduğu çantasını aramak için rıza gösterip göstermediğini sormuşlardır. Bostik ise çantasının aranmasına razı olmuş ve yapılan arama sonunda çanta içerisinde uyuşturucu madde bulunmuştur. Bostik, yapılan aramadan önce “kendisine aramaya, rıza göstermeme hakkı olduğunun bildirilmemesini” ve otobüs kapılarının kapalı tutulması nedeniyle, istediği takdirde oradan uzaklaşma imkanının önceden yok edilmiş bulunmasını ileriye sürerek, Yüksek Mahkemeye başvurmuş ve Yüksek Mahkeme arama sonunda elde edilen delilin dosyadan çıkartılmasına karar vermiştir. Kararda, başında bekleyen silahlı iki polis memuru varken, hiçbir vatandaşın rıza göstermekten kaçınamayacağı vurgulanmış ve böyle bir manevi baskı sonucu elde edilen rızanın geçerli olmadığı vurgulanmıştır. Arama yapan Polisin kural olarak, arama emrini göstermesi gerekir.

3. *Durdurma veya yakalamada cep telefonunun incelenmesi*

a) *Durdurulan kişinin cep telefonu incelenemez: 17. CD 15.2.2017, E. 2015-27517, K. 2017-1716.*

Riley kararında olduğu gibi, durdurma veya yakalama yapan polisin ilgilinin cep telefonunu incelemesi yasaktır. Şüphe üzerine durdurulan kişinin cep telefonu hâkim kararı olmadan incelenemez. İşlevi itibarıyla bilgisayar niteliğinde olan cep telefonu üzerinde inceleme yapılabilmesi için CMK 134 uyarınca hâkim kararı alınması gerekir. Somut olaydaki telefon inceleme tutanağından daha önceki saatte düzenlenen fotoğraf teşhis tutanağından, karar veya yazılı emir alınmadan telefonun incelendiği

²⁶⁷⁸ *United States v. Chadwick*, in: *Kamisar/LaFave/Israel* 1990, 263.

²⁶⁷⁹ *Smith v Ohio* (1990, US) 108 L Ed 2d 464, 110 S Ct 1288.

ve müştekiye ait çalıntı motosikletin fotoğrafının telefonda kayıtlı bir kişiye gösterildiği anlaşılmıştır. Beraat kararı verilmesi yerine, bu delilin mahkumiyete esas alınması hukuka aykırıdır.

b) Durdurma sonrası cep telefonunu incelemek Anayasa'ya aykırı değildir; AİHM 10.03.2009, Böke ve Kandemir-Türkiye.

İki kişi 14 Şubat 2001 tarihinde bir otobüste vurulup yaralanmış, vuran kişi daha sonra otobüsten inmiştir. Aynı gün, vuran şüphelinin kırmızı bir arabada olduğuna ilişkin bilginin alınması üzerine, Aydın Emniyet Müdürlüğünden polis memurları başvuranları Aydın otoyolunda başlattıkları trafik kontrolünde yakalamışlardır. Güvenlik güçleri ayrıca içlerinde Rıfat Böke'nin başka bir araç içerisinde bulunan erkek kardeşi de olmak üzere dört kişi daha yakalamışlardır. Polis memurları başvuranların cep telefonlarıyla beraber içlerinde 5 silah bulunan her iki arabaya el koymuştur. Aynı gün başvuranlar gözaltına alınmışlardır. Üç polis memuru 15 Şubat 2001 tarihinde, Rıfat Böke'nin, erkek kardeşinin ve diğer şüphelinin cep telefonlarından aranan ve bu telefonları arayan numaraları içeren bir rapor düzenlemişlerdir. Başvuranlar AİHS'nin 8. maddesine dayanarak telefon konuşmaları ve gözaltındaki konuşmalarının kanun dışı olarak kaydedildiğini savunmuşlardır. Son olarak AİHS'ın Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesine dayanarak otomobil ve cep telefonlarına ulusal makamlarca el konulmasından şikâyetçi olmuşlardır. Elindeki tüm deliller ışığında AİHM, başvuranların yukarıda kaydedilen görüşlerinin AİHS ya da Protokollerinde korunan hak ve özgürlüklerin herhangi bir ihlalini ortaya çıkarmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu şikâyetlerin, açıkça dayanaktan yoksun olmaları nedeniyle AİHS'nin 35. maddesinin 3. ve 4. fıkraları çerçevesinde kabul edilemez olarak ilan edilmesi gerekmektedir.

4. Makul Sebep Olmadan Durdurma ve Arama.

a) People v. Thornton.

Yolda yürüyen bir kişiyi durduran (PVSK 4A, AramaY 27) polisin hareketi, suç işlendiği hakkında *makûl sebebe* dayanıyorsa hukuka uygundur. Kolluk bu kişilerin üzerinde *bizde* arama yapamaz, sadece *yoklama* yapabilir. *Amerikan hukukunda* ise kolluğa durdurma sonrası arama yetkisi verilmiştir.

b) People v. Rodriguez.

Yapılan işlem sonucunda, Polis tarafından herhangi bir suç delili bulunması ile, bulunmaması arasında bir fark yoktur. Zira amaç, bireyin polis tarafından aşırı yetki kullanılmasına karşı korunmasıdır.

c) Makul sebep mevcut bulunmadan durdurma hukuka aykırıdır; USSC Terry v. Ohio.

Durdurmada makul sebep varsa kişilerin bilgi toplamak için durdurulması hukuka uygundur. Buna "brief investigatory stop" denir.

ç) Makul sebep mevcut bulunmadan durdurma hukuka aykırıdır; Herring v. US 2009.

Polis memurları, *Herring* hakkında verilmiş bulunan yakalama emrine dayanarak onu yakalamış ve yakalama ile bağlantılı arama yapmışlardır. Bu aramada uyuşturucu madde ve başka deliller bulunmuştur. Fakat daha sonra ortaya çıkmıştır ki söz konusu arama emri birkaç hafta önce geri alınmış olmakla birlikte, bilgisayar sisteminde yanlışlıkla varlığını sürdürmüştür. Polis memurları, halen geçerli olduğunu zannettikleri yakalama emrine dayanarak ve iyi niyetle yakalamayı gerçekleştirmişlerdir. Bu olaydaki delillere dosyadan çıkarma kuralının uygulanmayacağına hükmedilmiştir. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi, yukarıda da sözü edilen *United States v. Leon* içtihadı yönünde görüş bildirerek, burada dosyadan çıkarma kuralının uygulanmasının faydadan çok zarar getireceğini belirtmiş ve kurala iyi niyet istisnasını uygulamıştır.

d) Makul sebep mevcut bulunmadan durdurma hukuka aykırıdır; USSC 25.6.2014 Brown v. Texas.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Brown v. Texas* davasında verdiği kararda, polisin vatandaşla konuşarak iletişim kurmak hakkına sahip bulunduğunu kabul etmişse de sebepsiz olarak, vatandaş bir an olsun durdurmasının ve hatta kimliğini sormak için, hareket özgürlüğünü kısıtlamasının kanuna aykırı olduğunu vurgulamıştır. Polisin bir kişinin onu yolda durdurmak şeklinde de olsa özgürlüğünü kısıtlayabilmesi için, maddî olaylara dayanan bir makul sebebin veya makul şüphenin mevcut bulunması gerekir. Burada söz konusu olan, somut bir olgudur. Yoksa bir iç güdü veya bir sezgi değildir.

Durdurmanın “makul sebebi” yoksa elde edilen delil “kanuna aykırı delil” olur. Yukarıda belirtildiği gibi, suç işlediği konusunda makul bir sebep bulunduğu veya şüphe (reasonable suspicion = durdurma ve aramadaki başlangıç şüphesi) duyduğu takdirde, polis memuru yolda kişileri durdurarak (PVSİK 4A), onlara soru sorabilir ve üzerlerini sıvazlayarak (stop and frisk) silah araması yapabilir. Kolluğun “durdurma” yetkisinin kullanılabilmesi için, hâkim kararına ihtiyaç yoktur, zira durdurma “arama” değildir (AramaY 27).

e) Makul sebep mevcut bulunmadan durdurma hukuka aykırıdır, fakat kolluğun iyi niyeti korunur; Strieff v. Utah 2016.

Strieff, polis gözetiminde tutulan bir evden çıktıktan hemen sonra, bir polis memuru onu durdurarak evin içerisinde neler olup bittiğini sorar. Polisin bu durdurma bakımından bir dayanağı yoktur. Polis memuru daha sonra Strieff'in ismini telsizden polis merkezine bildirdiğinde, Strieff hakkında, gözetim altında tutulan evden çıkması durumundan bağımsız sebeplerle verilmiş bir yakalama emri olduğunu öğrenir. Bunun üzerine polis, Strieff'in üstünü arar ve uyuşturucu madde bulur. Duruşma sırasında sanık bunun hukuka aykırı delil olduğunu iddia etse de bu iddiası mahkeme tarafından kabul edilmez. Eyalet yüksek mahkemelerinden sonra konu Federal Yüksek Mahkeme'ye taşınır ve mahkeme, burada polisin davranışında açık bir hukuka aykırılık olmadığı sonucuna varır. Mahkemeye göre, ilk yapılan durdurma işlemindeki hukuka aykırılığın etkisi, sonradan ortaya çıkan yakalama emri ile azalır. Dolayısıyla da elde edilen delili dosyadan çıkarmaya gerek yoktur. Karar oyçokluğu ile verilmiş ve kararı yoğun şekilde eleştiren karşı oy yazıları yazılmıştır. Bu yazılarda da yine, dosyadan çıkarma kuralının yararları ile zararlarının dengelenmesi konusunda görüşler ortaya koyulmuştur.

f) Makul sebep mevcut bulunmadan durdurma hukuka aykırıdır; 2 CD 20.11.2013, E. 2012/29290 K. 2013/27219.

Gündüz vakti cadde üzerinde yürürken kolluk güçlerince durdurulan sanığın elinde bulunan poşetin ve üzerinin aranması için ortada "makul şüphe"yi gerektiren olgular ve buna bağlı olarak da arama kararı ya da emri verilebilmesinin koşulları bulunmadığı halde, sanık hakkında yalnızca "çeşitli suçlardan kaydı bulunduğu" gerekçesiyle hukuka aykırı bir şekilde yapılan arama sonucu elde edilen deliller ile buna ilişkin düzenlenen tutanağa dayanılarak, atılı hırsızlık ve 6136 sayılı Yasa'ya aykırılık suçlarından sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi hukuka aykırıdır.

g) Çıplak gözle görünen belirtiler varsa hâkim kararına gerek yoktur; USSC Smith v. Ohio 1990.

(CMK 217/2; CMK 116; yakalama araması) Önceden hâkimden karar almadan el koyma bakımından diğer bir istisna, çıplak “gözle görme” istisnasıdır. Örneğin müsaade edilen hız limitinin üzerine çıktığı için polis tarafından durdurulan bir aracın içerisinde, “bulundurulması suç teşkil eden bir eşya” gözükiyorsa, sözgelimi arka koltuğun üzerinde bir tabanca duruyorsa, polis bu eşyaya hâkim kararı olmadan elkoyabilir (*plain view doctrine*). Bu şekilde elde edilen delil kanuna uygun bir delil olur ama şartları gerçekleşmedikçe, aracın bagajında arama yapılamaz. Hâkim kararı olmadan arama yapılabilen diğer bir hal, “yakalama aramasıdır”. Yakalama araması suç üstünde rastlanan veya suç işlediğinden şüphelenmeyi gerektiren kuvvetli sebepler bulunduğu için, polis tarafından, hâkim kararı olmadan yakalanan bir kişinin üzerinde yapılabilir. Bunun yanı sıra, yakalanan kişinin eli ile ulaşabileceği yerlerde de (*immediate area of control*) arama yapılabilir.

403-7. KİMLİK SORMA ve KİMLİK TESPİT ETME.

I. Faili tekrar tanımaya yarayan önleme ve koruma tedbirleri kavramı.

Ceza muhakemesi hukukunda adalet sisteminin bir “hafızası” vardır. Ceza Adalet Sistemi ile herhangi bir şekilde “tanışan” bir kişinin, daha sonra “gerektiğinde” tekrar bulunabilmesi için, kayıt altına alınması gerekli ve kaçınılmazdır.

Polisin önleme görevi çerçevesinde “tekrar tanımaya yarayan tedbirlere” başvurma yetkisi, mukayeseli hukukta giderek genişlemektedir.

Polisin adli görevi çerçevesinde *tekrar tanımaya yarayan tedbirlere* başvurabilmesi için, şüphenin isnat teşkil edecek kadar yoğunlaşmış olması şart olmalıdır, yani belli olaylara dayanan ‘kuvvetli şüphe’ bulunmalıdır.

Netekim Alman Kanunu (StP0 163b/I) bunu kabul etmiştir. Suç teşkil eden bir fiilin aydınlatılması için gerekli ise, suç işlediğinden şüphelenilmeyen bir kişinin de kimliği tespit edilebilmelidir. Bu tespit işleminde tanık dinlenmesi sırasında uygulanan kurallar uygulanır (StP0 69). Ancak, ‘şüpheli’ hukuk durumunda olmayan bir kişi hakkında kimlik tespiti için alınan tedbirlerde ‘orantılılık kuralı’ gözönünde tutulmalıdır (StP0 163b, II).²⁶⁸⁰

İleride tekrar tanımının diğer bir aracı olarak, şüphelinin fotoğrafı alınır ve suç işleyen kişilere ait önceden alınmış parmak izleri ile olaylarda elde edilen parmak izleri karşılaştırılarak veya suç işleyen kişilerin fotoğrafları tanıklara gösterilmek suretiyle, olayın failinin kimliği tespit edilebilir.²⁶⁸¹

Bu konudaki önemli bilgi şudur: tehlikeyi önleme amacı ile yapılan kimlik tespitleri, sadece önleme amacı ile kullanılabilir, fakat adli amaçla yapılan kimlik tespiti, ileride işlenecek olan suçlarda da kullanılabilir. Diğer bir ifade ile, adli amaçlı tespitler, ileride işlenecek olan suçların delili olsun diye, önleme amaçlı olarak kayıt altına alındıkları için, kolluğun önleme yetkileri içindedir.

Aşağıda Türk Hukukunun kabul ettiği “tekrar tanımaya yarayan önleme ve koruma tedbirleri” incelenecektir.

Polisin durdurma yetkisinin doğduğu hallerde veya “görevini yerine getirirken”, kişilere “kimlik sorma” yetkisi vardır (PVSK 4A/8). Kolluğun ‘kimlik sorması’ ile, ‘kimlik tespit etmesi’ arasında önemli bir fark vardır. Kimlik tespit etme; o kişinin polis kayıtlarına geçirilmesi, yaygın bir ifade ile, “fişlenmesidir”. Buna karşılık, “kimlik sorma”, kişiyi kayıtlara geçiren bir işlem değildir. Kolluk suç işlenmesini önlemek veya işlenmiş suçların faillerini ele geçirmek için veya maddede belirtilen diğer amaçlarla, kimlik sorabilir (PVSK 4A). Bu şekilde kimliği sorulan kişi bir hüviyet belgesi göstererek, kimliğini belirlemek mecburiyetindedir.

Ayrıca, 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu ve buna ait yönetmelik; otel motel ve benzeri yerlerde kalacak olan herkese, kimlik bildirme mecburiyeti getirmiştir.

2007 yılında PVSK da yapılan değişiklik öncesinde, polis kimliği belirlenemeyen kişinin üzeri aranabiliyor ve ilgiliyi, kimliğini belirleyinceye kadar kendiliğinden nezarete alabiliyor, bu kişiler hakkında parmak izi alma ve fotoğraf çekme işlemi uygulayabiliyordu. 5681 numaralı Kanun ile, PVSK nın 4A maddesinde yapılan düzenleme ile, “arama” yetkisi kaldırılmakla birlikte, “C. savcının emri ile gözaltına alma” yetkisini devam ettirildi. Gözaltına alınan kişinin kimliğinin belirlenememesi durumunda ise, tutuklanabilmesinin de yolu açıldı (PVSK 4A/9).

1. Önleme Amaçlı Kimlik Sorma Yetkisi.

2010 yılı itibariyle, mevcut bir tehlikenin uzaklaştırılması (veya bir suçun aydınlatılması) amacıyla, polis bir kişiye kimlik sormak yetkisine sahiptir. Kanun (PVSK 4A/1-a), polise bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek amacıyla, kimlik sormak yetkisi vermiştir

Somut olaylar bir yerde suç işlemeye hazırlanıldığını, suçun işlendiğini veya kararlaştırıldığını ortaya koyarsa, polis orada bulunan kişilerin kimliklerini tespit edebilir. Toplum bakımından önemli olan bir tesis, resmî bir bina veya tehlike içinde olan bir başka obje söz konusu olup da bu tesise, binaya veya

²⁶⁸⁰ Almanya’da polisin kimlik belirlemek amacı ile kişiyi gözaltında tutabileceği süre, toplam olarak 12 saati geçemez ve kimlik tespitinin zorunlu kıldığı süreden fazla devam edemez (StP0 163-c). Ancak, hâkim önüne çıkartma 12 saatten fazla süreyi gerektiriyorsa, kişi hâkime çıkartılmadan serbest bırakılır, kimlik tespit edilince, elde edilen belgeler, gereksizse yok edilir (StP0 163 c, IV).

²⁶⁸¹ Polise parmak izi ve fotoğraf almak yetkisi veren PVSK m. 5’e, 1985 yılında, 3233 sK ile, bir hal daha eklenmişti. Daha sonra Anayasaya aykırı olduğuna karar verilen bu bent hükmüne göre; ‘genel ahlâk ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanların da’, polisçe parmak izleri ve fotoğrafları alınabilecekti. Anayasa Mahkemesi; genel ahlâk ve edep kurallarına aykırı davranışların sadece bir bölümünün suç olarak ceza yasalarına girmiş bulunduğunu, bireyin suç teşkil etmeyen eyleminden dolayı parmak izinin alınmasının sebepsiz bir işlem görünümü arz edeceğini vurgulayarak; yasaklanan eylemin ne olduğu açıkça belirtilmemiş olduğu için, polisin öznel değerlendirmesine bağlı bir değerlendirme yolu açıldığından, eklenen bendi iptal etmiştir. Yüksek Mahkeme ‘kamu düzeni bakımından tasvip edilmeme’ kavramını, içeriği açıkça anlaşılamadığı için, Anayasanın 2, 5, 13. ve 19. maddelerine aykırı bulmuştur.

objeye karşı suç işlenebileceğini gösteren somut olaylar mevcut ise, polis binanın içinde veya yakınlarında bulunan kimselerin kimliklerini sorabilir.

Polisin kimlik sorma yetkisi ilk defa 1980 yılında 2260 sayılı kanunla kabul edilmişti.²⁶⁸² İlgili kimliğini göstermezse, üstü aranabiliyordu. Bu takdirde arama konusundaki usul kurallarına uyulması gerekiyordu. Polisin kendiliğinden arama yapma yetkisi artık mevcut değildir.

2. Adli görev ile kimlik sorma.

Polis Vazife ve Salâhiyetleri Kanununa göre, polis suç işledikten sonra kaçan faillerin yakalanması, hakkında yakalama emri veya zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek, (suç işlenmesini önlemek veya) için, durdurduğu kişilere kimlik sorabilir. Ancak, kendisinin polis olduğunu belirleyen belgeyi göstermesi şarttır (PVSK 4A/8).²⁶⁸³ Böyle bir istek karşısında, herkes kimlik belgesi göstererek, kimliğini belirlemek zorundadır.

3. Kimlik tespiti tutması.

Yanında kimlik belgesinin bulunmaması, açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeği aykırı beyanda bulunması dolayısıyla ya da sair surette kimliği belirlenemeyen kişi, polis tarafından “tutulur” (PVSK 4A/9). Bu bir nevi yakalama olduğu için, genel kurala (CMK 90/5) uygun olarak, derhal Cumhuriyet savcısı haberdar edilir. Cumhuriyet savcısının “gözaltı kararı” (CMK 91/2) vermesi durumunda, bu kişi kimliği açık bir şekilde anlaşılincaya kadar “gözaltına alınır” (PVSK 4A/9). Kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda, bu nedenle gözaltına alınma veya tutuklanma haline derhal son verilir (PVSK 4A/10).

Kimliğinin tespiti amacıyla “tutulan” kişiye, kimliği tespit edildikten sonra ve “talepte bulunursa”, bu amaçla tutulduğuna ve tutulma süresine dair bir belge verilir (PVSK 4A/10).

Gözaltı süresinde kimliği belirlenemezse, hâkim tarafından tutuklanmasının yolu da açılmıştır. Ancak burada, tutuklama kararı verecek hâkim açısından önemli sorunlar doğduğunu belirtmek gerekir: hâkim *usulü bakımından* CMK 100’deki kuralları uygulayarak (PVSK 4A/9) tutuklama kararı verebileceği için, CMK 100 de paralel bir değişiklik yapılmadığı için, hâkimin tutuklama kararı vermesi hukuken mümkün değildir. Ya PVSK 4A/9 da değişiklik yapılmalı ve Anayasanın 13 ncü maddesi doğrultusunda, bu kararın içeriği düzenlenmelidir, ya da CMK 100’e ekleme yapılmalıdır.

4. Nüfusa kayıt.

Bazı kişilerin nüfus kaydı olmayabilir. Bu nedenle kimliği tespit edilemiyorsa, ele geçmiş olan bu kişinin nüfusa kaydı için gerekli işlemlerin de yapılması mecburiyeti vardır (PVSK 4A/11).

5. Fotoğraf ve parmak izinin tespit edilmesi.

Kimlik tespiti amacı ile tutulan her kişinin fotoğrafı veya parmak izi alınmaz. Kanun önemli bir sınırlama yapmış ve sadece “nüfusa kayıtlı olmadığı için kimliği tespit edilemeyen kişilerin fotoğraf ve parmak izlerinin alınması yetkisi verilmiştir.

II. Kimlik tespiti.

Kimlik tespiti, kişisel veri niteliğindeki bilgilerin Devletin arşivlerine kaydedilmesi demektir. Bu nedenle de anayasal hakları sınırlandıran bir yetkidir.²⁶⁸⁴ Kimlik tespiti, parmak izinin alınması, fotoğrafın çekilmesi biçiminde olduğu için, kişilik haklarını ilgilendirir. Bu işlemlerin yapılabilmesi için, kişinin emniyet birimlerine götürülmesi gerektiğinden, kişi özgürlüğü hakkı (AY 19) gündeme

²⁶⁸² *Güran*: Polisin kimlik sorma yetkisi, Yargı Aylık Dergi, Mayıs 1980, sy. 49, sh. 11), polise önleyici ve adli zabıta yetkisi olarak kimlik sorma yetkisi verilmesinin, idare hukuku ilkeleriyle, zabıta işlemlerinde aranan sebep-amaç-araç ilişkilerine uygun olduğunu ve kimlik sormanın polise verilen görevin ifası niteliği taşıdığını vurgulamaktadır. Görevi sırasında sorduğu takdirde, değil polise, diğer memurlara kimliğe ilişkin bilgileri vermekten kaçınmanın esasen bir suç olarak düzenlenmiş bulunduğunu (mülga TCK 528) da hatırlatmaktadır.

²⁶⁸³ Bu hüküm önce PVSK m. 17’ye 2261 numaralı kanunla eklenen fıkrada düzenlenmişti. Sonra değiştirilerek, 2007-5681 numaralı kanun ile, PVSK 4/A maddeye aktarılmıştır.

²⁶⁸⁴ *König* 2001, Rn. 179.

gelir. Bu nedenle, kanunla yapılmış düzenlemeler ile uygulanabilen bir yetkidir. Genel yetkiye dayanılarak yapılamaz.

Türk Kanunlarında²⁶⁸⁵ kimlik tespiti sınırlı bir şekilde yeni yeni düzenlenmektedir (CMK 81, CMK 147, PVSK 5, CGİK 21/3). Kişisel verilerin bilgi bankalarında biriktirilmesi ve kullanılabilmesi için, Polis Kanununda yeni düzenlemeler yapılmalıdır.

1973 yılında çıkartılan 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu, konaklama, dinlenme tesislerinde kalanların kimliklerinin tespit edilmesine ilişkin hükümler içermektedir. Vazifesi sırasında soru soran memura kimliği konusunda cevap vermemek bir kabahattir (KK 40).

Diğer taraftan, mülga Ceza Kanunu resmî bir varaka tanzimi sırasında kendisine veya başkasının hüviyet ve sıfatı hakkında yalan beyanda bulunan kişiyi, bundan dolayı zarar meydana gelirse 3 aydan 1 seneye kadar hapisle cezalandırılmakta idi (mülga TCK 343). TCK'nun 206. maddesinde paralel bir düzenleme bulunmaktadır.

Parmak izi, fotoğraf, DNA örneği, insanların kimlik bilgileri gibi kişisel veriler Devletin elinde mevcut ise, suç işlendikten sonra, olay yerinde kalan izlerden yola çıkılarak, failin ele geçirilmesi kolaylaşır. Bu düşünce, “ileride işlenecek suçların delillerini önceden elde etmek” biçiminde, yani suç öncesi bir görev olarak kimlik bilgilerini saklama sonucunu doğurmuştur.²⁶⁸⁶

403-8. PARMAK İZİ ve FOTOĞRAFLARIN KAYDA ALINMASI.

I. Parmak izinin, polis hukukuna göre kayda alınması.

Bir insanın parmak izi başkasınınkine benzemez, değişmez, değiştirilemez. Parmak izi bu özellikleri nedeniyle kişilerin tekrar teşhis edilmesine yarar. Parmak izi bir nevi hüviyet tespitidir.²⁶⁸⁷

1) *AFIS*. Parmak izleri daha sonra kullanılmak üzere bilgi bankasında saklanır. Parmak izi, ait olduğu kişinin kimlik bilgileri ile birlikte, ne zaman ve kim tarafından alındığı belirtilmek suretiyle, bu amaca özgü sisteme (*AFIS*) kaydedilerek saklanır. Ancak, parmak izinin hangi sebeple alındığı sisteme kaydedilmez (PVSK 5/2).

2) *Parmak izleri kayıt altına alınabilen kişiler*. Parmak izi kişisel veri olduğu için, sadece kanunla verilen özel yetki üzerine tespit edilebilir ve kayda alınabilir. Kanun (PVSK 5/1) sınırlı yetki yaratmış ve şu hallerde, önleme yetkisi ve adli yetki ile parmak izi alma imkânı sağlamıştır. Kanunların yetki verdiği durumlar dışında, hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir (TCK 135/1).

a) *Önleme yetkisi ile parmak izi alma*: Polis, *gönüllü kişilerin* parmak izini alabilir. Burada kişinin parmak izinin alınması için, özgür ve aydınlatılmış iradesi ile, önceden rıza (TCK 26/2) göstermiş olması gerekir (PVSK 5/1-a).

Polis olarak istihdam edilen kişilerin parmak izlerinin alınması mecburiyeti getirilmiştir (PVSK 5/1-c). Bunun gibi, *genel veya özel kolluk görevlilerinin* ve *özel güvenlik görevlisi* olarak istihdam edilenlerin parmak izinin alınarak, *AFIS* de saklanması ilkesi benimsenmiştir. Bu düzenlemenin altında yatan neden, suç failleri ile onları kollayan kolluk arasında eşitlik sağlanması amacı olsa gerektir. Ancak, yapılan bu düzenleme ile, eşitlik ilkesi ihlal edilmiştir. Bütün kamu görevlilerinin parmak izi alınıp saklansa idi, bu kayıtlar hukuka uygun olurdu.

Polis silah ruhsatı, sürücü belgesi, pasaport veya pasaport yerine geçen belge almak üzere başvuran (PVSK 5/1-b), Türk vatandaşlığına başvuruda bulunan (PVSK 5/1-ç), sığınma talebinde bulunan veya gerekli görülmesi halinde, ülkeye giriş yapan sair yabancı kişilerin de parmak izini alır (PVSK 5/1-d).

²⁶⁸⁵ Alman Kanununda (StPO 81b ve 163b) etraflı düzenleme yapılmış, ayrıca eyalet polis kanunlarında ve bazı diğer kanunlarda hükümler vardır (§ 15 Abs. 2 Nr. 7 AsylVfG, § 41 AuslG, § 24 BSGS, § 6 Abs. 3 Satz 3 PassG, § 86 StVollzG).

²⁶⁸⁶ *König* 2001, Rn. 182.

²⁶⁸⁷ Kanaatimizce, bir kişinin polis kayıtlarına geçirilmesi ‘şüphenin isnad halini alması’ ile birlikte, kabul edilmelidir. Bu nedenle, kimlik tespiti için resim çekilmesini (PVSK 17) uygun bulmamıştık. 2007 yılında yapılan düzenleme ile, kimlik tespiti için yapılan parmak izi ve fotoğraf kaydı nüfus kaydı yapılamaması haline inhisar ettirilerek, yerinde olarak sınırlandırılmıştır.

PVSK 4A/1 maddedeki durdurma sebeplerinden biri olduğu için durdurulduktan sonra kimlik belgesini ibraz etmeyen veya açıklamada bulunmaktan kaçınan veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişi nüfusa kayıtlı değilse, bu kişinin parmak izi ve fotoğrafı tespit edilerek, özgü sisteme (AFİS) kayda alınır (PVSK 4A/11).

b) *Adli görev ile parmak izi tespiti ve kaydı alınması.* İşlenmiş olan bir suç ile bağlantılı olarak yapılan parmaz izi tespiti ve kayda alma, adli görev ile yapıldığı için, ne yazık ki, polis kendiliğinden yapabileceği bir işlem değildir. Adli görev ile parmak izi kaydı alınması için, genel kural (CMK 160) uyarınca C. savcısı tarafından yazılı emir verilmiş olması gerekir.

Polis, C. savcısı tarafından verilen emir üzerine, aşağıdaki hallerde suç ile bağlantılı parmak izi kaydı alabilir.

İlk hal, gözaltına alınan kişilerdir (PVSK 5/1-e). Gözaltına alma C. savcısının kararı ile (CMK 91/2) olduğu için, parmak izi alma bakımından da emir verilmesi gerekecektir.

İkinci hal, olay yerinden elde edilen ve kime ait olduğu henüz tespit edilemeyen parmak izleridir. Bunlar konutta ise, hâkimin vereceği arama kararı, aleni yerlerde ise, C. savcısının ve acele hallerde kolluk amirinin yazılı emri ile *aranacak* (CMK 119) ve bulunduktan sonra kayıt altına alınacaklardır (PVSK 5/3), Olay yerinden elde edilen parmak izleri, soruşturma dosya numarası ile kaydedilirler.

Üçüncü hal, aşağıda incelenecek olan, *fizik kimliğin tespiti* durumudur (CMK 81).

Dördüncü hal ise, hükümlünün parmak izinin ve fotoğrafının alınmasıdır (CGİK 21).

Gerek önleyici ve gerekse adli görevle yapılan parmak izi ve fotoğraf kayıtları, özgü sisteme kaydedilerek saklanır.

3) *Sistemde yer alan kayıtların kullanılması.* *Kişisel veri* olan parmak izlerinin hukuka aykırı olarak başkasına vermek, yaymak veya ele geçirmek bir yıldan dört yıla kadar hapsi gerektiren bir suçtur (TCK 136). AFİS de yer alan, sistemde kayıtlı kişisel bilgilerin hangi kamu görevlisi tarafından ve ne amaçla kullanıldığının denetlenebilmesine izin veren güvenlik sistemi (PVSK 5/8) sayesinde, gizli olan kayıtların (PVSK 5/9) kanunda belirtilen amaçlar dahilinde kullanılıp kullanılmadığı denetlenir.

a) *Kolluğun sistemle doğrudan bağlantı kurması.* Kanun, özgü sisteme kaydedilmiş olan parmak izlerinin kim tarafından ve hangi amaçla kullanılabileceğini açıkça düzenlemiştir. Bunun dışındaki uygulamalar suç teşkil eder. Buna göre, kolluk birimleri iki istisna dışında, sistemle doğrudan bağlantı kuramazlar, C. savcısının yazılı emrini almak zorundadırlar. İlk istisna, kimlik tespiti yapmaktır. İkinci istisna ise, olay yerinden C. savcısının veya kolluk amirinin yazılı emri ile alınan ve kimliği henüz meçhul olan parmak izleridir. Kolluk bunu karşılaştırarak faili belirlemek amacı ile, sistemle doğrudan bağlantı kurabilir (PVSK 5/7).

Kanunda polisin “suçun önlenmesi” amacı ile sistemle bağlantı kurduğunda nasıl davranacağı konusunda açıklık yoktur (PVSK 5/7). Yedinci fıkrada kimlik tespiti için sistemle doğrudan bağlantı kurulması kabul edilmiş olduğu için, altıncı fıkradaki kimlik tespiti de herhangi makam veya merciden emir almadan kullanılan bir yetkidir.

Geriye, altıncı fıkrada geçen “suçun önlenmesi” amacıyla sistemdeki kişisel verilerle bağlantı kurmanın doğrudan mı, yoksa bir makamın emri ile mi olacağı kalmaktadır. Suç öncesi alanda C. savcısı bulunmadığı için, burada C. savcısının emir veya izin vermesi söz konusu olmayacaktır. PVSK 1 uyarınca, polisin temel görevi toplumu tehlikelere karşı korumak olduğu için, tehlike ortaya çıktığında, polisin sistemle doğrudan bağlantı kurabileceği açıktır. Keyfiliği önlemek için, *suçun önlenmesi amacıyla* kişisel veri sorgulamasının hangi hallerde yapılabileceğini Kanunun düzenlemesi gerekirdi. Burada durdurma ve kimlik sorma ile ilgili hüküm yol göstericidir: bizce, durdurma yetkisi doğmuşsa polisin önleme amaçlı kişisel veri sorgulaması yapması da kabul edilmelidir.

b) *Adli görev ile sistemle bağlantı kurma.* Yukarıdaki (a) haller dışında, sistemdeki verileri, mahkeme, hâkim, Cumhuriyet savcısı ve onun emri ile, kolluk; yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturma kapsamında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla kullanabilirler.

4) *Sisteme kayıtlı olan parmak izlerinin ve fotoğrafların silinmesi.* Özgü sistem (AFİS) Devletin hafızasıdır. Önleme amaçlı ve adli amaçlı parmak izi ve fotoğrafların hukuka uygun bir şekilde kayda

alındıktan sonra, kişinin suçlanmaması veya beraat etmesi durumunda silinmesi söz konusu olmaz. Bu kayıtlar, kayıt tarihinden itibaren seksen yıl saklanır. Kişi daha önce ölürse, ölüm tarihinden itibaren on yıl daha saklanır (PVSK 5/10).

II. Fotoğrafların polis hukukuna göre kayda alınması.

Parmak izinin alınmasına izin verilen hallerin çoğunda, fotoğraf da kayda alınabilir. Kanun gönüllü fotoğraf tespitini ve kaydını yasaklamıştır (PVSK 5/5). Diğer hallerde fotoğraf kaydı yapılması mecburidir ve bunlar parmak izleri ile birlikte sisteme kaydedilirler (PVSK 5/5).

III. Polis hukuku amaçlı kayıtlar ile ceza muhakemesi amaçlı kayıtlar arasındaki fark.

Polisin parmak izi alma ve fotoğraf çekme yetkisini düzenleyen hukuk normları; PVSK 5, PVST 5, Teknik Büro Hizmeti Yönetmeliği gibi normlardır.²⁶⁸⁸ Mevzuatımız polise belli hallerde, belli kişilerin parmak izini almak ve fotoğrafını çekmek yetkisini (PVSK 5) vermektedir.²⁶⁸⁹ Bu hukuk normlarının düzenlediği hususlar, CMK 81'den farklıdır: Kolluğun “suçları önleme” ve “bastırma” görevi çerçevesi içerisinde parmak izi alma ve fotoğraf çekme yetkisi ayrıdır.

Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe girince, uygulamada bocalama yaşandı ve bu ayrıma dikkat edilmeden, mevcut parmak izi kayıtlarının silinmesi yoluna gidilmeğe başlandı. Biz bu yetkinin farklı

²⁶⁸⁸ Bu normlarda yer alan parmak izi alma ve fotoğraf çekme yetkisi, suç işlediğinden şüphelenilen sanıklar, yurt dışından Türkiye'ye kaçanlarla yurt dışına kaçanlar; hüviyetlerini ispat edemeyenler ve fuhuş veya genel ahlak ile ilgili konular olmak üzere 4 grup altında ele alınır: Suç işlediğinden şüphelenilen kişiler hakkında yapılan tahkikat sonunda, ağır hapis cezasını gerektiren suçlarla, paralarda vs. sahtekârlık, evrakta sahtekârlık gibi ammenin itimadı aleyhine cürümleri işlediğinden şüphelenilen ve hırsızlık, yağma, dolandırıcılık, emniyeti suiistimal gibi hal aleyhine cürüm işlediğinden şüphelenilen sanıklar, kaçakçılık suçundan sanık olanlarla mahkûmların parmak izi veya resmi polis ve jandarma tarafından tahkikat evrakıyla birlikte veya doğrudan gönderilirse, alınabilir. Diğer taraftan savcılıklar ve adli ve askerî mahkemelerin, parmak izlerinin veya fotoğraflarının alınmasına lüzum gösterdikleri kişilerin kimliği bu yolla tespit edilebilir. Kanun ayrıca serserilerle, kötü hal sahibi (mazenneisu) kişilerin kimliklerinin tespit edilmesine cevaz vermiştir (PVSK 5). Tüzük ile Teknik Büro Hizmetleri Yönetmeliği polisin kimlik tespit etme yetkisini daha geniş bir şekilde düzenlemiştir. Buna göre suç yerinde görülen izlerin kime ait olduğunun aydınlatılması için yapılacak karşılaştırmaya esas olmak üzere, o suç ile ilişkisi olduğundan şüphelenilen kişilerin kimliği tespit edilebilir. Diğer taraftan ağır hapis cezasını gerektiren suçlar tek tek sayılmış kaçakçılık suçlarıyla mal aleyhine işlenen suçların sanık ve hükümlüleri, uyuşturucu madde kullanan ve satan veya nakledenlerin, bombalı saldırı banka soygunu, adam kaçırma, fidye isteme, silâhlı eylem gibi Devlet idaresini veya kamu düzenini bozmaya veya yıkmaya yönelik sanık ve hükümlülerinin kimliklerinin tespit edilebileceği açıklanmıştır (PVST 5). Yurt Dışından Türkiye'ye Kaçanlar vs: Yabancı memleketlerden Türkiye'ye kaçanların ülke içinde bir yerden başka bir yere naklolunanların, yurt dışına çıkarılanların kimlikleri tespit edilebilir. Türk vatandaşlığından çıkartılan, Türkiye'de oturan bir yabancı olup da hakkında ülkeden uzaklaştırma, yurt dışına çıkarma işlemi yapılanların veya ülke içinde aşağıdaki sebeplerle göç ettirilenlerin kimlikleri tespit edilebilir. Örneğin, 3236 Sayılı Kanun'a göre, kan gütme nedeniyle işlenen adam öldürme suçlarının faileri ve hısımları savcılığın talebi ve AğCM kararı ile başka bir yere nakledilirler; İskân Kanununa göre, (2510 sK. m. 105) siyasî ve güvenlik nedenleriyle başka yere nakledilenlerin; 1402 sayılı sıkıyönetim kanunu ile, komutan tarafından sıkıyönetim bölgesi dışına çıkartılıp İçişleri Bakanlığınca belirlenecek yerlerde ikamete mecbur tutulanların; 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu gereğince valiler tarafından bölge dışına çıkarılan ve yerleştirilen kişilerin kimlikleri parmak izi almak ve fotoğraf çekmek suretiyle tespit edilebilir. Kimlikleri Belirlenemeyenler: Polis Vazife ve Salâhiyetleri Kanununun 5. maddesine göre, kimliklerini inanılır belge, kâğıt ve kişilerce ispat edemeyenlerin veya nüfusa kayıtlı olup olmadıkları belirlenemeyen kişilerin kimliği tespit edilebilir. Diğer taraftan, kimliği belirsiz ölümlerin kimliğinin belirlenmesi amacıyla, parmak izi alınabilir ve resmi çektilerilebilir. Fuhuş veya genel ahlak ile ilgili konular: Polis umumî ev sahibi, birleşme yeri ve umumî kadın olanlarla, alışkanlık yüzünden veya menfaat için kendilerini başkalarının zevkine bırakanların, fuhşa aracılık edenlerin kadın ve çocuk tüccarlığı yapanların kimliğini tespit edebilir. Diğer taraftan umuma açık dinleme ve eğlence yerlerini açanlarla ortaklarının ve 21 yaşından küçük olmamak şartıyla, burada çalışanların parmak izi tespit edilebilir. Yukarıdaki hükümler uyarınca parmak izi veya fotoğrafı alınması gereken kişilerin, bu işleme karşı koymaları halinde, zor kullanmak suretiyle parmak izi alınır veya fotoğraf çekilir. Bunlar hakkında mülga TCK 260 ve 526 ncı maddeler ile PVSK 17 uyarınca soruşturma yapılarak, C. Savcılığına verilir (*Buluş* 1985, 52).

²⁶⁸⁹ PVSK m 5'e göre: Polis veya jandarma tarafından tahkikat emriyle veya doğrudan doğruya gönderilip mezkûr makamca yapılan tahkikat neticesinde, ağır hapis cezasını gerektiren suçlarla ammenin itimadı aleyhine işlenmiş suçların veya her nevi kaçakçılığın sanık ve hükümlülerinin; yabancı memleketlerden Türkiye'ye kaçanların, memleket içinde bir yerden başka bir yere nakil olunanların, memleket dışına çıkarılanların; hüviyetini ispat edemeyenlerin; Fuhuşla veya Fuhuşla Bulaşan Hastalıklarla Mücadele Nizamname ve Talimatnameleri hükümlerine göre kendilerine 'umumî ev sahibi' veya 'umumî kadın' adı verilenlerin ve itiyad sebebiyle veya menfaat kasdıyla kendilerini başkalarının zevkine terk edenlerin, fuhuşa vasıtalığı itiyad edenlerin, beyaz kadın ticaretiyle meşgul olanların ve umumî kadın patronlarının, savcılıklar ve adli ve askerî mahkemelerde bir meselenin tetkik ve tahkiki için parmak izlerinin, fotoğraflarının alınmasına lüzum gösterilen kimselerin, genel ahlak ve edep bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışlarda bulunanların parmak izleri alınabilir, fotoğrafları çekilebilir.

olduğu bütün suçlar bakımından gerekli olduğu görüşünde idik.²⁶⁹⁰(11) Sonuçta PVSK konuya açıklık getirdi ve 5271 numaralı Ceza Muhakemesi Kanununun 81'inci maddesinin ayrı bir hüküm olduğunu PVSK da açıkça belirtti (PVSK 5/4).

Fizik kimliğin tespitini düzenleyen (CMK 81), kimliği belli olmayan ağır suç faili ile ilgili, ayrı bir düzenlemedir. Ceza Muhakemesi Kanununun düzenlediği tespit işlemlerinin amacı, ileride aynı kişinin yeniden teşhis edilmesinden ibarettir. Amaç farklı olduğu için farklı düzenleme yapılması mümkündür. Ceza Muhakemesi Kanunu ile PVSK'daki hükümlerin hukuk sistemi içerisinde birbirleriyle uyumlu olmaları gerekir. Alman Polis Kanunları örnek alınarak, kolluğun kişisel verileri kayıt altına alma yetkileri yeniden düzenlenmelidir.

403-9. FİZİK KİMLİĞİN TESPİTİ.

1) *Kavram*. Şüpheli veya sanığın fotoğrafının çekilmesi, beden ölçüleri, parmak ve ayak izinin alınması, bedeninde yer almış olup, teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri tespit etmek ve ses ile görüntüsünü kayda almak, fizik kimliğin tespiti demektir (CMK "2005-5353" 81/1).

2) *Fizik kimliğin tespitinin koşulları*. Kanunumuz fizik kimliğin tespit edilmesi için iki koşul öngörmüştür:

a) Şüpheli veya sanığa isnad edilen suçun üst sınırının iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektirmesi gereklidir;

b) Şüpheli veya sanığın kimliği belli olmadığından, *kimliğinin teşhisi için*, fotoğraf, parmak izi gibi, teşhisi kolaylaştıracak özelliklerin belirlenmesi gerekli olmalıdır.

Bu gibi hallerde, fizik kimlik tespit edilebilir (CMK 81/1).

3) *Karar verme yetkisi*. Fizik kimliğin tespiti kararını Cumhuriyet savcısı veya hâkim verebiliyordu. 2005-5353 numaralı Kanun ile yapılan değişiklikle, yetki sadece Cumhuriyet savcısına verildi, hâkim çıkartıldı (CMK "2005-5353" 81/1). Bu yetki kolluğa verilmemiştir.

4) *Fizik kimlik bilgilerinin yok edilmesi*. İki yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçtan sanık veya şüpheli olanların kimliğinin teşhisi gerekli ise, savcı emri ile alınan kayıtlar, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur.

Kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi halinde, bu kayıtlar C. savcısının huzurunda derhal yok edilir ve bu konuda bir tutanak düzenlenir (CMK "2005-5353" 81/2).

Polis tarafından kayda alınan parmak izi ve fotoğraflardaki silme ise, farklı kurallara bağlıdır (PVSK 5/10). CMK 81 ve CGİK 21 uyarınca yapılan kayıtlar da AFİS'e kaydolunacağı için (PVSK 5/4), bunlar CMK 81 uyarınca silinse bile, PVSK 5 uyarınca suçun önlenmesi amacı ile kullanılmak üzere, AFİS de muhafaza edilmelidir.

"Silme", yok etme demek değildir. Bu gibi kayıtların istihbarat amacı ile kullanılması, fakat delil olarak kullanılmaması, mukayeseli hukukta kabul edilmektedir.

5) *Teşhise yarayan kayıtlar*. Şüpheli veya sanığın yeniden teşhisini kolaylaştıracak özelliklerinin kayda alınması söz konusudur. Bu özellikler fotoğraf çekerek, beden ölçüleri alınarak, parmak ve ayak izi alınarak bedeninde yer almış olan diğer özelliklerin tespit edilmesi ve sesi ile görüntüsünün kayda alınması suretiyle sağlanır.²⁶⁹¹ Yeniden teşhis etmek amacıyla bir kişinin kimlik bilgilerinin bu şekilde

²⁶⁹⁰ Adalet Bakanlığı da, 1.1.2006 tarihinde yürürlükten kaldırılan 22.8.2005 tarihli 34932 numaralı genelgesinde, PVSK m. 5'in yürürlükte olduğunu, ancak CMK 81 deki koşullara uygun olan parmak izlerinin silinmesi gerektiğini vurgulamıştı. CMK 81/1 deki şartları taşımayan veya ikinci fıkra uyarınca verilmiş bir karar varsa kayıtların yok edilmesi, yok edilmemesi durumunda, bu bilgilerin ceza yargılamasında delil niteliği taşımayacağına dikkat çekilmiştir. Önleyici hizmetlerde kullanılabilir olan bu değerli bilgilerin "imha" edilmesi değil, yetkisiz kişilerce okunmaması sağlanmalıdır.

²⁶⁹¹ PVSK uyarınca parmak izi ve fotoğraf kaydının (PVSK 5), CMK 81 deki fizik kimliğin tespitine oranla çok daha dar kapsamlı olduğuna dikkat edilmelidir.

tespit edilmesi için, o kişinin suç işlediği konusunda kuvvetli şüphe bulunmalıdır (StPO 163b/1). Alman Kanunu tanıklar bakımından da bu kuralı kabul etmiştir (StPO 69).

403-10. ŞÜPHELİ OLMAYANLARI AYIKLAMA (SCREENİNG).

Bazı hallerde ilgililerin şüpheli olmadığının belirlenmesi gerekebilir. Belli kişilerin yaşadığı bir muhitte suç işlenmiş ve olay yerinde DNA izi, parmak izi, saç kılı kalmışsa o yörede yaşayan herkes suç faili olabilecek ise eleme, dışarda bırakma yöntemi ile bir inceleme yapılması kabul edilmekte ve buna da “*screening*” adı verilmektedir. Önemli bir suçun aydınlatılması açısından isteğe bağlı olarak analizler, tahliller yapılması kabul edilebilir.

403-11. OLAY YERİ İNCELEME: TEFTİŞ.

Teftiş, delil olabilecek şeyleri arayıp bulmak için yapılan araştırmanın bir diğer çeşididir. “Gözkulak olma” yaygın sahada yapıldığı halde, “teftiş”²⁶⁹², derinliğine yapılan bir araştırmadır. Bununla beraber teftiş, ancak meydana olanların dikkatle incelenmesidir. Meydanda olmayanları meydana çıkarma muamelesine arama denilir. Teftiş organları, savcı, adli kolluk âmir ve memurları ve teftiş ile yetkili kılınan kimseler, özellikle adli kolluk memurları yani müfettişlerdir.²⁶⁹³ Konusuna göre iki çeşit teftiş vardır: olay yeri inceleme ve insan vücudu inceleme.

“Yer ve eşyanın teftişi”, yani “olay yeri inceleme”, belli bir yerin, belli bir eşyanın, özellikle suç yerinin ve orada bulunan eşyanın durumunun esaslı surette araştırılmasıdır. Teftiş sonuçları tutanağa geçirilir.

Hâkim, hattâ savcı olay yerine derhal gelip, “keşif” yapabilecekse, kolluk durumu olduğu gibi muhafaza etmekle yetinmelidir. Eğer hâkim, hattâ savcı gelinceye kadar muhafaza mümkün değilse, kolluk teftişini yapmalıdır, zira “olay yeri inceleme” (teftiş), bu takdirde, geciktirilemeyen tedbir (mülga CMUK 156) mahiyetini almıştır.

Bütün bunlara rağmen, Türk Kanunları kolluğun kendiliğinden harekete geçmesini kabul etmemiştir. Polisin olay yerinde gerekli incelemeleri ve teknik araştırmaları yapması, delil tespit etmesi, muhafaza altına alması ve incelenmek üzere ilgili yerlere gönderebilmesi için, “Cumhuriyet savcısının” emrini alması gerekmektedir (PVSK “2007-5681” Ek 6/7). Halbuki değişiklik öncesinde, olay yeri herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlardansa, adli kolluk kendiliğinden, emir veya karar gerekmeden inceleme yapabiliyordu (AramaY 9/1). “Olay yeri” konut, işyeri ve kamuya açık olmayan bir alan ise, PVSK “2007-5681” Ek 6/7’deki, “Cumhuriyet savcısının emri ile” araştırma yapma genel yetkisi uygulanacaktır; fakat bu özel hayat alanları “olay yeri değil ise”, CMK’nın arama ve elkoymaya ilişkin genel hükümleri uygulanacaktır (PVSK “2007-5681” Ek 6/8). 2007 PVSK değişikliği polisin yetkilerini genişletti diyenler varsa da bunun doğru olmadığı görülmektedir.

Arama Yönetmeliğinin 9 ncu maddesi de çelişkilidir: birinci fıkrada emir almadan inceleme yapma yetkisi verilmişken, ikinci fıkrasında aleni yerlerde olay yeri inceleme yapmak için, “kolluk amirinin” yazılı emri istenmiştir.

403-12. OTOPSİ ve ADLİ MUAYENE.

“İnsan teftişi”, ayrı bir tâbirle ifade edilmekte ve *beden muayenesi* diye adlandırılmaktadır. İnsan ölmüş ise, muayeneyi hekim huzurunda hâkim yapacaktır. Canlıların da muayenesi gerekebilir.

Parmak izi alma ve fotoğraf çekme de kişisel veri elde etmeğe yarayan basit muayene kavramına girer. Basit muayenede arama hükümleri kıyas yolu ile uygulanmalıdır. Bunun dışındaki muayeneler

²⁶⁹² Hâkimin yaptığı keşif ile karışmaması için, bizim aslına ve lügat mânâsına uygun olarak kullandığımız “teftiş” yerine “belirleme” denilmesi (*Sokullu-Akıncı*: s. 184) uygun değildir. Belirleme bizce “constatation” karşılığı olmalıdır. O da deliller sayesinde şüphenin kalmadığını gösterdiği için ancak mahkeme bakımından söz konusu olabilir.

²⁶⁹³ Hâkimin delilleri değerlendirebilmesi için yaptığı teftiş, keşif adı altında ayrıca düzenlenmiştir. Savcının yaptığı teftiş de tatbikatta hattâ kanunlarda keşif dendiği vardır. Bunun sebebi 1) Savcı ile hâkim arasındaki makam farkına, 2) iki teftiş arasındaki gaye farkına dikkat edilmemesidir.

teknik ve ihtisas işi olduğundan, muayene bilirkişiye yaptırılacak ve bu işi de *keşif* hükümlerine göre hâkim yapacaktır. Ceza Muhakemesi Kanunu “beden muayenesini” ayrıca düzenlemiştir (CMK 75).²⁶⁹⁴

I. Adli muayene.

“Ölünün hâkim tarafından muayenesi” (CMK 86)²⁶⁹⁵ de bir çeşit keşiftir. Keşfe dair normlar burada da uygulanır.²⁶⁹⁶ Bu muayene iki çeşittir: Birincisi, “adli muayene” diye adlandırılan ve hekim²⁶⁹⁷ tarafından Cumhuriyet savcısı²⁶⁹⁸ huzuru ile yapılan *dış muayene*’dir.²⁶⁹⁹ Bu muayenede ölünün kimliği, ölüm zamanı ve ölüm sebebini tâyin için haricî bulgular, tıbbi belirtiler tespit edilir (CMK 86). Ancak tıbbi belirtiler ölüm sebebini tam olarak göstermeyeceğinden, otopsi de yapılmalıdır.

II. Otopsi.

Ölünün muayenesinin ikinci çeşidi olan otopsi, cesedin²⁷⁰⁰ hem dışardan hem içerden muayenesidir.²⁷⁰¹ Otopsi hâkim huzurunda²⁷⁰² (mülga CMUK 79), tehirinde zarar umulan hallerde ise C. savcısı huzurunda yapılır.²⁷⁰³ Ceza Muhakemesi Kanunu otopsinin savcı huzurunda yapılmasını tercih etmiştir (CMK 87/1). Otopside C. savcısı hazır bulunur, savcı dışında, biri adli tıp, diğeri patoloji uzmanı veya diğeri dallardan birisinin mensubu veya biri pratisyen iki hekim²⁷⁰⁴ tarafından yapılır.

Raporda açıkça belirtilecek zaruret halinde, bir hekim tarafından da yapılabilir. Müdafî veya vekil tarafından getirilen hekim de otopside hazır bulunabilir.

²⁶⁹⁴ Ancak, eski Kanun zamanında, zaruretlere muayene için hâkime başvurmağa çok defa imkân bırakmadığından, bilirkişiyi de kanun tâyin ettiği için, muayenelerin savcı talebi ile yapılması kabul edilmişti (CMUK 66/6). Tatbikatta savcıya dahi başvurmağa çok defa imkân olmadığından, kolluk başlangıç soruşturmasında insan muayenesini “teknik bulgu elde etme” faaliyeti arasında yaptırmakta idi.

²⁶⁹⁵ Maddedeki adli sıfatının aslı “richterlich, judiciaire” olup hâkimin yaptığı muayeneyi ifade eder. Ancak ölünün hâkim tarafından muayenesi yani “keşif” her zaman gerekmiyebilir. Onun için bu yetki savcıya verilebilir. Netekim 1975 Alman reformunda verilmiştir. Savcı hâkimin de katılmasını isteyebilmektedir (*Grauhan*, 392).

²⁶⁹⁶ Kantar, 97.

²⁶⁹⁷ Mülga 79. maddede muayenenin hâkim tarafından yapılacağına açıklanmamış olması, hekim tarafından yapılacağı anlamına gelmez. Zira adli denmesi “judiciaire” karşılığı olup bu da hâkim işlemi mânâsındadır. Kaldı ki maddede tabip huzuru ile yapılır denmesi, hekimin yapmayacağını, muayenede bilirkişi olarak hazır bulunup hâkime yardım edeceğini göstermektedir. Diğer taraftan resmî bilirkişi söz konusu olduğunda muayeneyi, gecikmede tehlike olmasa da, savcının yapmasında (CMUK “85-3206” 162/1) bir sakınca yoktur, çünkü o da aynı bilirkişiye başvuracaktır.

²⁶⁹⁸ Hekim bulunamazsa, sağlık memuru da olabilir. Ancak Yargıtaya göre, sağlık memurunun raporu, merciine tasdik ettirilmelidir (1. CD 29/10/53, 4. CD 17/1/67; *Çağlayan*, AdD 71/257). Olayın aydınlanması için hekimin hazır bulunması gerekli değilse, 1975 Alman reformunda olduğu gibi, bundan vazgeçilebilmektedir.

²⁶⁹⁹ CMK 86 ile Adli muayene yaptırma yetkisi Cumhuriyet Savcılarına verilmiştir.

²⁷⁰⁰ Otopsinin başarılı olması için ölenin giysilerinin de incelenmesi çok defa gerekir. Bu nedenle savcılar bu giysileri muhafaza altına almalıdırlar (*Saatçioğlu* (Cemil): Hâkimlerin bazı sorunları üzerine. 1. Ulusal Adli Tıp Günleri (Adana 84), 1985, s. 108).

²⁷⁰¹ Otopsinin biri tıbbî, diğeri adli olmak üzere iki çeşidi vardır. Bizi ilgilendiren sadece adli otopsi olduğundan, kısaca otopsi demekte sakınca görmüyoruz. Otopsi konusunda tafsilât için Bk. Adaletin oluşumunda otopsinin yeri paneli. 1. Ulusal Adli Tıp Günleri (Adana 84), İstanbul, 1985, s. 1-26.

²⁷⁰² Otopsinin hekim tarafından yapılması her şeyin hekim tarafından yapılması demek değildir. Meselâ kafatasını hekim sıyrır ama kemiği bir teknisyen kesebilir. Savcılar hâkime yardımcı vermekte tereddüt etmemelidir (*Gök* (Şemsi): not 286 da sözü geçen panel, s. 25).

²⁷⁰³ Otopside hazır bulunmak başka, otopsi kararı vermek başkadır. Otopsi ne kadar erken yapılırsa o kadar faydalı olduğundan, gecikmede daima tehlike bulunduğu için savcı karar verebilir. Çağrılan sulh hâkimin otopsi yer ve saatinde hazır bulunamaması halinde otopsi geciktirilemeyeceğinden, savcı huzuru ile yapılır. (*Şahin* 2005, 269); Kovuşturma evresinde otopsi kararı mahkemece, soruşturma evresinde savcılığa verilir.

²⁷⁰⁴ Sağlık Bakanlığı, başka bir ilçedeki hükümet veya belediye hekimî de, valinin muvafakatı alınarak, vaka mahallinde otopsi yapmağa gitmeli, demektedir (*Çağlayan*: AdD 71, 258). İkinci hekimin patolojik anatomi müteahhası olması idealdir (*Gök/Kolusayın*: Öneriler, CHKED No. 2, 1979, s. 46).

Ölen kimseyi son hastalığında tedavi eden hekimin otopsi yapması yasaktır. Bununla beraber bu hekim, hastalığın seyri hakkında bilgi vermek üzere otopside hazır bulunmağa davet olunabilir (CMK 87/3).

Gömülen ölünün dıştan muayenesine veya otopsisine lüzüm görülürse, cesedin mezardan çıkarılmasına (*feth-i kabir*) soruşturma evresinde savcılık, kovuşturma evresinde mahkeme karar verir (CMK 87/4).²⁷⁰⁵

Otopsi yapılırken cesedin görüntüleri kayda alınır (CMK 87/5). Teknik kayıt imkanlarının gerekli yerlerde kullanıldığı, fakat duruşma sırasında ve mahkeme binaları içerisinde yetkisiz kişiler tarafından ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasaklanmıştır (CMK 183). Teşhiste (PVSK ek m. 6), ifade almada (CMK 147/1-h) ve mağdur çocukların tanık olarak dinlenmesinde (CMK 52/3), görüntü ve ses kaydı yapılmasını zorunlu kılan hükümleri yerinde buluyor, fakat uygulamada kanuna uygun bir şekilde kayıt yapılmamasını eleştiriyoruz.

Otopsi, bilhassa ölüm sebebinin tâyini için yapılır. Yeni doğmuş çocuğun otopsisinde, bilhassa, doğumu müteakip yahut doğum sırasında çocuğun yaşayıp yaşamadığı, vaktinde doğup doğmadığı yahut vakitsiz doğmuşsa yaşayabilecek bir halde olup olmadığı araştırılacaktır (CMK 88).

Adam öldürme olaylarının hepsinde otopsi kaide olarak yapılmalıdır, zira belli kabul edilen sebebin değişmesi ihtimali daima vardır.²⁷⁰⁶

Otopsi yapılmadan önce, mâni sebepler olmadıkça, ölünün hüviyeti her suretle ve bilhassa kendisini tanıyanlara gösterilerek tâyin olunur. Ortada bir sanık (CMK 86/1) hattâ şüpheli varsa, ölü ona da gösterilmelidir.

Otopsi ölünün durumu müsait oldukça, mutlaka baş, göğüs ve karnın açılmasını gerektirir (CMK 87/2).²⁷⁰⁷

Arama teftişten farklı olarak, meydanda olmayanın, saklının araştırılmasıdır. Beden muayenesinde, kandaki alkolemi derecesini tâyinde olduğu gibi, meydanda olmayanların meydana çıkarılması biçimlerinde, yani arama durumunda olanları da vardır. Bir koruma tedbiri olduğundan, gecikmede tehlike ve haklı görünüş önşartlarına ihtiyaç vardır.

Soruşturma evresindeki araştırma da bilim ve tekniğin ilerlemesi karşısında bugün zorunluk halini almış bir faaliyet çeşididir.

Kaide hâkimin bilirkişiye tetkikler yaptırıp teknik bulguları elde etmesidir. Ancak ipuçlarını bulmak için çok defa teknik bulgulara ihtiyaç vardır. Teknik bulgular ya kolluk memurları yahut yardımcı şahıslar tarafından elde edilir. Teknik bulguları fotoğraf çekmek²⁷⁰⁸, izleri tespit etmek gibi metotlarla

²⁷⁰⁵ 79. maddede ilk günden beri müsaadeden söz edilmesi isabetsizdi. Zira burada savcının bir emri söz konusu idi. 1985 değişikliğinde nedense müsaade terimine dokunulmamış, gerekli işlemlerden ve bunların kararı veren mercice yerine getirilmesinden söz edilmiştir. Maksat, gerekçede belirtildiği üzere, mezar açtırma kararını verenin otopside hazır bulunmasıdır. Bu demektir ki hazırlık soruşturmasında mezardan çıkarılan ölünün otopsisinde hep savcı hazır bulunacaktır. Bu sonuç, savcının ancak gecikmede tehlike bulunan hallerde otopside hazır bulunacağını belirten ikinci fıkraya ters düşmektedir. Mezar açma kararını hâkimden almak için geçecek bir kaç saatlik gecikmede tehlike olduğunu kabul etsek bile, ölü mezardan çıkarılıp otopsi yapılncaya kadar hâkime haber verip otopside onun bulundurulmasını sağlamak mümkün olduğuna göre, otopsi bakımından gecikemez durumdan söz edilemez. Son fıkra, sadece mezar açma kararının verilmesini düzenliyecek biçimde yeniden değiştirilmelidir.

²⁷⁰⁶ Kantar, 98.

²⁷⁰⁷ Uygulamada müsait olduğu hallerde dahi her zaman üç boşluğun açılmadığından yakınılmaktadır (*Gök/Kolusayın/Sosyal*: Öneriler, CHKED No. 2, 1979, s. 46). Diğer yakınmalar için Bkz. *Gök/Kolusayın/Sosyal*: Adli otopside yapılan yanlışlıklar, AdD 84/3 473.

²⁷⁰⁸ Gözükmeyen veya objektif karşısında o anda bulunmayan insanların, ışık yerine harareten faydalanılarak, termografi sistemi ile fotoğrafının çekilmesi, bozuk çıkmış fotoğraflarının kompüter sayesinde netleştirilmesi mümkündür. Teknik bulguların değerlendirilmesi adli bilimlerde uzman olmayı gerektirir. Kriminalistik bilim dalının kuralları uyarınca materyal izleri şekil izleri baskı izleri, durum izleri aranmalıdır. Ayrıntılı bilgiler için bakınız *Öztürk*, Uygulamalı, 320, *Öztürk/Erdem/Özbek* 1999, 458 vd.

bizzat elde edebilmesi için, kolluğun özel surette yetiştirilmiş teknik elemanları kriminal laboratuvarları ve âletleri vardır.

Kolluğun teknik bulgu konusunda yardımcı şahıslara başvurması gerekebilir. Bunlar da bir nevi bilirkişilerdir. Ancak hâkim tarafından tâyin edilen hakikî bilirkişilerden farkı belirtmek üzere bunlara başka bir ad verilmelidir.²⁷⁰⁹ Diğer taraftan, bu şahısların yapacağı yardımın kanunla düzenlenmesi de bir ihtiyaçtır.²⁷¹⁰ Hâkimler, kolluğun yardımcı şahıslara yaptırdığı incelemelerle yetinmemeli ve bu incelemelerin bilirkişi tetkikleri ve keşifler yerine geçemeyeceğini unutmamalıdır.²⁷¹¹

Hâkimlerin, hattâ istisnaen savcının bilirkişi incelemesi yaptırabilmesi mümkün olan hallerde kolluk yardımcı şahıslara başvuramaz. Diğer taraftan kanunların resmî bilirkişi tâyin ettikleri hallerde kolluğun kendi tâyin edeceği yardımcılara başvurması da elbet mümkün değildir.

Özellikle örgütlü suçlarla ilgili olarak delil toplanması sözkonusu olduğunda, klasik metodların yeterli olmadığı görülmüş²⁷¹² ve son yıllarda sadece belli ağır suçlarda uygulanmak üzere iletişimin dinlenmesi ve gizli soruşturmacı kullanılması gibi yeni bir takım doğrudan doğruya araştırma metodları, yasalarla düzenlenmiştir.

403-13. TEŞHİS.

Teşhis (PVSK “2007.5681” Ek 6/9), yani tanıma ve tanıtmaya (*ricognizione*), dolayısı ile araştırmanın ikinci çeşididir.²⁷¹³ Özellikle sanığın fert olarak bilinmesi demek olan “belli olma”sı için başvurulur. Meselâ şüpheli kimse diğer kimseler arasında mağdura veya tanığa gösterilir ve suçlunun hangisi olduğu sorulur. Araştırmada ipucu olabilecek eşyanın tâyininde de aynı yola başvurulduğu vardır. Tanıma, fotoğraflar göstermek suretiyle de yapılabilir.

I. Sıraya dizme usulü.

Kanun (PVSK Ek 6/9) sadece gözaltındaki şüphelinin olay yerindeki fail olup olmadığının belirlenmesi için “zorunlu” ise, teşhise katılmasına izin verir. C. savcısının talimatı olmadan, kolluk teşhis yaptıramaz.

Kanun şüphelinin teşhis işlemine katılmaya “zorlanmasını” da kabul etmiştir. Sadece tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olanlar teşhise zorlanamayacaktır (fikra 10).

Şüphelinin teşhis için, “sıraya girmesi”, bir anlamda kendisini “göstermesi”, “aktif bir katılım” olarak değerlendirilmemektedir. Bu nedenle, teşhisi Kanun ile düzenleyen sistemlerde, şüpheli rıza göstermese de teşhis yapılabilir.²⁷¹⁴ Şüphelinin kimliğinin tespit edilmesine yönelik (parmak izi alma,

²⁷⁰⁹ İtalyan kanunu *personel edone* (elverişli kişiler) tâbirini kullanmaktadır (CPPI 223). Bu kişiler, trafik suçlarında trafik polisinin rapor düzenlemesinde olduğu gibi, polis de olabilir. Bu rapor yine polis raporudur; hâkimin seçtiği bilirkişi raporu değildir, onun yerine tazminat dâvasında bile, geçemez (4. HD: 11/5/77 YKD 78, 1635).

²⁷¹⁰ Kanun, kolluğun araştırılmasını idare eden savcıya, gecikmesinde tehlike olan hallerde bilirkişi tâyin yetkisini vermekle bir ihtiyacı karşılamak istemiştir. Ancak taraf olan savcının seçtiğine de bilirkişi denmesi, hâkim ile savcı arasındaki farkın yine gözden kaçtığını göstermektedir. Bunun kötü sonucu olarak, tatbikatta çok defa savcılar kendilerini hâkim gibi görmekte, hâkime başvurup bilirkişi tâyin ettirmek mümkün olan hallerde dahi bilirkişi tâyin etmektedirler.

²⁷¹¹ Mülga Kanun zamanında kolluğun teknik bulgu konusunda yardımcı şahıslara başvurması, ancak gecikmede tehlike halinde bahis konusu olabiliyordu, zira kolluk ancak geciktirilemeyen tedbirleri kendiliğinden alabiliyordu (CMUK 156).

²⁷¹² Mesela Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 163 d maddesinde “trol ağı metodu” diye tercüme edebileceğimiz bir usul geliştirilmiştir. Bilgisayarın yetenekleri sözkonusu olduğunda kriminolojen özellik taşıyan fertlerin belirlenmesi veya aranan bir kişinin nerede olduğunun bulunabilmesi için bilgisayar verilerinden tarama yetkisi kabul edilmiştir (StPO 98c). Teknik araçların kullanılması (StPO 100c), gizli ajan görevlendirme (StPO 110a) gibi yeni metodlar konusunda Devlete yetkiler verilmiştir. *Cihan/Yenisey* 1997, 209. *Nuhoğlu*: Hukuk ve Adalet, 2007/4, 201 vd.

²⁷¹³ 2007 öncesinde teşhisin nasıl yapılacağı konusunda, kanunlarımızda sarahat yoktur. Mülga Kanun zamanında, geciktirilemeyen tedbir durumu varsa bu işlemi kolluk kendiliğinden yapabiliyordu (CMUK 156). Şimdi ise, ancak savcının emir vererek adli kolluğu araştırmayla görevlendirdiği hallerde, kanunla yasaklanmadığına göre, kolluk teşhis işlemine başvurabiliyordu.

²⁷¹⁴ *Grünwald* ve *Fezer* aksi görüştedir; Şüphelinin rızası alınmadan yapılan teşhisi hukuka aykırı kabul etmiştir (nakleden *Roxin*, 1987, § 33, A – III).

resim çekme vs. gibi) teşhis ve tanıma yöntemleri kendisi aleyhine delil verme yasağı kapsamına girmezler.

“Yer göstermede” ise, durum farklıdır. Yer göstermede, olay yerine gitmek şeklinde, şüphelinin “aktif bir katkısı” bulunduğu için, özgür iradesi ile yer göstermeyi kabul etmiş olması önşarttır.²⁷¹⁵

Sanığın mağdur tarafından teşhis edilebilmesi için, gelişigüzel seçilmiş birkaç kişi ile birlikte durması kendisi aleyhine delil verme niteliği²⁷¹⁶ taşımaz.²⁷¹⁷

Mesela, sanığın olay yerinde bıraktığı parmak izlerinin incelenmesi için hukuki hiçbir engel yoktur.

Yazı yazma gibi bazı tanıma yöntemleri, ancak şüphelinin aktif iş birliği ile uygulanabilir. Şüpheli bu yazıyı yazmadığı takdirde zorlama hapsi uygulanması ileri sürülmüştür. Kanunun tanıklar hakkında (CMK 60/1) öngördüğü bu tedbirin, “sanık” hakkında uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

Teşhisi yapan kişinin, ileride iş duruşma aşamasına gelince, sanık ile yüzleştirilmesi gerekecektir. Tanıklar kanuna rağmen, hep birlikte bir tek duruşmada dinlenmediklerinden, yüzleştirme için tekrar çağırılmakta, bu da muhakemeleri uzatmakta ve tanıkları bezdirmektedir. Aykırılıkların yüzleştirmeden giderilmesine çalışılmalı, hattâ hâkim beyanlarından birini seçebiliyorsa, ortada aykırılık görülmemelidir.²⁷¹⁸

C. savcısının talimatı alındıktan sonra, teşhiste bulunacak kişinin faili tarif eden beyanı tutanağa bağlanacak (PVSK ek m. 6/11), birden fazla ve aynı cinsten, birbirlerine benzeyen kişilere birer numara verilerek (PVSK ek m. 6/12), birbirlerini görmeyecek şekilde tertibat aldıktan sonra, teşhis işlemi yaptırılacaktır. Bu işlem en az iki defa tekrarlanacak ve bu işlem fotoğraf veya görüntü kaydı ile kayda alınacaktır (fıkra 15). Şüphelinin olay anındaki durumuna benzemesi için, görünüşü ile ilgili değişiklikler yapılması, mesela şapka giydirilmesi vs. kabul edilmiştir.²⁷¹⁹ Teşhis sırasında denekler arasında şüpheliye yer verilmemesi de mümkündür (PVSK Ek 6).

Şahıslara ve eşyaya taalluk edebilen bu muamelenin araştırma bakımından büyük önemi kadar tehlikesi de açıktır. Tanıyan kimsenin kolaylıkla tesir altında kalıp hataya düşebilmesi mümkündür. Bunun içindir ki bazı kanunlar bu muameleyi, yüzleştirme gibi, hâkimin yapmasını kabul etmişler ve nasıl yapılacağını uzun uzadıya göstermişlerdir (CPPI 360-363, İngiliz Adli Delil Kanunu PACE).²⁷²⁰

II. Müdafinin konumu.

²⁷¹⁵ Ancak, *Schmerber* alkollü içki etkisi altında araç kullandığı şüphesi ile yakalanmış, teşhise tabi tutulmuş ve tahlil için kendisinden kan alınmak istenilmiştir. Karşı gelmesine rağmen şüpheliden kan alınmıştır. Hiç kimsenin kendisi aleyhine delil vermek mecburiyetinde olmadığını ileriye sürerek, *Schmerber* ‘kendi kanının kendisi aleyhine tanıklık yapmasına’ karşı çıkmış ve delilin hukuka aykırı olduğunu iddia etmişse de, Yüksek Mahkeme verdiği kararında, ‘susma hakkının’ sadece şüphelinin kendisi aleyhine vereceği “ifadeler” bakımından geçerli olduğunu, diğer emare türü delilleri kapsamadığı görüşüne yer vermiştir. Kanaatimizce bu tür delillerin, şüpheli veya sanığın karşı iradesine rağmen ondan alınabilmesi için, yapılacak işlemi düzenleyen bir kanun bulunmalı ve kanundaki hükümlerin uygulanması konusunda da müessir fiil derecesine varacak müdahaleler bakımından hâkimden karar alınması şartı getirilmelidir. Netekim, sanıktan kan alınarak tahlil yapılabilmesi için adli amaçlarla kan alınmasına izin veren bir kanun hükmü (CMK 75) ve kan alma müessir fiil niteliği taşıdığı için de hâkimin karar vermesi şartı getirilmiştir. Şüpheli veya sanık aktif harekette bulunmaktan kaçındığı takdirde, susma hakkından farklı olarak, bu davranışı duruşmada aleyhinde delil olarak kullanılabilir. Mesela kan vermek istememesi, duruşma sırasında sanık aleyhine bir delil olarak ortaya konabilir. Çünkü kan vermeyi reddetmesi konusunda, polis tarafından bir zorlamaya tabi tutulmamıştır (Cf. *So. Dak. v. Neville* 1983).

²⁷¹⁶ *Schmerber* kararına karşı oy kullanan üyeler bu kararın dürüst olmadığını görşünü ileri sürmüşlerdir. Burada bir ayırım yapılması gerektiği ve sanığın kendisini suçlayacak bir şekilde delil vermek üzere aktif bir hareketi ile katkıda bulunmasının dürüst yargılanma hakkına aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

²⁷¹⁷ U.S. v. Wade 1967.

²⁷¹⁸ *Tosun*, I, 784.

²⁷¹⁹ Suçun işlendiği tarihle teşhisin yapıldığı tarihin arasında zaman geçmiş olabilir ve bu şekilde şahsın dış görünüşünde değişiklikler meydana gelmiş olabilir. Sağlıklı bir teşhis yapabilmek için, onun suçu işlendiği tarihteki dış görünüşüne benzetilmesi gerekebilir ve bu amaçla daha önce sakallı olan bir kişiye takma sakal takılabileceği gibi sonradan sonradan bırakmış şüphelinin teşhis sırasında sakalının kesilmesi gerekebilir.

²⁷²⁰ İngiliz Teşhis Yönetmeliği için, *Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Hukuku Külliyatına* bakınız.

Suç işlediğinden şüphelenilerek “hakları kısıtlayan bir işlem” yapıldığı andan itibaren şüphelinin müdafii yardımından yararlanma hakkı doğar. PVSİK Ek 6/9’daki teşhisin en önemli eksikliği budur: müdafii konumu düzenlenmemiştir. Ancak, teşhis işlemi şüphelinin hazır bulunacağı bir araştırma işlemi olduğu için, CMK 144’deki kuralların burada da uygulanması tabiidir. Bu nedenle, müdafiiine haber verilmeden şüphelinin veya sanığın teşhis edilmesi amacıyla tanıklara gösterilmemesi gerekir. Bizce, teşhis sırasında müdafii hazır bulunması gereklidir. Teşhis işlemi ceza muhakemesindeki isnad ile ilgili olarak büyük bir değer taşıdığından, sanığın bu sırada müdafii yardımından yararlanması gereklidir. Yargıtay ise Kanunun lafzından yola çıkarak müdafii hazır bulunabileceğini gösteren maddeleri tek tek saymış ve teşhiste müdafiden bahsedilmemesinden yola çıkarak müdafii hazır bulundurulmasına gerek olmadığı sonucuna varmıştır. Ancak şüphelinin yüzleştirildiği durumlarda veya ifade alma şekli ortaya çıktığında müdafii hazır bulunabileceği görüşünü sergileyen içtihata katılmıyoruz.²⁷²¹

Bu teşhis işleminin yönlendirici bir biçimde yapılmaması şarttır. Bu nedenle dikkatleri şüpheli üzerine çekecek her türlü imadan sakınılmalıdır. Müdafii hazır bulunması bu tarafsızlığı sağlamak açısından önemlidir.

Bizce şüpheliye yakalandığı sırada hakları bildirilirken (CMK 90), teşhis sırasında müdafii yardımından yararlanabileceği, anlayabileceği bir şekilde ve sonradan ispat edilebilecek bir tarzda açıklanmış olmalıdır. Daha önce ifadesi alınırken müdafii yardımından istifade etmek istemediğini söylemiş olsa dahi, çok önemli bir işlem olan teşhis işlemi yapılmadan evvel ayrıca, müdafii yardımından istifade edebileceği, tekrar söylenmelidir.

Bu kurallara riayet etmeden yapılan teşhis sonunda elde edilen bilgiler, kanaatimizce, duruşmada delil olarak kullanılamamalıdır. Bunlar hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delil kavramına girerler.

Yukarıda belirttiğimiz gibi teşhis işlemi sırasında müdafii rolü önemlidir. Ancak burada müdafii tanıklara soru soracak veya herhangi bir aktif katkıda bulunacak değildir. Müdafii görevi olayı izlemektir. Yaptığı bu müşahade neticesinde şüpheliyi tanıma sırasında ön plana çıkartan bir davranış yapıldığını tespit ederse, bunu tutanağa yazdırmakla yetinecektir. Böylece müşahit niteliğindeki müdafii, mahkeme önünde delilin hukuka aykırı bir delil olduğunu ispat etmek açısından tanıklık yapacaktır.

III. Resimden teşhis.

Şüphelinin fotoğraf üzerinden de teşhis yaptırılabilir (PVSİK “2007.5681” Ek 6/16). Değişik kişilerin aynı büyüklükte ve özellikte fotoğraflarının arasına şüphelininki de yerleştirilir. Tek bir fotoğraf veya aynı kişinin farklı fotoğrafları üzerinden teşhis yapılamaz.

Kanunda el ile çizilmiş resimden veya video filminden bahis yoktur. Bizce, şüphelinin teşhis edilmesi amacıyla, önceden çizilmiş resimler veya çekilmiş video filmleri de kullanılabilir.

Tanık tarafından fotoğraf üzerinden tanıma işlemi yapılırken müdafii hazır bulunmasına gerek yoktur. Zira müdafii soruşturma evresi sırasında hazır bulunması gereken işlemler, ‘işlem yapılırken sanığın da hazır bulunduğu işlemlerdir’. Resim gösterme sırasında sanık hazır bulunmadığı için, müdafii de varlığı aranmaz.²⁷²²

IV. Biyolojik örnekten teşhis ve müdafii.

Şüpheliden CMK 75 uyarınca hâkim kararı ile alınan saç, kıl veya vücut sıvılarının veya olay yerinde bulunan kime ait olduğu belli olmayan beden parçalarının moleküler genetik açıdan (CMK 78/2) laboratuvarlarda incelenmesi sırasında ilgili kendi kendini suçlamama ayrıcalığından yararlanamaz.²⁷²³

Bilimsel ve teknik incelemelerin yapılması için şüpheliden vücut örnekleri alınırken müdafii hazır bulunması şart değildir. Zira bu tür incelemeler objektif bilimsel esaslara göre, bilim ve fen kuralları uygulanarak yapılacaktır. Ortaya çıkan sonuçların tartışılması, yanlış olduklarının mahkeme önünde

²⁷²¹ Teşhiste müdafii yer almasını, Kanunda açıkça düzenlenmiyor diye zorunlu görmeyen bu karara (CGK 15.4.2008, K. 185) katılmıyoruz.

²⁷²² U.S. v. Ash 1973.

²⁷²³ Schmerber v. California 1966.

ileri sürülmesi mümkündür, hatta şüphelinin kendi uzmanını görevlendirmesi de sözkonusu olabilir: *uzmandan alınan bilimsel mütalaa* (CMK 67/6).

Ancak, şüpheli veya sanığın akıl hastası (TCK 32) olup olmadığını tespit etmek için gözlem altına alınması gerektiğinde müdafii tayin edilmesi mecburidir (CMK 74).

Benzer bir şekilde küçük şüphelinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olduğu tespit edilirken de, müdafii tayin edilmesi gerekir.

V. Kanuna aykırı yöntemle elde edilen teşhis delili ve “adil yargılanma hakkı”.

1. Teşhiste müdafinin hazır bulunması sorunu.

Önceki basılarda teşhisin baştan itibaren hukuka aykırı olduğu görüşünde idik, zira yasal düzenleme olmadan kişi hakkı kısıtlanıyordu. Temmuz 2007’de PVSK Ek 6. madde ile teşhis düzenlendiği için, buradaki kurallara uygun olarak yapılan teşhisten elde edilen bilgiler, hukuka uygun delil olarak kullanılabilir.

Ancak, PVSK Ek 6. maddeye uygun olarak yapılsa bile, müdafinin bulunmaması adil yargılama hakkını ihlal edilebilir. Yukarıda incelendiği gibi, müdafinin hazır bulunması sadece belli işlemler bakımından kabul edilmektedir. Müdafinin hazır bulunmadığı diğer işlemler sırasında adil yargılanma hakkı²⁷²⁴(12) ihlal edilmemelidir. Bu gibi hallerde delilin hukuka aykırı olup olmadığı araştırılırken, olayın bütünlüğü gözönünde tutulur ve ona göre bir değerlendirme yapılır. Mesela şüphelinin soygun mağdurunun karşısına çıkartıldığı sırada, kendisinden oldukça kısa iki kişiyle bir arada iken gösterilmesi veya giydiği ceketin olay sırasında failin giydiği cekete benzemesi ve hatta polisin tanıma sırasında fail ile mağduru yüzyüze getirmiş olması dürüst yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edilmiştir.²⁷²⁵

Bir banka soygunundan sonra, soyguncunun olayda kullandığı aracın benzerini kullananlar arasında yaptığı araştırmada, FBI bunlardan bir tanesi üzerinde durmuş ve şüphelinin yakınlarından aldığı altı adet fotoğrafı soyulan bankada çalışan memurlara göstererek, soygunun ertesi günü şüpheliyi yakalamıştır. Yüksek mahkeme *Simmons* davasında²⁷²⁶ verdiği kararında belli bir kişinin resminin şüpheli olarak gösterilmesinin, o kişinin dürüst yargılanma hakkını ihlal ettiğini kabul etmişse de, menfaatlerin dengelenmesi ilkesini gözönünde tutarak, büyük bir soygun olayında toplumun gördüğü zararın daha büyük olduğunu kabul etmiştir. Sonuçta delil duruşmada kullanılmıştır.

Mağdura veya olayın görgü tanıklarına bir tek kişinin tanıma yani teşhis edilmek üzere gösterilmesi, prensip olarak, dürüst bir davranış değildir.²⁷²⁷ Bununla birlikte, olayın özellikleri içerisinde tek kişinin gösterilmesi kabul edilebilir: Mesela cinayet mahallinde bulunan anahtarın sahibi olduğu için yakalanan kişi, öldürülen kişinin karısı olan ve fail tarafından da bıçaklanmış bulunan mağdura, yattığı hastahane de göstermiştir. Teşhis için gösterme sırasında, mağdurun hastanedeki odasına getirilen şüpheli beş polisten bir tanesine kelepçelenmiştir. Maktulün karısı faili teşhis etmiştir. Mahkeme bu olaya mahsus olmak üzere mağdura tek bir kişinin tanıma için gösterilebileceğine karar verirken, gerekçe olarak şunu açıklamıştır: Kadın bıçaklanmış ve hayati tehlike içinde bulunduğu için ne kadar yaşayacağı belli değildir ve teşhis için hapisaneyeye veya karakola gelmesi mümkün değildir.

Kanaatimizce, Kanunda (PVSK Ek 6) düzenlendiği gibi, ilgiliden önce yazılı olarak eşkâl anlatımı alınmalı, teşhis sırasında müdafinin hazır bulunması sağlanmalıdır. Teşhisin yönlendirici bir biçimde yapılmaması gerekir. Bu kurallara uymadan elde edilen bilgiler, duruşmada delil olarak kullanılmamalıdır. Teşhis işleminin nasıl yapılacağı, kanunla düzenlenmesi yerinde olmuştur.

2. Kanuna Aykırı Teşhis (PVSK Ek 6)

²⁷²⁴ *Gölcüklü* bu kavramı “doğru yargılama” olarak nitelendirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bakınız: *Gölcüklü*: ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılama’, Ankara 1995.

²⁷²⁵ *Foster v. California* 1969.

²⁷²⁶ *Simmons v. U.S.* 1968

²⁷²⁷ *Stovall v. Denno* 1967.

CGK 24.5.2016, E. 2014/13-676, K. 2016/262; Teşhiste tek fotoğraf gösterilmesi

Uyuşmazlık; sanığın konut dokunulmazlığının ihlali ve nitelikli hırsızlık eylemlerinin sabit olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir. Görgü tanığı bulunmayan olayda, sanık aleyhine değerlendirilebilecek tek delil, suça konu televizyonun evinde bulunduğu tanığın beyanlarıdır. Olay mahallinde yapılan araştırma neticesinde sanığa ait parmak izi ya da başka bir emareye rastlanmamış, sanık tüm aşamalarda üzerine atılı suçlamayı kabul etmemiş, savunmalarının aksi her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delillerle ispatlanamamıştır. Tanık çelişkili beyanlarda bulunmuş, teşhis işlemi de; "Şüphelinin fotoğrafı üzerinden de teşhis yaptırılabilir. Ancak tek bir fotoğraf veya aynı kişinin farklı fotoğrafları üzerinden teşhis yaptırılmaz. Değişik kişilerin fotoğraflarının aynı büyüklük ve özellikte olmaları gerekir." şeklindeki yasal düzenlemelere aykırı olarak, yalnızca sanığın, fotoğrafı gösterilmek suretiyle gerçekleştirilmiştir. Bu durum karşısında kanuna ve usulüne aykırı olarak yapılan teşhis işlemi ile kendisi de aynı suçların şüphelisi konumunda bulunan tanığın aşamalarda çelişkili ifadeleri dışında üzerine atılı suçları işlediğini ispatlar mahiyette, cezalandırılmasına yetecek, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı herhangi bir delil elde edilemeyen sanığın beraatı yerine cezalandırılmasına karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.

403-14. YÜZLEŞTİRME.

Yüzleştirme dolayısı ile araştırmanın üçüncü çeşididir. İfadeleri birbirini tutmayan kimselerin karşı karşıya getirilmesinin sebebi, onların beyanlarından yeni ipuçları elde etmek ve hangisine değer verileceğini tayin etmektir. Bu muamelenin de nezaketi açıktır. Yüzleştirilen kimselerin psikolojik tesirler altında kalmaları mümkündür. Onun için bu muamele de kaide olarak bizdeki (CMK 52/2) gibi, birçok memleket kanunlarında hâkimlere verilmiştir. Kanunlarımızda tanıkların ve sanıkların yüzleştirilmesi hakkında hüküm vardır. Bu muamele kaide olarak kovuşturma evresinde yapılacaktır. Gecikmede tehlike varsa veya hüviyetin tespiti için gerekiyorsa kovuşturma evresine kadar da tanıklar birbirleri ile veya sanık ile yüzleştirilebilecektir (CMK 52/2).

Yüzleştirme, iki kişiyi karşı karşıya getirmek demektir. Teşhiste ise, teşhiste bulunan kişi ile teşhis işlemine tabi tutulan kişilerin birbirini görmemeleri gerekir (PVSK Ek 6/13).

Şüphelinin yüzleştirmeyi serbest iradesi ile, önceden kabul etmiş olması gerekir, zira hiç kimse kendisi aleyhine delil vermek mecburiyetinde değildir. Bu noktada da yüzleştirme ve teşhis farklıdır: teşhiste gönüllülük kabul edilmemiştir.

İfade verenlere gönüllü olarak *yer gösterme* (CMK 85) yaptırılması hakkında hüküm bulunduğu halde, ifade verenlerin yüzleştirilmesi hakkında bir hüküm olmadığından, araştırma için gecikmeden yapılması zarurî olan hallerin gayrısında, kolluğun yüzleştirme yapması kabul edilmemelidir. Teşhiste şüpheli ile tanık veya mağdurun yüz yüze getirilmemesi gerektiği unutulmamalıdır.

İlerde hâkimin, hattâ duruşmada yapacağı ve psikolojik hükümler çıkaracağı bu işlem önceden yapılırsa, hâkim bu imkândan mahrum edilmiş olacaktır. Gerçekten, yüzleştirmenin psikolojik değeri, ancak ilk defa yapıldığı zaman vardır.²⁷²⁸

403-15. YER GÖSTERME.

Yer gösterme Kanunda keşiften hemen sonra (CMK 85) düzenlendiği için, hukuki niteliği konusunda, keşfin hukuki niteliğine bakmak gerekir. Keşif delil değerlendirme aracı olduğundan, yer göstermenin de delil değerlendirme aracı olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Mülga CMUK da yer göstermeye ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, mülga Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 26'ncı maddesinde, yer göstermeden *soruşturma işlemi* olarak söz edilmekte idi.

Şüphelinin "yer göstermesi" kendisine yöneltilen suçlama hakkında ikrar değerinde bir açıklamada bulunması demektir. Bu nedenle Anayasadan kaynaklanan bir hak olan kendisini suçlamama hakkı zedelenmeyecek bir şekilde yer gösterme yapılması gereklidir. Kanundaki düzenleme örtülü bir şekilde

²⁷²⁸ İki kişiyi karşı karşıya getirmek olan "yüzleştirme" sanığın kimliğinin öğrenilmesinde uygulanabilirse de sanığın fert olarak öğrenilmesinde (yani hangisi sorusuna cevap aranmasında), "tanıma ve tanıma" metoduna başvurulmalı, yüzleştirmeden kaçınılmalıdır. Zira tanık yüzleştirmede yanlış "bu değildi" dedi mi, artık en değerli delil kayboldu demektir.

bunu sağlar niteliktedir. Gerçekten yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmuş olan şüpheliye yer gösterme işlemi yaptırılabilir. Görüldüğü gibi, Kanunun 85. maddesinde düzenlenen yer gösterme işlemine başvurulabilmesi için, öncelikle şüphelinin susma hakkını kullanmamış olması gerekir.

Ayrıca 85. maddedeki düzenlemeye göre, yer gösterme işleminin sujesi şüpheli olabilir, sanki olamaz. Bu açıdan işlem sadece soruşturma aşamasında yapılabilir, kovuşturma aşamasında yapılamaz.

Yer gösterme işleminin sadece soruşturma evresinde yapılması müessesenin icabı gereğidir. Zira yer gösteren şüphelinin mesela, mal aleyhine işlenen suçlarda, etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanma olanağı doğabilir (TCK 168).

I. Yer göstermenin yapılması.

CMK 85/3 uyarınca yer gösterme işlemi, her soruşturma işlemi gibi tutanağa bağlanacaktır. Bu tutanak CMK 169. maddesi hükmüne uygun bir şekilde düzenlenmelidir.

CMK 85. madde hükmü Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 92/2. fıkrası ile birlikte değerlendirilmelidir. Bu fıkra uyarınca, 250/1. fıkarda belirtilen suçlarla ilgili olarak alınan bilgilerin doğruluğunun araştırılması bakımından zorunlu görülen hallerde, hükümlü veya tutuklular, *rızaları alınmak koşuluyla*, ilgili makamın veya Cumhuriyet başsavcılığının talebi üzerine hâkim kararı ile en çok 15 gün olmak üzere cezaevinden alınabilirler. Bu halde yer gösterme işleminin yapılacağı fıkranın son cümlesinden anlaşılmaktadır.

II. Yer gösterme kavramı.

Şüphelinin olay yerine veya delilin bulunduğu sanılan yere götürülmesine, “yer gösterme” denilir (CMK 85). Yer gösterme bir nevi ikrardır ve şüphelinin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmasını sağladığı için, lehinedir. Fakat, *baskı ile yapıldığında*, aleyhine çok kuvvetli bir delil üretilmiş olur.

Bu nedenle, CMUK’da hiç bulunmayan, fakat önce “keşfe benzetilerek” yapılması²⁷²⁹ öngörülen (CMK 85) yer gösterme, kanunda yapılan değişikliklerle yeniden düzenlendi (CMK “2005.5353” 85) (YakalamaY 28).²⁷³⁰

III. Yer gösterme usulü.

Cumhuriyet savcısı şüpheliye yer gösterme işlemi yaptırabilir. Bu işlemin C. savcısı tarafından bizzat yapılması gerektiği CMK 85/1. fıkranın 2. cümlesinden açıkça anlaşılmaktadır. Bu nedenle, adli kolluk kendiliğinden yer gösterme yaptırılmaz. Cumhuriyet savcısının yer gösterme yaptırabilmesi için de şüphelinin kendisine yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmuş olması şarttır.

Yer göstermede müdafî hazır bulunabilir (CMK “2005-5353” 85/2).

CMK 250 de düzenlenen örgüt suçlarında ise adli kolluk amiri de yer gösterme işlemi yaptırmaya yetkilidir (CMK 85/1).

Fiili işlediği zaman on iki yaşını doldurmamış olanlar hiçbir suretle suç tespitinde kullanılamayacağı için bunlara yer gösterme yaptırılması olanağı yoktur (YakalamaY 19).

IV. Hükümlü ve tutukluya yer gösterme işlemi yaptırılması.

İnfaz Kanunu hükümlü veya tutuklunun infaz kurumundan alınmasına izin vermiştir. Ancak hükümlü veya tutuklunun yer göstermede hazır bulunabilmesi için, kendisinin buna rıza göstermesi ve ilgili makamın ve Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine, hâkimin bu konuda bir karar vermesi gerekir (CGİK “2005-5351” 92/2). Şüphelinin kurumdan ayrılış ve dönüşlerde, sağlık raporu alınır. Terörle Mücadele Kanunu’na

²⁷²⁹ Öztürk/Erdem (2006, 588), basın ordusunu yanına alarak yapılan yer gösterme işleminin, masumluk (suçsuzluk) karinesini ayaklar altına aldığı, yerinde olarak eleştirmekte ve 5353 sayılı Kanun ile bu “kötü” uygulamanın yasallaştırılmasını, kınamaktadırlar. CMK 250 kapsamındaki suçların yer göstermesinin, adli kolluk amiri tarafından yaptırılmasını ve CGİK 92 inci maddeye 2005.5351 sayılı Kanun ile yapılan ekleme ile hükümlü ve tutuklulara yer gösterme yaptırılması yolunun açılmasını yerinde bulmadıklarını belirtmektedirler.

²⁷³⁰ 1 CD. 7.5.2008, K. 3779: Olay sırasında ve yerinde mevcut şartlar oluşturularak, temsili ve tatbiki keşif yapılması gerektiği halde, bunların yapılmaması bozmayı gerektirmiştir.

göre (TMK 10) terör suçlarında da tutuklu ve hükümlülerin CGİK 92/2 uyarınca yer göstermeye götürülmesi mümkündür. Görüldüğü gibi, iki ayrı Kanunda yer alması nedeni ile, “gözüne alınan kişiye yer gösterme” (CMK 85) ve “tutukluya yer gösterme” (CGİK 92), farklı kurallara tabidir.

403-16. KONTROLLÜ TESLİMAT.

Kara Paranın Önlenmesi Hakkındaki Kanun, 1996 yılında “kontrollü teslimat” müessesesini kabul etmiştir. Buna göre uyuşturucu madde teslimi yapılacağı haber alındığında, teslimat yerinde yakalama yapılmayarak arka planda kalan asıl failerin öğrenilebilmesi için gizli izleme yapılması kabul edilmiştir.

Suç faillerinin belirlenmesi, her türlü delilin tespiti, toplanması, kaçak veya kaçak olmasından şüphe edilen mal veya fonların müsaderesi amacıyla, yurt içinde dağıtılacak veya yurt dışından Türkiye’ye getirilerek dağıtılacak veya Türkiye’de hazırlanarak yurtdışına götürülecek veya Türkiye’den transit geçecek, uyuşturucu ve psikotrop maddeler, 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Eki I ve II Numaralı Tablolar ile bu Tablo değişikliklerinde yer alan maddelerin ve bunlara bağlı fonlar veya kara para veya kara paraya kaynaklık edecek diğer her türlü kaçak veya kaçak olmasından şüphe edilen eşyanın yetkili makamların bilgisi ve denetimi altında nakilleridir (4208 SK/m.2-c).

403-17. PROJELİ ÇALIŞMALAR.

Ceza Muhakemesi Kanununda yer almayan projeli çalışmalar, soruşturma evresi başlamadan önce adli kolluk tarafından örgütler hakkında bilgi toplanması ve işlenen suçlardan olan çıkılarak ileride işlenebilecek suçların önlenmesi için yapılan çalışmalardan oluşur. 4422 sayılı Kanun ile düzenlenen bu yetki halen kaldırılmış olmasına rağmen bilfiil uygulanmaktadır.

51. § 7. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

403-18. İSTİHBARAT ve SUÇ ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİM DENETLEMESİ.

I. Giriş.

Haberleşme hürriyeti (AY 22) önemli temel haklardan biridir. Bu hakkın hukuka uygun olarak kısıtlanabilmesi için, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine bağlı olarak kanunla yetkili kılınan hâkim veya merciin usulüne göre karar²⁷³¹ vermesi gerekir. Kanunla düzenlenmeyen hukuk branşlarında iletişimin denetlenmesi hukuka aykırıdır. Örneğin vergi²⁷³² hukuku veya idare²⁷³³ hukukundaki uyumsuzluklarda iletişimin denetlenmesi yolunun uygulanmaması, buna rağmen

²⁷³¹ 30 Temmuz 1999 tarih ve 4422 sayılı Kanundan önce bizde yapılan uygulama, arama ve elkoymaya ilişkin Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun kurallarını kıyas yolu ile uygulamak suretiyle, hâkimden karar alınması ve bundan sonra telefonların dinlenmesi idi. Oysa bu tür uygulama yapan Fransa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde mahkûm olduktan sonra, kanunlarını Sözleşmeye uygun hale getirmiştir. İletişimi dinlemenin temel hakları kısıtlayan bir işlem olduğu açıktır. Temel hakların kısıtlanmasının birinci şartı, kısıtlamanın usul ve şartlarını gösteren bir yasadır. Sadece ağır suçlarda telefon dinleme yetkisi kabul edilebilir. İkinci şart, bu yasa uyarınca hâkimin, “süre” belli ederek ve gerekçelerini göstererek bir karar vermesidir. Üçüncü şart ise, dinleme tedbiri sona erdikten sonra, ilgiliye haklarını arayabilmesi için, dinlemenin yapıldığına ilişkin bilgi verilmesidir. Bu temel şartlara uygun olarak düzenlenmiş olan Çıkar Amaçlı Örgüt Suçlarıyla Mücadele Kanunu, uluslararası hukukun kabul ettiği standartlara uygun olan normları, hukukumuzda kazandırmıştı.

²⁷³² BFG 26.2.2001 (*Yenisey/Nuhoğlu* 2023, 475).

²⁷³³ Dan. 1.D. 23.1.2009, K. 156 (*Yenisey/Nuhoğlu* 2023, 475).

uygulanırsa, elde edilen delillerin hüküm verirken kullanılmaması gerekir.²⁷³⁴ Hukuk davaları²⁷³⁵ için de aynı kural geçerlidir.²⁷³⁶

Anayasa kanunla sınırlama yapılabilmesini öngördüğü için, Türk Hukukunda üç ayrı Kanun ile haberleşme özgürlüğünün kısıtlandığı görülmektedir: Milli İstihbarat Kanunu (m.6), Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu (Ek m.7) ve Ceza Muhakemesi Kanunu (m. 135 vd). Buna göre, Anayasa'da yer alan kısıtlama sebepleri doğrultusunda üç tür iletişimin denetlenmesi tedbiri vardır: a) milli güvenliğin sağlanması için istihbarat elde etme amaçlı iletişimin denetlenmesi (aşağıda II), b) suç işlenmesini önlemek için PVSK EK 7'deki iletişimin denetlenmesi (aşağıda III) ve c) delil elde etmek amacı ile iletişimin denetlenmesi (No. 403-19).

II. İstihbarat amaçlı iletişim denetlemesi.

1. İstihbarat amaçlı iletişimi tespit, dinleme ve sinyal bilgisi değerlendirme yetkisi.

a) İstihbarat dinlemesi kavramı.

Milli İstihbarat Teşkilatına²⁷³⁷ milli güvenlik istihbaratını oluşturmak üzere, açık ve gizli kaynaklardan veri elde etmek, bunları bilimsel yöntemlerle analiz etme ve *Devlete yönelik mevcut ve muhtemel tehditleri algulama* görevini yerine getirmesi için geniş yetkiler²⁷³⁸ verilmiştir.

Bu yetkiler arasında *iletişim tespiti, dinleme, sinyal bilgisi değerlendirme ve elektronik istihbarat* yöntemleri uygulama yetkileri vardır. Kanununda²⁷³⁹ kendisine verilen görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın ikinci maddesinde²⁷⁴⁰ belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine

²⁷³⁴ Bununla birlikte, Türk uygulamasında idari işlemlerde iletişimin denetlenmesinden elde edilen delillerin kullanıldığı da görülmektedir. Hatalı bulduğumuz bu uygulamaya örnek olarak şu karar gösterilebilir: Gelir İdaresi Başkanlığı Bilgi İşlem Merkezine girilerek bazı mükelleflerin kişisel verilerinin sorgulanması ve bunların üçüncü kişilere aktarılması iddiası ile ilgili Maliye Bakanlığı onayı ile yürütülen tahkikat kapsamında CMK 134 kapsamında bilgisayarların programlarında inceleme yapma ve iletişimin tespiti yapılması izni istenmiş, önce reddedilen istem, neticede aşamalardan geçerek kabul edilmiştir. Somut olayda iletişimi tespit edilen telefon, şikayetçi adına kayıtlı olmakla birlikte, Vergi Denetmeni olarak görev yapan eşi tarafından kullanıldığı, bu şahıs hakkında yürütülmekte olan bir ceza soruşturması bulunduğu ve bu soruşturmaya dayanılarak CMK 135 uyarınca verilen bir hâkim kararı ile iletişim tespit edildiği için, yapılan idari işlemde ilgililer hakkında soruşturma yapılmasını gerektirecek bir hukuka aykırılık görülmemiştir (Danıştay 1 inci Dairesininin 23.1.2009 tarihli K. 2009/156 sayılı kararı).

²⁷³⁵ 4. HD, 21.2.2008, K. 2135 (*Yenisey/Nuhoğlu* 2023, 475).

²⁷³⁶ A v. France; Govell v. UK; Halford v. UK; Huvig v. France; Khan v. UK (2000); Klass v. Germany; Kopp v. Switzerland; Lambat v. France; Malone v. UK; Valenzuela v. Spain; Lüdi v. Switzerland (1992).

²⁷³⁷ *Yenisey Kolluk*, 16.Ş, n.71vd.

²⁷³⁸ *Yenisey, Kolluk* 16.Ş, n.85vd.

²⁷³⁹ MİTK 4- Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri şunlardır; a) Türkiye Cumhuriyeti'nin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında milli güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanına, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak. b) Devletin milli güvenlik siyasetiyle ilgili planların hazırlanması ve yürütülmesinde; Cumhurbaşkanına, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile ilgili bakanlıkların istihbarat istek ve ihtiyaçlarını karşılamak. c) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat faaliyetlerinin yönlendirilmesi için Cumhurbaşkanına ve Milli Güvenlik Kuruluna tekliflerde bulunmak. d) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat ve istihbarata karşı koyma faaliyetlerine teknik konularda müşavirlik yapmak ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcı olmak. e) Genelkurmay Başkanlığınca Silahlı Kuvvetler için lüzum görülecek haber ve istihbaratı, yapılacak protokole göre Genelkurmay Başkanlığına ulaştırmak. f) Milli Güvenlik Kurulunda belirlenecek diğer görevleri yapmak. g) İstihbarata karşı koymak. h) Dış güvenlik, terörle mücadele ve milli güvenliğe ilişkin konularda Cumhurbaşkanınca verilen görevleri yerine getirmek. i) Dış istihbarat, millî savunma, terörle mücadele ve uluslararası suçlar ile siber güvenlik konularında her türlü teknik istihbarat ve insan istihbaratı usul, araç ve sistemlerini kullanmak suretiyle bilgi, belge, haber ve veri toplamak, kaydetmek, analiz etmek ve üretilen istihbaratı gerekli kuruluşlara ulaştırmak. j) İstihbarat kapasitesini, niteliğini ve etkinliğini artırmak amacıyla çağdaş istihbarat usul ve yöntemlerini araştırmak, teknolojik gelişmeleri takip etmek ve uygun görülenleri temin etmek. Milli İstihbarat Teşkilatına bu görevler dışında görev verilemez. Milli İstihbarat Teşkilatı birimlerinin görev, yetki ve sorumlulukları Cumhurbaşkanınca onaylanacak bir yönetmelikte belirtilir.

²⁷⁴⁰ AY 2- Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

yönelik *ciddi bir tehlikenin varlığı*²⁷⁴¹ halinde; Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir.²⁷⁴²

b) Hâkim kararı veya yazılı emir.

Bu yetkinin kullanılabilmesi için, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Teşkilat Başkanı veya yardımcısının yazılı emrinin alınması gerekir (MİTK 6/2).²⁷⁴³ Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Yetkili ve görevli hâkim Ankara ağır ceza mahkemesinin üyesi (MİTK 6/2) olup, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir.

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.

c) Süre.

Kararlar en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usulle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak casusluk faaliyetlerinin tespiti ve terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir. 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. Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde de, 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.

ç) Kararın uygulanması.

Bu işlemler MİT tarafından kurulan merkez veya PVSK'nın EK 7/10. fıkrası hükmüne göre kurulan merkez tarafından yürütülür. Hâkim kararları ve yazılı emirler, MİT Başkanlığı görevlilerince yerine getirilir ve işlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır (MİTK 6/7).

d) Kullanım amacı.

İstihbarat amaçlı iletişim denetlenerek elde edilen kayıtlar, MİT Kanununda belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir (MİTK 6/6). Bu maddede belirlenen usul ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır (MİTK 6/9).

e) Denetim.

²⁷⁴¹ İstihbarat amaçlı iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için Kanun *ciddi bir tehlikenin varlığını* aramaktadır. *Ciddi tehlike* kavramı, arama kararındaki *makul şüphe*, gizli soruşturmacı görevlendirme, teknik takip veya delil elde etmek amacı iletişimin denetlenmesinde gördüğümüz *somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi* kavramları gibi, *somut olgulara dayanan bir tehlikedir*.

²⁷⁴² 2001 yılında Anayasanın 13. maddesinde yapılan değişiklikten sonra, istihbarat denetlemelerinin kanunla düzenlenmesinin zorunlu hale gelmişti. Bu nedenle MİT Kanununun 6. maddesi, PVSK Ek m. 7 ve Jandarma Kanunu Ek m. 5 fıkralar eklenmiş ve bunlar daha sonra 6532 sayılı Kanunla değiştirilmiştir.

²⁷⁴³ Telefon konuşmalarının ve hatta insanların karşılıklı konuşmalarının istihbarat amacı ile gizlice denetlenmesi ve kaydedilmesi mukayeseli hukukta düzenlenmişken, Türk Hukukunda yer almamıştı. Ancak 2001 yılında Anayasanın 13. maddesinde yapılan değişiklikten sonra, istihbarat denetlemelerinin kanunla düzenlenmesinin zorunlu hale gelmesi üzerine, 2005-5397 numaralı Kanunla MİT Kanununun 6. maddesine, PVSK'nın Ek 7 ve Jandarma Kanununun Ek 5, maddelerine fıkralar eklendi. MİT Kanununun 6. maddesi 2014 yılında 6532 sayılı Kanunla tekrar değiştirildi ve fıkra numaraları teselsül ettirildi.

Yapılan elektronik istihbarat faaliyetlerinin denetimi, sıralı kurum amirleri ve Devlet Denetleme Kurulu tarafından yapılır (MİTK 6/8).

2. Yurt dışında gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi.

İstihbarat mensupları önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla hakim kararı gerektiren hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Başkanı veya yardımcısının onayıyla *yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim* ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve *MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların* veya görev almak üzere başvuranların iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir (MİTK 6/11).

3. Siber güvenlik ve elektronik istihbarat yöntemleri uygulama yetkisi.

İstihbarat mensupları telekomünikasyon kanallarından geçen dış istihbarat, millî savunma, terörizm ve uluslararası suçlar ile siber güvenlikle ilgili verileri toplayabilir (MİTK 6/1-g). Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilir ve bunlarla irtibat kurabilir (MİTK 6/1-b).

4. İstihbarat ve güvenlik raporu.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin oluşturduğu ilkelere göre, gizli soruşturma yöntemi uygulanan hallerde, iletişimi denetlenen kişiye daha sonra ve daha da önemlisi, topluma bu konuda bilgi verilmesi gerekmektedir. Millî İstihbarat Teşkilâtı Kanunu da böyle bir düzenlemeye vermiş, fakat iletişimi denetlenen kişiye değil, TBMM'ye yılda kaç kişinin iletişiminin denetlendiği ve ne gibi olayların önlendiği konularında rapor verilmesini ön görmüştür (MİTK Ek 2).²⁷⁴⁴

III. Suç önleme istihbaratı amaçlı iletişim denetleme ve teknik araçlarla izleme.

1. Suç önleme istihbaratı kapsamında iletişimin denetlenmesi.

a) *Ülke seviyesinde ve sanal ortamda istihbarat ve telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişime ilişkin işlemler.*

Polis önleyici istihbarat görevini yerine getirmek üzere telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimi tespit edebilir, dinleyebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgilerini değerlendirebilir. Diğer taraftan, internet bağlantı adresleri ile internet kaynakları arasındaki veri trafiği ile iletilen verilerin de tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi mümkündür.

Kanun *polise* ülkenin bölünmez bütünlüğüne, anayasal düzenine ve genel güvenliğe dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak ve emniyet ve asayiş sağlamaya üzere, diğer istihbarat kuruluşları ile iş birliği yaparak *ülke seviyesinde ve sanal ortamda* istihbarat faaliyetinde bulunmak, bilgi toplamak, bunları değerlendirmek ve kullanma alanına ulaştırmak yetkisini vermiştir (PVSK Ek 7/1).

Benzer yetkiler *Jandarmaya* da verilmiş, fakat bu yetki Jandarmanın sorumluluk alanı ve Jandarma Kanununun 7. maddesinin (a) bendindeki amaçlarla sınırlandırılmıştır (JTK Ek 5/1).²⁷⁴⁵ Uygulamaya

²⁷⁴⁴ Uygulanan bu tedbirler ile ilgili olarak Türkiye Büyük Millet Meclisinin İstihbarat ve Güvenlik Komisyonuna yıllık raporlar verilmesi mecburiyeti getirilmiştir. Ancak, sivil gözetimin önemli unsurlarından biri olan millete bilgi verme yükümü yasal boşluklar nedene ile henüz gerçekleşmemiştir: *MİT tarafından yürütülen Devlet istihbarat hizmetleri ile Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı tarafından görevleri gereği yürütülen güvenlik faaliyetlerine ve istihbari nitelikteki faaliyetlere ilişkin olarak İçişleri Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve MİT tarafından hazırlanacak yıllık raporlar Cumhurbaşkanlığına gönderilir. Cumhurbaşkanlığına bu raporlar üzerine hazırlanacak yıllık rapor mart ayı içinde Güvenlik ve İstihbarat Komisyonuna sunulur. Komisyon, incelemelerini ve görüşmelerini raporun kendisine intikalinden itibaren doksan gün içinde tamamlar ve hazırlayacağı raporu bu süre içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunar.*

²⁷⁴⁵ Telefon konuşmalarının ve hatta insanların karşılıklı konuşmalarının suçu önlemek amacı ile gizlice dinlenmesi ve banda kaydedilmesi, mukayeseli hukukta düzenlenmiş, fakat Türk Hukukunda yer almamıştı. Ancak 2001 yılında Anayasa'da yapılan değişiklikten sonra, suç önleme amaçlı iletişim denetlemenin kanunla düzenlenmesi şart olmuştu. Bunun üzerine, PVSK Ek m.7'ye 2005-5397 numaralı Kanunla eklenen fıkralar bu yetkiyi düzenlemiştir.

ilişkin esas ve usuller Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle düzenlenmiştir (PVSK Ek 7/12; JK 5/10).

Suç işlendikten sonra ise, CMK 135 kapsamında adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanır. Suç önleme amaçlı tedbirler ise, suça ilişkin hazırlık hareketlerinin dahi başlamamış olması gerekir. Bir kişi hakkında suçu önleme amacıyla tedbir uygulanırken, aynı kişi hakkında daha önce işlemiş olduğu başka bir suç sebebiyle aynı zamanda adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanabilir.

b) Suç önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kapsamına giren suçlar ve tehlikenin önlenmesi.

Terör suçları ve örgütlü suçlar ile *bilişim suçlarının* işlenmesinin *önlenmesi amacıyla, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim veya internet bağlantı adresleriyle internet kaynakları arasındaki veri trafiği ile iletilen veriler tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir* (PVSK Ek 7/2).²⁷⁴⁶ Casusluk suçları hariçtir.

Tehlikeyi önleme amacı ile iletişimin denetlenmesi ise, İl İdaresi Kanunu'na 7226 sayılı Kanunla eklenen Ek 2. madde ile düzenlenmiştir.²⁷⁴⁷

c) Yetkili hâkim ve merci.

Yetkili ve görevli hâkim²⁷⁴⁸, Ankara ağır ceza mahkemesi üyesidir (PVSK Ek 7/3; JK 5/2).²⁷⁴⁹ Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürünün, Emniyet Genel Müdürlüğü

²⁷⁴⁶ Suç önleme amaçlı iletişim denetlemesine tabi olan suçlar, 2012-6352 sayılı üçüncü yargı paketi ile yürürlükten kaldırılmış bulunan CMK 250'deki suçlar sayılarak belirlenmişti. 2012-6352 sayılı Kanun (geçici madde 2/7), CMK 250 ve sonraki maddeleri yürürlükten kaldırırken, CMK 250/1 maddeye göre ağır ceza mahkemelerine yapılan atıfların TMK 10/1 maddesinde belirtilen ağır ceza mahkemelerine yapılmış sayıldığını belirtmişti. 2014-6526 sayılı Kanun ile TMK 10'da yürürlükten kaldırılınca, buna yapılan atıflar Adliye Mahkemeleri Kanununun 12. maddesine eklenen fıkraları işaret etti. Bu nedenle bu konuda artık Adliye Mahkemeleri Kanununun 12. maddesi geçerlidir. Bu bakımdan *suç önleme amaçlı telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi*, sadece kanunla belirtilen suçlarda kabul edilmiştir: Casusluk suçları hariç, Adliye Mahkemeleri Kanununun 12. maddesinde (CMK'nın mülga 250. maddesinin birinci fıkrasının a, b ve c bentlerinde) yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hakim kararıyla, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir (PVSK Ek m. 7, JK Ek m. 5). Ceza Muhakemesi Kanunundan farklı olarak, *mobil telefonun yerinin tespit edilebilmesi* (CMK 135/5) önleme dinlemesinde düzenlenmemiştir. Adliye Mahkemeleri Kanununun 12. maddesine aktarılan suçlar şunlardır: Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (TCK 188), Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu (TCK 282: bu madde listede 2012 değişikliği ile eklenmiştir), Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün (TCK 220) faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar; 305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332'nci maddeler hariç, TCK İkinci Kitap, Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (TCK 302, 303, 304, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 320, 321, 322, 326, 327, 332, 333, 334, 336, 339). Bu suçlardan başka Terörle Mücadele Kanununun 9. maddesinde CMK 250 ile kurulan ağır ceza mahkemelerine de atıf yapıldığı için, TMK da yer alan diğer suçlar da önleme denetlemesine tabi suçlar arasında idi. Ancak Terörle Mücadele Kanunu'nun 9. maddesi, 2012-6352 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırdı. 2014.6265 sayılı Kanununun ağır ceza mahkemelerinin görev alanını genişleten düzenlemesi ile Mahkemeler Teşkilatı Kanununun 12. maddesine bu suçlar tekrar eklenmiştir. KHK 680 ile yapılan ve daha sonra 2018-7072 sayılı Kanunla kanunlaşan düzenlemede "bilişim suçları" da önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine konu olabilen suçlar arasına alınmıştır. Görüldüğü gibi Türk Hukukunda önleme amaçlı iletişim denetleme sadece belli örgüt suçları ile bilişim suçlarında kabul edilmiştir. 680 sayılı KHK ve 2018-7072 sayılı Kanun ile ek 7/2. fıkraya yapılan ekleme ile kolluğa "internet bağlantı adresleriyle internet kaynakları arasındaki veri trafiği ile iletilen veriler"i de denetleme yetkisi verilmiştir (*Yenisey/Nuhoğlu* 2023, 301).

²⁷⁴⁷ Bu maddeye göre BTK tarafından, afet ve acil durum hallerinde arama, kurtarma ve müdahale faaliyetleri kapsamında, afetten veya acil durumdan etkilenen kişiler ile sınırlı olmak üzere Afet ve Acil Durum Yönetim Başkanlığının veya valiliğin; 112 acil çağrı merkezlerine yapılan çağrılar kapsamında arayan kişilere ulaşılması amacıyla arama zamanıyla sınırlı olmak üzere 112 acil çağrı merkezlerinin veya valiliğin ihtiyaç duyduğu telefon ve konum bilgileri gecikmeksizin karşılanır. Bu kapsamda Bakanlık ve BTİK'nun belirleyeceği usul ve esaslar dahilinde erişim sistemi kurulabilir. İl İdaresi Kanunu'nun ek 2. maddesinin son fıkrasında delil yasağı getirilerek *bu madde uyarınca elde edilen verilerin başka amaçlar için kullanılmayacağı* hüküm altına alınmıştır.

²⁷⁴⁸ 2012 değişikliği ile terör ve cebirle işlenen örgüt suçlarından koruma tedbiri kararlarını vermek üzere ayrı hakimler görevlendirilmişti. Ancak bu yetki önleme denetlemesine yansıtılmadığı ve CMK mülga 250 ye atıf yapıldığı ve bu atıf TMK 10'a gönderme yaptığı için, önleme denetlemesi kararının, eskisi gibi, mahkemenin üyesi tarafından verilmesi gerekiyordu. Uygulamada yeknesaklık bulunmayıp, bazı yerlerde önleme denetlemesi kararlarının *özgürlükler hâkimi* tarafından verildiği görülmüştü. 2012 değişikliğinden önce, CMK 250 mahkemesi sadece kendi yargı çevresi için karar veriyordu. TMK 10 ağır ceza mahkemelerinin ülke genelini kapsayacak şekilde yetki kullanmaları hukuka aykırı bulunmuştu: 9 CD. 4.6.2008, K. 2008-22381.

²⁷⁴⁹ Terörle mücadele kapsamında görev yapan mahkemelerin CMK'nın 250. maddesinin 1. fıkrasının eski şekline göre kurulan ağır ceza mahkemesi üyelerinin çevreleri ile ilgili karar vermeleri gerektiği halde, bu mahkemeler ülke çapında

İstihbarat Dairesi Başkanı yazılı emir verebilir.²⁷⁵⁰ Bilişim suçlarında ise yazılı emir verme yetkisi ilgili daire başkanınıdır. Yazılı emir, yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç kırk sekiz 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 (PVSİ Ek 7/2; JK 5/4).

ç) Kararın içeriği ve süresi.

Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları, ilgili internet bağlantı adresi veya bağlantıyı tespiti imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi için *tedbire başvurulmasını gerektiren nedenlerin* kararda belirtilmesi gerekir (PVSİ Ek 7/4). Bu bakımdan tedbire başvurabilmek için, bir *neden* veya suçun işlenmesi *tehlikesinin* varlığı mevcut olmalıdır. Bu tehlike istihbarat birimlerinin yaptıkları çalışmalardan ve bunların değerlendirilmesinden ortaya çıkacaktır.

Adli amaçlı iletişimin denetlenmesinde bir ön koşul olarak aranan *son çare olma şartı* (No.) önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi için kanuna açıkça yazılmamıştır Ancak Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen ölçülülük ilkesi göz önüne alındığında, daha hafif tedbirle suçun önlenmesi mümkün iken iletişimin denetlenmesi suretiyle suçun önlenmesinin Anayasa 13. maddeye aykırılık oluşturur.

Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usulle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütlerinin işleyeceği suçların önlenmesi amacıyla üst limit olmaksızın iletişimin denetlenmesi kararı verilebilecektir (PVSİ Ek 7/4, JK Ek 5/3). Süre karar veya yazılı emrin verildiği tarihte işlemeye başlayacaktır.

d) Kararın yerine getirilmesi.

Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler gibi, suç önleme amacı ile gerçekleştirilen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime ilişkin işlemler Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu²⁷⁵¹ bünyesinde tek bir merkezden yürütülür (PVSİ Ek 7/10; JK 5/1). İletişimin denetlenmesi, *Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu* (2016-6757 sayılı Kanun) adı altında, Ankara'da kurulan ve Türkiye'de *tek merkezden* yürütülür (PVSİ ek 7/10).²⁷⁵² Hâkim kararları ve yazılı emirler, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanlığı görevlileri ile bilişim suçlarıyla sınırlı olarak

uygulanan kararlar vermekteydi. Yargıtay bu uygulamaya son vermek üzere şu gerekçe ile bozma kararı vermiştir: Amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetinde yaşayan insanlar şüpheli görülerek ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceği, anılan kanunların ilgili maddeleri gereğince talepte bulunan kolluk birimlerinin buldukları yerler itibarıyla yetkili olan ve kendi yargı sınırsız bir yetki verilmesi suretiyle iletişimin tespit edilerek dinlenilmesine karar verilemeyeceği, yasa koyucunun amacının da bu olduğu açıktır (9. CD 4.6.2008, E. 2008/874, K. 2008-22381).

²⁷⁵⁰ Önleme denetlemesi kararını Ankara ağır ceza mahkemesinin üyesi verir (PVSİ Ek 7/3). Böylece aynı hâkim tarafından verileceği için, istihbarat amaçlı iletişimin denetlenmesi kararı verilmesi (MİTK 6/2) açısından uyum sağlanırken, CMK 135 ile PVSİ Ek 7 arasında bir uyumsuzluk ortaya çıkmıştır: CMK 135 uyarınca iletişimin denetlenmesi kararını sulh ceza hâkimi verirken, suç önleme denetlemesi kararını Ankara ağır ceza mahkemesi üyesi, ülke çapında ve tek hakim olarak vermektedir.

²⁷⁵¹ PVSİ Ek 7'de yer alan Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın atanması için Başbakan görevli idi. 2018 öncesinde yürürlükte olan Anayasa'nın 104.maddesinin hükmü uyarınca, bu atamanın Cumhurbaşkanı'nın ve Başbakan'ın müşterek kararnamesi ile yapılması gerektiği için Anayasa Mahkemesi söz konusu hükmü iptal etmişti (AYM 29.1.2009, E. 2005/85, K. 2009/15). 2018 sonrasında Anayasa değişikliği sonrasında atamalar Cumhurbaşkanı Kararnamesi ile yapılır hale geldi (AY 104/17).

²⁷⁵² Kanunda "yürütülür" terimi kullanılmış ise de uygulamada 04.07.2007 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan ve daha sonra da 07.08.2009 tarihinde değiştirilen kurallar gereğince, hâkim kararları ve yazılı emirler işletmecilere gönderilmez; kararlar ve yazılı emirler ile bunların içeriği Başkanlığın belirleyeceği şekilde elektronik ortamda ilgili kurumlar tarafından Başkanlığa gönderilir.

üzere bilişim suçlarıyla ilgili daire başkanlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır (PVSK Ek 7/8; JK 5/7).

e) *Delil yasağı.*

İşlemin amaca bağlılığı kuralının bir tezahürü olarak, suç önleyici istihbarat faaliyetleri kapsamında yapılan iletişim denetleme, sanal ortamdaki devriye ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinden elde edilen kayıtlar önleyici ve koruyucu tedbirlerin uygulanması amacı dışında kullanılamaz.²⁷⁵³ *Önleme* dinlemesi çerçevesinde elde edilen kayıtlar, istihbarat ve suç önleme amaçları dışında kullanılamaz, sadece örgüt suçlarının işlenmesinin önlenmesi için kullanılabilir, ceza muhakemesinde görülen diğer davalarda delil olarak kullanılamaz (PVSK Ek 7/7,cü.1; JK 5/6).²⁷⁵⁴ Alman Hukuku ise, suç önleme amacı ile elde edilen bilgilerin adli amaçla kullanılmasını, *kolluk hukuku kurallarına uygun olarak elde edilmiş olma koşulu ile* kabul etmektedir.²⁷⁵⁵

Bu bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında *gizlilik ilkesi* geçerlidir (PVSK Ek 7/7). Buna aykırı hareket edenler hakkında ceza soruşturması başlatılır. Bu suçların görev sırasında veya görevden dolayı işlenmesi halinde bile Cumhuriyet savcılarını doğrudan soruşturma yaparlar, 4483 sayılı Kanun uygulanmaz.

f) *Kayıtların yok edilmesi.*

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 (PVSK Ek 7/5; JK 5/1). İletişimin önleme amacı ile denetlenmesi düzenlenirken, özel hayatın çekirdek alanına giren durumların tedbir kapsamı dışında tutulması için gereken bir düzenlemenin de yapılması şarttır.²⁷⁵⁶

Kolluk istihbaratı ve suç önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi faaliyetleri sıralı kurum amirleri, mülki idare amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları tarafından yılda en az bir defa denetlenir. Bu kapsamda yapılan denetimlerin sonuçları bir rapor hâlinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Güvenlik ve İstihbarat Komisyonuna sunulur (PVSK Ek 7/9; JK 5/8).

g) *İletişimi denetlenen kişiye bilgi verilmemesi.*

²⁷⁵³ 5397 sayılı Yasa uyarınca önleme amaçlı iletişimin tespiti ve denetlenmesine, ancak suç işlenmesinin ve kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi amacıyla başvurulabilecek ve Önleme amacıyla yapılan iletişimin tespiti ve denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulgular da, yasanın öngördüğü amaçlar dışında ve bu arada bir ceza soruşturması veya kovuşturmasında delil olarak da kullanılamayacaktır. Önleme amaçlı iletişimin tespiti ve denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulgularla bir suç işlendiğinin anlaşılması karşısında, elde edilen bu bulgular, 5397 sayılı Yasanın 1 ve 2. maddeleri uyarınca, yasanın öngördüğü amaçlar dışında ve bu arada bir ceza soruşturması veya kovuşturmasında delil olarak kullanılamayacağından, anılan düzenlemenin gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, kolluk görevlilerince durum derhal adli birimlere bildirilmeli ve somut olayın özelliğine göre Cumhuriyet Savcılığınca gerek görülürse bu bilgilerden hareketle soruşturmaya başlanılmalıdır. Yerel mahkeme tarafından, içeriği hükme esas alınan Van Üçüncü Ağır Ceza Mahkemesi'nin iletişimin tespiti kararının, 5397 sayılı Yasanın 2. maddesi ile 2803 sayılı Yasaya eklenen ek 5. madde uyarınca verilen önleme dinlemesi kararı niteliğinde olması karşısında, bu şekilde ulaşılan bulgular, yukarıdaki açıklanan ilkeler doğrultusunda ceza yargılamasında delil olarak kullanılamayacağından ve bu bulgulara dayalı hüküm kurulamayacağından, yerel mahkemece; sanığın örgütsel konumu hakkında kolluktan güncel bilgiler alındıktan ve silahlı terör örgütü adına faaliyette bulunduğu istihbari bilgisi üzerine, hakkında 5397 sayılı Yasaya dayalı olarak önleme dinlemesi kararı verilen Yılmaz ile ilgili soruşturma evrakı da getirtilip incelendikten sonra, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulgular dışındaki somut deliller değerlendirilerek sanığın hukuksal durumunun tayin ve takdiri gerekmektedir (CGK 17.5.2011, E. 2011/9-83, K. 2011-95;).

²⁷⁵⁴ CGK 17.5.2011, K. 2011-95.

²⁷⁵⁵ Sanık G10 Kanunu uygulanarak istihbarat amaçlı elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılmasının muhakeme hukukuna aykırılık teşkil ettiği görüşü ile temyize gelmişse de, BGH bu görüşü benimsememiştir (BGH 3.5.2017-3 STR 498/16). Alman Hukukunda istihbari bilgilerin delil olarak kullanılmasını yasaklayan genel bir hüküm yoktur. İstihbarat makamlarının elde ettikleri bilgileri hangi koşullar altında adli makamlara iletecekleri konusu kanunla (§ 4 Abs. 4 Nr. 2 G10) düzenlenmiştir. Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 161/2 cü.1 maddesi hükmü de bu bilgilerin ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmasına izin vermektedir. Delillerin hüküm verilirken kullanılmasının koşulu, kişisel verilerin ilk elde edildiği sırada kurallara uyulmuş olmasıdır. Anayasayı Koruma Teşkilatının iletişim denetleme ve kayda alma yetkisi kanunla (§ 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1 und 2 G10) düzenlenmiştir.

²⁷⁵⁶ BVerfG, 27.7.2005 tarihli karar, yan no. 164; nakleden: *Würtenberger/Heckmann* 2005, Rn. 625d.

İletişimin suç önleme amacı ile denetlenmesinde, PVSK ve Jandarma Kanunu dinlenen kişiye sonradan bilgi verme yükümü öngörmemiştir. Adli amaçlı iletişim denetlenmesinde ise, tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde, soruşturma evresinin bitiminden itibaren en geç on beş gün içinde, C. Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir (CMK 137/4). Gerek istihbarat amaçlı gerekse suç önleme amaçlı iletişim denetlemelerinde iletişimi denetlenen ilgisine bilgi verilmemesi hukuka aykırıdır. Yasal düzenlemelerin düzeltilmesi gerekir.

2. Suç önleme amaçlı teknik araçlarla izleme ve veri toplama.

İstihbarat faaliyetlerinde, bu maddede belirtilen suçların önlenmesi amacıyla ve hâkim kararı alınmak koşuluyla, teknik araçlarla izleme yapılabilir.²⁷⁵⁷ Ayrıca, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunulabilir. Bu kurum ve kuruluşların kanuni sebeplerle veya ticari sır gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde ancak hâkim kararı ile bu bilgi ve belgelerden yararlanılabilir (PVSK Ek 7/6).

3. Mukayeseli hukuktaki düzenlemeler.

Alman Polis Hukukunda da suçun önlenmesi için iletişimin denetlenmesi kabul edilmiştir.²⁷⁵⁸ Suç işlenmesinin önlenmesi için “önleme dinlemesi” yapılacaksa, önleme dinlemesine karar verecek olan idari makamın bir *öngörü kararı* vermesi (*Prognose*) gerekmektedir: bu kararın verilmesi, suç öncesi “ön alan” çalışmalarına giren bir çalışmadır. Eğer “kanun uygulayan” bu idari makam, hatalı bir “teşhiste” bulunacak olursa, kişilerin özel hayat haklarına önemli bir müdahale riski doğar. Bu nedenle, suçu önleme dinlemesini düzenleyecek olan bir kanunun, yetki koşullarını ayrıntılı olarak tanımlaması, StPO 100a da yapıldığı gibi, katalog halinde sayılan suçlara yer verilmesi ve etkin bir denetim mekanizması öngörmesi gereklidir.²⁷⁵⁹ Bu koşulların oluşup oluşmadığı hakkındaki kararın, “somut olgulara” dayanılarak verilmesi sağlanmalıdır. Bütün bu koşulların sağlanması durumunda dahi, Alman Anayasa Mahkemesinin öngördüğü *bellilik kuralı* tam olarak sağlanmış sayılamaz; Anayasa Mahkemesi Kanunda ayrıca bazı *indikatörlere* de yer verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu indikatörlerin, bir suçun hazırlık hareketlerinin yapıldığını veya hemen işlenmek üzere olduğunu belirlemede kullanılmak üzere, ayrıntılı olarak kanunda gösterilmesi gerekir.²⁷⁶⁰ Görüldüğü gibi, polisin ön alan araştırmaları sırasında *önleyici telefon dinlemesi* yapması, aranan koşulların ağırlığı nedeniyle, büyük ölçüde kısıtlanmış bulunmaktadır.

III. İnfaz Kurumda Telefon Konuşmasının Denetlenmesi.

Hükümlülere “hak” olarak verilen telefonla görüşme imkânı da önleme dinlenmesine tabidir ve kayıt altına alınır. Bu da kanunla düzenlenmiş (CGİK 66/1) bir “önleme dinlemesidir”.²⁷⁶¹

²⁷⁵⁷ Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 72. maddesi başlığı ile birlikte değiştirilerek fikri hakların korunması amacıyla şifreleme gibi koruma yöntemi ile sağlanan etkili teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik ürün ve araç imal etmek bunları satmak, dağıtmak ve reklamını yapmak 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezasını gerektiren bir suç haline getirilmiştir (K.2021-7346, RG 25.12.2021).

²⁷⁵⁸ Baden-Württemberg Eyaletinde “önleme amacı ile telefon dinleme” kabul edilmemişti (*Württemberg/Heckmann* 2005, Rn. 625a). Buna karşılık, bazı eyaletlerde, örneğin Aşağı Saksonya, Thüringen ve Hessen’de önleme dinlemesi vardı. Aşağı Saksonya Polis Kanunu ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin 27.7.2005 tarihinde verdiği karar, diğer Eyaletlere de ışık tutacak niteliktedir.²⁷⁵⁸ Baden-Württemberg Polis Kanununda yapılacak önleme dinlemesi ile ilgili düzenlemenin, Alman Anayasasının 13 IV maddesindeki hükümlere uygun olması ve sadece hayat ve sağlık açısından, “hemen gerçekleşmek üzere olan yakın bir tehlikenin önlenmesi için zorunlu olan önleme dinlemesine izin veren bir düzenleme” yapılması gerektiğini tavsiye edenlerin (*Württemberg/Heckmann* 2005, Rn. 625c) önerilerine uygun olarak, Kasım 2008 de kanun değiştirilmiş ve “önleme dinlemesi” kanunda düzenlenmiştir.

²⁷⁵⁹ *Württemberg/Heckmann* 2005, Rn. 625c.

²⁷⁶⁰ BVerfG, 27.7.2005 tarihli karar, yan no. 127.

²⁷⁶¹ Hükümlü olan sanığın, eşi olan tanık ile kapalı görüş esnasında yaptığı telefon görüşmesinde, kamu görevlisine hakaret ettiği olayda; görüşme kayıtlarının yasal niteliğe sahip olması ve aksi halde hükümlü veya tutuklunun dinlemelerini gerçekleştiren kamu görevlilerine serbestçe hakaret edebileceği gibi hukuken kabulü mümkün olmayan bir durumun ortaya çıkaracağından, görüşme kayıtlarının hukuka uygun delil olduğunun kabulü gerekmektedir (CGK 29.11.2018, E. 2016/1097, K. 2018/591).

IV. Özel İş Yerlerindeki İletişimi Denetleme

İstihbarat amaçlı iletişim denetlemesi dışında, özel iş yerlerinde ise çalışanların bilgisi dahilinde olmak kaydıyla, bütün konuşmaların kaydedilmesi mümkündür. AİHM Büyük daire 05.09.2017 tarihli *Barbulescu/Romanya* kararında, işveren tarafından çalışanın yazışmalarının takip edilmesi ve okunmasının, çalışanın özel yaşam hakkına müdahale olacağını kabul etmiştir.²⁷⁶² Resmi iş yerlerinde ise, 3 Nisan 2007 tarihli *Copland-İngiltere* kararında belirtildiği gibi, Sözleşmenin 8 inci maddesine aykırı olduğundan, ilgilinin rızası olmaksızın bu uygulama yapılamaz.

V. Kayıp Çocuklara İlişkin Yetkiler.

2018-7072 sayılı Kanun ile PVSK'na eklenen 13A maddesine göre kaybolan çocukların bulunması amacıyla, polis sulh ceza hakiminin veya gecikmede sakınca bulunan hallerde mülki idare amirinin yazılı veya sonradan yazılı hale getirilmek üzere sözlü emri ile kayıp çocuğa ait veya başkasına ait olmakla kayıp çocuk tarafından kullanılan her türlü banka hesap hareketlerini talep edebilir, telekomünikasyon yoluyla iletişimini denetleyebilir ve sinyal bilgilerini değerlendirebilir. Tedbir en çok bir ay için verilebilir ve bir defaya mahsus olmak üzere bir ay daha uzatılabilir. Mülki idare amirinin kararı derhal mahkemenin onayına sunulur, Mahkeme kararını en çok 24 saat içinde verir.

403-19. DELİL ELDE ETME AMAÇLI İLETİŞİM DENETLEME.

Delil elde etmek amacı ile yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri (a) dinleme, kayda alma ve sinyal bilgisinin değerlendirilmesi (aşağıda I; CMK 135/1 ve 8), (b) iletişimin tespiti (aşağıda II; CMK 135/6) ve (c) mobil telefonun bulunduğu yerin tespiti (aşağıda III; CMK 135/5) olmak üzere üç yöntemle uygulanır.

Temel haklara en ağır müdahaleye oluşturan *dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi* yöntemleri katalog suç ön görme gibi önemli güvencelere bağlanmıştır. Buna karşılık, temel haklara daha az müdahale niteliğindeki *iletişimin tespiti ve mobil telefonun bulunduğu yerin tespiti* yöntemlerinde katalog suç belirlenmemiş, son çare olma koşulu da ön görülmemiştir. Aşağıda Kanundaki bu üçlü ayırım doğrultusunda önce dinleme, kayda alma ve sinyal bilgisinin değerlendirilmesi tedbiri ele alınacak, sonra diğerleri açıklanacaktır.

I. İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgisinin değerlendirilmesi.

1. İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgisinin değerlendirilmesi kavramları.

a) İletişimin dinlenmesi.

Telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların *teknik araçlarla* dinlenmesinin özelliği, konuşma ile eş zamanlı dinleme yapılması, yani canlı dinleme gerçekleştirilmesi ve bu dinlemenin teknik araç kullanılarak yapılmasıdır. Çıplak kulakla yapılan ses dinlemesi *iletişimin dinlenmesi* kapsamında değildir.

b) İletişimin kayda alınması.

Bu yöntemde konuşma ile eş zamanlı olarak teknik araçlarla kayıt yapılmaktadır. Konuşmayı duyan kişinin duyduğunu el yazısı ile yazması veya şekil çizmesi, teknik araçlarla olmadığı için, iletişimin kayda alınması kapsamına girmez.

c) Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi.

Bir cep telefonu baz istasyonu (*cell site*) ile her temas kurduğunda, sinyal bilgisi (*cell-site location information*; CSLI) adı verilen, zaman damgalı bir veri üretilir. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yöntemi ile elde edilen veriler *açık veya kapalı elektrik devreleri* biçiminde elle tutulamayan ve gözle

²⁷⁶² AİHM bu kararna göre çalışanın yazışmalarının ve diğer iletişiminin işveren tarafından denetlenmesinin hukuka uygun olabilmesi için; çalışan izleme konusunda önceden bilgilendirilmiş olmalıdır, dolayısıyla ilgilinin özel hayat beklentisinin olmaması ve işverenin meşru bir gerekçesi olmalıdır, amaca ulaşmak için daha hafif bir yöntem veya tedbir mevcut olmamalıdır, izlemenin sonuçlarının işveren tarafından ne şekilde kullanıldığı da önemlidir. Aynı yönde Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. *E.Ü. Başvurusu*, B.n. 2016/13010, 17.09.2020. AİHM'si *Copland/Birleşik Krallık* kararında, iş yeri telefonu ile yapılan görüşmelerin dinlenebileceğinden ilgilinin haberdar edilmesi zorunluluğunu belirtmektedir (*Copland/Birleşik Krallık*, B.n. 62617, 03.04.2007).

görülemeyen verilerdir.²⁷⁶³ Bunların birlikteliği incelemesi yolu ile anlamlandırılması gerekir. Neticede ortaya çıkan bilgi, çok dolaylı olarak bir kişinin nerelerde bulunabileceği hakkında fikir verir.²⁷⁶⁴ Bunlar doğrudan ispat aracı olarak kullanılmasa da şüphe sebebi olur.²⁷⁶⁵

2. İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgisinin değerlendirilmesinin koşulları.

Dinleme, kayda alma ve sinyal bilgisinin değerlendirilmesi kararı verilebilmesi için, hepsi bir arada mevcut olması gereken aşağıdaki koşulların varlığı aranmıştır.

a) Ceza soruşturması başlatılmış olması koşulu.

Adli amaçlı iletişimin dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgisinin değerlendirilmesi kararı verilmesinin ilk koşulu, belirlenen bir şüpheli hakkında CMK 135/8'deki suçlardan biri nedeni ile, CMK 160/1 uyarınca *ceza soruşturmasının başlamış olmasıdır* (No.).²⁷⁶⁶ Bu nedenle, idare tarafından yapılan ön inceleme sırasında iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanamaz.²⁷⁶⁷

Ceza soruşturması başlamış olmadığı için, *suçüstü halinde* dahi iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanamaz. Suçüstü halinde arama yapılmasını kabul eden Yargıtay (No.), yakalanan şüphelinin çalan telefonunun görevliler tarafından zorla açtırılması ve sesin hoparlöre verilerek yapılan konuşmanın dinlenmesini hukuka aykırı bulmuştur.²⁷⁶⁸

Cumhuriyet savcısı, başlattığı soruşturmaya numara verdikten sonra iletişimin denetlenmesi kararı vermesi için sulh ceza hâkimine başvurur. Kanun kovuşturma evresinde de iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesine olanak sağlamıştır. Ancak, bu düzenlemenin aşağıda ele alınacak olan *başka suretle delil edilmesi imkanının bulunmaması* koşulu ile bağdaşmadığını belirtmek isteriz.

b) Suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı koşulu.

²⁷⁶³ 2005 tarihli Yönetmelikte yer almayan bu kavram 2007 tarihli Yönetmeliğin 4/I maddesinde tanımlanmaktadır: “İletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemleri”. Bu tanım bir elektrik yükünden oluşan bir verinin iletişim sistemi üzerinde ilk kullanıcıdan son kullanıcıya kadar olan yolculuğu sırasında bıraktığı izlerin tespit edilmesini ifade etmektedir.

²⁷⁶⁴ Somut olayda 13.11.2008 tarihinde bir işyerinde hırsızlık olayı meydana gelmiş ve başka türlü delil elde edilememesi üzerine, İstanbul 1 inci Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 25.11.2008 tarihinde CMK 135 ve 137 maddeler gereğince, kolluk tarafından belirlenen telefon hatları ile yapılan görüşmelerin hangi baz istasyonlarına ait olduğu ve tespit edilen baz istasyonlarından 13.11.2008 günü saat 20.30 ile 21.15 arasında yapılan görüşmelerin bölgesel olarak arayan ve aranan olarak dokümlerine ait teknik bilgilerin ve görüşme yapan abonelerin kimlik bilgilerinin ve açık adreslerinin CD ortamında TİB den çıkarılmasına karar verilmiştir. Kanun yararına bozma yolu ile Yargıtay 6 ıncı Ceza Dairesinin önüne gelen davada, Yargıtay; *anılan karar içeriğinde, belirtilen tarih ve saatler arasında sadece teknik bilgilerin, arayan ve aranan abonelerin kimliklerine ve adreslerine ilişkin bilgilerin çıkarılmasına karar verildiğini, genel olarak belirtilen çevrede bulunan kişilerin ve kurumların telefon görüşmelerinin dinlenmesine ya da iletişimlerinin tespitine ilişkin özel hayata müdahale oluşturacak ya da kişi hürriyetini kısıtlayıcı bir karar verilmediğini dikkate alarak*, verilen kararın hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir (6. CD 4.10.2010, K. 2010/15266).

²⁷⁶⁵ Alman Ceza Muhakemesi Kanununda 1997 yılında yapılan değişiklikte, iletişimin denetlenmesini düzenleyen 100a ve sonraki maddeler genişletilmiştir. 14.8.2002 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikte (StPOAG v. 20.12.2001) eklenen §§ 100g, h maddeler ile, cep telefonunun bulunduğu yerin belirlenmesi, kart ve telefon numarasının tespiti mümkün olmuştur. Bu tespitlerin yapılabilmesi için, telefonunun bağlantı kurması şartı aranmaktadır (StPO 100g/III). Telefon bağlantı kurmayıp, “stand-by” durumunda iken, tespit yapılması kabul edilmemiştir.

²⁷⁶⁶ Ceza soruşturmasının, *suç ihbarının Cumhuriyet savcılığı veya kolluğa ulaştığı tarihte* başladığı kabul edilmektedir (No. 406/II, 1).

²⁷⁶⁷ Adalet müfettişinin talebi üzerine verilen iletişimin denetlenmesi kararı hukuka aykırıdır (AYM 25.1.2018, *Mehmet Hasip Şenalp BB*). Buna karşılık, adalet müfettişinin savcıya yaptığı iletişimin denetlenmesi talebinin kabul edilerek savcının yaptığı talep üzerine hâkimin verdiği iletişimin denetlenmesi kararı hukuka uygun bulunmuştur (AYM 24.5.2018, *S.T. BB; Nuhoğlu 2023a, 177*).

²⁷⁶⁸ CGK 16.5.2019, E. 2016/20-1062, K. 2019/441 (*Nuhoğlu 2023a, 178*).

İletişimin denetlenmesine karar verilebilmesi için, kanuna aykırı²⁷⁶⁹ olarak elde edilmemiş, *kuvvetli şüphe sebeplerinin*²⁷⁷⁰ varlığı şarttır.²⁷⁷¹ Şüphenin kuvvet dereceleri bahsinde (No.) belirttiğimiz gibi, *somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi*²⁷⁷² kavramı gizli soruşturma yöntemlerine özgü müşterek bir ölçüttür (CMK 128/1, 134/1, 135/1, 139/1, 140/1). Bu tanım, basit *başlangıç şüphesinin* delillerle biraz daha güçlenmiş olduğunu ifade etmektedir: İletişimin dinlenmesi kararı verilmesi için *basit şüphe* yeterli olmakla birlikte, Kanunda öngörülen suçların işlendiğine dair, somut, elle tutulur ve olaylara dayanan (kuvvetli) delillerin²⁷⁷³ mevcut bulunması şarttır.²⁷⁷⁴ Bu olgu veya hayat olayları, bunu izleyen kişide hayat tecrübesine veya *kriminalistik tecrübeler*²⁷⁷⁵ göre, suç işlendiği kanaatini uyandırabilecek bir nitelik taşımalıdır. Başka bir ifade ile, *somut olay* mevcut olmadıkça, tahmine dayalı bir şekilde, özel hayatın gizli alanının Devlet müdahalesine tabi tutulması, hukuka aykırı olur.²⁷⁷⁶

Görüldüğü gibi, Ceza Muhakemesi Kanunu *tutuklama kararı* verilebilmesi için *kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delil* (CMK 100/1) ararken, *iletişimin denetlenmesi* kararı verilmesi için, *suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığını* (CMK 135/1) aramaktadır.²⁷⁷⁷ Yani, iletişimin dinlenmesi, kayda alınması kararı, delil ile somutlaşmış olan basit başlangıç şüphesi ile verilirken, tutuklama kararında kuvvetli şüphe aranmıştır. İletişimin denetlenmesi, en son çare olduğu için, (CMK 135/1) tutuklama kararı verilmesi için gereken kadar kuvvetli bir şüphenin mevcudiyeti aransa idi, zaten bütün deliller elde olacağı için, telefon dinleme yolu gereksiz kalırdı.

²⁷⁶⁹ CMK 206/2-a kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin duruşmada ortaya konmasını başkanın engelleyebilmesini kabul ettiğine göre, tali bir ceza muhakemesi olan iletişimin denetlenmesi kararı verilirken, yetkili hâkim CMK 206/2-a maddeyi kıyas yolu ile uygulamalıdır. Adli Kolluk Yönetmeliğinin 7 inci maddesinin kolluğa kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin bu özelliğini belirtmek yükümünü verdiği de hatırlanmalıdır. Bizce, kanuna aykırı olarak elde edilen bir bilgi savcıya araştırma yetkisi verirse de hâkime hak sınırlama yetkisi veremez.

²⁷⁷⁰ Telefon dinleme kararı verilmesi açısından Erman da «ciddi kuşku» şartını aramaktadır (*Erman*: Sentez Raporu, Kunter'e Armağan, 1988, 81).

²⁷⁷¹ Mülga ÇASÖMK, iletişimin dinlenmesi veya tespiti kararı verilmesi için, aranacak suç işleme şüphesini, ikinci maddenin 1. ve 2. fıkralarında farklı şekilde düzenlemiştir: Birinci fıkrada, “bu kanunda öngörülen suçları, işlemek kuşkusu” terimi kullanılmış, ikinci fıkrada ise, dinlenme kararının “ancak kuvvetli belirtilerin varlığı” halinde verilebileceği belirtilmiştir. Bu Kanun “şüphe” kavramı ile “belirti” kavramını kesin çizgilerle ayırmıştır. Haricen algılanabilen kuvvetli belirtilere bağlı müşahhas olgular aranmıştır. Doktrinde *Şen* (*Şen*: Türk Hukukunda telefon dinleme, Gizli soruşturmacı, X Muhbir, 3. bası, Ankara 2009, s. 68), “135. maddedeki suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ibaresi ile kastedilen, suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesi değil, şüpheli veya sanık tarafından suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığı olarak anlaşılmalıdır. Çünkü bu ibarenin geçtiği cümlelerin bütünlüğü, lafzi anlamı ve iletişimin denetlenmesi tedbirinin kişi hak ve hürriyetlerine getireceği sınırlamanın ağırlığı, kuvvetli suç şüphesinin bulunup bulunmadığının şüpheli veya sanık açısından aranmasını gerekli kılmaktadır. Sadece suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin yeterli görülmesi, bu suç işleme ihtimali basit şüpheye dayalı olanlar hakkında dahi iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasını mümkün kılar ki, bireyin özel hayatına yönelik bu genişlikte bir müdahale kabul edilemez”.

²⁷⁷² İlk tasarı, iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için *makul kuşku* aramakta ve bunun tanımını da veriyordu: ‘Birden çok kimsenin birlikte veya başkasına ait yasal veya yasa dışı bir menfaati korumak amacı ile hareket etmeleri veya benzeri eylemlerden dolayı evvelce kovuşturulmuş bulunmaları gibi hallerde makul kuşku var sayılır’ (1995 Tasarısı m. 2/2).

²⁷⁷³ 4422 numaralı kanunun ikinci maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği gibi.

²⁷⁷⁴ *Erdem ve Özbek de kuvvetli belirtiyi* (olaylara dayanan basit şüphe) olarak anlarlar (Edis’e Armağan, İzmir 2000, 279).

²⁷⁷⁵ *modus operandi*

²⁷⁷⁶ Duyumdan ibaret ve teyidi yapılmamış istihbarat bilgilerinin iletişimin denetlenmesi kararı talep edilirken kullanılması ve istihbarat amacı ile yapılan iletişim denetlemesinden elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılması hukuka aykırı görülmüştür (5. CD 26.12.2019, E. 2017/6360, K. 2019/12002; *Nuhoğlu* 2023a, 178).

²⁷⁷⁷ Diğer koruma tedbirlerinde şüphenin kuvvet derecesi, ayrıca gösterilmiştir: mesela, tutuklama kararı verilmesi için mülga Kanun “kuvvetli belirti” (CMUK 104), yeni Kanun “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delil” (CMK 100/1) aramıştır. Kamu davası açılması için, %51 mahkûmiyet olasılığı gösteren “yeterli şüphe” (CMUK 148, 163) ve (CMK 170/2) bulunması şarttır. Buna karşı, mülga Çıkar Amaçlı Örgüt Suçları Kanuna göre hak ve alacaklara ilişkin tedbir uygulanacaksa (ÇASMK m. 6), failin kusurlu hareketi dahi aranmamıştır. 2001-4723 Numaralı Kanun, 6. maddenin birinci fıkrasında geçen “şüpheler” ve “şüphe” kelimelerini, “belirtiler” şeklinde değiştirirken, “somut olgu” aramak amacını gütmüştü.

Somut delil arayan bu düzenlemenin de aşağıda ele alınacak olan başka suretle delil edilmesi imkanının bulunmaması koşulu ile bağdaşmadığı söylenebilir.

c) *Başka suretle delil elde etme imkanının bulunmaması.*

Gizli soruşturma yöntemlerinden olan iletişimin dinlenmesi ikincil bir soruşturma yöntemi olup, en son çaredir. İletişimin denetlenmesi dışında başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, iletişim denetlenemez (CMK 135/1, mülga ÇASÖMK m. 2/3).

Bu koşul diğer gizli soruşturma yöntemlerinde de (CMK 134/1, 135/1 CMK 139/1ve CMK 140/1) yer almaktadır. Ancak, şaşırtıcı bir şekilde kanun koyucunun kullandığı kelimeler farklıdır: Bilgisayarda arama ve iletişimin denetlenmesinde kanun *imkansızlıktan* söz ederken, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izlemede *başka suretle delil elde edilememesi* demektedir. O halde gizli soruşturma yöntemlerinin uygulanmasında bir sıralama vardır: Önce klasik araştırma yöntemleri denenecektir. Böyle delil elde edilemezse, aleni yerlerde teknik araçlarla izleme veya gizli soruşturmacı görevlendirilmesi yoluna gidilecek, böyle de delil elde etme imkansızsa, bilgisayarda arama yapılacak veya iletişim denetlenecektir. Bir başka ifade ile, aynı anda teknik takip yapılırken iletişim denetlenmeyecektir. Yargıtay da bu yönde karar vermişken, 2018 yılında CMK 140'a eklenen 3. fıkra ile tedbirlerin aynı anda birlikte uygulanabileceği anlamına gelen bir düzenleme yapıldı. Kanaatimizce kanunda kullanılan kavramlar özenle seçilmemiş, korunan hukuki menfaat dikkate alınmamıştır. İletişimin tespiti ile gizli soruşturmacı kullanılması tedbirlerinin temel haklara müdahalesi eşit ağırlıkta değildir. Kanun koyucunun bilinçli bir şekilde sıralama yapmış olduğu kanaatinde olmadığımız için gizli soruşturma tedbirlerinin aynı anda bir arada uygulanmasının mümkün olduğu görüşündeyiz.

Diğer, *klasik tedbirler* diyebileceğimiz arama, ifade alma, elkoyma ve benzeri tedbirlerin “olayın araştırılması veya şüphelinin bulunduğu yerin tespit edilmesi” bakımından hiçbir başarı umudu ortaya koymaması veya böyle bir umut gözükse bile, gösterilecek gayretin, elde edilecek sonuca oranla çok ağır bedel ödemeyi gerektirmesi şarttır. Ancak, bazı hallerde diğer klasik araştırma tedbirlerinin uygulanması, şüpheli açısından daha olumsuz etkiler doğurabilir. *Menfaatlerin dengelenmesi teorisi* içinde, yürütülen soruşturmanın kapsamı ile, bireyin temel hakları karşılaştırıldığında, birinci husus esaslı şekilde ağır basarsa, dinleme tedbirine başvurulabilir.

En son çare olma meselesi, klasik koruma tedbirleri ile gizli araştırma tedbirleri arasında olduğunda, klasik tedbirler uygulanmadan gizli tedbire baş vurulamayacağı söylenebilir. Fakat gizli soruşturma tedbirleri arasında da öncelik sonralık bulunup bulunmadığı tartışma konusu olmuştur. Bu konudaki açıklamalar için teknik araçlarla izleme bahsine bakınız **(No)**.

3. *Dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri uygulanabilen suçlar.*

a) *Katalog suçlar.*

CMK sadece 135/6'da sayılan belirli suçlarda²⁷⁷⁸ iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararının verilmesini kabul etmiştir.²⁷⁷⁹ *Teşebbüs* halinde kalan suçlar, iletişimin denetlenmesi açısından *tamamlanmış suç* gibi ele alınır.²⁷⁸⁰ CMK dışında da bazı kanunların iletişimin denetlenmesi tedbirine yer verdiği görülmektedir. Örneğin *Futbol ve Diğer Spor*

²⁷⁷⁸ Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (TCK 79, 80); kasten öldürme (TCK 81, 82, 83), işkence (TCK 94, 95), cinsel saldırı (TCK 102, birinci fıkra hariç), çocukların cinsel istismarı (TCK 103), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK 188), para sahtecilik (TCK 197), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK 220; 2,7 ve 8 nci fıkralar hariç), *fuhuş* (TCK 227/3) (2005.5353 ile eklendi), ihaleye fesat karıştırma (TCK 235), rüşvet (TCK 252), suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (TCK 282), silahlı örgüt (TCK 314) bu örgütlere silah sağlama (TCK 315), Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk CK 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337), Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkındaki Kanundaki silah kaçakçılığı suçları (m.12), *Bankalar Kanununun 22 inci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu* (2005.5353 ile eklendi), Kaçakçılıkla Mücadele Kanunundaki hapis cezasını gerektiren suçlar, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 ncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

²⁷⁷⁹ TMK da 2006-5532 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, CMK 135/6,9,8 alt bentlerindeki istisnaların uygulanmayacağı kabul edilmiştir.

²⁷⁸⁰ Bizce teşebbüs öncesindeki hazırlık hareketleri de, iletişimin dinlenmesi için yeterli sayılabilir. Ancak, bu hazırlık hareketlerinin somut, belirli bir suçun hazırlık hareketleri olduğunun anlaşılabilir olması gereklidir.

Müسابakalarında Bahis ve Şans Oyunlarının Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 5/1-a,b,c ve ç bentleri ile TCK 228/3 ve 4 bakımından; *Sporda Şiddetin Önlenmesi Kanunu* şike ve teşvik primi suçu bakımından (m. 23/2); *Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Kanunu* esrar elde etmek amacıyla kenevir ekme suçu bakımından (m. 23/6) iletişimin denetlenmesi tedbirine yer verilmiştir. Bu düzenlemeler CMK 136/9 ile çelişmektedir.²⁷⁸¹

Kanunlardaki listede yer alan suçlar, kıyas yoluyla genişletilemez. Her ne kadar, ceza muhakemesi hukukunda kıyas yapılabilirse de hakları kısıtlayan yönde kıyas kabul edilemez. Bu nedenle, kapsam dışında kalan diğer suçlarda iletişim denetlenirse bu hukuka aykırı olur. Anayasa Mahkemesi *Abdulvahap Kaçar ve Ercan Kaçar* bireysel başvurusunda temel hak ihlali tespit etmiş, Yargıtay da katalog dışı suça ilişkin elde edilen delillerin hukuka aykırı delil kapsamına girdiğine karar vermiştir.²⁷⁸²

Kanunun sadece sınırlı sayıdaki suçlarda iletişimin belli yöntemlerle denetlenmesini kabul eden bu düzenleme²⁷⁸³ uluslararası standartlara uygundur: Kişi hak ve özgürlükleri, Kanun ile kısıtlanırken, uyulması gereken temel ilkelerden biri, ölçülülük ilkesidir. Basit suçlarda kişi hak ve özgürlüklerine, ağır müdahaleler yapılırsa, toplum bundan rahatsız olur. Fakat Devlet ağır suçlarla ihlal edilen büyük toplumsal menfaatleri korumak amacıyla, hakları sınırlandırırorsa, bireyler, bu fedakarlığa katlanmayı kabul eder.

Katalog dışı tüm suçlarda *iletişimin tespiti* işlemi (aşağıda II, CMK 135/6) yapılabilir. *İletişimin tespitinde* konuşmanın içeriği dinlenmediği için, özel hayata kapsamlı bir müdahale sayılmayan, bir numaranın hangi numaralarla konuştuğunu belirlemek, aslında kişisel veri niteliğinde olduğu ve özel hayatı ilgilendirdiği için, hâkim kararı ile olmak koşulu ile her suçta yapılabilir. *İletişimin tespiti* işleminin katalog dışı suçları da kapsamı, Yargıtay 5. CD'nin kararında da belirtildiği gibi uygun ve yerindedir.²⁷⁸⁴

b) Katalogda yer alan suçlarda yapılan değişiklikler.

Dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin sadece CMK 135/8'de yer alan suçlarda uygulanabilmesi, listedeki suçlara ekleme yapılması veya bazı suçların listeden çıkartılması halinde delil yasağı oluşmasına neden olur. Örneğin, listede yer almayan şantaj suçuna ilişkin konuşmaların yer aldığı tesadüfi delillerin hüküm verirken kullanılmayacağına karar

²⁷⁸¹ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile mülga Bankalar Kanunu da (4383 “2003-5020” m. 26), iletişimin dinlenmesi açısından mülga 4422 No’lu Kanuna atıfta bulunmaktaydı.

²⁷⁸² AYM 23.3.2018, *Abdulvahap Kaçar ve Ercan Kaçar*; Yargıtay, irtikâp suçunun CMK 135/8'de sayılan listede yer almaması nedeniyle, kurulan mahkûmiyet kararını bozmuştur (5. CD 8.2.2021, E. 2019/9403, K. 2021/446 (*Nuhoğlu* 2023a, 175)).

²⁷⁸³ Mülga 4422 numaralı Kanuna göre, sadece Kanunda sayılan suçlar bakımından telefon dinleme kararı verilebiliyordu (ÇAÖSK 2/5). 4422 sayılı Kanun terör suçlarını, Kültür ve Tabiat varlıklarını Koruma Kanunu, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanun ve mülga TCK 403, 404, 406’ncı maddelerdeki suçların teşekkül halinde işlenmesi şüphesi bulunduğu dinleme kararı verilmesinin kabul etmişti.

²⁷⁸⁴ “5353 SK’nun 17. maddesiyle değişik CMK’nun 135/6 fıkrasında bu madde kapsamında “dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine” ilişkin hükümlerin fıkra da sayılan katalog suçlarla ilgili olarak uygulanabileceği öngörülmüştür. Soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı telefonuyla yaptığı görüşmelere ilişkin detay bilgilerinin, yani telefonla yapılan bağlantıların kimlerle ve ne zaman yapıldığının belirlenmesi anlamına gelen “tespit” yukarıda belirtilen CMK’nun 135. maddesinin 6. fıkrası kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle, hangi suça ilişkin olursa olsun, şüpheliye ait telefonda kimlerle, ne zaman görüşüldüğüne dair “tespit” CMK’nun 135/1. maddesi uyarınca hâkim veya gecikmesinde sakına bulunan hallerde C. Savcısının kararıyla mümkün olacaktır” (5. CD 03.10.2005, 2005/14969-20489, www.adalet.org). *Nuhoğlu (Ayşe)*: Adli Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Yargı Dünyası, Ağustos 2006, 10.

verilmiştir.²⁷⁸⁵ Diğer bir olayda, listede yer almayan *silahsız örgüte üye olmak* suçuna ilişkin elde edilen deliller bakımından da benzer bir karar verilmiştir.²⁷⁸⁶

KYOK kararı ile sonuçlanan suç işlemek için örgüt kurma ve üye olma suçu nedeniyle yapılan soruşturmada iletişiminin tespit edilmesi sırasında, sanığın suç tarihi itibarıyla katalog suç olmayan bir başka suçunun delili elde edilirse, bu delil hüküm verilirken kullanılamaz.²⁷⁸⁷

Kanun değişikliği daha önceki listede bulunan suç tipini muhafaza etmişse, önceki kanun döneminde yapılan dinlemeden elde edilen delillerin yeni kanun döneminde de kullanılması mümkündür.²⁷⁸⁸

4. İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgisinin değerlendirilmesi kararı.

a) Hâkim kararı.

İletişimin denetlenmesine hâkim karar verir (CMK 135/1).²⁷⁸⁹ Hâkim kararı alınmadan yapılan telefon dinlemeden elde edilen deliller hükümde kullanılamaz.²⁷⁹⁰ Gecikmesinde sakınca bulunan

²⁷⁸⁵ Somut olayda şantaj suçundan sanığın beraatına ilişkin hüküm temyiz üzerine bozulmuş, esas mahkemesinin direnmesi üzerine CGK'ya gelmiştir. Genel kurul kararında şantaj suçu ve teşebbüs konusunda açıklamalar yaptıktan sonra tesadüfi delil kavramını açıklamıştır. CMK amacı olan maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için delil elde etme aşamasında şahsi ve toplumsal değerlerin korunmasının da gerekli olduğunu vurgulayarak delil yasaklarını irdeleyen genel kurul sanığın İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nde Şube Müdürü olarak görev yaptığı dönemde B.A.V üyeleri hakkında yürütülen soruşturma sırasında 27 kişiye işkence yaptığı iddiasıyla hakkında açılan dava sırasında mağdurların davadan vazgeçmeleri aksi takdirde küçük çocuklara tecavüz ettiklerinden bahisle basına ve yargıya bilgi verileceğini söyleyerek kendilerine şantaj yaptığı iddiası söz konusudur. Başka bir suçtan dolayı yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen bu delilin şantaj suçuyla ilgili olması ve şantaj suçunun CMK 135'te sayılan suçlar arasında yer almaması karşısında yasak delil niteliğindeki bilgilerin hükme alınmasının mümkün olmadığı belirlenmiştir. Genel kurul sonuçta bu bağlamda sanık tarafından söylenen şantaj içerikli sözlerin, katılanlarca şikayet tarihinden önce yasak delil niteliğindeki iletişimin tespiti kayıtları dışında başka yollarla öğrenildiğinin belirlenmesi halinde tamamlanmış şantaj suçundan, aksi takdirde teşebbüs aşamasında kalan şantaj suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ile sanığın beraatına karar verilmesinin isabetsiz olduğuna karar verilmiştir (CGK 19.12.2017, E. 2017-4-291, K. 2017/558).

²⁷⁸⁶ Olay tarihinde yürürlükte bulunan CMK 135/6 (a-8) madde hükmü uyarınca suç işlemek amacıyla örgüt kuran veya yönetenler hakkında kurulacak hükümlere esas alınması mümkün iken suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olanlar hakkında kurulacak hükümlere esas alınmaz. Bununla birlikte nitelik değiştirmesi mümkün bulunan suçlar yönünden elde edilen delillerin hukuka uygun yöntemlerle elde edilen delil olarak kabul edilmesi mümkündür. Sanıkların suç işlemek amacıyla kurulan örgütün yönetici mi yoksa üyesi mi oldukları ancak yargılamanın sonunda belli olacağından bu delillerin bir kısım sanıklar hakkında suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olmak suçundan kurulan hükme esas alınmaları bakımından isabetsizlik yoktur (CGK 20.5.2014, E. 2013-/10-468, K. 2014/268).

²⁷⁸⁷ Maddi gerçeğin araştırılması aşamasında kişisel ve toplumsal değerlerin korunması zorunlu (CGK 10.12.2013, K. 2013-599) olduğu için, delil serbestliği ilkesine birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Bunlara delil elde etme yasakları denilebilir: ifade alma ve sorgunun CMK 148 de sayılan şekilde yapılmaması, duruşmada tanıklıktan çekinen tanığın ifadesinin okunmaması, iletişimin denetlenmesinden elde edilen tesadüfi delillerin kullanılmaması gibi yasaklar vardır. Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılmaması açısından, önemsiz veya şekli hukuka aykırılık ayırımı yapılamaz (CGK 22.1.2008, K. 2008-3). Yargılamanın bir bütün olarak adil yapılmış sayılması dahi, hukuka aykırı dinleme tutanaklarının delil olarak kabul edilebileceği anlamına gelmez. Tesadüfi delilin derhal Cumhuriyet savcılığına bildirilmemesi (CMK 138/2), delili hukuka aykırı delil haline getirir (17 CD 16.7.2018, E. 2017-5434, K. 2018/10198).

²⁷⁸⁸ Ceza Genel Kurulu'nun 4.7.2006 gün ve 127-180 sayılı kararında açıkça vurgulandığı gibi, 4422 sayılı Kanun döneminde yapılan dinlemeler sadece bu yasada katalog halinde sayılan suçlarda uygulanabiliyordu. Bu döneme ait tespit ve dinlemelere ait deliller sadece bu katalogdaki suçlar bakımından hukuka uygun sayılacak ve yargılamada delil olarak kullanılabilir (CGK 14.10.2008, E. 2008/8-49, K. 2008-219).

²⁷⁸⁹ Hâkimden karar vermesini istemek yetkisi bulunmayan bir kişinin istemi üzerine verilen hakim kararına dayanarak yapılan dinleme veya kayda alma işlemleri de hukuka aykırı delil üretir. Somut olayda adalet başmüfettişi yetkisi olmadan talepte bulunarak aldığı mahkeme kararlarına ve gecikmesinde sakınca bulunduğunu belirterek kendisinin verdiği kararlara dayanılarak iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirleri uygulanmıştır. Yüce Divan hukuka aykırı olan bu delillerin hükme esas alınmayacağını belirtirken Anayasanın 38/6. maddesindeki "kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak değerlendirilemez" kuralına dayanmıştır. Yüce divan sadece gizli soruşturma yöntemleriyle elde edilen delillerin yasak delil olduğunu belirlemekle yetinmemiş, aynı zamanda bu işlemleri yapan kolluk görevlilerinin duruşmada tanık olarak dinlenilmelerinin de mümkün olmadığına karar vermiştir. Böylece Yüce Divanın 19.12.2012/1 sayılı kararı ile yasak delilden yola çıkılarak elde edilen delilin de kullanılamayacağı, yani *zehirli ağacın meyvesi* teorisini kabul ettiği görülmektedir (AYM Yüce Divan 19.12.2012, E. 2011/1, K. 2012/1).

²⁷⁹⁰ Somut olayda kolluk görevlileri sanığın silah ticareti yaptıklarına ilişkin aldıkları bir duyum üzerine, hâkim kararı ve C. savcısının emri olmaksızın sanığa ait telefonu dinlemişler; telefon konuşmalarından silah ticareti yaptığı sonucuna vardıkları sanığın evinde arama yapmış ve 1 adet tabanca ile mermiler bulmuştur. Yerel Mahkeme sanık hakkında silah ticareti yapmak suçundan mahkumiyet hükmü kurmuş; Yargıtay 8. Ceza Dairesi, telefon dinlemenin kanuna aykırı olması nedeniyle bu delilin

hallerde Cumhuriyet savcısı da iletişimin denetlenmesi *emri* verebilir. C. savcısı kendi verdiği *kararını* derhal hâkimin onayına sunar ve hâkim kararını en geç 24 saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde, tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır.

Hâkimin verdiği karar, *ileriye dönük bir karar* olup, karar tarihinden sonra yapılacak olan iletişimin denetlenmesi işlemlerine, ileriye yönelik olarak²⁷⁹¹ yetki verir.

C. savcısının hâkim onayına sunulan iletişimi denetleme kararı, hakim tarafından onaylanmadığı takdirde, uygulamaya, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal son verilir ve denetlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir (CMK 137/3).²⁷⁹²

Burada *delil yasağı* yaratılmıştır: C. savcısının kararı ile yapılan denetlemeler bu süre içerisinde hukuka uygundur ve bu işlemde elde edilen bilgilerin, hüküm verilirken kullanılabilmesi düşünülebilir. Ancak, Kanun kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasına verdiği büyük önem dolayısıyla, C. savcısının kararının hâkim tarafından onaylanmadığı takdirde, yapılan denetlemeye ilişkin kayıtların C. savcısının denetimi altında en geç 10 gün içinde yok edilerek, durumun bir tutanakla tespit edilmesinin emrettiği için (CMK 137/3), “hukuka uygun,, olarak yapılan bu kayıtların dahi delil olma kabiliyeti yoktur.

Kanaatimizce, C. savcısının sonradan onaylanmayan kararı üzerine canlı dinleme yapıldı ise, dinleyen kolluk memurunun tanıklığı ile ispat yolu açık olmalıdır.

b) İletişimin denetlenmesi tedbirlerinin süresi.

İstihbarat (No.), suç önleme (No.) ve delil etme (No.) amaçları ile uygulanabilen iletişimin denetlenmesi tedbiri, delil elde etmek amacı ile uygulandığında da dinleme, tespit ve mobil telefonun bulunduğu yerin tespiti gibi farklı tedbirler şeklinde düzenlenmiş ve süreler de farklı olarak ele alınmıştır:

i) İstihbarat amaçlı iletişimin dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve iletişimin tespiti işlemleri bakımından uygulama kararı en fazla üç ay için verilebilir. Bu süre üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, casusluk faaliyetlerinin tespiti ve terör örgütünün faaliyeti kapsamında devam eden tehlikelere karşı üç aydan fazla olmamak üzere süre müteaddit defalar uzatılabilir (MİTK 6/4).

ii) Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim veya internet bağlantı adresleriyle internet kaynakları arasındaki veri trafiği ile iletilen verilerin suç önleme amacı ile tespit edilmesi, dinlenmesi, sinyal bilgileri değerlendirilmesi veya kayda alınması kararı en fazla üç ay için verilebilir; bu süre üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, hâkim terör örgütünün faaliyeti kapsamında devam eden tehlikelere karşı üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir (PVSK EK 7/4).

iii) Delil elde etmek amacı ile iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgisinin değerlendirilmesi kararı en çok iki ay için verilebilir; bu süre bir ay daha uzatılabilir. Örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda, bu sürelere ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere, sürenin uzatılmasına hakim karar verebilir (CMK 135/4).

iv) Şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespiti bakımından Kanun üst süre göstermemiş, fakat soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının, kovuşturma evresinde mahkemenin

hükme esas alınmayacağını, diğer delillere göre ise sanığın eyleminin 6136 sayılı Kanununun 13/1. maddesine uyan silah bulundurma suçunu oluşturduğunu belirterek hükmü bozmuştur (8 CD 23.1.2009, K. 2009/156).

²⁷⁹¹ Kaymaz 2009, 35. İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin 12/4 maddesinde de, *dinleme veya tespit kararlarındaki sürenin, kararın TİB de sisteme tanıtıldığı anda başlayacağı* hükmü yer almaktadır. Teknik olarak sistemde kalabilen, karar öncesinde depolanmış olan verilerin elde edilmesinin *iletişimin denetlenmesi* niteliğinde olmadığını kabul eden Kaymaz (2009, 39), bu görüşünü doktrine (Erdem/Özbek 2000, 266) de dayandırmaktadır. Bizce de, geçmişe yönelik delil elde etmeyi amaçlayan kararlar, iletişimin denetlenmesi kararı özelliği taşımayıp, arama kararı nitindedir ve bilgisayarlarda kalan elektronik verilerin aranması (*production order*) biçiminde olduğu için, bilgisayarda arama ile ilgili kurallara tabidir.

²⁷⁹² Mülga Çıkar Amaçlı Örgüt Suçlarıyla Mücadele Kanununa göre, karar almadan yapılan dinleme veya tespit işlemlerinin üç gün içinde hâkim kararına bağlanması şarttır. Ancak bu süre içinde yapılan işlemler hukuken geçerli idi (ÇASÖMK m. 2/5).

vereceği kararda tedbirin uygulanacağı sürenin belirtilmesi öngörülmüştür. İletişimin tespiti tedbiri açısından süre uzatma yetkisi verilmemiştir (CMK 135/6). Kanunda tedbirin uygulanacağı süre açıkça gösterilmediği için, kıyas yolu ile daha kısa olan mobil telefonun bulunduğu yerin tespiti kararındaki sürenin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

v) *Mobil telefonun bulunduğu yerin tespiti tedbiri* açısından ise, Kanun en çok iki ay süre tanımış ve bu sürenin bir ay daha uzatılmasına olanak tanımıştır (CMK 135/5).

vi) *Tedbirin süresinin uzatılmasına* hâkim karar verir. Savcı sadece *gecikmede tehlike olan hallerde* yetkili olduğu için, uzatma emri veremez. Üç ay veya daha fazla devam eden bir denetlemenin uzatılması açısından, gecikmede tehlike söz konusu olmaz. Sürenin bitmesine doğru, savcılık ve kolluk harekete geçmeli ve vaktinde uzatma kararını hâkimden talep etmelidir.²⁷⁹³ Hâkimin uzatma kararı verebilmesi için, ilk denetleme kararı verilirken güdülen amaca, henüz ulaşılamamış, fakat ulaşmanın henüz mümkün olması şarttır. Uzatma kararı verilebilmesi için yapılmış olan denetlemeye ilişkin kayıtların çözülüp hâkim önüne getirilmesi gerekir. Hâkim bu çözümleri inceleyip, uzatmanın gerekli olup olmadığı kararını ona göre verir.²⁷⁹⁴ Bundan çıkan sonuç şudur; failin bulunduğu yerin tespit edilemeyeceği ortaya çıkmışsa veya denetleme ile dahi delil elde edilemeyeceği anlaşılmışsa, tedbir artık uzatılamaz.

vii) *İletişimin hiç kesintisiz bir şekilde dinlenmesi daha ağır bir tedbirdir.* İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgisinin değerlendirilmesi, özel hayat açısından ağır bir kısıtlama oluşturduğu için, hâkim kararını verirken, *bilgi elde edilebilecek en uygun zamana mahsus dinleme yapılması* yöntemini de uygulayabilir; örneğin gündüz iş saatlerinde büro telefonlarının, akşamları ise ev telefonlarının dinlenmesini emredebilir. Böylece, dinlemenin kesintili olması, kişi haklarını koruma amacına hizmet etmiş olur.

viii) *Tedbirin sonlandırılması* için kanunda belirlenen üst sürenin dolması beklenmemelidir. İletişimin denetlenmesi tedbiri, hangi tür olursa olsun, *amaç elde edildiği vakit* sona erer. Denetlemenin amacı, suç fiili ile ilgili araştırma yapmak, bilgi toplamak ise, arama, elkoyma, yakalama, ifade alma gibi diğer klasik araştırma tedbirlerinde biri uygulanabilir hale geldiği takdirde, denetleme işlemine son verilmelidir. Denetlemenin amacı, failin kim olduğunun veya failin yerinin belirlenmesi ise, fail ele geçirilince, denetleme işlemine son verilir. İletişimin denetlenmesi sırasında, o şüpheli ile ilgili olarak başlangıçta mevcut olan şüphe sebebi ortadan kalkar veya yetersiz kalır ve “kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilir ya da hâkim onayı alınamazsa, Cumhuriyet savcısı dinleme tedbirine son verir. Elde edilmiş olan veriler Cumhuriyet savcılığının denetimi altında yok edilir ve bu durum bir tutanakla belirlenir (CMK 137/3).

c) *Kararın geçmişe yürütmesi.*

Sürenin işlemeğe başladığı tarih, hâkimin verdiği kararın tarihtir.²⁷⁹⁵ *İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması* tedbiri kararı daima geleceğe yönelik olup belli bir süre için uygulanabilir. Buna karşılık *sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve iletişimin tespiti* kararları geçmişte yapılmış olan iletişimi de kapsar nitelikte olmakla birlikte karar verildikten sonra belli bir süre içinde yapılan iletişimi de kapsar. Kararın verildiği tarihten önceki sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve şüphelinin daha önce yaptığı iletişimin tespiti, aslında parmak izi aramak gibi standart bir araştırma işlemidir. Fakat sanal ortamda bıraktığımız izlerin geriye dönük olarak sınırsız bir şekilde araştırılması özel hayat hakkına büyük bir müdahale teşkil edeceği için, kanun koyucu ister geriye dönük, isterse geleceğe ait olsun iletişim ile ilgili bilgilerin ele geçirilebilmesi için hâkim güvencesi oluşturmuştur.²⁷⁹⁶

ç) *İletişimin denetlenmesi istem ve kararının içeriği.*

²⁷⁹³ Eberhart-Schmidt, Nachtrag, 6.

²⁷⁹⁴ 18. CD 29.4.2015, E. 2015/16, K. 2015/737 (Nuhoğlu 2023a, 179).

²⁷⁹⁵ Almanya da aynı görüşü kabul etmiştir: BGHSt 44, 243; 11.11.1998.

²⁷⁹⁶ Doktrinde de kararın verildiği tarihten önceki sinyal bilgilerinin istenmesinin telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi niteliğinde olmayıp, suç delillerinin muhafaza altına alınması işlemi olduğu belirtilmektedir (Kaymaz 2009, 126).

İletişimin denetlenmesi kararı, yazılı işlemlerden olduğu için, gecikmede tehlike olduğu için savcı tarafından emredilse dahi, yine yazılılık esastır. Cumhuriyet savcısı iletişimini denetlenmesi kararı verilmesi için talepte bulunulurken, talebe hakkında bu madde uyarınca tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcıyı gösterir belge ve rapor ekler (CMK 135/2). Dolayısıyla, bu bilginin hâkimin kararında yer alması gerekir.

İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgisinin değerlendirilmesi kararı belli bir şüpheli hakkında verilmektedir. Bu nedenle her şeyden önce şüphelinin kimliği, yüklenen suçun türü²⁷⁹⁷, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresinin belirtilmesini öngörmüştür (CMK 135/4).²⁷⁹⁸ Kanun veya dememiş, kararda bütün unsurların hepsinin gösterilmesini emretmiştir. Katalogta sayılan suçlardan birini işlediğine dair *somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin* neler olduğu ve uğraşıldığı, fakat *başka suretle delil elde edilemediği tespiti* de kararda yer almalıdır (CMK 135/1). İletişimi denetlenecek olan şüpheli, başkasının telefon, faks veya bilgisayarını kullanıyorsa, bu takdirde mahkeme kararında bu şahsın da isim ve adresinin bulunması gereklidir.

İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgisinin değerlendirilmesi kararında yapılacak işlemin ne olduğu da açıklanmalıdır: dinleme, kayda alma veya sinyal bilgisinin değerlendirmesi yöntemlerinden hangisi veya hangilerine karar verildiği açıkça belirtilmelidir.

Faks ile yapılan haberleşmelerde veya bilgisayarların telefon ağı ile birbirine bağlandığı internet üzerinden yapılan yazışmalarda, *dinleme* değil, *okuma* söz konusu olacaktır. Hâkim, kararını verirken, bunu ayrıca belirtmek mecburiyetinde değildir. Zira iletişimin denetlenmesi, bunu da kapsamına almaktadır.

d) Yetkili hâkim.

Ceza Muhakemesi Kanunu iletişimin denetlenmesi kararını verecek makam bakımından özel bir düzenleme yapmamış, sadece *iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgisinin değerlendirilmesi kararının hâkim tarafından verileceğini* belirtmekle yetinmiştir (CMK 135/1, cü.1). Hâkimin verdiği İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgisinin değerlendirilmesi kararı, *hâkimlik makamı kararı* olup, *yazılı bir işlemdir*. Gecikmede sakınca olduğu için savcı tarafından emredilse dahi, yine yazılılık esastır, sözlü emir verilebilmesi kabul edilmemiştir.

Gizli soruşturma yöntemlerini düzenleyen hükümlerin gelişme süreci zarfında bir ara kararın ağır ceza mahkemesi tarafından oy birliği ile verilmesi²⁷⁹⁹ esası da benimsenmiş olsa da, halen yürürlükte olan düzenlemeye göre iletişimin denetlenmesi kararını soruşturma evresinde sulh ceza hakimliği, kovuşturma evresinde ise davaya bakan mahkeme vermektedir.

²⁷⁹⁷ Kanunumuza göre, iletişimi denetlenecek olan şüphelinin, hangi suç veya suçları işlemekten şüpheli olduğu da belirtilir. Bu suç şüphesinin dayandığı şüphe sebeplerinin de hangi delillere dayandığı belirtilecek ve bu şüphe sebebinin kuvvetli olduğu kararda irdelenecektir. Bu açıklamalar doğrultusunda, kanunumuzdaki “suçun adının açıklanması” mecburiyetini; “şüphelinin suç işlediğinden kuşkulunmayı gerektiren fiillerin açıklanması” olarak anlamak gerektiği kanaatindeyiz.

²⁷⁹⁸ Kanunun düzenlemesine göre, denetleme kararında; suçun, kişinin kimliğinin, telefon numarasının hepsinin birlikte yazılması mecburidir. Kanun “veya” dememiş, kararda bütün unsurların hepsinin gösterilmesini emretmiştir. Bu düzenleme gerçekçi bir yaklaşım değildir. Bu kadar ince ayrıntı biliniyorsa, iletişimin denetlenmesi tedbirine ihtiyaç da yoktur, artık genel hükümler uygulanabilir.

²⁷⁹⁹ İletişimi dinleme ve tespit etme kararını verecek olan hâkim, yetkili Devlet Güvenlik Mahkemesinin 1 numaralı dairesinin yedek üyesi, yetkili savcı ise, Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı idi (ÇASÖMK m. 11/2). Önce 2001-4723 numaralı Kanun ile, iş yükü gerekçe gösterilerek, 1 Numaralı dairesinin yedek üyesinin dinleme kararı vermesi uygulamasına son verildi, yetki genişletildi. Bizce daima aynı savcının görevlendirilmesinde yarar vardır. Bu suçlarla ilgili araştırmalarda gizlilik büyük önem taşıdığı için, konuyu bilen kişilerin sayısının en aza indirilmesi gerekir. Bir insan bilmediği şeyi söyleyemeyeceği için, öğrenmemek asıl olmalıdır. Devlet Güvenlik Mahkemeleri 2004-5190 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılınca, dinleme kararı verme yetkisi “1412 sayılı Kanunun 394/a maddesi gereğince görevlendirilen ağır ceza mahkemesine, üyesine” devredilmişti (2004-5190 geçici m. 5). Çıkar amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun düzenlediği; ‘gizli izleme’ (m. 3) ‘kayıt ve verilerin incelenmesi’ (m. 4), ‘gizli görevli kullanılması’ (m. 5), ‘hak ve alacaklara ilişkin tedbirler alınması’ (m. 6) ve ‘tanığın ve görevlilerin korunması’ (m. 7) kararlarını vermek açısından da aynı kurallar uygulanır ve aynı makamlar yetkili idi. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 2004.5101 numaralı Kanun ile değişik 75. maddesine göre: Bu Kanunda belirtilen suçlara, unsurlarını taşıması halinde 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun ilgili hükümleri uygulanır”.

e) Kararın gizliliği.

Ceza Muhakemesi Kanunu soruşturmanın gizliliğini temel ilke olarak benimsemiş (CMK 157) ve bunun ihlalini suç olarak düzenlemiştir. Ayrıca CMK 135 hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemlerin de tedbir süresince gizli tutulması (CMK 135/7) kuralı vardır.²⁸⁰⁰ İletişimin denetlenmesinin gizliliğin ihlali, bir yandan soruşturmanın gizliliğinin ihlalini oluşturur (TCK 285), diğer yandan ise, kişi ilgili soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntüleri yetkisiz olarak naklederse, TCK 286'daki suçu da işlemiş olur.

f) Karara itiraz sorunu.

Gizli soruşturma tedbirlerinin hepsi bakımından ortak konu olan hâkim kararına *itiraz meselesi* öğretide tartışmalıdır. Bir görüş, gizli verilen hâkim kararı yerine getirilmiş olduğu için, bu kararlara artık itiraz edilemeyeceğini kabul eder. Biz ise, hakimlik makamı kararlarına kural olarak itiraz edilebileceği, itiraz edilmeyen hakimlik kararlarının Kanunda gösterilmiş olduğu için, gizli soruşturma tedbiri kararlarına da kararın öğrenildiği tarihten itibaren itiraz edilebileceği görüşündeyiz. Karar yerine getirilmiş olsa bile, kararın kendisi hukuka aykırı idi ise, elde edilen delilin hukuka aykırı delil hale geleceği için, itirazda hukuki menfaat bulunduğu da açıktır.

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının (TİB) internet ortamında işlenen suçları izlemek görevi yanında (No.), iletişimin denetlenmesi kararlarını inceleme yetkisi de vardır. 10.11.2005 tarihli Resmî Gazetede yayınlanmış olan *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınması ve Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik (TelekomünikasyonY)*, hâkim kararına itiraz yetkisi vermemişse de, hakim kararının uygulanması bakımından bir düzenleme yapmıştır. Buna göre, hâkim kararları veya yazılı emirler elektronik ortamda Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına gönderilir. Başkanlık bu karar ve emirlere inceler ve *yönetmeliğe uygun olduğu tespit edilen yazılı emirler yerine getirilir* (TelekomünikasyonY 10). Benzer şekilde yönetmeliğe aykırılığı tespit edilen istihbarat amaçlı verilen hakim kararları MİT Başkanlığına iade edileceği gibi (TelekomünikasyonY 7/2), suç önleme amaçlı karar ve emirlerin yönetmeliğe aykırılığı tespit edildiğinde Emniyet Genel Müdürlüğüne (TelekomünikasyonY 5) veya Jandarma Genel Komutanlığına iade edilmesi mümkündür (TelekomünikasyonY 6).

Böylece hâkim kararı ve yazılı emirlerin doğrudan işletmecilere gönderilmesi engellenmiş, yerine getirilmelerinin ilgili işletmeci kurum görevlilerince, Başkanlığın nezaretinde gerçekleştirilmesi sağlanmıştır. Telekomünikasyon hizmeti sağlayan kuruluş veya telefon idaresi ise, hâkimden yazılı karar veya savcıdan yazılı emir geldiği hallerde, *hâkimin verdiği kararın hukuka uygun olup olmadığını* denetlemek yetkisine sahip değildir. Aynı şey savcının yazılı emri bakımından da geçerli olup, işletmeci gecikmenin sakınca yaratıp yaratmayacağını araştıramaz.

g) Kararın dosyada bulunması gerekir.

Ceza Yargılamasının amacı, somut gerçeğin ortaya çıkarılması olup bunun için başvuru kanıtlanma araçlarından biri de belgelerdir. Yargılama makamları suç isnadı nedeniyle oluşan uyuşmazlığı çözümlerken ele geçirilen ve kendiliklerinden getirilen ya da iddia ve savunma doğrultusunda sunulan belgelerin güvenilirliğini de denetlemek durumundadırlar. Güvenilirliğin denetlenebilmesi için belgenin aslının veya bunun olanaklı olmaması halinde de aslına uygunluğu yetkili makam veya kişilerce onanmış örnek ya da kopyalarının dosyaya konulması gerekir.²⁸⁰¹ Bazı hallerde kararda birden fazla hukuka aykırılık vardır. Yargıtay bozmanın tamlığı ilkesi gereğince bunları sayma yöntemi ile göstermektedir.²⁸⁰² Tek hukuka aykırılık dinleme kararının aslının dosyada olmaması da bozma

²⁸⁰⁰ Mülga 4422 gereğince yürütülen işlemler ve kararlar gizli idi. Gizliliği kasten ihlal edenler hakkında hapis cezası öngörülmüştü (4422 m. 10).

²⁸⁰¹ CGK 12.4.2011, K. 2011-51

²⁸⁰² 1- CMK'nın 135, 206/2-a, 230/2 ve 217. maddeleri gereğince iletişimin tespitine dair kararların dosya içerisine konulması ve duruşmada okunmak suretiyle delillerin hukuka uygun ya da aykırı olup olmadıklarının tartışılıp değerlendirilmesi, 2- CMK'nın 230/1. maddesi uyarınca gerekçeli kararda iddia ve savunmada ileri sürülen görüşlerin gösterilmesi; 3- 5237 sayılı TCK'nın 7/2, 5252 sayılı Yürürlük Kanunu'nun 9/3. maddeleri uyarınca, suç tarihinde yürürlükte olan 765 sayılı Kanun ile sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı Kanun'un hangisinin sanıklar yararına olduğunun yöntemine

nedenidir.²⁸⁰³ Birden fazla sanık hakkında birden fazla iletişimin dinlenmesi kararı varsa, bunların hepsinin aslının dosyada bulunması gerekir.²⁸⁰⁴

h) Hat sahibinin rızası sorunu.

İletişimin denetlenmesine, hâkim karar verirse de hak sahibinin rızası varsa, hâkimden karar almaya gerek yoktur. Yargıtay da CMK 332 hükmüne dayanarak, suçtan zarar görenin rızası varsa, C. savcısının TİB den bilgi istemesini kabul etmektedir. Ceza hukukunda önceden verilen rıza, belli haklar açısından, hukuka uygunluk sebebi sayılmıştır. Arama açısından Danıştay aksi görüştedir.

Telefonunun banda kaydedilmesi hariç, sadece dinlenmesine rıza gösteren hat sahibinin bu rızasının hukuka uygunluk sebebi oluşturacağı ve ayrıca hâkim kararı alınmasına gerek bulunmadığı, oybirliği ile kabul edilmektedir.²⁸⁰⁵ Buna karşılık, hat sahibi telefon konuşmasının *banda kaydedilmesine* rıza gösterirse, bu rıza StGB 201/I'e aykırı olduğu için, geçersiz sayılmaktadır.²⁸⁰⁶

5. İletişimi dinlenebilen kişiler.

a) Şüpheli veya sanığın iletişiminin dinlenmesi.

Türk hukukunda hakkında denetleme tedbirine başvurabilecek kişi, şüpheli veya sanıktır. Kendisinden şüphelenilmeyen kişinin ve müdafinin iletişiminin denetlenmesi kabul edilmemiştir. Hakkındaki hüküm kesinleşmiş olan bir hükümlü hakkında da iletişimin denetlenmesi kararı verilemez.²⁸⁰⁷ Buna karşılık, mukayeseli hukukta, bu mümkündür.²⁸⁰⁸ İletişimin denetlenmesi kararının verilebilmesi için, üçüncü şahsın şüpheliyi teşhis etmiş olması da şart değildir.

uygun olarak tartışılması, 4- 765 sayılı TCK'nın 29 ve 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesi uyarınca, kurulan hükümlerde temel ceza belirlenirken farklı cezalar öngörülmesi nedenlerinin açıklanması, 5- CMK'nın 177. maddesi uyarınca sanık Özgün'ün bilirkişi incelemesi yaptırılması konusundaki isteği hakkında karar verilmesi, 6- Yargı görevlerinin etkilenmesine kalkışılan "Neşter" davasında tahliye kararı veren Ankara İki Nolu DGM Yargıçları, "Hayat Bilgisi" davasında görev yapan İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi Yargıçları, "Santral" davasının görüldüğü Ankara Onuncu İdare Mahkemesi Yargıçları ve "Pasaparola ve Pazar Yıldızı" davasında Ankara Altıncı Asliye Ticaret Mahkemesi Yargıçlarının tanık olarak dinlenerek kanıtların birlikte değerlendirilmesi, 7- CMK'nın 7, 209, 215, 217 ve doğrulanlık, yüz yüzelik, sözlülük ilkeleri ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 06.05.2008 gün 90-100 sayılı kararı uyarınca, sanığın yöntemince sorgusunun yapılması ve görevsiz mahkemede dinlenen tanıkların yeniden dinlenmeleri, istinabe yoluyla dinlenen tanıkların anlatımlarına ilişkin tutanakların dosya içerisine konulması, 8- CMK'nın 232/7. maddesi uyarınca gerekçeli kararın mühürlenmesi, 9- Sanıklar Cenk, Galip ve Özgün'ün adli sicil kayıtlarının dosyaya getirilmesi, Gerekirken eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle hükümler kurulması, Bozmayı gerektirmiş ve hükümlerin bozulmasına karar verilmiştir (4. CD 10.7.2008, E. 2008/8558, K. 2008-15780).

²⁸⁰³ Dosya içinde onanmış suretleri bulunan Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesince gönderilen 19.08.2004 tarihli iletişim tespit tutanağına esas alınan Ankara I. Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesi Hakimliğinin 08.06.2004 tarih ve 2004/1145 D.İş sayılı kararı ile 21.08.2004 günlü iletişim tespit tutanağına esas, Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesinin 25.08.2004 tarih ve 2004/615 D.İş sayılı kararının okunaklı ve tasdikli suretleri getirilmeden eksik soruşturma ile karar verilmesi, Usule aykırı, sanıklar müdafilerinin duruşmalı incelemede ve dilekçesindeki, C. Savcısının temyiz itirazları bu sebeplerle yerinde görüldüğünden sair cihetleri incelenmeksizin hükümlerin tebliğnamedeki düşünce gibi bozulmasına, 12.06.2007 gününde oybirliği ile karar verildi (1. CD 12.6.2007, E. 2006/6595, K. 2007-4754).

²⁸⁰⁴ İncelenen dosyada ise toplam 13 adet iletişim tespit tutanağı mevcuttur. Bunlardan sanık ile ağabeyi arasında 20.05.2003 tarihinde gerçekleşen görüşmeye ilişkin tutanağı Ankara 1 No'lu DGM Yedek Hakimliğinin 23.05.2003 gün ve 630 D.İş sayılı kararı ile yapılan dinleme işlemine esas olduğu, bu kararın yargılama sırasında getirildiği anlaşılmaktadır. Ancak, mahkumiyet kararında sübut kanıtı olarak benimsenen telefon görüşmesi de dahil olmak üzere diğer oniki görüşmenin dinlenilmesinin dayanağını oluşturan, iletişimin tespitinin, kim hakkında, hangi iletişim araçları bakımından ve ne süreyle gerçekleştirildiğini gösteren, dolayısıyla telefon görüşmelerine ilişkin kanıtın hukuka uygun biçimde elde edilip edilmediğinin ve kimler hakkında hangi suçla sınırlı olarak kanıt sayılacağına denetlenmesini sağlayacak olan Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi C. Başsavcılığının istem yazısı ile Ankara 1 Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesi Yedek Hakimliğinin 07.05.2003 gün ve 563 sayılı dinleme kararı dosyaya getirilmemiş, CYY'nin 209. maddesi uyarınca duruşmada okunmamış, ulaşılan kanıtın hukukiliği Yargıtay'ca denetlenebilir açıklıkta olmak üzere Hüküm Mahkemesi'nce tartışılmamış, buna mukabil mahkumiyet hükmüne dayanak alınmıştır. Bu itibarla, hükmün bu yönüyle de bozulması gerekmektedir (CGK 4.7.2006, E. 2006/5-127, K. 2006/180).

²⁸⁰⁵ BGHSt 39, 335; Welp NSTZ 1994, 294; Mahnkopf/Döring NSTZ 1988, 112.

²⁸⁰⁶ Kühne 2003, Rn. 526.

²⁸⁰⁷ Welp 52.

²⁸⁰⁸ Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 100a maddesinin 2. cümlesine göre, şüpheli dışındaki kişiler bakımından da denetleme kararı verilmesi mümkündür. Şüphelinin kullandığı telefon bağlantısının sahibi olan kişi de, telefonunun

b) *Müdafinin iletişiminin dinlenmemesi kuralı.*

i) *Müdafinin şüpheli ile iletişimi.*

Müdafinin savunma dokunulmazlığı bulunduğu için, avukatın şüpheli ile yaptığı görüşmenin çıplak kulakla dinlenmesi yasak olduğu gibi (CMK 154), telekomünikasyon yolu ile şüpheliyle²⁸⁰⁹ yaptığı iletişim dinlenemez, kayda alınmaz, sinyal bilgisi değerlendirilemez (CMK 136), postaya elkonulamaz.

Türk hukukunda müdafinin şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla iletişiminin dinlenmesi, kayda alınması, tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yasaklanmıştır (CMK 136). Bu yasak müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında kabul edilmiş, ancak her nedense mobil telefon CMK 136. maddede sayılmayarak hariç tutulmuştur. Mobil telefonun kapsam dışı tutulmasına bir anlam veremediğimiz için burada bir kanun yapma hatası olduğunu düşünüyoruz.

Alman Anayasa Mahkemesi müdafinin iletişiminin denetlenmesi ve kaydedilmesinin ilke olarak Anayasaya aykırı olmadığına, ancak müdafinin sahip bulunduğu savunma dokunulmazlığı doğrultusunda, şüphelinin müdafisi ile yaptığı iletişimin, hiçbir şart altında denetlenemeyeceğine karar vermiştir.²⁸¹⁰

ii) *Müdafinin bürosundaki iletişimin denetlenmesi.*

Kanun müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları ile avukat bürolarının aranmasını (CMK 130) düzenlemişse de iletişimin denetlenmesinde sadece *müdafî statüsündeki avukatı* öngörmüş, aramalarda ise, hukuk davalarını kapsayacak bir şekilde *avukat* terimini kullanmıştır. CMK 130/2'de ise *tanıklıktan çekinebilecek kişiler* terimi vardır. Tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında CMK 46'da avukatlar da yer aldığı halde kanun koyucu müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telefonların da *şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla* denetlenemeyeceğini hüküm altına almıştır (CMK 136). Bu düzenleme, CMK 154 ile uyumludur: Nasıl müdafinin şüpheli veya sanık ile yazışmaları denetime tabi tutulamıyor ve müdafinin bürosunda yapılacak arama özel kurallara bağlı ise (CMK 130), iletişimin dinlenmesi bakımından da CMK 136'daki özel düzenleme kabul edilmiştir.

c) *Tanıklıktan çekinme yetkisine sahip kişiler.*

Şüphelinin tanıklıktan çekinebilecek diğer kişilerle yaptığı telekomünikasyon yolu ile iletişim *kayda* alınmaz (CMK 135/2). Tanıklıktan çekinebilecek olan kişilerin CMK 45, 46 ve 48'nci maddelerde öngörülen kişiler olduğu göz önünde tutulursa, şüphelinin nişanlısı, eşi, üst soyu, kayın hısımları ile yaptığı iletişim ve meslekleri sebebiyle tanıklıktan çekinebilecek olan avukat, hekim, diş hekimi, eczacı, ebe, mali müşavir ve noter ve yakınlarını ve kendisini ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikteki konuşmaların dinlenemeyeceği anlaşılmaktadır.²⁸¹¹ Kanaatimizce, tanıklıktan çekinebilecek kişiler

denetlenmesine katlanmak zorundadır; gittiği evin sahibinin, şüphelinin arkadaşlarının veya sürekli devam ettiği kahvenin telefonu gibi. Telefon sahibinin, telefonun şüpheli tarafından kullanılmakta olduğunu bilmesi zorunlu değildir.

²⁸⁰⁹ 2007 tarihli İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği'nin 7. maddesinde "suç şüphelisi olmayan" müdafinin ... telekomünikasyon araçları hakkında CMK 135. madde hükmü uygulanamaz denilmiştir. Danıştay 10. Dairesi, 16.10.2007 tarihli kararı ile, Kanunda yer almayan bir hükmün Yönetmelik ile ihdas edildiği gerekçesi ile, anılan Yönetmeliğin 7/4. fıkrasının son cümlesinin ve 5 inci fıkrasındaki "*suç şüphelisi olmayan*" ibaresinin yürürlüğü durdurmuştur.

²⁸¹⁰ BVerfGE 30, 32= NJW 1971, 280. Şüphelinin telefonunun dinlenmesine karar verilip, bu karar uygulamaya başladıktan sonra, şüpheliyi diğer kişiler yanında müdafisi olan avukat da arayabilir. Dinlemeyi yapan görevli, telefon görüşmesinin müdafisi ile yapılmakta olduğunu fark ettiği anda kesmelidir. Herhangi bir avukat, her zaman *müdafî* statüsüne girebilir. Bu nedenle avukatın kullandığı telefon bağlantısı denetlenirken, mümkün olduğu kadar bundan sakınılmalıdır. Avukatın kendisi şüpheli konumunda ise, hakkında dinleme kararı verilmesi mümkündür (*Welp*, JZ 1972, 428).

²⁸¹¹ Sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulurken, delil olarak kabul edilen telefon dinleme kayıtları, dosya içindeki nüfus kayıtlarından da anlaşılacağı üzere, sanık ile CMK 45 uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı bulunan sanık durumundaki kardeşi, tanık durumundaki kardeşi ve sanık durumundaki babası arasında yapılan görüşmelere ilişkin kayıtlar olup, kanun dışı elde edilmiş delil niteliğindedir. Kanun dışı elde edilmiş delillerle, T.C. Anayasası'nın 20, 38/6, AİHS'nin 6, 8 ve CMK'nın 217/2. maddesi uyarınca, ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.02.2006 gün, 2006/5 MD-154 Esas-2007/145 Karar, 14.04.2006 gün, 2007/5 MD-23 Esas-2007/167 Karar ve 22.01.2008 gün, 2007/5 MD-101 Esas-2008/3 karar numaralı ilamı da dikkate alındığında, sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi yasaya aykırıdır (1 CD 13.10.2009, K. 2009/5855).

listesine CMK 48'in dahil edilmemesi yerinde olur. Aksi takdirde, kendisini suçlayıcı bir şey söylediğinde, şüphelinin iletişiminin kayıtlarının yok edilmesi gibi, kanun koyucunun amacına ters bir sonuç meydana çıkacaktır.

Konuşmanın tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olan bir kişi yapıldığı daha sonra anlaşılırsa, kayıtlar delil olarak kullanılamaz ve derhal yok edilir (CMK 135/2). Örneğin, sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulurken delil olarak kabul edilen telefon dinleme kayıtları, dosya içindeki nüfus kayıtlarına göre sanık ile tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kardeşleri sanık, tanık ve babası arasında yapılan görüşmelere ilişkin kayıtlar ise, bunlar kanun dışı elde edilmiş delil niteliğindedir.²⁸¹² Mukayeseli hukukta da benzer düzenlemeler vardır.²⁸¹³

Burada dikkat edilmesi gereken husus, yasaklanan yöntemin kayda almakla sınırlı olduğudur (CMK 135/2). Kanunun yapılan konuşmayı *dinlemeye* izin vermesi, fakat *kayıt* yapılmasını yasaklaması anlamlıdır. Gerçekten, bir şüphelinin iletişiminin denetlenmesi hakkında hâkim kararı varsa, bu kişiyi birçok birey telefonla arayabilir. Dinlemeyi yapan memur iletişimin tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olan bir kişi ile olduğunu anladığında kaydı durdurmalıdır.²⁸¹⁴ Ancak, dinleme canlı değil de otomatik olarak yapılıyorsa, bu gibi hallerde tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olan bir kişi ile şüphelinin yaptığı konuşma kayda alınmış olacaktır. Durum anlaşıldığında daha sonra silinmesi, kaydın bütünlüğü açısından kuşku doğurabilir. Kolluğun bazı konuşmaları kaydettiği, bazı kısımlarını sildiği ve bu şekilde yönlendirme yaptığı şüphesi duyulabilir. Kanun değiştirilmeli ve canlı dinleme halinde kayıt durdurma, otomatik dinleme halinde ise tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olan bir kişi ile yapılan görüşmelerin delil bandı olarak saklanacak kesintisiz kayıta muhafaza edilmesini, fakat C. savcılığa verilecek ve dosyaya girecek kayıtlar arasında buna yer verilmemesini içeren bir düzenleme yapılmalıdır.²⁸¹⁵

Bu kuralın önemli bir istisnası vardır: tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olan kişi de şüpheli durumunda ise, şüpheli ile yaptığı iletişim kayda alınabilir.²⁸¹⁶ Sanık ile yeğeni olan bir başka sanık ve

²⁸¹² 1. CD 13.10.2009: E. 2009/1721 K. 2009/5855.

²⁸¹³ Alman hukukunda ise StPO § 52 ve sonraki maddeleri ile 97 nci maddesi avukatın sanık ile görüşmelerindeki ayrıcalığı düzenlediği halde, 100a maddede böyle bir açıklık yoktu. Buna rağmen müdafinin özel hükümler geçerli idi. Çünkü StPO 148/1 şüpheli ile sanık arasında sözlü görüşmelerin sınırsız bir şekilde korunduğunu kabul etmiştir. Alman Federal Yargıtayı da şüpheli-avukat telefon görüşmesinde aynı ayrıcalığın geçerli olduğuna hükmetmişti (BGHSt 33, 350). Şüpheli hakkında bir telefon dinleme kararı varsa ve dinleme sırasında şüphelinin avukatı ile görüştüğü dinleyenler tarafından anlaşılırsa, dinlemenin kesilmesi ve o zamana kadar kaydedilmiş olan konuşmaların da silinmesi gerekir. 2002 öncesinde telefon dinlemeyi düzenleyen 100a maddede avukatla ilgili bir istisna tanınmadığı için, şüpheli avukatını ararsa, avukatın konuşmaları da hukuka uygun dinlemenin kapsamına girer ise de, aynı konuyu düzenleyen 148/1 madde karşısında dinlememe yönteminin uygulanması gerektiğine karar verilmişti (BGHSt 33, 347). 14.8.2002 tarihinde yürürlüğe giren § 100h/II, tanıklıktan çekinme yetkisine sahip bulunan kişilerin (§ 53 I Nr 1, 2, 3) telefonları dinlenemez ve elde edilen bilgiler duruşmada delil olarak değerlendirilemez, kuralını koydu. Tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olan kişi kendisi şüpheli durumunda ise, dinleme yapılabilir. Ancak, dinlemeye devam edilerek müdafinin konuşması kayda alınırsa ve bu konuşma ile müdafinin, hakkında mevcut bulunan suç şüphesi (*Strafvereitelungsverdacht*) delillendirilirse, yapılan kayıt müdafinin aleyhine kullanılamayacaktır. Alman Kanununun 97/2, 3 maddesi benzer durumlarda müdafide bulunan delillere el koymaya izin veriyorsa da, bu hüküm telefon dinlemeye uygulanmamaktadır. Alman Federal Yargıtayı'na buna karşılık, müdafinin müvekkilinin işlediği dinlenebilen suçta fail veya şerik olduğu şüphesi varsa, telefon dinlemeyi kabul etmektedir. Bu kabul, doktrinde 148 nci maddeye uygun olmadığı için, eleştirilmiştir. Bu gibi durumlarda önce müdafinin 138a madde uyarınca müdafilik görevinden yasaklanması ve daha sonra telefonlarının dinlenmesi kararının alınması yönteminin uygulanması önerilmektedir (*Roxin*, 20. Auflage sh. 222).

²⁸¹⁴ Alman Hukuku bunu mecburiyet olarak düzenlemiştir.

²⁸¹⁵ Kanundaki düzenleme kanun koyucunun ulaşmak istediği maksadı sağlamaya elverişli değildir. Zira müdafinin bakımından mobil telefon dışında diğer bütün telefonların, iletişimin denetlenmesini yasaklayan bir hüküm konulmuşsa da, tanıklıktan çekinme yetkisine sahip kişiler bakımından sadece kayda almayı yasaklamıştır. Kolluk memuru kayda almayacak fakat kendisi kulakları ile konuşmayı dinlemeye devam edebilecektir. Bu kolluk memurunun, ilerde duruşmada duyduklarını tanık olarak deliller arasında sunması yolu açılmış gibi gözükmektedir. Herhalde kanun koyucunun amacı bu değildi.

²⁸¹⁶ Sanık Çetin ile hakkında uyuşturucu madde ticareti suçundan kurulan mahkûmiyet hükmü temyizden feragat edilmesi nedeniyle kesinleşmiş olup, incelemeye konu olmayan sanık Celal arasında gerçekleştirilen ve sanık Celal yönünden dinlenilmesine ve kayda alınmasına yönelik mahkeme kararı da bulunan telefon görüşme muhtevasının, bu kişiler hakkında daha önceden aynı suçtan soruşturmaya başlanması ve soruşturmaya konu olan uyuşturucu madde ticareti suçunun da CMK'nın 135/6. maddesi kapsamında bulunması, iletişimin denetlenmesi kararının usul ve kanuna uygun olarak alınıp yerine getirilmesi şartlarının var olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen telefon görüşme kayıtlarının sanık *Celal'in kardeşi ve aynı suçun sanığı olan Çetin* yönüyle de hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş delil olduğunun ve hükme esas alınması gerektiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. Aksi durum, aynı soruşturma ve kovuşturma kapsamında bulunan bir kişi bakımından kanuni olarak kullanılabilir bir delilin, diğer sanık

kardeşi olan diğer bir sanık arasında yapılan telefon konuşmaları mahkeme kararıyla dinlenilmiş ve kayda alınmışsa, bu konuşma kaydı hukuka uygun delil olarak kullanılabilir. Aksi halde; tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişilerin, aynı suçu birlikte işlemelerinin kanun koyucu tarafından himaye edildiği sonucuna ulaşılır ki bunun kabulü de mümkün değildir.²⁸¹⁷

6. *İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri.*

a) *İletişimin dinlenmesi kararının yerine getirilmesi.*

i) *Savcı ve kolluğun durumu.*

Hâkim tarafından verilen kararlar, Savcılıkça yerine getirilir. Kanunun genel sistematığı budur. Denetleme konusu suçun niteliğine göre, kararı vermeye hangi mahkeme yetkili ise, o mahkemenin C. savcısı yetkilidir.²⁸¹⁸ Hâkimin verdiği denetleme kararı gereğince, C. savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlisi, telekomünikasyon hizmeti veren kurumdan denetleme işleminin yapılmasını yazı ile ister. İstem derhal yerine getirilmezse, zor kullanma yetkisi doğar (CMK 137/1).

İşlemin başladığı ve bittiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği tutanağa bağlanır. C. Başsavcısı, kendi verdiği dinleme emrini veya hâkimin verdiği dinleme kararını özetleyerek, imzalayıp mühürler ve telekomünikasyon hizmeti veren kurumun Adliye ile bağlantıyı kuran görevlisine gönderir. Bu yazıda, denetleme, iletişimin tespiti dinlenmesi veya kayda alınması işlemlerinin yapılması için gerekli cihazların kurulması istenir (CMK 137/1). 2009 da değişen 2005 tarihli Telekomünikasyon Yönetmeliğinin 14 üncü maddesi ise daha detaylı ve farklı bir sistem oluşturmuştur: *İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ile salt mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin kararlar ve kararların içeriği, C. savcısınca işlemleri yerine getirmek üzere görevlendirilen kolluk görevlilerinin aidiyet numarası ile birlikte, Başkanlığın belirleyeceği şekilde elektronik ortamda ilgili kurumlar tarafından Başkanlığa gönderilir. İletişimin tespiti kararları ise, fiziki ortamda veya Başkanlığın belirleyeceği şekilde elektronik ortamda gönderilebilir. Kararlar ilgili kurum görevlileri ve Başkanlık tarafından yerine getirilir.* Yönetmelikte yapılan bu değişiklik neticesinde C. savcısının acele hallerde, önce sözle veya telefonla da emir vererek, yazılı karar veya emiri sonradan gönderilebilmesinin yolu kapatılmıştır.

ii) *Denetlemenin yapılacağı yer.*

Filli denetleme işlemi Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde Kurum başkanına doğrudan doğruya bağlı *Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı* adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür (PVSK Ek m.7/10).²⁸¹⁹ Diğer bir ifade ile, kolluk mensubu, telefon idaresine girip, oradan dinleme yapamaz.²⁸²⁰ Ülkedeki bütün iletişim denetlemelerinin tek merkezden yürütülmesi, denetim açısından kolaylık sağlamakla birlikte, yasa dışı güçlerin toplanan bilgileri kolayca öğrenmeleri tehlikesini içinde barındırdığı için, kötüye kullanmayı da kolaylaştırır niteliktedir.

Dinleme sırasında bant kaydı yapılsa bile, dinlemeyi yapan memurlar tarafından ayrıca tutanak düzenlenir (CMK 137/1). Bu tutanakta, dinlenen numarayı arayan numara, arayan kişinin, tespit edilebiliyorsa kimliği, arama saati, konuşma süresi ve özellikle konuşmanın içeriği yer alır. Bu tür tutanak, dinlemede nöbetçi memur değişeceği için, içeriği bakımından tutanakları inceleyenler üzerinde bir güven duygusu doğmasını sağlayacağı gibi, tutanağı düzenleyen yani, dinlemeyi yapan memurun

açısından hukuka aykırı görülmesi hak ve adalet ilkelerine aykırılık oluşturacağı gibi, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişilerin, aynı suçu birlikte işlemelerinin kanun koyucu tarafından himaye edildiği sonucunu doğurur ki, bunun kabulü de mümkün değildir. 3.6.2014 tarihinde yapılan ikinci müzakerede oyçokluğuyla karar verildi (CGK 3.6.2014, E. 2013/10-642, K. 2014/302).

²⁸¹⁷ Bu itibarla, sanıklar AK, MK ve HK arasında yapılan ve mahkeme kararıyla dinlenilmesi ve kayda alınmasına karar verilen iletişime ait tutanakların Özel Daire tarafından kanuni delil olarak değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır (CGK 19.2.2013, E. 2011/5.MD-137, K. 2013/58).

²⁸¹⁸ 4422 numaralı Kanunun 11/2 maddesine göre, dinleme kararını vermek yetkisi CMK 394/a ağır ceza mahkemesi üyesine ait olup, bu hâkimin kararını yerine getirmek yetkisi ise, yetkili CMK 394/a C. Savcısı idi (2004-5190).

²⁸¹⁹ PVSK “2005-5397” Ek m.7’de öngörülen Yönetmelik (TelekomünikasyonY) Kasım 2005 tarihi tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁸²⁰ 2005 öncesinde, dinleme kolluğa ait mekanlarda gerçekleştiriliyordu.

mahkeme önünde tanık olması sağlanır. Duruşmada sanık ve müdafinin, bu tanığa soru sormak hakları vardır. Bu hak İHAS madde 6'nın garantisi altındadır. CMK 135 kapsamında yapılan işlemler "gizli" (CMK 135/5) ise de bu gizlilik "tedbir süresince" devam eder. Kovuşturmada gizlilik kalkacağı için, tanıklık yapılması zorunludur.

iii) Telekomünikasyon hizmetlerini veren kurumların durumu.

Posta idaresi, iletişimin dinlenmesini sağlamak için, memur görevlendirmek mecburiyetinde değildir. Tersine, telefon idaresindeki memurların, iletişimin içeriği ile ilgili bilgi edinmeleri suçtur ve haberleşmenin gizliliğini ihlâl eden bir davranıştır (TCK 133). Bununla birlikte TİB hâkim tarafından verilen denetleme kararını, yerine getirmek için, derhal harekete geçmek zorundadır ve işlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saati bir tutanakla tespit etmek zorundadır.

b) İletişimin dinlenmesi tedbirine son verilmesi.

i) Delil elde edilmesi.

İfade alma, arama, elkoyma ve benzeri klâsik metotlarla delil elde etme, imkân dahiline girince veya failin bulunduğu yer öğrenilince veya suç işleme şüphesi ortadan kalkınca veya iletişimin denetlenmesi ile delil elde edilemeyeceği anlaşılırsa, iletişimin denetlenmesi tedbiri, C. savcısı tarafından kaldırılır (CMK 137/3).

Görüldüğü gibi, denetlenmeye hâkim karar vermekte ise de son vermek için, hâkimden ayrıca bir karar alınmasına ihtiyaç yoktur. Nihâî kararı vermek yetkisi, savcıya bırakılmıştır. Kolluk ise kendiliğinden denetlemeye son veremez. Denetlemenin sona ermesini düşündüğünde, sorunu savcıya iletmeli ve C. savcısının emrini almalıdır.

Hâkim denetleme kararını sona erdirmek yetkisine sahip değil ise de savcının dinlemeye son verdiğini, hâkime bildirmesi gerekir. Bu gibi hallerde, hâkim, TİB'e yönelik olarak, dinlemenin sona erdiğini gösteren bir karar alır.

ii) İletişimi denetlenen kişiye bilgi verilmesi ve kayıtların yok edilmesi.

Gecikmede sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının verdiği iletişimin dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgisinin değerlendirilmesi kararı yirmi dört saat içinde hâkim tarafından tasdik edilmez veya CMK 135 uyarınca verilen diğer tüm kararların uygulanması sırasında şüpheli hakkında KYOK kararı verilirse, ilgili kararın uygulanmasına derhal son verilir (CMK 137/3, cü. 2).

Bu durumda tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar on beş gün içinde yok edilir. Yok etme işlemini Cumhuriyet savcısı denetler. Sanık hakkında kovuşturma evresinde beraat kararı verilirse, tespit ve denetlemeye ilişkin kayıtlar bu sefer hâkim denetiminde yok edilir (CMK 137/4, cü. 3).

Dikkat edilirse, kanun koyucu ne KYOK ne de beraat kararı bakımından kesinleşme koşulu aramamıştır. Ancak, on beş günlük bir süre verdiği için, KYOK itirazı veya hükme karşı istinaf yoluna gidildiği hallerde, karar bozulursa delillerin yok edilmiş olması sorun yaratacaktır. Şüpheli veya sanık aleyhindeki hukuka aykırı delilin yok edilmesi sanık lehine olduğu için, yorum yolu ile kararın kesinleşmesini beklemeye olanak yoktur.

Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde, soruşturma evresinin bitiminden itibaren en geç on beş gün içinde, C. Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgilisine yazılı olarak bilgi verir (CMK 137/4). Beraat kararı verilen hallerde ise, bilgi verme işlemini hâkim yapar.

Yok edilecek olan, ilk aşamada hukuka uygun olarak verilmiş olan hâkim kararına dayanarak yapılmış olan iletişimin denetlenmesi işlemleri ile elde edilen verilerdir. Kararın kendisi ile bu kararın alınmasına neden olan, yani soruşturmayı başlatan şüphe sebeplerinin ise, dosyada muhafaza edileceği açıktır.

Görev bakımından farka da dikkat edilmesi gerekir: Kayıtların yok edilmesi işlemini Cumhuriyet savcısı veya hâkim denetlerken, ilgisine bilgi verme işlemi kurumsaldır; Soruşturma evresinde Cumhuriyet başsavcılığı, kovuşturma evresinde ise mahkeme görevlidir.

c) Bant kayıtlarının delil olma özelliği.

Seslerin banda, plağa veya tele kaydedilmesi ile elde edilen veriler bir *belirti delili*²⁸²¹ niteliğindedir.²⁸²² Ancak, dikkat edilmesi gereken iki nokta vardır: sağlamlık ve hukuka uygunluk. Bant üzerinde tahrifat yoksa ve hukukun kabul ettiği bir şekilde kaydedilmişse, bantlar delil olarak kabul edilir.

Kanun, telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimi, özel hayatın gizliliğini korumak için ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (CMK 135 vd). Veri taşıyıcı olarak ses veya görüntü taşıyan her türlü araç, içerdiği ses veya görüntüler hukuka uygun bir şekilde kaydedilmiş ise, delil kaynağı olarak hizmet görebilir. Anayasa Mahkemesi 1971 yılında verdiği kararda, telefon dinlemeye ait kayıtların mahkeme tarafından göz önünde tutulabilecek ciddiyette olmadığını ifade etmiş, fakat telefon dinleme işleminin özel hayat ile ilişkisi konusunu tartışmamıştı.²⁸²³ Askeri Yargıtay ise, bu konuyu irdelemiş, gizlice yapılan bant kayıtlarının, Anayasa ve yasaya uygun oldukları takdirde delil olarak kullanılabileceğini açıklamıştı.²⁸²⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin telefon dinleme ile ilgili kararları vardır.²⁸²⁵ *Schenck* davasında, kendisinden karısını öldürmesini isteyen kocanın telefon konuşmasını gizlice banda kaydeden kiralık katilin verdiği bandın delil olarak kullanılmasını kabul ederken, “muhakemenin bütünü ile dürüst bir şekilde yapılması” şartı ile, hukuka aykırı bir şekilde yapılan bant kaydının kullanılmasını İHAS 6’ya aykırı bulmamıştır. Bu nedenle, özel hayatın çekirdek alanını ihlal etmeyen bant kayıtlarının delil olarak kullanılmasında sakınca yoktur. Zira, özel hayatın gizliliği Ceza Kanunu ile ayrıca korunma altına alınmıştır. Bu konuda suçlar ihdas edilmiştir: haberleşmenin engellenmesi (TCK 124), haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK 132), kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (TCK 133) ve diğer suçlar (TCK 134 ila 140).

Bununla birlikte, *hukuka aykırı* bir şekilde yapılan konuşmaların dinlenmesi veya kayda alınması özel hayatın gizliliğini ihlal etmez. Mesela, hükümlü ve tutukluların cep telefonu kullanmaları yasak iken, bunu yasa dışı yollardan edinen bir hükümlünün iletişiminin dinlenmesinde özel hayatın gizli alanının ihlal edildiği söylenemeyecektir.²⁸²⁶ Zira, suç işlemek sureti ile kişilik geliştirilemez: Özel hayatın korunması, gizli alanda kişiliğin geliştirilebilmesi için kabul edilmiştir.

Yargıtay da ses taşıyan bantları delil olarak kabul etmektedir. Ancak bunlar tek başına delil vasfı taşımazlar ve başka delillerle bütünleşmeleri gerekir.²⁸²⁷

Meselâ, iletişimin dinlenmesinden²⁸²⁸ elde edilen bant kayıtları (CMK 135) üzerinde tahrifat yapıldığı iddiası varsa, bandın keşif veya bilirkişi incelemesi yoluyla değerlendirilmesi mümkündür. Şüpheli veya sanıkların ev telefonları dinlenir ve bunlar banda kaydedilirse, hâkim kararı alınmış ve hukuk kuralları içinde hareket edilmişse, bant kayıtları *delil* olarak kullanılabilir.

²⁸²¹ E-Mail ile yapılan haberleşmenin denetlenmesi sonucu elde edilen veriler, *belirti* sayılır (*Özbek*, Dokuz Eylül HFD Cilt 4, Sayı 1, 2002, sh. 153). Elektronik posta kutusunun denetlenmesi, 4422 sayılı Kanunun 2. maddesindeki kurallara tabidir (sh. 133). İletişimin dinlenmesi tedbiri hakkında ayrıntılı bilgi için, bakınız: (*Erdem/Özbek*: 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi, Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, sh. 249 v.d.).

²⁸²² Hukuken sonuç doğurmak üzere hazırlanan ses kayıtları belge sayılabilir.

²⁸²³ E. 1971/41, K. 1971/67 sayılı karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 11, Ankara 1974, sh. 52. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu 29.6.2004 tarihli kararında aksi görüşü benimsemiş ve “dinlemenin, hakkında dinleme kararı bulunan dışındaki kişileri etkileyebilmesi için dinlenen kişinin üçüncü kişinin haberleşme aracını kullandığına dair maddi bulgu bulunması” koşulunu aramıştır (Güncel Hukuk Sayı 10 Ekim 2004, sh. 24).

²⁸²⁴ *Odman* 1996, 27: Askeri Yargıtay 1. Dairesinin 25.11.1974 gün ve 1974/704-1008 sayılı kararı.

²⁸²⁵ *De Wilde, Ooms ve Versyp* (18.6.1971), *Silver ve diğerleri* (25.3.1973) *Golder* (21.2.1975), *Klass ve diğerleri* (6.9.1978), *The Sunday Times* (26.4.1979), *Dudgeon* (22.10.1981) *Malone v. UK* (2 Ağustos 1984), *Schenck v. İsviçre* (12 Temmuz 1988), *Kruslin v. Fransa* (24 Nisan 1990). *Malone* davasında, telefon dinlemeyi ve yapılan konuşmaları numaralarının tespitini (*metering*) kanunun açık ve net olmaması (*domestic law lacks required clarity*) nedeni ile ihlal tespit etmiş; *Kruslin* davasında da Fransız telefon dinleme kanununda, telefon dinleme kararının süresi gösterilmediği, kullanılmayan bantların nasıl imha edileceğinin düzenlenmediği ve benzeri gerçeklerle, Sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

²⁸²⁶ *Kaymaz* 2009, 498.

²⁸²⁷ 9. CD 5.10.83; İKİD 1984/4, 2513.

²⁸²⁸ Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu, 30. 7. 1999-4422, m. 2 (RG 1. 8. 1999/23773).

Bununla birlikte, soruşturma evresinde yapılan *araştırma işlemleri* sırasında kaydedilmiş olan sesin *doğrudan doğruya delil olma kabiliyeti* yoktur. Bu kayıt sadece kolluğun çalışmalarında büyük kolaylık sağlar. Mesela trafik kazasından hemen sonra yapılan ses kayıtlarında en ince ayrıntıların banda kaydedilmesi mümkündür. Almanya’da bu amaçla polis otolarına ses kayıt cihazları yerleştirilmiştir.²⁸²⁹ Polise telefonla yapılan ihbarların banda kaydedilmesi halinde de ileride yapılacak araştırmalarda bunlardan yararlanılabilir.

Şüpheli ve sanığın ifadesi alınırken de bant kaydı yapılması artık mecburidir (CMK 147). Bu tür bant kayıtlarının hukuka uygun bir delil niteliği kazanabilmesi için CMK 147 öncesinde, ilgilinin önceden bant kaydı yapılmasına rıza göstermiş olması şarttı. Bu nedenle, Jandarma ve Emniyette ve ifade almadan önce düzenlenmesi gereken form doldurulurken, ses kaydına razı olup olmadığı şüpheli veya sanığa sorulmakta ve varsa, rızası tutanağa geçirilmekte idi. CMK ise ifade alınırken, bant kaydı yapılması mecburiyetini Kanunla kabul etmiştir (CMK 147/1-h). Bu nedenle, artık rıza almaya gerek yoktur. Bu gibi yasal mecburiyetlerin dışında bant kaydı yapılması istendiğinde, şüpheli veya sanığın rızasının alınması gereklidir. Rıza dışı alındığında, kayıt kanuna aykırı olur.

Dinlenen sesin delil olarak kullanılabilmesi için, dinlemenin kanun tarafından çizilmiş olan sınırlar dahilinde yapılmış olması şarttır.²⁸³⁰ Bu sınırlar aşılarak elde edilen bilgiler duruşmada delil olarak kullanılamaz: Hâkimin kararı (CMK 135/1) olmadan kaydedilmiş olan konuşma, delil olarak kullanılamaz.²⁸³¹ Ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamayan bilgiler içeren bantların ve bunların içeriklerine ait tutanakların derhal imha edilmeleri gerekir.²⁸³²

7. İletişimin denetlenmesinden elde edilen delilin hükümde kullanılması.

a) Delilin soruşturmaya bağlılığı ilkesi.

Telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin istisnai bir delil elde etme yöntemi olmasında çıkan bir sonuç, hukuka uygun olarak elde edilen bir delilin sadece o suçun soruşturma ve kovuşturmasında kullanılabilmesidir. CMK 135/1 bu hususu açıkça belirtmiştir. *Tesadüfi delilleri* ayrıca düzenleyen kanun, sadece *iletişimin denetlenmesi sırasında ortaya çıkan diğer bir suç* olasılığını düzenlemiş ve buna izin vermiştir. Bu nedenle, iletişimin denetlenmesinden elde edilen deliller, *hakkında telefon dinleme kararı verilmiş olan suç nedeniyle yapılmış olan muhakemede*, o sanık için ve diğer bütün suç ortakları bakımından, hiçbir sınırlamaya tâbi olmaksızın kullanılabilir. Kararın verildiği sırada, diğer suç ortaklarının bilinmemesi, tesadüfen elde edilen delil niteliğindeki oldukları için, kullanılabilmeyi etkilemez.

b) Hâkim kararının “hukuka aykırı” olması.

Hâkimin verdiği karar hukuka aykırı ise, idari dava açarak tazminat²⁸³³ isteme dışında, bu denetlemeden doğrudan elde edilen bilgiler duruşmada delil olarak kullanılamaz. Buna mukabil, başlangıçta hukuka uygun bir şekilde, katalog suçlarından birinin işlendiği şüphesi ile verilen dinleme kararı neticesinde suçun bunlardan olmadığı anlaşılırsa, diğer suç bakımından elde edilen bilgi duruşmada kullanılabilir.²⁸³⁴

Karara dayanan dinleme sırasında, konuşma bittikten sonra tam yerine oturmeyen telefondan banda kaydedilen bilgiler de kullanılamaz.²⁸³⁵ Aynı kural, telefonla konuşulurken aynı mekânda başkaları tarafından yapılan konuşmaların da kayda alınması halinde geçerlidir.²⁸³⁶

²⁸²⁹ Roggemann 1962, 50.

²⁸³⁰ BGHSt 22, 329.

²⁸³¹ BGHSt 31, 304; J. Meyer, NStZ 1983, 466; zit.: Roxin 20. Aufl. Sh. 221.

²⁸³² Kühne 2003, Rn. 527.

²⁸³³ Danıştay 10. Dairesi, 21.1.2004 K. 2004/472.

²⁸³⁴ BVerfG NStZ 1988, 32; Kühne 2003, Rn. 526.

²⁸³⁵ BGHSt 31, 296=NStZ 1983, 517; Gössel JZ 1984, 361; Kühne 2003, Rn. 526.

²⁸³⁶ Meyer-Gössner 1 zu § 100; karşı görüş için bkz. OLG Düsseldorf NJW 1995, 975.

c) Dinlemeye takılan suç ikrarı.

Hâkimin verdiği karar uyarınca kayıt yapıldığı durumlarda, kayıttaki ses işlediği bir suç anlatıyorsa, bu teknik anlamda bir *ikrar* sayılmaz.²⁸³⁷ Zira, hukuken gerekli bir *ikrar* için ilgiliye kendisine yöneltilen suç isnadı ile susma hakkının öğretilmiş olması gerekir. Bu nedenle, konuşmanın veya yazıların kaydedildiği veri taşıyıcı *belirti* türü bir delil olarak, *keşif* yönetimi ile, duruşmada delil olarak ortaya konulur.²⁸³⁸

ç) Ortamdaki konuşmaların duyulması konusu.

Dışa yansıyan sesi algılayan bir tanığın *hukuka uygun bir şekilde* kendi kulağı ile duyduğu bilgiler, onun hafızasında kalır. Bu gibi durumlarda dinlemeyi yapan görevli veya telefonda dışarıya yansıyan konuşmayı duyan kişinin *tanık* olarak dinlenmesi içtihatla kabul edilmiştir.²⁸³⁹ Bu karar doktrinde *nemo tenetur kuralı* yönünden eleştirilmiştir: İletişimin denetlenmesi bakımından hukuka uygun olan bu uygulamanın, şüphelinin ifadesi hile ile alındığı için hukuka aykırı olduğu belirtilmektedir (No.).²⁸⁴⁰ İletişimin dinlenmesi yöntemi uygulanıyorsa, iletişimi dinleyen görevli memurda tanık olarak dinlenir.

Yargıtay da Alman Hukukunda olduğu gibi (örtülü olarak) haberleşmenin gizliliğini ilk cihaz ile son cihaz arasındaki iletişim sırasında korumakta, haber son kullanıcıya ulaştıktan sonra, konuyu artık temel hak ihlali kapsamında değerlendirmemektedir. Bu nedenle, telefonla konuşan kişilerin ne konuştuklarını ortamda bulunduğu için duyan kişilerin tanık olarak dinlenmesi kabul edilmektedir.²⁸⁴¹

Telefon dinlemeden elde edilen bilgilerin ceza muhakemesinde “delil olarak” hangi yöntemle kullanılacağı konusunda Ceza Muhakemesi Kanununda açıklık yoktur. Federal Alman Yargıtay’ı²⁸⁴² bant delilinin duruşmada ya seslendirilerek “keşif usulü ile” veya muhtevası hakkındaki tutanağın duruşmada “belge okunması yöntemi ile” ikame edilmesine karar vermiştir.

Hukuka aykırı olarak yapılmış bulunan konuşma kayıtlarının, duruşmada delil olarak kullanılmalarının yasak olmasının²⁸⁴³ yanında, “konuşmaya katılmış kişi olarak” duruşmaya tanık sıfatı ile çağırılan, “konuşulanı dinleyen kişiye”, duruşma sırasında “soru sorulup, alınacak cevap olarak” da, duruşmaya delil biçiminde dahil edilemez.²⁸⁴⁴ Federal Yargıtay diğer bir kararında²⁸⁴⁵ bu görüşünü

²⁸³⁷ CMUKT 2001 108/3 İletişimin denetlenmesinden elde edilen kayıtların ikrar delili sayılmayacağını açıkça düzenlemişti. Bu sonucun doğal olduğunun kabul edilerek CMK’ya alınmaması eleştirilmektedir (Ünver/Hakeri 2006,182).

²⁸³⁸ Örneğin, polis yakaladığı (Ş1)’e, suç ortağı olan (Ş2)’yi telefonla aramasını ve sesi dışarıya vermesini ister. Polisin konuşulanı duyduğunu bilmeyen (Ş2) her ikisini de suçlayan sözler söyler. Polisin tanıklığı hukuka uygun delil olarak kabul edilmiştir. Bu örnek Alman Hukukunda ‘*tuzak dinleme*’ (*Hörfalle*) olarak isimlendirilmekte ve iletişimin denetlenmesi kapsamına girmediği kabul edilmektedir. Gerekçe olarak, haberleşmenin gizliliği hakkının elektronik haberleşmeyi kapsadığı, iletişim son kullanıcıya ulaştıktan sonra iletişimin denetlenmesi tedbirinin sona erdiği belirtilmektedir. Bu aşamadan sonra hat sahibinin rızası ile konuşmayı başkasına dinletmesi halinde elde edilen delilin hukuka uygun olduğu içtihat edilmiştir (*Kaiser NJW* 1969, 19).

²⁸³⁹ Alman Yargıtay’ının ‘tuzak dinleme kararında’, polis (Ş1) adlı bir kişinin, yabancı uyruklu olan (Ş2)’yi telefonla aramasını ve tercüman (T)’nin bu konuşmayı paralel telefonda dinlemesini sağlamıştı. Tercüman (T) daha sonra duruşmada tanık olarak beyanda bulunmuş ve beyan hukuka uygun delil olarak kabul edilmişti (BGHSt GrS 42, 139).

²⁸⁴⁰ *Roxin*, polis tarafından hazırlanan mizansenin hile sayılması gerektiğini ve *nemo tenetur* kuralının ihlal edildiğini belirtmektedir (NStZ 1997, 18). Aynı yöndeki diğer görüşlere nazaran, bu olayda şüpheli durumunda olan kişinin ifadesi onun haberi olmadan alınmıştır. Zira, (Ş1) ile telefonla konuşmakta olan (Ş2), yaptığı konuşmanın polis tarafından duyulduğunu ve aleyhine delil olarak kullanılacağını bilmediği için susma hakkı ihlal edilmiştir (*Putzke/Scheinfeld/Putzke* 2024, 65).

²⁸⁴¹ Tanıklar Ramazan ve Necip, katılanın sanık tarafından telefonla tehdit edildiğini paralel telefonda dinlemişler ve bu konuda mahkemede tanıklık yapmışlar, fakat ilk derece mahkemesi tanık beyanı delilini hüküm verirken kullanmamış ve beraat kararı vermiştir. Tanık beyanlarına dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulması için, beraat kararı bozulmuştur (4. CD 2.5.2007, K. 4184). *Fahişe, seni mermi manyağı yapacağım* şeklinde edilen tehdit ve hakareti cep telefonunun hoparlöründen duyan tanığın ifadelerine itibar edilmesi gerekir (4. CD 6.3.2015, K. 2015/23904).

²⁸⁴² BGHSt 27, 135; *Gollwitzer*, JR 1978, 119; *Roxin* 20. Aufl. Sh. 221.

²⁸⁴³ BGHSt 26, 298.

²⁸⁴⁴ BGHSt 27, 355.

²⁸⁴⁵ BGHSt 30, 317.

değiştirmişse de, Alman doktrini ilk görüşü desteklemektedir.²⁸⁴⁶ Yasa dışı yöntemle dinlenen kişiye, duruşma sırasında dinlemeden elde edilen kayıtların içeriği söylenerek, bu hususta ne diyeceği sorulduğunda, sanık suçunu ikrar etse dahi, kendisine hakları bildirilmiş olmasına rağmen, bu ikrarı delil olarak kullanılamaz.²⁸⁴⁷

8. Tesadüfi deliller sorunu.

Arama ve elkoyma bakımından da gündeme gelen tesadüfi delil konusunda, ilk aramanın hukuka uygun olup olmadığına bakılır: Arama veya elkoyma hukuka uygun ise, tesadüfen elde edilen delil de hukuka uygundur. Ancak, temel haklara daha ağır bir müdahale oluşturan iletişimin denetlenmesi bakımından sorun farklı çözülmüştür. İletişimin denetlenmesi tedbirinin hukuka uygun olması koşulunun yanında, delili elde edilen suçun listede sayılan ve dinlenebilen suçlardan biri olması koşulu da aranmaktadır (CMK 138/2).

Usulüne uygun olarak, yetkili ve görevli yargılama makamı tarafından verilen telefon dinleme kararı, Devletin haberleşme özgürlüğüne müdahale etmesine izin verir. Ancak, iletişimi dinlenen kişiyi arayan kişilerin, şüpheli veya sanıkla yaptıkları konuşmalar da kaçınılmaz bir şekilde dinlenir ve kayda alınır. Hakkında iletişimin dinlenmesi kararı bulunmayan bu kişiler, kendileri veya bir üçüncü kişi aleyhine delil olabilecek bir beyanda bulunurlarsa, bu ses kayıtlarının delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı tartışma konusu olmuştur.

İletişimin denetlenmesinden tesadüfen elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılmasına izin veren bu kural 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe girdiği için, daha önceki tarihlerde 4422 sayılı Kanuna uygun olarak yapılan düzenlemelerde tesadüfen elde edilen bilgiler delil olarak kullanılamaz. Yargıtay bu konuyu yerinde olarak içtihat ile belirlemiştir.²⁸⁴⁸ Tesadüfen elde edilen bilgi, Kanunun denetlenmesine izin verdiği suçlardan ise veya iletişimin denetlenmesine açık olmayan fiil, dinlenebilen bir suç fiili ile bağlantılı ise²⁸⁴⁹ ses kayıtları duruşmada delil olarak kullanılabilir.²⁸⁵⁰

Bununla birlikte, kanunda öngörülen ağır bir suçtan dolayı yapılan telefon dinleme sırasında, dinlenen hattın sahibi dışındaki kişilerin de bu telefon hattını kullanarak yaptıkları²⁸⁵¹ veya bu hattı arayan üçüncü şahısların yaptıkları²⁸⁵² konuşmalarda, katalogda yer alan ağır suçlardan birine ait bilgi varsa, bunlar delil olarak kullanılabilir (CMK 138/2).²⁸⁵³ Bu hüküm, kıyas yolu ile genişletilemez.²⁸⁵⁴ Dinlemeden elde edilen bu bilginin hüküm verilirken kullanılabilmesi için, ikinci suçun katalogda yer alan bir suç olması gerekir. Aksine bir uygulama, “dinlemenin sınırlı sayıdaki suçlarda kabul edilmesi kuralının” dolanılmasına, kanuna karşı hile yapılmasına yol açabilirdi.

a) Katalog dışı suç tesadüfi delil olmaz.

Katalog dışı suçların delili tesadüfen ele geçirilirse, bunların CMK 137 kapsamında *yok edilmesi* gerekir.²⁸⁵⁵

²⁸⁴⁶ Oderthal: NStZ 1982, 390.

²⁸⁴⁷ BGHSt 27, 355; Riess, JA 1979, 167; delil yasaklarının bu gibi durumlardaki “uzak etkileri” için bakınız: BGHSt 32, 68, Roxin 20. Aufl. § 24 D IV.

²⁸⁴⁸ CGK 13.6.2006, K. 162; CGK 3.7.2007, K. 167.

²⁸⁴⁹ BGHSt 26, 302.

²⁸⁵⁰ BGHSt 32, 10; Schlüchter NStZ 1984, 372.

²⁸⁵¹ BGH 29, 23. Aksi görüş için bkz CGK, 13.6.2006, 4. MD-122/162, YKD, 2007/2, 327.

²⁸⁵² BGH 32, 15; BGH 32, 15.

²⁸⁵³ Schroeder 1997, 79.

²⁸⁵⁴ Welp: Jura 1981, 472; BGHSt 26, 298; BGHSt 27, 353; Welp JZ 1973, 288; Weber, NJW 1973, 1056; Schroeder, JR 1973, 252; Meiwald, JuS 1978, 379; Knauth, NJW 1977, 1510; W. B. Schünemann, NJW 1978, 406: zit.: Roxin 20. Aufl. Sh. 221.

²⁸⁵⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun; 13.6.2006 gün ve 2006/4 MD-122 Esas, 2006/162 sayılı ve yine 3.7.2007 gün ve 2007/5 MD-23 Esas, 2007/167 sayılı kararlarında ise: katalog kapsamında olmayan tutanağa yasal bir kanıt değeri verilemeyeceği belirtilmiş ve 2006/162 sayılı kararda ayrıca, 135. maddede sayılan suçlar arasında bulunmayan bir suçla ilgili telefon görüşme tutanağının *yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğinde olması nedeniyle soruşturma ve kovuşturma evrelerinde*

b) *Katalog dışı suç elde edilirse C. savcısına derhal bilgi verilmelidir.*

Tesadüfen 19.8.2004 tarihinde tespit edilen ilk görüşmeden sonra bu durum derhal C. savcısına bildirilmemiş, davayı gören mahkemenin 11.2.2005 tarihli yazısı ile istenen tespit tutanakları, dosyaya 7.4.2005 tarihinde girmiştir. Sanık hakkında iletişimin tespiti kararı da bulunmadığından, iletişimin tespiti tutanakları yasa dışı elde edilmiş delil niteliğindedir (1. CD 6.2.2009, K. 437).²⁸⁵⁶

c) *4422 sK zamanında elde edilen tesadüfi delil kullanılamaz.*

4422 sayılı Kanun döneminde verilen hâkim kararına dayanılarak yapılan iletişim denetlemesinden elde edilen tesadüfi deliller CMK yürürlüğe girdikten sonra verilen hükümden kullanılmaz: 4422 sayılı Kanun'da tesadüfi delil düzenlenmemiştir. CMK 138/2 sadece yürürlük tarihinden sonra ortaya çıkan tesadüfi delillerde uygulanabilir. Somut olayda Ağır Ceza Mahkemesi üyesi hâkim bir polisle telefonda konuşmuş, iletişimi denetlenen polis, Tarık'ın tahliyesini istemiştir. Tahliye gerçekleşmişse de dosya kapsamına göre tahliyenin olağan hukuki duruma göre de gerçekleşmesi gerektiği anlaşıldığı için ye hâkim olayda suçlu bulunmamıştır.²⁸⁵⁷

Başka bir olayda da benzer bir karar verilmiştir: Dosyada kanıt olarak kabul edilen 22.03.2004 tarihli konuşmanın tutanakları incelendiğinde, bu görüşmenin haklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişiler arasında, geçtiği açıktır. Bu konuşmada tesadüfen elde edildiği kabul edilen suç kanıtının değerlendirilebilmesi için 4422 sayılı Yasada herhangi bir hüküm yer almadığı gözetildiğinde, bu konuşma tutanağı yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Dosyaların tevzii usulü ve tesadüfi delil ile ilgili olan bu kararda, (S1)'in telefonu bir suç örgütü ile ilgili olarak dinlenirken, sanık olmayan iki kişi arasında bir konuşma tesadüfi olarak kayda alınmış ve bu konuşmada (Tayyip Mayyip) rumuzu kullanılarak, bir hâkimin adından bahsedildiği şüphesi doğmuştur.²⁸⁵⁸

ç) *Katalog dışı tesadüfi delil ile soruşturma başlatılabilir.*

İletişimin denetlenmesi sırasında, şüphelinin (veya diğer üçüncü şahısların) denetleme kararına konu teşkil eden suç dışında, başka suçlar işledikleri öğrenilirse, bu bilgiler yeni öğrenilen suçlardan dolayı "araştırma ve soruşturma yapılması için" hiçbir kısıtlama olmaksızın kullanılabilir. Örneğin şüphelinin başka bir "hırsızlık veya dolandırıcılık" suçu da işlemiş olduğu öğrenilirse, öğrenilen ikinci suç, CMK 135'deki katalogda sayılan suçlardan olmasa bile bizce, bu yeni suçtan soruşturma başlatılabilir

Katalog suçu olmayan suçların işlendiğine dair tesadüfen elde edilen iletişimin denetlenmesi bilgileri, hüküm vermek için delil olarak kullanılamaz ama, başka deliller elde etmek üzere yapılacak araştırmalar veya yeni bir suç soruşturması başlatmak için kullanılabilirler. Federal Yargıtay'ın bu konuda verdiği karar,²⁸⁵⁹ ilk iletişim denetlenmesi kararının hukuka uygun olduğu hallerde tesadüfi delili kabul ederek, hukuk Devleti ilkesini korumakta, diğer taraftan da etkin bir ceza soruşturmasının varlığını garanti altına almaktadır. Verilmiş olan iletişimin denetlenmesi kararı hukuka uygun olduğu için, diğer yargı makamlarına hatayı göstererek kanun uygulamasının yeknesak hale getirilmesi gayesi de burada söz konusu değildir.²⁸⁶⁰

kullanılamayacağı ifade edilmiştir. Açıklanan nedenlerle, CMK'nın, iletişim içeriklerinin yok edilmesine ilişkin 137. maddesi hükmünün kıyasen katalog harici suçlar bakımından da uygulanması gerekmektedir (4. CD 4.7.2012, K. 2012-16014).

²⁸⁵⁶ Örgüt yöneticisinin avukatı olan (A) hakkında 17.5.2004 tarihinde mülga 4422 sK uyarınca dinleme kararı verilmiştir. Bu dinleme 16.8.2004'e kadar devam etmiştir. Bu dinleme sırasında, sanık savcı (S), avukatla 2.6.2004 ile 14.7.2004 tarihleri arasında, 11 kez konuşmuş ve *tesadüfi delil* vermiştir. Genel Kurul, dinlemenin yapıldığı tarihlerde yürürlükte olan 4422 sayılı Kanunda *tesadüfi delil* düzenlenmiş olmadığı için, bu delillerin muhakemede kullanılması kabul edilmemiştir: ceza muhakemesi hukukunda *derhal uygulanma prensibi* geçerli olduğu için, yeni kanunun kabul ettiği CMK 138/2 eski kanun zamanında yapılan işlemlere uygulanamaz. CMK 138/2 nin uygulanabildiği hallerde de, polisin ilk tesadüfi delili öğrendiği zaman, derhal C. Savcısına bilgi vermesi gerekirdi. 11 kez tesadüfi delil ortaya çıktığı halde "derhal" bildirmemek, "hukuka aykırılık" oluşturur (CGK 3.7.2007, E. 2007/5-23, K. 2007/167).

²⁸⁵⁷ CGK 22.1.2008, E. 2007/5-101, K. 2008/3.

²⁸⁵⁸ CGK 13.6.2006 K. 162.

²⁸⁵⁹ BGH NSTZ 1998, S. 426.

²⁸⁶⁰ BVerfG 29.6.2005, 2 BvR 866/05, HRRS 2005 Nr. 706.

d) Benzer suçlarda kullanma olanağı.

Sanık hakkındaki soruşturma izni, iddianame ve son soruşturmanın açılması kararına konu olan suçlar rüşvet ve görevde yetkiyi kötüye kullanma suçlarıdır. Rüşvet suçu CMK 135/6. fıkrasında yer aldığından, bu suç yönünden iletişimin tespiti suretiyle elde edilen kanıt, CMK 138/2 uyarınca, hakkında iletişimin tespiti kararı bulunmayan kişi için de kanıt olarak değerlendirilir. Özel Dairece isnat edilen eylemlerin bir kısmından beraat bir kısmından ise suç niteliğinin değişmesi suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyet kararı tesis edilmiş ise de, başlangıçtaki iddia rüşvet suçuna yönelik olup, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir biçimi olan rüşvet suçunun da çoğu zaman görevi kötüye kullanma suçuna dönüşmesi olanağı bulunduğundan, nitelik değiştirmesi olanağı bulunan suçlar yönünden de, elde edilen kanıtlar hukuka uygun delil olarak değerlendirilmiştir.²⁸⁶¹

9. İletişimin yetkisiz üçüncü kişilerce kayda alınması.

Özel kişiler tarafından hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller konusunda telefon konuşmasının diğer tarafın rızası olmadan kayda alınması ve daha sonra delil olarak kullanılmak istenmesi konusu önemli bir yer tutar. Yargıtay üçüncü kişilerin kayda aldıkları telefon konuşmalarının hukuka aykırı delil olduğunu belirtmiştir.²⁸⁶² Ancak, kişinin kendisine karşı ani gelişen ve işlenmekte olan bir suçun delilini oluşturmak amacı ile yaptığı kayıtların hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.²⁸⁶³

İş yerlerinde kullanılan kurumsal bilgisayarlarla yapılan iletişim, özellikle de e-posta içeriklerinin iş uyumsuzluklarında delil olarak kullanılması bakımından da, iş sözleşmesinde açıkça bildirim yapılarak rızanın alındığı hallerde mahsus olmak üzere, hukuka uygunluk bulunduğu görülmektedir.²⁸⁶⁴

10. Koruma tedbiri nedeni ile tazminat sorunu.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat konusunu düzenleyen CMK 141'de iletişimin denetlenmesi ile ilgili bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle genel hükümlere göre (No.) işlem yapılması söz konusu olacaktır.²⁸⁶⁵

II. İletişimin tespiti.

1. İletişimin tespiti tedbirinin içeriği.

a) Telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin tespiti kavramı.

Servis sağlayan şirketler iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgileri faturalandırma amacı ile kullanmak üzere bu bilgileri saklar. Bu bilgilerin suç araştırmasında kullanılması sayesinde, şüphelinin kim ile hangi saatte konuştuğu belirlenebilir. Şüphelinin telekomünikasyon araçları ile yaptığı iletişimin kovuşturma makamlarınca belirlenmesine yönelik işlemlere iletişimin tespiti denilir (CMK 135/6).²⁸⁶⁶ Tespitte iletişimin içeriğini teşkil eden konuşma dinlenmez ve kayda alınmaz. Konuşmanın içeriği bilinmeksizin, bir kişinin belli bir zaman aralığı içinde hangi kişilerle temasta bulunduğu konusunda *belirti* oluşturan irtibat listeleri dolaylı bir ispat sağlar. Hukukun genel kuralları gereğince, sadece belirti ile ispat tamamlanmaz.²⁸⁶⁷

²⁸⁶¹ AYM Deniz Seki Başvurusu, n.41; CGK 12.6.2007, E.2006/5.MD-154, K.2007/145.

²⁸⁶² 5. CD 9.3.2020, E. 2016/8087, K. 2020/9954 (Nuhoğlu 2023a, 180).

²⁸⁶³ CGK 21.6.2011, E. 2010/5-187, K. 2011/131 (Nuhoğlu 2023a, 180).

²⁸⁶⁴ AYM Celal Oraj Altunörgü BB ve AYM İlhan Gökhan BB (Nuhoğlu 2023a, 180).

²⁸⁶⁵ Kamuoyunda *tele kulak skandalı* olarak bilinen olayla ilgili olarak, davacıya ait telefon konuşmalarının idare ajanlarınca dinlenmesinde idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu için, manevi tazminata faiz yürütülmesine de hükmedilmesi istenmiştir. Danıştay, 3095 sayılı *Kanunu Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun gereğince*, idareye başvuru tarihinden itibaren faiz yürütülmesine karar vermiştir (Danıştay 10 D 21.1.2004, K. 472).

²⁸⁶⁶ 2005 tarihli Yönetmeliğin 3/i maddesi iletişimin tespitini şöyle tanımlamaktadır: “İletişimin içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemler”. 2007 tarihli Yönetmeliğin 4/f maddesinde de kelime kelime aynı tanıma yer verildiği görülmektedir.

²⁸⁶⁷ Samiğin kişisel ihtiyacı dışında silah ticareti yapmak amacıyla sanık Enver'den sürekli olarak silah satın aldığı konusunda 6136 sayılı Yasaya aykırılık suçunun özelliği de göz önüne alındığında tek başına olayı nitelendirmeye yarayacak bilgileri içermeyen iletişimin tespiti tutanakları dışında delil elde edilememiş olduğundan, sanığın eyleminin kişisel ihtiyaç

İletişimin tespit edilmesi ile *kişisel veri* niteliğinde olan kimlik bilgisi, sabit hattın kayıtlı olduğu yer bilgisi ve bireyin özel hayatını dilediği gibi şekillendirme hakkına dahil olan, görüştüğü kişilerin ve bu bağlamda sosyal çevresinin bir resmi çekilmektedir. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da²⁸⁶⁸ belirtildiği gibi, özel hayatın gizli alanına dahil olup, hâkim kararıyla korunması gerekir.

Bu tedbirin haberleşme özgürlüğü ile ilişkisi olup olmadığı üzerinde düşünülmesi gerekir. Devlet konuşmanın içeriğini öğrenmemekle birlikte, bir kişinin en çok kiminle ve hangi saatte konuştuğunu belirlemek olanağına kavuşmaktadır. Bu durum ise, kişinin ev dışındaki özel hayatının Devlet tarafından izlenmesi anlamını taşıdığı için, haberleşme özgürlüğüne değil, özel hayatın gizli alanına bir müdahale oluşturmaktadır. Bu hakkın kısıtlanabilmesi için yasal alt yapıya ihtiyaç vardır. Bu yasal düzenleme CMK 135/6'dır. Konu Amerika'da da *Carpenter* kararı kapsamında tartışılmış ve aynı sonuca ulaşılmıştır.²⁸⁶⁹

Kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlayan Devlet işlemlerinin, bu konuyu ayrıntılı olarak düzenleyen ve *özel yetki* veren bir kanuna dayanması gerektiği, Anayasanın 13. maddesinde emredilmiştir. Fakat kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlamayan, özel hayatın gizli alanına müdahale teşkil etmeyen araştırma işlemleri “genel yetki” ile yapılabilir. Genel yetkiye örnek, CMK 160 ile düzenlenmiş olan Cumhuriyet savcısının araştırma yetkisidir.

Örneğin hakaret suçunun mağduru olan kişi, kendisini telefon ile rahatsız eden kişinin telefon numarasının ve kimliğinin belirlenmesini isterse savcının bu araştırmayı “genel yetki” kapsamında yapması mümkün olup, ayrıca CMK 135 uyarınca hâkim kararı aranmaz²⁸⁷⁰. Zira burada kimliği belli olmayan bir failin belirlenmesi için yapılan bir araştırma söz konusu olup, bu kişi belirlendikten sonra onun iletişiminin tespiti, yani ne zaman kimlerle telefon görüşmesi yapmış olduğunun saptanması (CMK 135/6), özel hayatın gizli alanına girdiği için, sadece sulh ceza hakiminin kararı üzerine yapılabilir.

b) İletişimin tespiti kararı verilmesinin koşulları.

Kanun iletişimin tespiti kararı verilmesini (CMK 135/6), dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararına (CMK 135/1) nazaran daha az koşula bağlayan bir düzenleme yapmıştır: Kararda yüklenen suçun türü, tedbirin muhatabı olan kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası ve tedbirin süresi belirtilecektir. Kanun *basit başlangıç şüphesi* (No.) ile yetinmiş, *kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması* koşullarından da sarfınazar etmiştir.²⁸⁷¹

amacıyla silah satın almak ve sanık Enver'in eyleminin ise, kişisel ihtiyaç amacıyla silah satın almak suçuna yardım etmek olarak kabulü gerekmektedir (CGK 5.10.2010, K. 2010-189).

²⁸⁶⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Malone* davasında, telefon dinlemeyi ve yapılan konuşmaları numaralarının tespitini (*metering*) kanunun açık ve net olmaması (*domestic law lacks required clarity*) nedeni ile ihlal tespit etmiştir (*Malone v. UK*, 2 Ağustos 1984).

²⁸⁶⁹ *Stored Communications Act* adlı kanun uyarınca, FBI tarafından talep edilen ve savcı istemi ile hâkim kararı alınan hallerde, iletişim bilgileri soruşturma makamlarına verilir. Somut olayda da bu yöntem uygulanarak çeşitli soygun olaylarını gerçekleştirmekten şüpheli olan *Carpenter* hakkında 127 günlük sinyal bilgisi alınmıştır. Savcılık dört ayrı soygun suçu işlenirken, *Carpenter*'in olay yerinin yakınlarında bir yerde bulunduğunu ortaya koymuş ve neticede mahkûmiyet kararı verilmiştir. *Carpenter*, sinyal bilgilerinin makul şüpheye dayanan hâkim kararı alınmadan elde edilmiş bulunduğunu ileri sürerek, bu delillerin değerlendirme dışında tutulmasını talep etmişse de ilk derece mahkemesi üçüncü kişinin (servis sağlayıcı) elinde bulunan bilgiler üzerinde *Carpenter*'in makul bir gizlilik beklentisi olamayacağı (*third party doctrine*) gerekçesi ile delili hüküm verirken kullanmıştır. *US Supreme Court* ise, makul gizlilik beklentisi hakkının (*reasonable expectation of privacy*) sadece fiziki ortamlar bakımından söz konusu olmadığını, sanal ortamda da uygulanabileceğini belirterek, modern dünyanın gereklerine uygun olarak yorum yapılması gerektiğine karar vermiştir. Daha önce cep telefonları ile ilgili olarak verdiği *Riley* kararına da gönderme yaparak, sadece kanun ile düzenleme yapılmış olmasının yeterli olmadığına, makul şüpheye dayanan istem üzerine hâkim kararı ile sinyal bilgisinin elde edilebileceğine karar vermiştir. Somut olayda makul şüphe ortaya konmadığı için, kanun hükmüne dayanan hâkim kararı yeterli görülmemiş ve delilin kullanılmamasına karar verilmiştir (*USSC Carpenter v. U.S.* 22.6.2018).

²⁸⁷⁰ 8. CD 29.11.2006, K. 2006-17007; 8 CD 23.11.2007, K. 2007-8160.

²⁸⁷¹ Bu durum 2014 yılında 6572 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra ortaya çıkmıştır. Kanun ilk kabul edildiği sırada ise tüm iletişimin denetlenmesi tedbirleri bakımından aynı sıkı koşullar aranmakta idi (*Nuhoğlu* 2023a, 181).

c) *Baz çalışması: Genel soruşturma yetkisi kapsamındaki tespitler.*

Cep telefonunun nereden sinyal verdiği belirlenerek, hangi baz istasyonuna yakın olduğunun öğrenilmesi yolu ile faili meçhul olayların aydınlatılması²⁸⁷² amacı ile genel yetkiye dayanarak suç araştırması yapılabilir. Böyle bir araştırma, teknik hukuk açısından *iletişimin tespiti* kavramına girmez. Zira, iletişimin tespiti, ortaya çıkmış ve CMK 160 anlamında hakkında soruşturma başlatılmış bir şüpheliye ilişkin olarak yapılan bir işlemdir. Oysa, işlenmiş olan bir suçun şüphelisinin henüz belirlenemediği hallerde, şüpheliyi belirlemek üzere belli bir yerde, belli bir saatte kimlerin bulunduğunu tespit etmek amacıyla baz istasyonu bilgilerini almak bundan farklıdır. Örneğin ıssız bir yerde işlenen cinayetin arkasından o yörede hangi mobil telefonların suç saatinde kullanılmış olduğunun belirlenmesine ilişkin bir tespitte henüz soruşturma başlatılacak bir kişi yoktur. Bu gibi hallerde savcının CMK 160 ve 161'deki *genel araştırma yetkisine* dayanarak belirleme yaptırabileceği görüşündeyiz.²⁸⁷³ Yargıtay önceleri bu yöntemin özel hayata müdahale teşkil etmediğini kabul etmişken²⁸⁷⁴, sonraları görüş değiştirmiş ve şüpheli hukuk durumuna girmeyen kişileri kapsar şekilde iletişimin tespiti yapılamayacağına karar vermiştir.²⁸⁷⁵

2. *Şifreli bir sistem kullanılması.*

a) *ByLock sistemi.*

Sanığın sadece belli bir örgütün kullandığı şifreli haberleşme sistemine dahil olduğunun ispat edilmesi halinde, bu tespitin örgüt üyeliği için yeterli delil olup olmadığı tartışması vardır. Bizde *ByLock* sistemi kullanımı dolayısı ile ortaya çıkan bu sorun. Almanya'da *Enchrochat* sistemi üzerinden gündeme gelmiştir.

ByLock sisteminin kullanılması ile ilgili olarak Yargıtay özel dairesinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği bir karar²⁸⁷⁶ temyiz edilmiş ve Ceza Genel Kurulu tarafından onanarak içtihat olarak uygulanmaya başlamıştır: "*ByLock iletişim sistemi FETÖ/PDY silahlı terör örgütü mensuplarının kullanmaları amacıyla oluşturulan ve münhasıran bu suç örgütünün bir kısım mensupları tarafından kullanılan bir ağıdır. Bu nedenle, örgüt talimatı ile bu ağa dahil olduğunun ve gizliliği sağlamak için*

²⁸⁷² Örneğin, savcılığa başvuran bir kişi, evinde yabancı bir kişiye ait cep telefonu bulmuş ve evine habersizce giren kişiden konut dokunulmazlığını ihlal suçundan şikayetçi olmuştur. Cumhuriyet savcılığı sim kartı üzerinden iletişimin tespiti yoluyla cep telefonu sahibinin tespiti için Sulh Ceza Hakimliği'nden karar istemiş, aşamalardan da geçen olayda neticede bu olayda savcının CMK 160 ve 161. maddeler kapsamında genel yetkisini kullanarak araştırma yapabileceğini, iletişimin tespiti işlemine gerek bulunmadığı sonucuna varılmıştır (2. CD 25.6.2009, E. 2009/22575, K. 2009/31143).

²⁸⁷³ Yargıtay 8. CD'nin 23.11.2007 tarih ve 8160 sayılı kararında belirtildiği üzere, bu işlemin katalog suçlar haricindeki suçlarda da yapılabilen "dış bağlantı verilerinin belirlenmesi" niteliğinde ayrı bir işlem olduğu kabul edilmelidir. Söz konusu olayda istihbarat çalışmaları neticesinde örgüt kurdukları şüphesi bulunan bir grup şüphelinin "dış bağlantı verilerinin" belirlenmesi istemiyle hâkim kararı talep edilmiş, fakat yargıç bu konuda hâkimin karar vermesine gerek bulunmadığı gerekçesiyle talebi reddetmişti. Aşamalardan geçerek Yargıtay'a gelen olayda Yargıtay, bizce yerinde olarak, hâkim kararı almadan bu tespitin CMK 160. maddedeki genel yetkiye dayanarak yapılabileceğini belirtmiştir. Bu uygulamada 135. maddedeki düzenleme ile çelişki olduğu akla gelebilirse de, yukarıda belirttiğimiz gibi 135. madde belli bir kişinin şüpheli konumuna girdikten sonraki özel hayat hakkını korumaktadır. Suçun işlendiği fakat şüphelisinin henüz bulunmadığı hallerde suç araştırmasında ip ucu olarak kullanılmak üzere böyle bir tespit yapılması kabul edilebilir.

²⁸⁷⁴ Somut olayda bir işyerinde hırsızlık olayı meydana gelmiş ve başka türlü delil elde edilememesi üzerine, İstanbul 1 inci Sulh Ceza Mahkemesi tarafından CMK 135 ve 137 maddeler gereğince, kolluk tarafından belirlenen telefon hatları ile yapılan görüşmelerin hangi baz istasyonlarına ait olduğu ve tespit edilen baz istasyonlarından olay günü saat 20.30 ile 21.15 arasında yapılan görüşmelerin bölgesel olarak arayan ve aranan olarak dökümlerine ait teknik bilgilerin ve görüşme yapan abonelerin kimlik bilgilerinin ve açık adreslerinin CD ortamında TİB den çıkarılmasına karar verilmiştir. Kanun yararına bozma yolu ile Yargıtay 6 ıncı Ceza Dairesinin önüne gelen davada, Yargıtay; anılan karar içeriğinde, belirtilen tarih ve saatler arasında sadece teknik bilgilerin, arayan ve aranan abonelerin kimliklerine ve adreslerine ilişkin bilgilerin çıkarılmasına karar verildiğini, genel olarak belirtilen çevrede bulunan kişilerin ve kurumların telefon görüşmelerinin dinlenmesine ya da iletişimlerinin tespitine ilişkin özel hayata müdahale oluşturacak ya da kişi hürriyetini kısıtlayıcı bir karar verilmediğini dikkate alarak, verilen kararın hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir (6 CD 4.10.2010, K. 2010/15266).

²⁸⁷⁵ Haklarında iletişimin tespiti tedbirine talep edilen kişiler, baz istasyonundan hizmet alan üçüncü kişiler olup, 5271 sayılı CYY'nın 2. maddesi anlamında şüpheli veya sanık sıfatına sahip olmadıklarından haklarında iletişimin tespiti tedbirine başvurulması olanağı yoktur (CGK 15.11.2011, E. 2011/6-140, K. 2011/222).

²⁸⁷⁶ 16 CD. 24.04.2017, E. 2015/3, K. 2017/3.

*haberleşme amacıyla kullanıldığının vicdani kanaate ulaştırarak teknik verilerle tespiti halinde, ByLock iletişim sistemi kişinin örgütle bağlantısını gösteren delil olarak kabul edilmelidir.*²⁸⁷⁷

Yargıtay içtihadı ile ilk derece mahkemelerinin delil değerlendirirken sahip oldukları takdir yetkisini kısıtlayan bu kararı benimsemek mümkün değildir. Neyse ki Yargıtay 3. Ceza Dairesi 2023 yılında bu kararı somut bir olaya uyarladığında, *sanığın ByLock hesabı üzerinden sadece eşi ile mesajlaştığı ve bizzat yazdığı diğer mesajlarda örgütsel bir içerik belirlenememesi nedeniyle*, mahkûmiyet kararı verilmesini gerektiren vicdani kanaate ulaşamamış ve beraat kararı verilmesi gerektiği için hükmü bozmuştur.²⁸⁷⁸

b) Enchrochat Olayı.

Kilitli bir haberleşme sistemi olan *Enchrochat*, Avrupa'da suç işleyen kişiler ve örgütler tarafından sıkça kullanılır hale gelmiştir. Fransız polisi daha sonra şifreyi çözmüş ve çok sayıda failin işlediği suçlarda elde edilen bu deliller kullanılmıştır. Alman polisi de Fransa'dan bu bilgileri satın almış ve kullanmak istemiş, fakat hukuka aykırı delil itirazı ile karşılaşmıştır. **YAZILACAK**

III. Mobil telefonun bulunduğu yerin tespiti.

Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, kullandığı mobil telefonun bulunduğu yerin tespit edilmesi kararı verilebilir (CMK 135/5). Bu işlemin *amacı başkadır*. İşlemin amacı, şüpheli veya sanığın yakalanmasını sağlamaktır. Yakalamayı sağlamak dışında, delil olarak kullanılamaz, zira failin suçu işledikten sonra nerede yakalandığı, suçun ispatı açısından önemli olmayabilir, yani *ispat edilmek istenen olayın karara etkisi yoktur* (CMK 206/2-b). Bundan, mobil telefonun suç sonrasında bulunduğu yere ilişkin bilgilerin *delil* olarak kullanılamayacağı sonucu çıkar.²⁸⁷⁹

Mobil telefonun bulunduğu yerin tespiti kararı, en kolay verilen iletişim denetleme kararıdır ve koşullar bakımından iletişimin dinlenmesinde CMK 135/1'de yer alan diğer koşulların hiçbiri CMK 135/5'de zikredilmemiştir. Sulh ceza hâkimi veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı mobil telefonun numarasını ve tespit işleminin süresini (en çok iki ay, bir ay uzatabilme) belirterek mobil telefonun bulunduğu yerin tespitine karar verir. Savcının kararı hâkimin onayına tabi değildir.

IV. CMK 135, 139, 140 ilişkisi, işlem sırası.

Yargıtay CMK 140 ile 140'ta yapılan değişiklik öncesinde gizli soruşturma yöntemlerinin kendi içinde bir sıralamaya tabi tutulmasını ve biri olmazsa diğerinin uygulanmasını içtihat etmişti.²⁸⁸⁰ Yasal değişiklik öncesindeki içtihat şöyleydi: CMK 135/1 *başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması* ibaresini taşımaktadır. Bunun gibi CMK 139 ve 140. maddelerde bu ifadenin yer almaması olgusuna dayanan Yargıtay söz konusu maddelere göre yapılan soruşturma işlemlerinde işlemleri bakımından aralarında öncelik – sonralık ilişkisi olduğu sonucuna varmıştı. Bu bağlamda öncelikle 135. maddenin diğer iki koruma tedbirine nazaran öncelik aldığı, sonuç alınmaması halinde 140 ve ancak örgütün mevcudiyeti halinde ise 139. maddeye başvurulabileceğini içtihat etmişti. Bu içtihat yapılan yasal değişiklik ile güncelliğini kaybetmiştir.

V. Alman Ceza Muhakemesi Hukukundaki Gizli Soruşturma Tedbirleri.

²⁸⁷⁷ CGK 26.09.2017, E. 2017/16-956, K. 2017/370.

²⁸⁷⁸ Yargıtay 3. ceza dairesi sanığın *ByLock* sistemine örgüt talimatı ile katıldığı ve gizliliği sağlamak için haberleşme amacıyla kullandığının ortaya konmadığına dikkat çekmiş ve örgütün hiyerarşik yapısına organik bağla katıldığına dair başkaca faaliyetlerine ilişkin delil bulunmadığını vurgulamıştır. Bu gerekçelerle sanığa yüklenen suçun ispat edilemediğine ve hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğine karar vermiştir (3. CD. 21.11.2023, E. 2023/17048, K. 2023/8966).

²⁸⁷⁹ Diğer taraftan, Kanun delil elde etmek üzere uygulanabilecek olan yöntemleri sınırlı olarak, *iletişimin tespiti, dinleme, kayda alma, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve iletişimin tespiti* olarak maddede saymış, mobil telefonu zikretmemiştir. Fakat mobil telefon hakkında ayrı bir denetleme kararı da verilmişse, iletişim karar uyarınca kayda alınır, iletişim tespiti yapılır ve sinyal bilgileri değerlendirilirken elde edilen veriler, tabii ki delil olarak kullanılabilir.

²⁸⁸⁰ 18 CD 9.7.2015, E. 2015-29744, K. 2015/4468.

Alman Hukuku gizli soruşturma tedbirlerini bir bütün olarak düzenlemiş ve aralarındaki ilişkileri, denetlenmesini ve sonuçta uygulanan tüm tedbirlere ilişkin istatistik düzenlenmesi gibi konuları ele almıştır. Aşağıda iletişimin denetlenmesi ve diğer gizli soruşturma tedbirleri birlikte açıklanacaktır.

1. İletişimin denetlenmesi.

a) İletişimin denetlenmesi ile kısıtlanan temel haklar.

Telekomünikasyon yolu ile iletişim kavramından, teknik sistemler kullanılarak, haber olarak nitelendirilebilen, yazı, görüntü, konuşma veya ses şeklindeki her türlü elektronik veya optik sinyallerin nakledilmesi anlaşılır (TKG 3 Nr. 22).

Bireylerin Anayasa GG 10 ile güvencesi altına alınmış olan a) *haberleşme hürriyeti* ile, b) son yıllarda Alman Anayasa Mahkemesinin içtihadı²⁸⁸¹ ile yaratılan ve GG 2/1 ile bağlantılı olarak GG 1/1 maddelerle güvence altına alınmış bir temel hak olan *bilişim teknolojisinin mahremiyeti ile güvenliğinin sağlanmasını talep etme hakları*²⁸⁸² vardır. StPO 100a bu temel haklara kısıtlama getirilmesinin koşullarını düzenlemektedir.

Bu gizlilik konuşmanın içeriğinin *kayıt altına alınması* bakımındandır. Konuşmanın tarafı olan bir kişinin diğer tarafın söyledikleri *duyması* ve bu konuda ilerde tanıklık yapması mümkündür. Konuşmanın tarafları arasında birbirlerine karşı gizlilik olmaz. Fakat, konuşulana karşı tarafın izni olmadan *kaydetmek* hukuka aykırı olur.²⁸⁸³

Haberleşmenin gizliliği hakkı (GG 10, Türk Anayasasının 22. maddesi) *aktif olarak telekomünikasyon yoluyla yapılmakta olan bir iletişim sırasında* korunur: Anayasal koruma *sinyallerin gönderilmesinden, muhatap kişinin bunlara erişim sağlaması anına kadar* sağlanmıştır (BVerfG NJW 2008, 3619, 3621). Uygulamada bu koruma, *sinyallerin son kullanıcının cihazında, onun hakimiyet alanına girmesi* ile sonlanır. Bu kuralın istisnası, casus program ile yapılan iletişimin denetlenmesidir (*Quellen-Telekommunikationsüberwachung*; aşağıda b, v).

Anayasal koruma son kullanıcıda bittiği için, odada bulunan kişilerin kendi aralarında yaptıkları konuşmalar veya telefonun iyi kapanmaması nedeniyle karşı tarafın duyduğu konuşmalar bakımından sınırlama yoktur. Bununla birlikte, konutun içindeki konuşmaların Alman Hukukunda ayrı bir kural ile düzenlendiği ve bu kural uyarınca hâkim kararı ile dinleme yapılacağı için, odadaki konuşmaların tesadüfen iletişimin dinlenmesi tedbirine takıldığı hallerde delil yasağı uygulanmaktadır.²⁸⁸⁴

İletişimin denetlenmesi tedbiri Almanya'da da önceleri en son çare olarak uygulanan istisnai bir tedbir olarak yapılandırılmışken, cep telefonunu kullanımının yaygınlaşması ile geleneksel bir araştırma tedbiri halini almış bulunmaktadır.²⁸⁸⁵

b) AB Hukukunun Alman iç hukukuna etkisi.

i) EU-Richtlinie 2006/24; Vorratsdatenspeicherung.

Avrupa Birliğinin 2006 yılında *siber güvenliği güçlendirmek* amacı ile kabul ettiği direktif²⁸⁸⁶ iletişim hizmeti sağlayan kurum ve kuruluşların iletişim verilerini ağır suçların tespiti, araştırılması ve kovuşturulması amacı ile kullanılmak üzere saklanmasını öngörmektedir. Alman hukuku bu direktifin iç hukuka yansıtılması amacı ile değiştirilmiş ve özellikle para hareketleri, ekonomik suçlar ve

²⁸⁸¹ BVerfG NJW 2008, 822; KK-StPO/Henrichs/Weingast StPO § 100a Rn. 5'ten naklen.

²⁸⁸² Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.

²⁸⁸³ HK-StPO-Gercke/Grözinger 2023, 406.

²⁸⁸⁴ Putzke/Scheinfeld/Putzke 2022, Rn. 273.

²⁸⁸⁵ HK-StPO-Gercke/Grözinger 2023, 407.

²⁸⁸⁶ Richtlinie 2006/24 EG vom 21.12.2007 über die **Vorratsspeicherung** von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden (Amtsblatt der Europäischen Union, L 105/54, 13.4.2006).

uyuşturucu ticareti²⁸⁸⁷ gibi, modern iletişim araçları kullanılarak işlenen suçlar bakımından temel haklara ağır müdahaleler gerektiren yeni yetkiler düzenlenmiştir. 2017 yılında yapılan değişiklikle Ceza Muhakemesi Kanununa hedef kişinin iletişim cihazına casus program yerleştirilmesi kabul edilmiştir (StPO 100a; *Quellen-Telekommunikationsüberwachung*). Böylece, şifreli bir iletişim karşı tarafa gönderilmeden önce casus program tarafından kayıt altına alınabilmektedir.

Bu yetkilerin kullanılabilmesi için, suçun ağır bir suç ve somut olayda araştırmanın zor olması gerekmektedir. Diğer taraftan, yetkinin kullanılabilmesi için güvenceler de öngörülmüştür. En güçlü güvence konutun içinin teknik araçlarla izlenmesi tedbiri bakımından düzenlenirken, diğer tedbirlerde güvence tedricen azalmaktadır.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunundaki önemli bir düzenleme, gizli soruşturma yöntemlerinden etkilenen kişilere bildirim yapılmasına ilişkin olan StPO 101'dir. Bu hükümde hangi gizli soruşturma tedbirinde kime bilgi verileceği ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

StPO 101a madde, gizli soruşturma tedbirlerinden elde edilen *kişisel verilerin nasıl kullanılacağı*, nerelere veya kimlere verileceği gibi konuları düzenlerken, StPO 101b madde ise, *uygulanan tedbirlere ilişkin istatistik düzenlenmesine* yöneliktir: iletişimin denetlenmesi, çevrimiçi arama ve tüm diğer gizli soruşturma yöntemlerine kaç olayda karar verildiği, uzatma yapıp yapılmadığı, uygulamanın devam ettiği süre ve sonuçta delil elde edilip edilmediği gibi konularda ayrıntılı bilgi toplanması ve bu bilgilerin her yıl 30 Haziran tarihinde internette yayınlanmadan önce Federal Adalet Bakanlığının Federal Meclise bilgi vermesi mecburiyet öngörülmüştür.

Yayınlanan raporlara göre, 2018 yılında 5.104 davada 19.474 gizli soruşturma tedbiri kararı verilmişken, 2019 yılında 5.252 davada 18.225 cep telefonu ve internet üzerinden yapılan haberleşmenin denetlenmesine karar verilmiştir. İnternetin denetlenmesi ve siber suçların soruşturulması savcılıkların önceliği olmuştur.

Casus program kullanarak iletişimin kaynaktan denetlenmesine ilişkin sayılar ilk defa 2019 yılı raporuna yansımıştır: Buna göre, yıl içinde 578 karar verilmiş, fakat bilfiil uygulanma sayısı 368 olmuştur. 2021 yılına ait sayılar daha da düşük olup, 31 kez karar verildiği, fakat sadece 3 defa bilfiil uygulandığı belirlenmiştir. Sayının bu kadar düşük olması, uygulamadaki teknik zorluklara bağlanmaktadır.²⁸⁸⁸

ii) EU-Richtlinie 2016/680; Kişisel veriler.

Kişisel verilerin adalet ve kolluk hizmetlerinde nasıl kullanılacağı Türk Hukukunda istisna tutularak düzenlenmişken, AB ilkeleri bu konuyu bir direktifle ele almış, Almanya da Kişisel Veriler Kanununda değişiklik yapmıştır (BDSG 45). Buna göre, iletişimin denetlenmesinden elde edilen kişisel veriler gibi (StPO 100a), ceza muhakemesinden elde edilen tüm kişisel verilerin kullanılması Ceza Muhakemesi Kanununda (StPO 500) düzenlenmiştir.

iii) EU-Richtlinie 2014/41; Europäische Ermittlungsanordnung (EEA).

Soruşturmanın aktarılması ile ilgili konuları düzenleyen AB Direktifi (EEA) Alman iç hukukuna Uluslararası Adli Yardım Kanununda (IRG 91a) yapılan değişiklik ile aktarılmıştır. Bir başka AB ülkesi mahkemesinin verdiği iletişimin denetlenmesi kararı Almanya'da yerine getirilebilir (EEA 30 ve 31). Kararı veren ülkede yapılan kayıtların Almanya'ya gönderilmesi de mümkündür. Yabancı ülkedeki kaydın hukuken geçerli olabilmesi için, Alman Hukukuna göre de kayıt yapma kararı verilebilen bir hal olması gereklidir (IRG 91c/2, Nr. 2).²⁸⁸⁹

2. Alman Hukukunda telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi.

a) Kapsama giren cihazlar, e-postalar, kaynaktan dinleme yöntemi.

²⁸⁸⁷ Freiburg'daki Max-Planck Enstitüsünün 2003 yılında yaptığı bir araştırmaya nazaran, uygulanan gizli araştırma tedbirlerinin sayısı 501 iken, bunların 199 adedinde uyuşturucu madde ticareti suçlaması söz konusu idi (MüKoStPO/Rückert, 2. Aufl. 2023, StPO 100a Rn. 4).

²⁸⁸⁸ MüKoStPO/Rückert, 2. Aufl. 2023, StPO 100a Rn. 9.

²⁸⁸⁹ MüKoStPO/Rückert, 2. Aufl. 2023, StPO 100a Rn. 51.

i) İletişimin dinlenmesi kapsamına giren cihazlar.

Başlangıçta telli telefonların dinlenmesi ile başlayan tedbir, daha sonraları mobil telefonları kapsayacak şekilde genişledi. Akıllı telefonların çıkmasıyla birlikte, bunlara bağlı app'lerin de denetim kapsamına girmesi söz konusu olmuştur. Akıllı saatler, tabletler ve yapay zekâ kullanan otomobillerin de kullanılmaya başlanması ile, *LTE (Long Term Evolution)-Netzwerke* uygulamalarının gelişmesi sonucunda çok sayıda kullanıcının iletişim bilgilerinin kapsama girmesi sonucu doğmuştur.²⁸⁹⁰

ii) Telefon kapalı iken yapılan denetleme.

Telefonun kapalı olduğu, yani cihazla iletişim yapılmadığı sırada cep telefonunun içindeki bilgilere erişim sağlanması Alman Hukukunda StPO 100b madde ile düzenlenmiştir. Teknik bir cihaz ile kapalı cep telefonunun incelenmesi Baviera Polis Kanununun 34d maddesi ile düzenlenmişken Alman Anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmişti. Bu karar yukarıda sözü edilen *bilişim teknolojisinin mahremiyeti ile güvenliğinin sağlanmasını talep etme hakkının* yaratıldığı karardır. Mahkeme sadece canlı olarak gerçekleşmekte olan somut bir iletişimin değil, aynı zamanda cep telefonunda kayıt altına alınmış olan diğer verilere de erişim sağlanması nedeni ile, konutta yapılan teknik takip gibi katmerli güvenceli bir düzenleme yapılmasını talep etmişti. Kanun koyucu bu karar üzerine StPO 100b maddeyi hazırlamış ve 2012 yılında yürürlüğe koymuştur.

iii) Cep telefonunun bulunduğu yerin IMSI-Catcher ile belirlenmesi ve SMS gönderilmesi.

Cep telefonunun bulunduğu yerin tam olarak tespiti ile cihaz ve SIM kart IMEI numaralarının²⁸⁹¹ *IMSI-Catcher*²⁸⁹² cihazı kullanılarak belirlenmesi StPO 100i madde ile düzenlenmiştir.

StPO 100i, kolluğun şüpheliye *sessiz SMS*²⁸⁹³ göndermesine de olanak sağlamaktadır. Bu yöntem ile şüphelinin cep telefonuna çok sayıda SMS gönderilmekte, fakat bunlar sistemde şüpheli tarafından algılanmamaktadır. Böylece SMS'lerin nerelerden alındığı sinyal bilgisi değerlendirme yöntemi ile belirlenmekte ve sonuç olarak şüphelinin bir *hareket resmi* çizilmektedir.²⁸⁹⁴

iv) E-postalar.

Kanunda e-postalar ilişkin olarak haberleşmenin gizliliğine müdahale konusunda bir düzenleme yer almadığı için, e-postanın gönderilme aşamalarına göre yorum yolu ile uygulama yapılmaktadır: E-posta hazırlanmış fakat henüz gönderilmemiş ve göndericinin mektup kutusunda gönderilmeyi beklemekte ise, postada elkoyma hükümleri uygulanır. Ancak taslak e-posta bir web-mail-servisinde bekliyorsa, bu yöntemin iletişim olduğu kabul edilmekte ve StPO 100a ve 100e maddeler uygulanmaktadır. E-posta gönderilmiş ve elektronik veri olarak sistem içinde bulunuyorsa, iletişimin denetlenmesi kapsamına girmiş olur ve StPO 100a ve 100e maddeler uygulanır. Buna karşılık, gönderimdeki e-posta aleni ise, Alman Yargıtay'ı postada elkoyma kurallarını uygulamaktadır. Servis sağlayıcının bilgisayarında muhatap kişi tarafından açılmayı bekleyen e-postalar bakımından da postada elkoyma kuralları geçerlidir.²⁸⁹⁵

v) İletişimin kaynakta iken dinlenmesi; *Quellen-TKÜ*.

Avrupa Birliğinin kaynakta inceleme direktifinin iç hukuka yansıtılması aşamasında 2017 yılında Kanuna eklenen bir cümle ile (StPO 100a/1, cü.3), ilgili kişinin kullandığı cihazlarda kayıt edilmiş bulunan verilere de erişim sağlama olanağı yaratılmıştır: *aktif erişim sırasında denetlenebilen iletişimin kapsamına, kayıt gerçekleştirildikten sonra da erişilebilir.*²⁸⁹⁶

²⁸⁹⁰ MüKoStPO/Rückert, 2. Aufl. 2023, StPO 100a Rn. 15.

²⁸⁹¹ International Mobile Equipment Identity

²⁸⁹² International Mobile Subscriber Identity

²⁸⁹³ "stelh ping"

²⁸⁹⁴ Putzke/Scheinfeld/Putzke 2022, Rn. 276 ve Rn. 276a.

²⁸⁹⁵ Putzke/Scheinfeld/Putzke 2022, Rn. 274.

²⁸⁹⁶ *KK-StPO/Henrich/Weingast*, 9. Aufl. 2023, StPO 100a Rn. 7.

b) İletişimin içeriği.

Özel kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliği korunurken, iletişimin içeriği önem taşımaz. İletişimin konusunun herkesin bildiği bir husus, bir reklam afişi veya bir resim olması koruma alanını etkilemez. Haberleşmenin gizliliğinde korunan husus, bilişim teknolojisi kullanılması yöntemi ile iletilen sinyallerdir.²⁸⁹⁷

c) İletişimin tarafları.

İletişimin bir üçüncü kişinin cihazının kullanılması yolu ile yapıldığı hallerde de koruma sağlanıp sağlanmayacağı konusu tartışmalıdır (üçgen ilişki: bir tarafta Devlet, diğer tarafta iki birey).

Bir bilgisayar ile diğer bir bilgisayarın iletişim kurduğu haller ise, tartışılması gereken yeni bir konudur. *Cloudcomputing* ve *Internet of Things* üzerinden bilişim sistemleri arasındaki iletişimin denetlenmesi, maddi olgu araştırması ve şüphelinin bulunduğu yerin belirlenmesi için yapılabilir.

ç) İşlenmiş suçların delilini araştırma amacı.

Gizli araştırma tedbirinin hedefi, işlenmiş, tamamlanmış bir suça ilişkin delil elde etmektir. Bir başka ifade ile, postada elkoymada olduğu gibi, tedbir kararı verilmeden önce gerçekleşmiş olan hayat olayları incelenmektedir.

d) Elde edilen delillerin niteliği.

İletişimin denetlenmesinden emare delili elde edilir.²⁸⁹⁸ Tesadüfi delil sadece katalog suçlar bakımından kabul edilmiştir. BGH 1983 yılında verdiği kararında,²⁸⁹⁹ Hukuk Devletinin hukuka aykırı delil kullanmaması gerektiğini vurgulamış ve iletişimin dinlenmesindeki (StPO 100a) hukuka aykırılıkları dile getirmişti. 2024 yılında verdiği yeni kararında²⁹⁰⁰ ise, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yöntemindeki (StPO 100g) hukuka aykırılığı da dikkate almıştır.

52. § 8. TEKNİK ARAÇLARLARLA İZLEME**403-20. TEKNİK ARAÇLARLA İZLEME.**

“Teknik araçlarla izleme”, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerinin ve işyerinin teknik araçlarla izlenmesi, ses veya görüntü kaydının alınmasıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu²⁹⁰¹ *teknik araçlarla izleme* adını verdiği yöntemde, liste halinde saydığı katalog suçlarının işlendiği hususunda *somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri* bulunması halinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık²⁹⁰² yerlerdeki faaliyetleri ile, iş yerinin teknik araçlarla izlenebilmesini, ses veya görüntü kaydına alınabilmesini hâkim kararı ile olanaklı hale getirmiştir (CMK 140/1).

I. Teknik Araçlarla İzleme Kavramı.

²⁸⁹⁷ MüKoStPO/Rückert, 2. Aufl. 2023, StPO 100a Rn. 1.

²⁸⁹⁸ MüKoStPO/Rückert, 2. Aufl. 2023, StPO 100a Rn. 3.

²⁸⁹⁹ BGH 17.03.1983, Az.: 4 StR 640/82.

²⁹⁰⁰ BGH 10.01.2024, Az. 2 StR 171/23. Bu kararda hâkim nitelikli hırsızlık suçu (StGB 242, 243) işlendiği şüphesi ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi (*Funkzellenabfrage*) kararı vermişti. Oysa bu suç tipi StPO 100g maddedeki suç kataloğunda yer almıyordu.

²⁹⁰¹ *Mülga 4422 numaralı* Kanunda öngörülen suçları işlediklerinden kuşku duyulanların konut, ikametgâh, işyeri ve kamuya açık yerlerdeki her türlü etkinliklerinin teknik araçlarla gizli olarak gözetlenmesi, izlenmesi, ses ve görüntü kaydına alınması, “gizli izleme” olarak tanımlanmıştı (4422 m.3). Gizli izleme hâkim kararı ile uygulanabiliyordu. Gecikmesinde sakınca varsa Cumhuriyet savcısı da emir verebiliyordu.

²⁹⁰² Teknik araçlarla izleme konusundaki bu düzenleme 4422 sayılı Kanunun 3 ncü maddesindeki yetkiye nazaran, büyük ölçüde daraltılmıştır. 4422 numaralı Kanunun konut ve ikametgahın da teknik izlemeye tabi olmasını kabul etmişken, CMK 140/1 konut ve ikametgahı dahil etmemiş, sadece kamuya açık yerlerdeki faaliyetler ve işyerini yetki kapsamında tutmuştur. CMK 140/5, “bu madde hükümlerinin kişinin konutunda uygulanamayacağını”, açıkça belirtmektedir.

1. Fiziki izleme ile teknik takip farkı.

Kolluk görevlilerinin teknik bir araç kullanmaksızın kişileri izlemesi ve yaptığı hareketler hakkında notlar alması teknik araçlarla izleme kapsamında değildir.²⁹⁰³ Fiziki takip diyebileceğimiz ve suç soruşturması kapsamında yapılabilen böyle bir izleme ve gözleme faaliyetinin hukuka uygun sayılabilmesi için ceza soruşturmasının başlaması veya CMK 139 kapsamında görevlendirilmiş bir gizli soruşturmacı söz konusu olmalıdır. Yargıtay sadece soyut bir ihbar üzerine kolluk görevlilerinin belirli bir iş yerine girerek delil toplamaları halinde delilin hukuka aykırı olacağı görüşünde ise de doktrinde çıplak göle, bir gözlem yapılması için CMK 139 veya 140 gereğince bir karar alınması gerekmediği ve kolluğun arama niteliğinde bir işlem yapmadığı sürece hâkimden karar almasına gerek olmadığı belirtilmektedir.²⁹⁰⁴

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları.

AİHM Khan/İngiltere 12.5.2000; Perry/İngiltere 26.9.1992 kararlarında kanuna ve hukuka uygun olduğu sürece teknik araçlarla suç soruşturması yapılması ve delil elde edilmesinin Sözleşmeye aykırı olmadığına karar vermiştir. Benzer şekilde P.G.& J.H/İngiltere 25.9.2001 kararında teknik izleme yöntemlerinde kullanılan usullerin iç hukukta kanun ile düzenlenmesi gerektiğini vurgulamış ve tedbirleri düzenleyen yasalarda güvencelerin mevcut bulunmamasını hukuka aykırı bulmuştur.²⁹⁰⁵

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 10.3.2009 tarihli *Anatoly Petrovich Bykov v. Rusya* kararı, özel alanda yapılan konuşmaların radyo üzerinden dışarıya yansıtılması ve böylece kaydedilmesini irdelemiştir. Milletvekili, tanınmış bir iş adamı ve Alüminyum şirketlerinin yönetim kurulu başkanı olan *Bykov'un*, (V) adlı bir kiralık katili, iş ortağı (S) yi öldürmeğe azmettirdiği, ona silah ve para verdiği iddia edilmiştir. (V) 18 Eylül 2000 tarihinde bu konuda savcılığa ihbarda bulunmuş, 20 Eylül 2000 tarihinde basında (S) nin evinde (İ) ile birlikte öldürüldüğü konusunda (yalan) bir haber yer almıştır. Savcı 21 Eylül 2000 tarihinde *Bykov* hakkında soruşturma başlatmıştır.

(V) 26 Eylül 2000 tarihinde *Bykov'u* evinin bahçesindeki köşkte ziyaret etmiştir. (V) nin üzerine daha önceden bir radyo vericisi yerleştirilmiştir. (V) *Bykov'a*, kendisine verdiği emir yerine getirdiğini söyleyerek, delil olarak (S) ve (İ) nin kol saatlerini ve (S) nin evinden aldığı bir fizibilite raporunu vermiştir. Raporla, dokunan kişinin eline yapışıp uzun yıllar çıkmayan radyoaktif bir madde vardır. *Bykov* ve (V) 16 dakika süre ile konuşmuşlar ve bu konuşma radyo üzerinden nakledilerek dışarıda bekleyen görevliler tarafından gizlice kaydedilmiştir.

4 Ekim 2000 tarihinde hâkim kararı alınarak *Bykov'un* evinde arama yapılmış ve kol saatleri ile fizibilite raporuna elkonulmuştur. *Bykov'un* yapılan dış beden muayenesinde radyoaktif madde tespit edilmiştir.

Bunun üzerine *Bykov* yakalanmış ve tutuklanmıştır. Tutukluluk durumu 1 yıl 8 ay 15 gün sürdüğü için, AHİM Rusya aleyhine 5/3 madde ihlali kararı vermiştir.

Radyo üzerinden yapılan ses kaydı “iletişimin denetlenmesi” olarak kabul edilmemiş ise de, gizlilik beklentisi bulunan bir yerden yayın yapıldığı için, 8 inci maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Ancak, “kanuna aykırı” bir şekilde elde edilen bu delil ikna edici ve doğru olduğu ve delil kullanılmadan önce savunma haklarının kullanılmasına imkân sağlandığı için, 6/1 maddenin ihlal edilmiş olmadığına karar verilmiştir.

3. Kişisel veri toplama ile teknik takibin ilişkisi.

²⁹⁰³ Ünver/Hakeri 2023, 1284.

²⁹⁰⁴ Ünver/Hakeri 2023, 1285.

²⁹⁰⁵ AHİM, 11.1.2022 tarihli *Ekimdzhev ve Diğerleri/Bulgaristan* kararında; teknik araçlarla izleme tedbirini düzenleyen kanunların yeterli güvenceleri içermediği hallerde hukuka aykırılık bulunduğunu tespit etmektedir (Ünver/Hakeri 2023, 1291).

Teknik araçlarla izleme yöntemleri ile kişisel veriler toplanmakta ve bunlar kayıt altına alınmaktadır. Bu nedenle Sözleşmenin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edilmemesi gerekir.²⁹⁰⁶

4. Kontrollü teslimat ile teknik takibin ilişkisi.

Ceza İşlerinde Yardım Avrupa Sözleşmesi'nin 2. Ek Protokolün 18. Maddesine göre Sözleşme'ye taraf olan devletler kendi ülkelerinde kontrollü teslimata izin vermeyi taahhüt etmişlerdir. Devletlerden biri diğerinden kontrollü teslimat konusunda bir diğerinden adli yardım talebinde bulunursa istenilen devlet kendi iç mevzuatına göre uygulama yapar. Bu nedenle iç hukukta kontrollü teslimatın güvencelere sahip olunacak şekilde düzenlenmesi gerekir.²⁹⁰⁷

5. Güvenlik kameralarının yaptığı kayıtlar.

Suç izlerini tespit amacıyla yapılan fotoğraflama ve umuma açık mağazalarda yapılan video kayıtları bu kapsamda değerlendirilmeyecektir.

6. Toplantı ve gösterilerde yapılan ses ve görüntü kayıtları.

9. CD 1.5.2007, E. 2007/8652, K.2000-3617

Dosyada mevcut CD çözüm tutanaklarının içeriğine göre olay tarihinde düzenlenen festivalde silahlı terör örgütü lehine sloganlar atarak pankart açan grubun içinde yer alıp 17.6.2005 tarihinde silahlı çatışma sonucu ölü ele geçen örgüt mensupları kastedilerek "katil devlet hesap verecek.", "devrim şehitleri ölümsüzdür" şeklinde sloganlar attığı tespit edilen sanığın eyleminin 3713 sayılı Yasanın 7/2. maddesinde tanımlanan suçu oluşturduğu, hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.

7. İstihbarat kuruluşlarının teknik araçlarla izleme yetkisi.

İstihbarat amacı ile yapılan çalışmalarda gizli bilgi toplama yöntemleri kullanılabilir. MİT Kanunu 6. maddesinde bu konudaki yetkileri düzenlemiştir: d) MİT mensupları görevlerini yerine getirirken gizli çalışma usul, prensip ve tekniklerini kullanabilir (d) İstihbari faaliyetler için görevlendirilenlerin kimliklerini değiştirebilir, kimliğin gizlenmesi için her türlü önlemi alabilir, tüzel kişilikler kurabilir. Kimliğin oluşturulması veya tüzel kişiliğin kurulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belge, kayıt ve dokümanlar ile araç ve gereçler hazırlayabilir, değiştirebilir ve kullanabilir (e). İstihbarat görevlilerinin teknik araçlarla izleme yetkileri Kanunda açık bir şekilde düzenlenmiş olmayıp, genel tanımlar niteliğindedir. Bu yetkilerin hangi koşullar altında, kimin kararı ile ve kimler hakkında kullanılacağı, yetkinin nasıl denetleneceği gibi konuların ayrıntılı olarak düzenlenmesi beklenir.²⁹⁰⁸

Ancak, elde edilen bilgiler bu Kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir ve Bu maddede belirlenen usul ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır (MİTK 6).

II. Teknik Araçlarla İzlemenin Koşulları.

1. Ceza soruşturmasının başlaması koşulu.

Teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulması için muhatap olan kişinin şüpheli veya sanık durumuna girmiş olması gerekir. Bu nedenle ceza soruşturmasını başlatılmış olması şarttır. Üçüncü kişiler hakkında teknik takip kullanımını Türk Hukuku kabul etmemiştir.

2. Listede sayılan suçlardan biri olma koşulu.

²⁹⁰⁶ Ünver/Hakeri 2023,1287.

²⁹⁰⁷ Ünver/Hakeri 2023,1287.

²⁹⁰⁸ Yenisey, Kolluk Hukuku 2023, 542.

Teknik araçlarla izleme tedbiri CMK 140/1'deki listede sayılan suçlarda mümkündür.²⁹⁰⁹ Bu suçların özellikleri bakımından ileride yapılan açıklamalara bakınız. Ancak CMK 140/1 dışında da başka kanunlarla teknik araçlarla izleme suçlarda da teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanmasına izin verildiği görülmektedir. Örneğin, Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun'un 23/5. Maddesine göre esrar elde etmek amacıyla kenevir ekme suçu bakımından CMK 135. Maddesindeki iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile CMK 140.maddesindeki teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanması kabul edilmiştir. Dikkat edilirse bu kanunda kanunla verilen yetkiler arasında sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, mobil telefonun yerinin tespiti hakkında ve gizli soruşturmacı görevlendirme yetkisi verilmiştir. Ayrıca suçun örgütlü biçimde işlenmiş olması şart değildir. Benzer şekilde Terörün Finansmanının Engellenmesi Hakkındaki Kanunda düzenlenen terörizmin finansmanı suçu bakımından teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanması kabul edilmiştir.

Liste halinde suç sayarak yetki belirlenirken bazı önemli suçların kapsam dışı kalacağı ve katalog da yer almayan suç nedeniyle yapılan teknik takipten elde edilen delilin kullanılamayacağı vurgulanmıştır. Bu nedenle çocuk pornografisi suçunun kapsama alınması önerilmektedir.²⁹¹⁰

3. Listeye yapılan yeni eklemeler.

Gerek teknik araçlarla izleme ve gerekse diğer gizli soruşturma yöntemleri bakımından kanunda yer alan listelere sonradan suçlar eklendiği görülmektedir. Suç tarihi itibarıyla listede bulunmayan bir suçun daha sonra listeye eklenmesi halinde yapılan teknik araçlarla izleme kayıtlarının delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalı bir konudur.²⁹¹¹

4. Somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunması koşulu.

Somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri tanımı basit suç şüphesini işaret etmektedir. Tutuklama için alınan kuvvetli suç şüphesinin mevcut bulunması söz konusu değildir.

5. Başka suretle delil elde edilememesi koşulu.

Kanun diğer gizli soruşturma yöntemlerinde aradığı gibi burada da en son çare olarak teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanmasını öngörmüştür.

6. Karar vermeye yetkili makam.

Teknik araçlarla izleme kararının verme yetkisi hâkime tanınmıştır. Ancak gecikmesine sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilmekte ve bunun 24 saat içerisinde hâkimin onayına sunulması, hâkimin kararının da en geç 24 saat içinde vermesi koşulu vardır (CMK 140/2).²⁹¹² Süre dolar ve hâkim aksine karar verirse elde edilen kayıtların imha edilmesi gerekmektedir.

²⁹⁰⁹ Liste halinde sayılan suçlar şunlardır: Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (TCK 79, 80) ile organ ve doku ticareti (TCK 91), kasten öldürme (TCK 81, 82, 83), nitelikli hırsızlık (TCK 142) ve yağma (TCK TCK 148, 149) ile nitelikli dolandırıcılık (TCK 158), uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK 188), parada sahtecilik (TCK 197), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK 220; iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç), fuhuş (TCK 227/3), ihaleye fesat karıştırma (TCK 235), tefecilik (TCK 242), rüşvet (TCK 252), suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama (TCK 282), Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (TCK 302), Anayasal düzene ve bu düzeninin işleyişine karşı suçlar (TCK 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316), Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk (TCK 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337), Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Kanununda tanımlanan silah kaçakçılığı suçları (m.12), Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan hapis cezasını gerektiren suçlar ve Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 ncü maddelerinde tanımlanan suçlar. (Altı çizili olan suçlar listeye sonradan eklenmiştir.)

²⁹¹⁰ Ünver/Hakeri 2023, 1289.

²⁹¹¹ Bu konuda Diyarbakır BAM 8. CD 2.3.2021,207/271 sayılı kararında; katalog suç kapsamındaki suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan, sanıklar hakkında teknik araçlarla izleme tedbiri kullanırken uygulanması sırasında nitelikli dolandırıcılık suçunun işlendiği kabul edilerek hüküm tesis edilmiş ise de suç tarihi itibarıyla nitelikli dolandırıcılık suçunun CMK 140'ta yer almaması ve bu suçun maddeye 2014 yılında eklenmesi nedeniyle anılan teknik araçlarla izleme kayıtlarının delil olarak kullanılamayacağı kabul edilmiştir (nakleden: Ünver/Hakeri 2023,1289)

²⁹¹² Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. savcısı tarafından verilen emirle 24 saatlik bir süre için yapılan teknik araçlarla izlemeden elde edilen delillerin hâkim tarafından tedbirin onaylanmadığı durumlarda kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin CMK 140'ta bir açıklama yoktu. Benzer bir konu olan iletişimin denetlenmesinde, savcı emri ile yapılan denetlemelerde, sonradan hâkim karar vermediği durumlarda, bu bilgilerin delil olarak kullanılamayacağına ilişkin açık hüküm vardır (CMK

Maddede hâkim teriminin kullanılması fakat mahkemeden söz edilmemesi doktrinde eleştirilmektedir. Zira teknik aralarla izleme tedbiri sanık hakkında da verilen bir karardır. Kanunun değiştirilmesi önerilmektedir.²⁹¹³

Teknik araçlarla izleme kararı özgün bir karardır. Bir başka ifade ile, gizli soruşturmacı görevlendirme kararı, gizli soruşturmacıya teknik araçlarla izleme yapma yetkisi vermez.²⁹¹⁴

III. Teknik Araçlarla İzlemenin Konusu

1. Ortam Dinlemesi

tt

2. GPS Cihazının Kullanılması

AİHM 2.9.2010 Uzun-Almanya; GPS ile izleme

Alman Anayasayı Koruma Teşkilatı, soyadını sonradan *Uzun* olarak değiştiren *Bernhard Falk* hakkında, Kızıl Ordu Fraksiyonunun devamı niteliğindeki Antiimperialistische Zelle terör örgütünün üyesi olup olmadığını ortaya çıkarmak üzere, 1993 yılında başlayan uzun süreli observasyon uygulamıştır. İletişimin denetlenmesi, teknik takip yöntemleri uygulanmış, neticede bu yöntemlere ek olarak, hakim kararı almadan, GPR cihazı ile de takip yapılmıştır. Bu şekilde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması, önce Anayasa Şikâyeti olarak ileri sürülmüş, fakat Alman Anayasa Mahkemesi 24 Ocak 2001 tarihli kararı ile anayasa şikayetini red etmiştir. Bunun üzerine Sözleşmenin 8 inci maddesi açısından bireysel başvuru konusu yapılmıştır. AİHM Uzun/Almanya kararının 43-48 numaralı paragraflarında gizli soruşturma yöntemlerinin özel hayat ile ilişkisini ortaya koymuş, GPR cihazının iletişimin denetlenmesine nazaran daha az özel hayat müdahalesi içermesi nedeni ile, ağır suçların ortaya çıkarılması için bu cihazın kullanılmasında 8 inci maddeye aykırılık görmemiştir (§ 81).

USSC 4.07.1905, v. Jones, 565,200 (2012): GPS ile izleme

Polis, sanığın aracına, ilk derece mahkemesinin arama kararında belirtilen yerleştirilme şekli ve uygulanma süresine aykırı olacak bir biçimde GPS takip cihazı yerleştirmiştir. İlk derece mahkemesinde bu delil kabul edilmiş ve sanık mahkûm edilmiştir. Sanık bu kararı temyiz ederek, karara aykırı GPS takibinin ve bu şekilde elde edilen delillerin, Anayasa ek madde 4'teki hakkını ihlal ettiğini belirtmiştir. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi ise, Anayasa ek madde 4'te, keyfi arama ve elkoymalara karşı korunma hakkından söz edildiğini ancak bu hakkın nasıl hayata geçirileceğinden söz edilmediğini ifade etmiştir. Burada amaç, gelecekteki Anayasa ek madde 4 ihlallerini engellemektir fakat dosyadan çıkarılma kuralı, bir kusursuz sorumluluk rejimi gibi katı bir uygulamaya da dönüşmemelidir.

USSC Quartavious Davis v. U.S. 11th Circuit: (CMK 140)

Bu karar, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi kararı değildir, fakat vardığı sonuçlar bakımından incelenmeye değer görülmüştür. Söz konusu karara konu olan olayda, Davis, silahlı soygun suçundan dolayı mahkûm edilmiştir. Bu mahkûmiyet, Davis'in 67 gün boyunca gittiği yerleri tespit eden ve belirli silahlı soygunların olduğu saatlerde nerede olduğunu gösteren delillere dayanmıştır. Davis bu karara karşı kanun yoluna başvurmuş ve arama kararı olmadan cep telefonu üzerinden bu şekilde yer tespiti yapılmasının hukuka aykırı olduğunu öne sürmüştür. Temyiz mahkemesi ise, baz istasyonu bilgilerinin ortaya konması durumunda bir özel hayat beklentisinden söz edilemeyeceğini belirterek, bu bilgilerin edinilmesi için başvuru cep telefonu şirketlerine bir arama kararı sunulması gerekmediğine hükmetmiştir.²⁹¹⁵

3. Otomobil içinde teknik takip.

135/1). Teknik izlemede böyle bir açık düzenleme bulunmadığından, savcının emri ile yapılan teknik takipten elde edilen bilgilerin, onaylanmasa dahi, delil olarak kullanılabilceği görüşünde idik.

²⁹¹³ Ünver/Hakeri 2023, 1290.

²⁹¹⁴ Ünver/Hakeri 2023, 1290.

²⁹¹⁵ Bu konuda benzer kararlar için bakınız: <https://www.eff.org/fr/cases/united-states-v-davis>

Bir otomobilin içerisinde bulunan ve teknik araçlarla izlenmediğini düşünen bir şüphelinin konuşmalarının dinlenmesi, Alman Anayasasının 2/1 maddesi ile 1/1 maddesi ile korunan 'kişiliğin çekirdek alanını' ihlal eder: Birey dışardan izlenmeye karşı kapalı bir yere girmeyi seçtiği sürece, bu alan *özel alan olma özelliğini* taşır. Bu nedenle, hâkim kararı olmadan elde edilen bilgiler, kovuşturmada delil olarak kullanılamaz (BGH 2 StR 509/10-22.12.2011; nakleden: Ünver/Hakeri 2023, 1299).

4. İşyerinde teknik takip.

5. CD 26.12.2006, E. 2006/ 9880, K. 2006-10661 (Edirne Gümrüğü)

Sanıklar atama ile buldukları görevlere getirilmiş olmakla birlikte, dosya kapsamı ile işlenen fiillerin sayısı ve niteliğine göre, görevlerinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle ve devamlı olarak kendilerine yarar sağlama amacı etrafında fiilen birleştikleri, bu şekilde oluşturdukları örgütte disiplinli bir işbirliği ve sürekliliğin bulunduğu, ilişkinin yapısı ve mensup sayısı itibarıyla amaç suçları işlemeye elverişli seviyede olduğu, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yöneticisi veya üyesi olmanın, tehlike suçu olması nedeniyle en az üç kişinin, konusu ve mağduru belirsiz önceden belirlenmemiş sayıda suçları işleme amacıyla birleşmesi ya da sonradan bu oluşuma dahil olmasıyla bu suçların tamamlanacağı, amaç suçların işlenmesine iştirak edilmesinin ya da belirli bir süre geçmesinin gerekmediği, diğer taraftan CMK'nın 140. maddesiyle burada sayılan suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi halinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyerinin teknik araçlarla izlenmesi, ses ve görüntü alınmasının koşullarının saptandığı, oysa *olay yerinin ülkeye yoğun biçimde insan ve araçların giriş çıkışı ile ülke ekonomisi ve genel güvenliğinin korunması için bunların kontrole tabi tutuldukları çok sayıda insanın çalıştığı gümrük sahasındaki peronlar olduğu, burada bulunanların makul bir gizlilik beklentisi içinde bulduklarının söylenemeyeceği, kişilerin işyeri ya da özel ilişkilerde bulduktan veya bulunma olanağı ya da olasılığı olan alanlar olmadığı* ve bunun takibinin yapılmadığı, kamera yerleştirilen sabit noktaların açıklanan vasfına nazaran buralarda elde edilen görüntü ve ses kayıtlarının kanıt olarak kullanılmasında hukuka aykırı bir yön bulunmadığı anlaşılmış, eylemlerin bu örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi ve mağdurların tespitindeki olanaksızlıklar gibi nedenlerle ayrı ayrı suç yerine TCK'nın 43. maddesiyle uygulama yapan ve savunma duruşma göz önünde tutularak tahlil ve takdir edilmiş, sübutu kabul olunan fiillerin unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbikatı yapılmış olduğundan, yerinde görülmeyen sanıklar müdafileri, müdahil vekili ve C. savcısının temyiz itirazları ile sanıklar müdafilerin duruşmalı inceleme sırasındaki sözlü savunmaların reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükümlerin tebliğname gibi onanmasına karar verilmiştir. Bu karara karşı AİHM'ye yapılan *Gürsel Duran* ve diğerleri bireysel başvurusunda da, Avrupa Mahkemesi 2011 yılında verdiği karar ile bireysel başvuruyu kabul edilemez bulmuş ve bu tedbirlere karşı iç hukukta etkili başvuru yolları bulunduğunu kabul etmiştir. *Kanaatimizce*, Yargıtay'ın Edirne Gümrüğü kararı eleştirilebilir. Zira, *olay yerinin gümrük sahasındaki peronlar olması ve burada bulunanların makul bir gizlilik beklentisi içinde bulduklarının kabul edilmemesi* yerinde değildir. Teknik kayıt yapan cihazlar iş yeri niteliğinde olan gümrük kulübelerine yerleştirilmiş bulunduğu için, iş yerinde gizlilik beklentisi vardır. Bu karar tesadüfi delil açısından da önemlidir. Yargıtay bu olayda tesadüfi delil elde edilerek mahkûm edilen sanıkların durumunu tartışmamışken, aşağıda (V,1) açıklanan bir başka kararda ise, *teknik araçlarla izleme tedbirinin tesadüfi delil üretmeyeceğini* kabul etmiştir.

5. Konutta teknik araçlarla izleme yapılamaz.

Ceza Muhakemesi Kanununun 140. maddesinin 5. fıkrası, “Bu madde hükümleri, kişinin konutunda uygulanamaz” hükmünü getirmiştir. 4422 sayılı kanunda ise konut ve ikametgahın da teknik izlemeye tabi olması kabul edilmişti. Doktrinde bu yasak eleştirilmiştir. Bazı suçların konutta işleme tehlikesi bulunduğu, özellikle uyuşturucu imali ve ticaretine ilişkin faaliyetlerin konutta yapılması hâlinde, bu faaliyetlerin gözlemlenmeyecek, seslerin kayıt altına alınamayacak olmasının mafya tipi örgütlerin faaliyetlerinin konutta yürütülmesine neden olacağı belirtilmektedir.²⁹¹⁶ Alman Hukuku örnek olarak gösterilmekte ve özel hayatın çekirdek alanının korunması koşulu ile, konutta teknik araçlarla izleme yolunun açılması gerektiği vurgulanmaktadır. Alman Hukukundaki düzenleme aşağıda açıklanmıştır.

²⁹¹⁶ Ünver/Hakeri 2023, 1294.

IV. Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin Süresi

Teknik araçlarla izleme kararı en çok üç (önceleri dört idi) haftalık süre için verilebilir. Gerekğinde bir hafta uzatma kabul edilmiştir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bu süreler ek olarak her defasında bir haftadan fazla olmamak ve toplan dört haftayı geçmemek üzere uzatma kararı verebilir (CMK 140/3).

Teknik izleme kararı ile birlikte gizli soruşturmacı görevlendirilmesine karar verilirse üçüncü fıkrada belirtilen süreler bir kat olarak uygulanır (CMK 140/3 cü.3).

V. Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinden Elde Edilen Deliller.

1. Tesadüfi deliller sorunu.

Soruşturma kapsamı dışında kalan başka bir kişiye veya suça ilişkin olarak *tesadüfen elde edilen deliller kullanılamaz*. Zira CMK 138/2 sadece iletişimin denetlenmesinden elde edilen ve katalog suçlarına ilişkin tesadüfi delilin kullanılmasına cevaz vermiş, diğer yöntemleri hariç tutmuştur.²⁹¹⁷ Bizce, teknik izlemeden elde edilen tesadüfi delillerin hüküm verilirken kullanılması mümkün olmadığı için, bunların da CMK 140/4 hükmü uyarınca yok edilmesi gerekir.

2. Elde edilen delilin başka soruşturmada kullanılmaması kuralı.

Teknik araçlarla izleme tedbirinden elde edilen deliller sadece CMK 140/1 de sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmalarda kullanılabilir (CMK 140/4). Bu nedenle, ceza davasında kullanılmasına gerek yoksa, derhal yok edilir. Delillerin yok edilmesi Cumhuriyet savcısının gözetimi altında gerçekleştirilir (CMK 140/4). Kanun koyucu işi garantiye almış ve teknik araçlarla izlemeden elde edilen, fakat hüküm verirken kullanılmayan delillerin yok edilmesini emrederek, listede sayılmayan başka suçların muhakemesinde kullanılmalarının önünü fiili olarak kapatmıştır.²⁹¹⁸

3. Hükümde kullanılmayan delillerin yok edilmesi hakkındaki görüşler.

sss

VI. Gizli Yapılan Ses ve Görüntü Kayıtları.

1. Karşılıklı konuşmaların konuşanlardan biri tarafından gizlice kaydedilmesi.

Karşılıklı konuşmaları dinlemenin suç haline getirilmesi, Türk Ceza Kanunu'nun Ön Tasarısında öngörülmüştü; Türk Ceza Kanunu bu suçu da düzenledi (TCK 133).²⁹¹⁹ Türk Ceza Kanunu telefon dinlemeyi suç haline getirmiştir (TCK 132). Kanunlarda ve özellikle CMK'da iletişimin denetlenmesi konusunda mevcut düzenlemelere aykırılık durumunda, dinleme suç oluşturur.²⁹²⁰ Yasalarda düzenlenen kurallara aykırı şekilde, yani suç teşkil eder biçimde iletişimin denetlenmesi yapıldığında, eylemin suç teşkil etmesinin yanı sıra, elde edilen bilginin muhakemede delil olarak kullanılması da

²⁹¹⁷ Tesadüfi delillerin sadece CMK 135'teki iletişimin denetlenmesi tedbiri ile sınırlı tutulması ve teknik araçlarla izleme tedbirini kapsamaması nedeni ile, teknik araçlarla izleme tedbiri sırasında tesadüfen elde edilen delillerin hüküm verilirken kullanılmayacağına karar veren mahkeme kararı vardır: Örneğin fiziki takip tutanağında tesadüfi deliller yer almışsa da, Yargıtay 21. Ceza Dairesi 19.10.2015 tarih ve K. 2015/4063 sayılı kararı ile, bu deliller bu delilin hüküm verilirken kullanılmayacağına karar vermiştir (Ünver/Hakeri 2023, 1300). Yargıtay'ın bu kararda; *hukuka aykırı delilin değerlendirme dışı bırakılması ve sanığın hukuki durumunun dosyada mevcut ve hukuka uygun olarak elde edilmiş olan diğer delillerle tayin ve takdiri gerektiğini* belirttiğine de dikkat çekmek isteriz.

²⁹¹⁸ Ünver/Hakeri 2023, 1301.

²⁹¹⁹ Amerika Birleşik Devletleri'nde de telefon yoluyla veya elektronik aletlerle yapılan haberleşmenin dinlenmesi suç haline getirildiği gibi, karşılıklı konuşmaların gizlice dinlenmesi de cezalandırılmaktadır. Amerikan Federal Ceza Kanunu (18 USC § 2515) hukuka uygunluk sebeplerinin mevcut bulunmadığı hallerde, telefon yoluyla veya karşılıklı konuşmaların gizlice dinlenmesinden elde edilecek delillerin, "herhangi bir muhakemede" delil olarak ikame edilmesini yasaklamıştır. (18 USC §2511). Bu yasanın İngilizce metni için bkz.: Hukuk Devletinde Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele, Umut Vakfı yayınları, İstanbul 1996, s. 501 ve devamı.

²⁹²⁰ Türk Hukukunda telefonu "sadece dinlemeyi" suç haline getiren bir suç tipi yoktu. Mülga Türk Ceza Kanunu'nun 195 nci maddesinin 2 nci fıkrasında yer alan suç, telefon dinlemeyi cezalandırmamakta, telefon gizliliğini ihlal ederek zarar meydana getirmeyi suç haline getirmekte idi.

yasaklanmış olur.²⁹²¹ Dinleme fiilinin suç teşkil edebilmesi için ön şart, “kişinin konuştuğunu gizli tutma iradesi ve beklentisi”²⁹²² unsurudur. Mesela, aleni bir parkta yapılan karşılıklı konuşmalarda, gelen geçen insanların bunu duyabilmesi ihtimali yüksek olduğundan, makul bir kişinin gizli tutma iradesi olduğundan bahsedilememekte ve dolayısı ile, dinleme fiili suç teşkil etmemektedir. Benzer bir şekilde, radyo dalgaları ile bağlantı kuran araç telefonları gibi, aynı frekansa giren herkesin konuşmayı manyetik ortamda kolayca zapt etmesi mümkün olduğu için, genel kullanıma açık radyo dalgaları yayarak yapılan haberleşme, Amerika’da, hukuka uygunluk halleri arasında zikredilmiştir. Bu anlamda olmak üzere Federal Ceza Kanununun 2510 ncu maddesinde tanımlar verilirken, herkesin kolayca alabileceği tarzdeki iletişim, hukuka uygunluk halleri arasında gösterilmiştir.²⁹²³

2. Özel kişiler tarafından yapılan ses ve görüntü kayıtları.

İki kişi karşılıklı konuştuğunda, bunlardan biri konuşmaları gizlice bantta kaydederse, kendisi de konuşmanın tarafı olduğu için, prensip olarak kayıt hukuka aykırı olmaz. Fakat artık bizde olduğu gibi, hukuk sistemi içerisinde, başkasının sesini veya görüntüsünü haberi olmadan kaydetme suçu varsa, kanuna aykırılık oluşur (TCK 133). Yargıtay’ımız gizlice kayda alınan ikrarı geçersiz saymıştır.²⁹²⁴

Ancak, özel şahıslar tarafından toplanan deliller arasında en fazla yer alan delil, gizlice yapılan bant kayıtlarıdır. Yaygınlaşan kullanımı nedeniyle mini teypler ile gizli kayıtlar yapılarak, bunlar delil olarak ileriye sürülmektedir. Anayasamızın 38 inci maddesinde, “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kullanılmaz” kuralı vardır. Anayasa delilin kim tarafından elde edildiğini belirtmemiştir: kamu görevlisi veya sivil bir kişinin delili hukuka aykırı olarak elde etmesi arasında fark yaratılmamıştır. Buna karşılık, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin sistematığına göre, hukuka aykırı deliller konusu kamu otoritelerinin aşırı muamelesini önlemek amacıyla kabul edilmiş kurallardır. Bu nedenle özel kişilerin yaptığı hukuka aykırılıklar açısından, delilin geçersiz olması²⁹²⁵ her zaman mümkün değildir.

Gizlice kayıt yapılarak ispat edilmek istenen olay, ‘konusu açısından ispat edilmesi yasaklanan olaylardan’ değilse, suçun başka delillerle ispat edilmesi mümkündür. Mesela, kaçakçılık yaptığından şüphe edilen bir kişinin telefonlarının hukuka aykırı bir şekilde dinlenmesi suretiyle elde edilen bilgiler, duruşmada delil olarak kullanılmaz ama, isnat edilen suç ‘ispat edilmesi yasak bir olay’ olmadığı için, başka deliller varsa, bunların kullanılması suretiyle, kaçakçılık suçu ispat edilebilir.²⁹²⁶ Halbuki yukarıda gördüğümüz gibi, bazı konuların ispat edilmesi dahi kabul edilmemiştir.

Eşlerin aile mahremiyetleri ile ilgili konulardaki konuşmaları, dokunulamayan çekirdek gizli alana dahildir. Bu tür konuşmaların hukuka uygun olarak dinleme kararı alınmış olan hallerde dahi, kayda alınmaları hukuka aykırıdır.²⁹²⁷

BGH, Urteil vom 7. Januar 2016 – 2 StR 202/15: (CMK 140; özel kişi tarafından yapılan ses kaydı)

(CMK 217/2; CMK 140; Gizli olarak ses ve görüntü kaydı): Tanık şahit olduğu bir olayı ses ve görüntü kaydı olarak dört veri olarak kaydetmiştir. Bu verilere delil olarak el konulmuştur. Müdafisinin karşı gelmesi üzerine, esas mahkemesi bunların gizlice kaydedilmiş oldukları gerekçesi ile, delil olarak

²⁹²¹ Batı hukuklarında sadece kamu görevlilerinin hukuka aykırı yöntemlerle elde ettikleri deliller bu kategoriye girmekte, özel şahısların yaptıkları ise, suç teşkil etmesine rağmen, kullanılabilir. Diğer taraftan, hukuka aykırı deliller teorisi, “devletin ajanları tarafından” yapılan hukuka aykırılıklardan doğan devlet sorumluluğuna dayanan bir teoridir. Gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve gerekse Amerikan Anayasası, hukuka aykırı delilleri sadece devlet memuru olan kişilerin yaptıkları ve Anayasadaki sanık haklarını ihlal eden aykırılıklarda gündeme getirmektedirler. Bizde Anayasada 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra özel kişilerin hukuka aykırı bir şekilde elde ettikleri deliller tartışmalı bir hale gelmiştir. Bu yasağın anlamı, kapsamının sadece ceza hukuku içinde kalmayıp, medeni, idari veya diğer herhangi bir türdeki muhakemede de delil olarak kullanmayı yasaklamasıdır.

²⁹²² *Reasonable expectation of privacy*

²⁹²³ “*Readily accessible to the general public*” means, with respect to a radio communication...”. Hukuka uygunluk hallerini gösteren 18 USC 2511/2 (g) de, bu hali düzenlemektedir.

²⁹²⁴ 1 CD 16.2.2004, 2003/3819-2004/299.

²⁹²⁵ AİHM’in *Schenk* kararı.

²⁹²⁶ *Eser* 1983, 123.

²⁹²⁷ BGH 31, 296.

kullanılmayacağını karar vermiştir. Sanığın suçunu ikrar etmiş olmasına rağmen, ses ve görüntü kayıtları delil olarak kullanılmamıştır. Savcılık temyiz aşamasında muhakeme hukukuna aykırılık iddiası ileri sürmüştü ve söz konusu kayıtların sanığın bilgisi dahilinde yapıldığını, esas mahkemesinin eksik soruşturma yaptığını (§ 244 Abs. 2 StPO) iddia etmiş, sanığın suçu tevil yoluyla ikrar ettiğini, suçun da ağır bir suç olduğunu, bu tür suçlarda delilin geçerli olması gerektiğini belirtmiştir. BGH savcının temyizini yerinde bulmuş ve şu gerekçe ile hükmü bozmuştur: gizlice yapılan ses ve görüntü kaydı sanığa isnat edilen suç filini tam olarak yansıtmaktadır. Bu suçun eksiksiz aydınlatılmasında özel bir kamu yararı vardır. İşlenen bu suça ilişkin kayıtlar özel hayatın gizli alanının çekirdek kısmına ilişkin değildir. Suçun aydınlatılmasındaki kamusal yarar ağır bastığı için, bu durumda delil yasağı uygulanamaz.

4. CD 22.12.2009, E. 2007/11957, K. 2009-21077

Özel kişilerin elde ettiği deliller açısından, Anayasal haklara ağır bir müdahale söz konusu ise, bunların „delil yasakları kapsamına “girmesi gerektiği, Anayasa Mahkemesinin 22.6.2001 tarih, E. 1999/2, K. SPK 2001/2 sayılı kararında belirtilmiştir (RG 5.1.2002- Mük. 24631). Sanık savunma delili olarak sunduğu video kaydının gizli kamera kaydı olarak gerçekleştirildiği anlaşıldığından, hukuka aykırı olduğu saptanan gizli kamera kaydının delil olarak kullanılması bozmayı gerektirmiştir. Ancak, gizli kamera ile yapılan ses ve görüntü kayıtları yalnızca ve koşulları oluştuğunda, (kayıt yapan kişiye yönelik olarak işlenen suçun kanıtlanması amacıyla savunma hakkına dayalı olarak veya kaydın planlı olmaksızın kendiliğinden gerçekleşmesi dolayısıyla ile delil olarak kullanılabilir.²⁹²⁸

8 CD 9.11.2009, E. 2009/9930, K. 2009/13934: (CMK 140; özel kişi tarafından yapılan ses kaydı)

Sanığın tanıklık yaptığı dosyadaki hazırlık ve mahkeme beyanları arasında çelişki bulunmadığı, sanığın katılan ile yaptığı konuşmanın katılan tarafından gizli olarak kasete kaydedildiğinden hukuka aykırı delil niteliğinde olduğu ve hükme esas alınmayacağı şeklindeki mahkeme gerekçesi yerinde görülmele; Mahkemece kanıtlar değerlendirilip gerektirici nedenleri açıklanmak suretiyle verilen beraat kararı usul ve yasaya uygun bulunduğundan, katılan vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün istem gibi onanmasına karar verildi.

3. Resmi makamlar tarafından gizlice yapılan ses ve görüntü kayıtları.

Teknik araçlarla izleme kararı alınmaksızın resmi mamalar tarafından da ses ve görüntü kaydı yapılmasına oldukça sık rastlanır.

Allan v. UK

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, *kamusal makamlar tarafından gizlice yapılan ses kayıtları* ile ilgili olarak verdiği iki karar daha vardır: *Allan v. UK* kararında; gözaltına alınan bir şüphelinin yanına koyulan muhbir ile yaptığı kendisini suçlayıcı konuşmaların gizli olarak kaydedilmesi 6/1 ihlali olarak kabul edilirken, gerekçe olarak; *şüphelinin susma hakkını kullanmış olması* ve göz altına alınan kişinin *zor durumda olması* gösterilmiştir.

AİHM 1.03.2007, *Heglas v. Çek Cumhuriyeti*: (CMK 140; Muhbirin ses kaydı)

Heglas v. Çek Cumhuriyeti kararında, hırsızlık suçu şüphelisine yaptığı hırsızlığı anlattıran muhbir tarafından yapılan gizli ses kaydı, suçun hafifliği nedeni ile adil yargılanma hakkı ihlali olarak değerlendirilmiştir.

Hanns Martin Schleyer'in Baader Meinhof terör örgütü tarafından kaçırılmasından sonra, kaçırılardan birinin pazarlık sırasında yaptığı telefon konuşması banda kaydedilmişti. Sanıklardan birinin bu konuşmayı yapan kişi olup olmadığını tespit etmek için, yetkili Yüksek Eyalet Mahkemesi bu sanığın sesinin gizlice banda kaydedilmesine karar verdi. Bu karar üzerine, şüphelinin tutukevinde müdür ile yaptığı konuşma, haberi olmadan banda kaydedildi. Bandın delil olarak mahkemede ikame edilmesi üzerine, Federal Yargıtay bireyin kendi sesi üzerindeki kişisel hakkının ihlal edilmiş olduğunu kabul ederek, delilin değerlendirilmesini hukuka aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre, mahkemenin verdiği karar StPO 81b kapsamına girmemektedir, zira sanığın “aktif bir harekette bulunması”, hile ile

²⁹²⁸ Kaymaz 2009, 464; Şen 2009 127.

sağlanmıştır. Sanığın kendi suçunu ispat edecek nitelikte bir aktif harekete, hile ile itilmesi ise, hukuka aykırıdır. Ancak, sanığın aktif hareketinin hile ile elde edilmediği durumlarda, işlem hukuka uygun sayılmıştır: şüphelinin sesi, bant kaydı yapılmaksızın, teşhiste uygulanan kurallara uygun bir biçimde, tanığa gizlice dinletilmişse, hukuka aykırılık yoktur.²⁹²⁹

Yargıtay 1. Ceza Dairesi de 16.2.2004 tarihli kararı ile, gizlice kayda alınan ikrarı geçersiz saymıştır; kocasını öldürmek suçundan sanık (Mualla)'nın müşterek çocukları olan 7 yaşındaki (Sezer), amcası tarafından konuşturulmuş ve konuşması teyp kasetine kaydedilmiş ve kaseti C. savcısına vermiştir. (S) teypte konuşmasında babasını (C) ve (E)'nin öldürdüğünü söylemiştir.²⁹³⁰ Yargıtay yasadaki

²⁹²⁹ BGH NSTZ 1994, 296; Schroeder 1997, 72.

²⁹³⁰ *Kınacı* 2004'den naklen: Nevzat'ı taammüden öldürmekten sanık Engin, işbu ölümlü biten kavgaya fer'i fail şekilde katılmaktan sanıklar Mualla ile Cengiz'in yapılan yargılanmaları sonunda; hükümlülüklerine ilişkin Kocaeli İkinci Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 07.03.2003 gün ve 70/27 sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi sanıklar tarafından istenilmiş, sanıklar Cengiz ile Engin duruşma da talep etmiş olduğundan dava dosyası C. Başsavcılığında tebliğname ile Dairemize gönderilmekle: sanıklar Cengiz ile Engin hakkında duruşmalı, diğer sanık Mualla'nın temyizi veçhile incelendi ve aşağıdaki karar tespit edildi. İncelenen dosyaya göre; belediyede temizlik işçisi olarak çalışan maktülün her zamanki gibi, olay günü de saat 01.00 civarında evine geldiği, kapının, karısı olan sanık Mualla tarafından açıldığı, ardından yemek yediği ve sabah saat 10.00 sıralarında öldüğünün Mualla tarafından komşulara duyurulduğu dosya kapsamı ile sabittir. Tanık Sezer dışında görgü tanığı bulunmayan olay tartışmalı olup, tam olarak açıklığa kavuşmamıştır. Öyle ki; öncelikle olay gecesi evde olduğuna ilişkin kuşku bulunmayan ve olayı görmediğini-duymadığını söyleyen Mualla'dan şüphelenilmiş, nitelik baştan itibaren sanık muamelesi gören Mualla 27.2.2002 tarihinde tutuklanmış, 8.3.2002 tarihli iddianame ile de kocasını öldürmekten hakkında kamu davası açılmıştır. Başlangıçta diğer sanıklara yönelik bir kuşku oluşmamıştır. Ne zaman ki, olay gecesi evde olduğu anlaşılan, Mualla ile maktülün müşterek çocukları 1995 doğumlu Sezer, anneannesinin yanından amcası Dursun tarafından alınmış, bundan sonra Dursun, Sezer'in olay hakkında bilgisi olduğundan bahisle, onun söylediklerini teyp kasetine kaydederek C. Savcısına getirmiştir, o zaman diğer sanıklar hakkında da kovuşturma başlatılmıştır. Çünkü, kasetteki kayda göre, Sezer dayıları, Cengiz ve Engin'i suçlamakta, öldürücü harekete ise dayısı Cengiz'in yaptığını söylemektedir. Sezer'in benzer beyanları C. Savcısı huzurunda da 21.5.2002 tarihinde tekrar etmesi üzerine, Cengiz ve Engin aynı gün gözaltına alınmışlar ve 24.5.2002 tarihine kadar gözaltında tutulmuşlardır. 24.5.2002 tarihinde her ikisinin de kolluk tarafından ifadeleri alınmak istenmiş, ancak her ikisi de kollukta susma hakkını kullanacaklarını, C. Savcısına ifade vermek istediklerini belirtmişlerdir. Aynı tarihte sanıklar C. Savcısı huzurunda hazır edilirken, bir kolluk görevlisi ile Cengiz arasında geçen konuşmalarla, Cengiz'in kendisinin de yardımı olmakla birlikte suçu Engin'in işlediği şeklindeki ikrarlarını kapsayan ve gizli çekildiği anlaşılan video kaseti C. Savcısına sunulmuştur. Bu kasetteki görüntülerin 21.5.2002 ile 24.5.2002 arasındaki bir tarihte çekildiği anlaşılmaktadır. Sonuçta, soruşturmanın devam eden aşamalarında her iki sanık ta suçu inkar etmiş, Cengiz, kasetteki mülakati işkence görmekten korktuğu için yaptığını söylemiştir. Mahkeme, belirtilen delillere istinaden hüküm kurmuştur. *Şu halde, yerel mahkeme hükmünü üç önemli delile dayandırmıştır.* Bu delillerden birincisi, küçük Sezer'in konuşmalarının yer aldığı ve amcası Dursun tarafından kaydedilen teyp kasetidir. İkincisi, Sezer'in kasetteki kayıtları teyid eden aşama ifadeleri, üçüncüsü ise polis tarafından Cengiz'den habersiz olarak gizli kamera ile kaydedilmiş olan, Cengiz'in ikrarını havi video kasetidir. Gereçeli kararın 4. sayfasının son paragrafındaki ifade aynen şöyledir: "...Cengiz'in görüntülü kasete alınan oluş kısmında açıklanan ikrarının baskıya dayalı olduğu ve ifadenin usule uygun şekilde alınmadığı yolundaki savunmaları yerinde değildir, bilirkişi ve taraf vekilleri hazır olduğu halde mahkeme heyetince kasetin izlenmesinde ifadesine alınması sırasında ve öncesinde zabıta sanık Cengiz'e herhangi bir baskı yapılmadığı ifadesine başlarken biraz tutuk olduğu, 5-10 saniye sonra rahat bir şekilde adeta amacına ulaşmış bir insanın iç huzuru içerisinde olayı anlattığı görülmüştür.....bu nedenlerle sanıklar vekilinin bu yöne ilişkin savunmaları kabule şayan görülmemiştir." Yine gereçeli kararın 4. sayfasının 3. paragrafının son cümleleri şu şekildedir: "..... Olay mahallinin görüntülenmesiyle ilgili kaset çözümü ve sanık Cengiz'in poliste ikrarı ve olayın oluşunu açıklayan konuşması ile ilgili görüntü kasetini çözümü hakkında tespit tutanağı ve kasetin heyetçe izlenmesinde görüldüğü üzere tanık Sezer'in anlatımlarıyla esas itibarıyla örtüşmektedir, bu durumda tanık Sezer'in ifadesine itibar edilmemesi yönündeki savunma yerinde görülmemiştir." Buradaki ifadelerden, Cengiz'in ikrarını içeren video kasetinin hükme esas alındığı, suçun sübutu, sanıkların suç içerisindeki etkinlikleri ve iştirakin derecesinin münhasıran bu delile dayandırıldığı, dosya içerisinde mevcut olduğu belirtilen diğer delillerin bu delili destekleyen yan deliller olarak değerlendirildiği görülmektedir. 3842 Sayılı Kanun ile değişik CMUK nun 135/a maddesi yasak sorgu yöntemlerini tarif etmiştir. Madde aynen şöyledir: "ifade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni ve ruhi müdahaleler yapılamaz. Kanuna aykırı menfaat temin edilemez. Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez." Yine 3842 Sayılı Kanun ile değişik CMUK nun 254/2. maddesinde; "Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz" hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemeler karşısında yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen delillere itibar edilerek mahkûmiyet hükmü kurulamayacağı açıktır. Dosyadaki olayda, sanık Cengiz kollukta ifade veremeyeceğini açıkça belirtmiştir. Buna rağmen, kendisiyle sohbet havasında yapılan mülakatın habersiz olarak videoya kaydedilmesi suretiyle, sanık aldatılarak özgür iradesiyle savunma yapması engellenmiştir. Bu nedenle, yasak sorgu yöntemleriyle elde edildiği anlaşılan video kasetin delil olarak hükme esas alınması mümkün değildir. Bu itibarla, 1) Tanık Sezer'in ifadesinde, olay gecesi sanıkların evden telefon görüşmesi yaptıklarını belirtmesine rağmen, telefon kayıtları getirtilerek bu hususun araştırılması gerektiğinin düşünülmemesi, 2) Sanık Cengiz'in ikrarını içeren video kasetinin tamamı hukuken geçersiz kabul edilerek, bunun dışındaki delillerin değerlendirilmesi suretiyle, oluşacak kanaate göre sanıkların hukuki durumlarının tayin edilmesi gerekirken gerekçede yazılı olduğu şekilde yasak yöntemlerle elde edildiğinde şüphe bulunmayan delile dayanılarak hüküm kurulması suretiyle, CMUK

düzenlemeler karşısında yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen delillere itibar edilerek bu olayda mahkûmiyet hükmü kurulamayacağına karar vermiştir: *Dosyadaki olayda, sanık Cengiz kollukta ifade veremeyeceğini açıkça belirtmiştir. Buna rağmen, kendisiyle sohbet havasında yapılan mülakatın habersiz olarak videoya kaydedilmesi suretiyle, sanık aldatılarak özgür iradesiyle savunma yapması engellenmiştir. Bu nedenle, yasak sorgu yöntemleriyle elde edildiği anlaşılan video kasetin delil olarak hükme esas alınması mümkün değildir. Bu itibarla, 1) Tanık Sezer'in ifadesinde, olay gecesi sanıkların evden telefon görüşmesi yaptıklarını belirtmesine rağmen, telefon kayıtları getirtilerek bu hususun araştırılması gerektiğinin düşünülmemesi, 2) Sanık Cengiz'in ikrarını içeren video kasetinin tamamı hukuken geçersiz kabul edilerek, bunun dışındaki delillerin değerlendirilmesi suretiyle, oluşacak kanaate göre sanıkların hukuki durumlarının tayin edilmesi gerekirken gerekçede yazılı olduğu şekilde yasak yöntemlerle elde edildiğinde şüphe bulunmayan delile dayanılarak hüküm kurulmasını bozma nedeni yapmıştır.*

VII. Mukayeseli Hukuk.

1. Alman Hukukundaki teknik araçlarla izleme tedbiri.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 2021 yılında köklü bir şekilde değiştirilmiştir. Teknik araçlarla izleme tedbiri aleni yerlerde (StPO 100f) ve konutta teknik takip (StPO 100c) ayrı kurallara bağlanmış, aleni yerlerde yapılan fiziki takip şeklindeki araştırma işlemleri de (StPO 100h) özel olarak düzenlenmiştir. Aşağıda bu gizli araştırma tedbirleri açıklanmıştır. Diğer gizli araştırma tedbirleri ilgili bahislerde ele alınmıştır.

a) Aleni yerlerde teknik izleme tedbirinin içeriği ve izleme yöntemi.

Bu tedbir konut dışında yapılan ve aleni olmayan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınmasını düzenlemektedir. Tedbire karar verilmesi bakımından, iletişimin denetlenmesi, bilgisayarda çevrimiçi arama ve konutta teknik takip hakkında verilen kararlarda ortak hüküm olan StPO 100e/3 uygulanmaktadır. Buna göre, karar ayrı dosyada muhafaza edilecek, tedbir sona erince muhatap kişiye bilgi verilecek, kullanılmayan kayıtlar silinecek (StPO 101) ve tesadüfi deliller hakkında StPO 479/2, cü.1 uygulanacaktır.

Alman Ceza Kanununda duyan kişiye hitap etmeyen konuşmalar aleni olmayan konuşma sayılmıştır (StGB 201/2 Nr. 1). Uygulanan teknik araçlarla izleme tedbiri StPO 100f maddede belirlenen koşullara uygun olarak yapılırsa, bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni oluşur.

Kanun sadece teknik araçlarla dinleme ve kayda alma konusunu düzenlemiştir. Bu nedenle, çıplak kulakla duyma halleri StPO 100f kapsamında değildir. Örneğin polis memuru şüphelinin yanında iken şüphelinin bir başka kişi ile yaptığı çıplak kulakla duyması halinde polis duyduğunun tanığı olarak dinlenebilir.²⁹³¹

Sadece *ses analizi yapmak* amacı ile ses kaydı yapılmasına içtihat ile izin verilmiştir. Ancak, bu ses kaydının *hile* ile alınması halinde, şüphelinin kendisi aleyhine delil vermeme hakkı (*nemo tenetur*) ihlal edilmiş olur.²⁹³²

Otomobilindeki şüphelinin kendi kendisine yaptığı konuşmaların teknik takibe takılması halinde de özel hayatın çekirdek alanına girmesi nedeni ile delil yasağı kabul edilmektedir.²⁹³³

Tutukevi veya ceza evindeki hücreler konut kavramına kapsamına girmediği için, buralarda yapılan teknik araçlarla izleme tedbirlerinden Alman Hukukunda StPO 100/f uygulanmaktadır. Ancak,

nun 3842 Sayılı Kanun ile değişik 135/a ve 254/2. maddelerine muhalefet edilmesi, 3) Kabul ve uygulamaya göre ise: iddianamede gösterilmeyen madde ile yapılacak uygulamadan önce sanıklara CMUK.nun 258. maddesi uyarınca ek savunma hakkı verilmemesi, Usule aykırı ve sanık Engin ile tüm sanıklar müdafilerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden sair cihetleri incelenmeksizin öncelikle bu nedenle hükümlerin tebliğnamedeki düşünce hilafına CMUK.nun 321. maddesi uyarınca bozulmasına karar verilmiştir (1. CD, 16.02.2004, 2003/3819-2004/299).

²⁹³¹ KK-StPO/Henrichs/Weingast StPO § 100f Rn.2.

²⁹³² KK-StPO/Henrichs/Weingast StPO § 100f Rn.3.

²⁹³³ KK-StPO/Henrichs/Weingast StPO § 100f Rn.5a.

şüphelinin başka kişilerle yaptığı konuşmalarda hile yapılarak şüphelinin kendisini suçlayan bir beyanı elde edilirse, bu gibi hallerde yasak sorgu yöntemini düzenleyen StPO 136a uygulanmaktadır.

b) Teknik araçlarla izleme tedbirinin muhatabı (Betroffene) kavramı.

Aleni yerlerdeki teknik izleme tedbiri muhatabın bilgi ve haberi olmadan da uygulanabilir. "Bilgisi olmadan da" formülü, muhatap kişi izlendiğini fark etse bile, tedbirin uygulanmasına devam edilebilmesi için kanuna 2021 sonrası eklenmiştir.²⁹³⁴

Kanunda muhatap (*Betroffene*) ve hedef kişi (*Zielperson*) ayrımı yapılmıştır. Hâkim tarafından verilen tedbir kararının hedefi (*Zielperson bir başka maddede ayrıca tanımlanmıştır: StPO 101/4, cü.1, Nr. 6*) olmasa da herkes bu tedbirin muhatabı olabilir.

Tedbir kararının hedef kişisi kural olarak, StPO 110b maddede tanımlanan *şüphelidir*. Bununla birlikte, kendisinden *şüphelenilmeyen üçüncü kişiler* hakkında da tedbir kararı verilebilir. Üçüncü kişiler hakkında tedbir kararı verilebilmesi için, yoğunlaşmış başlangıç şüphesi (*qualifizierte Anfangsverdacht*) ve katalog suç olma dışında dört koşul öngörülmüştür: (a) Üçüncü kişi şüpheli ile bağlantıyı kuran bir kişi (*Kontaktperson*) olmalıdır. (b) Uygulanacak tedbirin suçun araştırılması veya şüphelinin yerinin bulunmasına elverişli olması gerekir (*Aufklärungseignung*). (c) Üçüncü kişi ile şüphelinin bağlantılı olduğunu gösteren somut olguların varlığı gerekir. (ç) İkincillik kuralı (*Subsudirritätsklausel*) burada da geçerlidir: Başka yöntemler uygulandığında şüphelinin bulunduğu yerin belirlenmesi büyük ölçüde zorlaşacak veya olanaksız olmalıdır.

Hedef kişi olan şüpheli henüz bilinmiyorsa, belirli bir mekânın veya bir otomobilin teknik araçlarla izlenmesine de karar verilebilir.²⁹³⁵

Aleni yerlerde teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanırken, kaçınılmaz bir şekilde o sırada orada bulunan kişilerin de görüntüsü kayda girer. Alman Kanunu buna izin vermiştir (StPO 100f/3). Kanun burada da belli bir sınırlama yapmış ve kaçınılmaz kelimesini kullanarak, olanak varsa üçüncü kişilerin görüntüsünün alınmamasını istemiştir.

Avukat ve müdafinin meslek sırrı kapsamındaki konuşmaları ve *millet vekillerinin* muhatap kişi ile yaptığı konuşmalara ilişkin teknik izleme kayıtları hakkında Alman Hukuku *mutlak bir delil değerlendirme yasağı* kabul etmiştir (StPO 160a/1, cü.5). Sağlık mesleği veya basın mensupları hakkında ise, suçun ağır ve önemli olup olmadığına göre ölçülülük değerlendirmesi yapılmasına izin veren göreceli bir değerlendirme yasağı vardır (StPO 160a/2). Ancak ister avukat ister doktor olsun, hedef kişinin suçuna katıldıkları takdirde delil yasağı uygulanmaz (StPO 160a/4).

Hedef kişi olan şüphelinin yakınları ile aleni yerlerde yaptığı konuşmalar bakımından Kanunda bir düzenleme yapılmış olmamasına rağmen, ölçülülük ilkesi kapsamında özel hayatın çekirdek alanına giren konuşmalar bakımından delil yasağı bulunduğu belirtilmektedir.²⁹³⁶

Aleni yerlerde teknik araçlarla izleme yapılarak *şüphelinin susma hakkının* ihlal edilip edilmediği de tartışılmıştır. Şüpheli daha önce alınan ifadesi sırasında susma hakkını kullanmışsa, gizli teknik takip ile elde edilen suçlayıcı açıklamaların delil olarak kullanılması kabul edilmez. Özellikle, kimliğini gizleyerek araştırma yapan polis veya bir üçüncü kişi tarafından soruşturma konusu olay hakkında konuşturulan şüphelinin yaptığı açıklamaların gizlice kayıt altına alınması hukuka aykırıdır. Bu konuda gizli sorgu (StPO 110c) ile ilgili kurallar uygulanmaktadır.²⁹³⁷

c) Aleni yerlerde teknik izleme kararı verilmesinin koşulları ve kararın içeriği.

Aleni yerlerde teknik izleme kararı verilmesinin ilk koşulu, soruşturma konusu suçun iletişimin denetlenmesi katalogunda (StPO 100a/2) yer alması ve somut olayda da özel bir ağırlığı olmasıdır.

²⁹³⁴ KK-StPO/Henrichs/Weingast StPO § 100f Rn.6.

²⁹³⁵ KK-StPO/Henrichs/Weingast StPO § 100f Rn.9.

²⁹³⁶ KK-StPO/Henrichs/Weingast StPO § 100f Rn.12.

²⁹³⁷ KK-StPO/Henrichs/Weingast StPO § 100f Rn.13.

Ancak, iletişimin denetlenmesi kararı bakımından, katalogda yer alan suç hazırlamak için işlenen katalog dışı suçlar da kapsam dahilinde iken, aleni yerlerdeki teknik izlemede bunlar hariç tutulmuştur.

İkinci koşul, katalog suçun işlendiğine dair başlangıç şüphesinin mevcut bulunması ve bu şüphenin basit başlangıç şüphesinin ötesine geçerek, belli olgularla somutlaşmış bulunmasıdır. Bu düzenleme bizdeki *kuvvetli şüphe sebebi* tanımına tekabül etmektedir. Bu somut olguların gerek savcının yaptığı istemde ve gerekse hâkimin verdiği kararda yer alması gerekir.²⁹³⁸

Üçüncü koşul, ikincilik ilkesidir: Teknik takip tedbirini sadece soruşturma konusu olayın araştırılması veya şüphelinin bulunduğu yerin belirlenmesi başka yöntemler uygulandığında büyük ölçüde zorlaşacak veya olanaksız hale gelecekse uygulanabilir.

Bu koşullar gerçekleşmişse, tedbir kararını hâkim verir, savcı kararı uygular. Gecikmesinde tehlike bulunan hallerde savcı da tedbir kararı verebilir. Bu yetki adli kolluğa verilmemiştir. Savcı verdiği kararı geciktirmeksizin hâkimin onayına sunar. Hâkim üç gün içinde tedbirini onaylamazsa, savcının verdiği karar hükümsüz kalır. Ancak, hâkim kararını verinceye kadar tedbir amacına ulaşırsa, artık onaya gerek kalmaz ve elde edilen bilgiler delil olarak kullanılabilir.²⁹³⁹

Önceden görüş alınmadan duruşma dışında verilen kararlarda aranan yazılı şekil şartları (StPO 33/4) teknik takip kararları için de geçerlidir. Kararda uygulanacak teknik takip tedbirinin kapsamı, uygulanacağı yer ve üç ayı geçmemek üzere süresinin belirtilmesi gerekir. Olanığı varsa, kimlerin konuşmalarının izleneceği ve kayda alınması beklenen konuşma konusunun da kararda belirtilmesi gerekir. Ancak, hangi teknik izleme yönteminin somut olayda uygulanacağına adli kolluk karar verir. Temel hak müdahalesinin yoğunluğunu azaltmak amacı ile, yöntemin de kararda belirtilmesini isteyenler vardır.²⁹⁴⁰

Koşulların artık mevcut olmadığı durumlarda tedbire son verilir. İzleme sırasında özel hayatın çekirdek altına girme söz konusu olursa, tedbire derhal son verilir ve yapılan kayıtlar yok edilir (StPO 100d). Delilin çekirdek alan ile ilişkisi daha sonra fark edilirse, bunlar hakkında mutlak değerlendirme yasağı bulunduğu için, hemen yok edilirler.²⁹⁴¹

Aleni yerlerde teknik araçlarla izleme *kararına itiraz* konusu şöyle düzenlenmiştir: Gizli uygulanan tedbirlerin kendilerine bildirilmesi gereken kişiler (StPO 101/4), tedbirin uygulanması bittikten sonra bundan haberdar edildikleri tarihten itibaren iki hafta içinde tedbire hukuka uygun olarak karar verilip verilmediği ve uygulamanın hukuka uygunluğunun denetlenmesi amacı ile tedbire karar vermiş olan yargılama makamına başvurabilirler. Bu karara karşı itiraz yolu açıktır (StPO 101/7). İlk karar yüksek mahkemelerce verilmiş olsa da itiraz yolu açıktır (StPO 304/4, 5).

Aleni yerlerdeki teknik takipten elde edilen *delillerin soruşturmaya bağlılığı ilkesi* açısından StPO 479 uygulanır. Önleme amacı ile kolluk tarafından yapılan görüntü kayıtları muhatap kişi tarafından kabul edilmediği sürece adli amaçla kullanılamaz. Bunlar sadece (kamu düzeni için değil) kamu güvenliği için büyük tehlikelerini önlenmesi amacı ile kullanılabilir. Bu kuralın istisnası katalog suçlardır: Önleyici tedbirdeki delil StPO 100f'deki suç listesinde sayılan bir suçun delili ise, uygulanan tedbirin kolluk hukukundaki kurallara uygun olarak elde edilmiş olması koşulu ile, delilin adli amaçla kullanılması mümkündür (StPO 161/3). Bu kural özel kişiler tarafından yerleştirilen güvenlik kameraları tarafından yapılan ses ve görüntü kayıtları için de geçerlidir (BKAG 34/4, ZFdg 62/5). Bu konudaki ikinci istisna, önleyici amaçla yapılan ses ve görüntü kayıtlarının delil elde etmek üzere emare olarak (*Spurenansatz*) kullanılmasıdır.²⁹⁴²

²⁹³⁸ KK-StPO/Henrichs/Weingast StPO § 100f Rn.15.

²⁹³⁹ KK-StPO/Henrichs/Weingast StPO § 100f Rn.18.

²⁹⁴⁰ KK-StPO/Henrichs/Weingast StPO § 100f Rn.19.

²⁹⁴¹ KK-StPO/Henrichs/Weingast StPO § 100f Rn.21a.

²⁹⁴² KK-StPO/Henrichs/Weingast StPO § 100f Rn.24.

Aleni yerlerde yapılan teknik izlemeden elde edilen delilin hukuka aykırılığını ilk defa temyiz aşamasında ileri sürülmesi açısından BGH'nın geliştirdiği, daha önce esas mahkemesi önünde ileri sürmüş olma kuralı uygulanır (*Widerspruchslösung*).

ç) *Teknik araçlar kullanılarak yapılan diğer suç araştırmaları.*

Bilişim teknolojisindeki gelişme, suça ilişkin araştırma yöntemlerine de yansımıştır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu da konut dışında teknik araçlar kullanılarak yapılan araştırma ve soruşturma işlemlerini birkaç yerde özel olarak düzenlemiştir. İşlenen suçun ve suç failinin veya failin nerede bulunduğu, muhatap kişinin bilgisi olmadan teknik araçlarla araştırılması, aşağıda açıklanacak olan kurallar kapsamında (StPO 100h) yapılabilir. Olay yeri incelemesi bu madde kapsamında değildir.²⁹⁴³

Kanun *aleni yerlerde resim çekme veya video kaydı* yapılmasına katalog suç ile sınırlama yapmaksızın izin vermiştir (StPO 100h/1, Nr.1). Ancak, sokaktan konutun içinin filminin çekilmesi yasaktır. Buna karşılık, *konutun giriş kapısının* uzun süreli olarak *izlenmesine* ayrı bir kural ile (StPO 163f) izin verilmiştir.

Tedbir bir şüpheli hakkında uygulanıyorsa, suçun önemli bir suç (*Straftat von erheblicher Bedeutung*) olması gerekirse de, basit başlangıç şüphesinin bulunması yeterlidir. İkincilik kuralının da basit şekli ile yetinilmiştir. Bu yönde olmak üzere, trafikte hız limitinin aşılması, takip mesafesinin korunması gibi bazı kabahatlerin soruşturulması için dahi teknik araç kullanılması mümkündür. Görüldüğü gibi, kişinin özel hayat alanına yapılan müdahale azaldıkça, kolluğun yetkileri genişlemektedir.

Özel kişilerin iç mekanlara yerleştirdikleri video kameraları ile trafikte araçların yaptığı kayıtların ceza muhakemesinde delil olarak kullanılması bakımından, hukuki menfaatler arasındaki dengeye bakılarak karar verilmekte ve delil yasağı uygulanmamaktadır.²⁹⁴⁴

Maddenin birinci fıkrasının ikinci alt bendi *ses ve görüntü kaydı yapmaksızın sadece sinyal gönderilmesini* düzenlemiştir (StPO 100h/1, Nr.2). Kanun koyucunun amacı, ilgili kişinin bulunduğu yerin belirlenmesidir. Cep telefonunun bulunduğu yerin belirlenmesi ise, StPO 100a, 100g ve 100i maddelere göre gerçekleşmektedir. Dürbün gibi, daha iyi görmeye yardım eden araçlar veya görülmez renk, kokusu algılanamayan koku gibi kişiyi belirleyen ve takip edilmesini kolaylaştıran malzemenin kullanılması ise StPO 161 ve 163 kapsamında ele alınmıştır. StPO 100h madde kapsamındaki teknik araçlar ise, gece görüş araçları, harekete duyarlı sensor, dron tipi insansız hava aleti ve GPS cihazı kullanılmasıdır. Sessiz SMS gönderilmesi yöntemi ise, StPO 100i madde ile düzenlenen bir özel yetkidir. Uygulanan teknik yöntemlerin tedbirin yoğunluğu ile uyumlu olması gerekir.

Teknik takipte kullanılan malzemenin muhatap kişinin işyerine veya otomobiline yerleştirilmesi için Kanunda tedbirin düzenlenmiş olması yeterlidir ve ölçülülük ilkesine uygun ise, ayrı bir karar alınması gerekmez. Fakat, hedef kişinin kullanmakta olduğu elektronik cihazlara casus program yerleştirilmesi gerekiyorsa, çevrimiçi arama kuralları kapsamında (StPO 100b) ayrı bir karar verilmesi gerekir.²⁹⁴⁵

Bir şüpheli hakkında birçok gizli soruşturma yönteminin kurallara uygun kararlar vererek aynı anda uygulanması kesintisiz teknik izleme anlamını taşıdığı için, ölçülülük ilkesine aykırı olur.²⁹⁴⁶

d) *Alman Hukukunda konutta ortam dinlemesi.*

mm

BGH 10.8.2005 Selbstgesprächs-Urteil des 1. Strafsenats des (1 StR 140/051) (CMK 217/2; CMK 140)

»Ein in einem Krankenzimmer mittels akustischer Wohnraumüberwachung aufgezeichnetes

²⁹⁴³ KK-StPO/Henrichs/Weingast StPO § 100h Rn.2.

²⁹⁴⁴ KK-StPO/Henrichs/Weingast StPO § 100h Rn.3a.

²⁹⁴⁵ KK-StPO/Henrichs/Weingast StPO § 100h Rn.9.

²⁹⁴⁶ BGHSt 46, 226 (227); BVerfG NVW 2005, 1338 (1340); KK-StPO/Henrichs/Weingast StPO § 100h Rn.5'den naklen..

Selbstgespräch des Angeklagten ist zu dessen Lasten zu Beweis Zwecken unverwertbar, soweit es dem durch Art. 13 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Kernbereich zuzuordnen ist.«

Bir kişinin tek başına odasında iken kendi kendine yaptığı konuşmanın görüntülü kaydı delil olarak kullanılamaz. Alman Hukuku kişisel verilerin ve özel konuşmaların insan onurunu ve kişiliğin özgürce geliştirilebilmesi için gizli tutulması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu nedenle özel yaşamı korumak amacıyla delil değerlendirme yasağı olarak ‘günlük kararları’ diye bilinen bazı kararlar vermiştir. Şüphelinin günlüğüne yazdığı ifadeler, eğer tamamen kişisel nitelikte ise delil olarak ileri sürülemez. Bununla birlikte ‘suç işleyerek kişilik geliştirilemeyeceği için’ suç fiilleri hakkında günlüğe yazılan yazılar delil olarak kullanılamaz. Örneğin, bir kişiye kızdığı için ona karşı nasıl bir suç işleyeceğini planlayan ve suç işlemekten vazgeçmek yerine neden suçu işlediğini günlüğüne açıklayan yazılar, bunları yazan bir failin notları özel hayatın çekirdek alanına dahil sayılmamakla birlikte, söz konusu içerik şüphelinin sosyal çevresiyle, diğer insanlarla ve özellikle de mağdurun özel yaşamı ile bağlantılı bilgiler içerdiğinden, Anayasa Mahkemesi 4’e karşı 4 oyla alınan kararında, bu tür bilgilerin ceza muhakemesi hukukunda delil olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Şüpheli veya sanığın yalnız bir odada iken kendi kendine yaptığı konuşmalar da ortam dinlemesi yapılarak kayda alınırsa bu kayıtlar Almanya’da delil olarak kullanılamamaktadır. Somut bir olayda uzun bir süredir karısı ortadan kaybolmuş olan ve kadının kocası tarafından öldürüldüğü şüphesi bulunan bir olayda iletişim denetlenmesi ve teknik takip kararı alınması için hazırlık yapıldığı sırada şüpheli kendi aracının içindeyken kendine bir şarkı söylemiştir. ‘*Karım uzun zamandan beri öldü, geri gelmeyecek, evet onu ben öldürdüm, bu benim sorunum*’ kelimelerinin geçtiği bu şarkı, ortam dinlemesi yapılarak kayda alınmıştır. Federal Yargıtay daha önce verdiği ‘günlük’ kararlarına benzer bir şekilde günlüğe yazılan düşüncelerin özel hayatın gizli alanının çekirdek alanına dahil olması örneğinden hareketle şüphelinin tek başına bulunduğu sırada kendisiyle yaptığı konuşmaların delil olarak kullanılamayacağına karar vermiştir. Kararının gerekçesi olarak bir şüpheli kendi suçu hakkında konuşuyor olsa bile en derin düşüncelerini istemsizce açığa vurmaktadır; bu nedenle, özel hayatın mahrem alanına ilişkin olan bu düşüncelerin delil olarak kullanılamayacağı, sözlerin uçucu olduğu vurgulanmıştır.

2. Alman Ceza Muhakemesi Kanunundaki düzenleme.

StPO § 100f (CMK 140). Konut dışındaki ortam dinlemesi.

(1) Belirli olgular bir kişinin 100a maddenin, 2. fıkrasında tanımlanan ve somut olay bakımından da ağır olan bir suçu, fail veya şerik olarak işlediği veya teşebbüsün cezalandırıldığı hallerde teşebbüs ettiğine ilişkin şüphe oluşturuyorsa ve yargılama konusu olayın araştırılması veya şüphelinin bulunduğu yerin belirlenmesi başka yöntemler uygulandığında büyük ölçüde zorlaşacak veya olanaksız hale gelecektse, ilgilinin haberi olmaksızın da, konutun dışında yaptığı kamuya açık olmayan konuşmalar teknik araçlarla dinlenebilir ve kayda alınabilir.

(2) ²Belirli olgulara dayanılarak, bu kişinin şüpheli ile bağlantı halinde olduğu veya olayın araştırılmasını veya şüphelinin bulunduğu yerin belirlenmesini sağlayacak bir bağlantı kuracağı kabul edilebiliyor ve yargılama konusu olayın araştırılması veya şüphelinin bulunduğu yerin belirlenmesi başka yöntemler uygulandığında büyük ölçüde zorlaşacak veya olanaksız hale gelecektse, bu tedbir diğer kişiler hakkında da uygulanabilir.

(3) Üçüncü kişiler kaçınılmaz bir şekilde etkilenecek olsalar da bu tedbir uygulanabilir.

(4) 100d maddenin 1 ve 2. fıkraları ile, 100e maddenin 1, 3 fıkraları ve 5 fıkranın 1 inci cümlesi uygulanır.

StPO § 100h (CMK 140). Konuttaki oda dışındaki diğer tedbirler.

(1) ¹Konut dışı alanlarda, ilginin bilgisi olmasa dahi, (1) resim çekilebilmesi ve (2) izleme amaçlı kullanılan sair teknik araçların kullanılabilmesi için, soruşturma konusu olayın araştırılması veya şüphelinin bulunduğu yerin belirlenmesi başka yöntemler uygulandığında başarılı olma olasılığı daha az veya zorlaşacak olmalıdır. ²Birinci cümlemin 2 numaralı bendi uyarınca tedbir uygulanabilmesi, sadece soruşturmanın konusu büyük önem taşıyan bir suç ise hukuken kabul edilmiştir.

(2) ¹Tedbirler sadece şüpheli hakkında uygulanabilir. ²Diğer kişiler hakkında 1 inci fıkranın 1 numaralı bendinde yer alan tedbirlerin uygulanabilmesi, hukuken sadece yargılama konusu olayın araştırılması veya şüphelinin bulunduğu yerin belirlenmesi başka yöntemler uygulandığında başarılı olma olasılığı daha az ise veya büyük ölçüde zorlaşacaksa kabul edilmiştir. Somut olgulara dayanarak, üçüncü kişilerin şüpheli ile bağlantı halinde buldukları veya bağlantı kurabilecekleri kabul edilebiliyor ve uygulanacak tedbir yargılama konusu olayın araştırılmasını veya şüphelinin bulunduğu yerin belirlenmesini sağlayacaksa ve başka yöntemler uygulandığında bu husus büyük ölçüde zorlaşacak veya olanaksız hale gelecekse, 1 inci fıkranın 2 numaralı bendinde yer alan tedbirlerin uygulanması hukuken sadece bu hallerde kabul edilmiştir.

(3) Üçüncü kişiler kaçınılmaz şekilde etkilenecek olsalar bile, tedbirler uygulanabilir.

(4) 100d maddenin 1. ve 2. fıkraları uygulanır.

StPO § 100c (CMK 140). Konutta ortam dinlemesi.

(1) Aşağıdaki koşulların varlığı halinde, konutta aleni olmayan konuşmalar ilgili kişinin bilgisi olmadan da teknik araçlarla dinlenebilir ve kaydedilebilir:

1. Bir kişinin 100b maddenin 2. fıkrasında belirtilen çok ağır suçları fail veya şerik olarak suçu işlediği veya teşebbüsün cezalandırıldığı hallerde bunlara teşebbüs ettiğine dair belli olgulara dayanan şüphe sebepleri varsa,

2. Fiil somut olayda da özellikle çok ağır ise,

3. Şüphelinin yapacağı konuşmaların içeriğinin yargılama konusu olayın araştırılması veya birlikte suçlanan şüphelilerin bulunduğu yerin tespiti bakımından önem taşıyacağı kabul edilmesini gerektiren fiili dayanak noktaları varsa ve

4. Yargılama konusu olayın araştırılması veya şüphelinin bulunduğu yerin belirlenmesi başka yöntemler uygulandığında büyük ölçüde zorlaşacak veya olanaksız hale gelecekse.

(2) ¹Tedbir sadece şüpheliye yönelik olabilir ve sadece şüphelinin konutunda uygulanabilir. ²Başkalarının konutlarında bu tedbirin uygulanabilmesi sadece aşağıdaki koşullar altında kabul edilmiştir: 100e maddenin 3. fıkrasına göre verilen kararda tanımlanan şüphelinin orada bulunması ve tedbirin sadece şüphelinin konutunda uygulanması halinde yargılama konusu olayın araştırılmasının veya birlikte suçlanan şüphelinin bulunduğu yerin tespitinin mümkün olmaması. ³Başka kişiler kaçınılmaz bir şekilde doğrudan etkilenecek olsalar bile, bu tedbir uygulanabilir.

StPO § 100e. 100a ila 100c maddelerdeki tedbirlerin usulü

(1) ¹100a maddede düzenlenen tedbirlere, sadece savcılığın talebi üzerine, mahkeme tarafından karar verilebilir. ²Gecikmede tehlike varsa, emri savcılık da verebilir. ³Savcılığın emri üç iş günü içinde mahkeme tarafından onaylanmazsa hükümsüz kalır. ⁴Kararda belirtilen süre en fazla üç ay olabilir ⁵O zamana kadar yapılan araştırmalardan elde edilen bilgiler nazara alındığında, karar vermenin koşullarının halen devam etmekte bulunduğu saptanırsa, süre her defasında üç aydan fazla olmamak üzere uzatılabilir.

(2) ¹100b ve 100c maddelerdeki tedbir kararları, sadece eyalet mahkemesinin Mahkemelerin Kuruluş Kanununun 74a madde 4. fıkrasında belirtilen dairesi tarafından, yargı çevresindeki savcılığın talebi üzerine verilir. ²Gecikmede tehlike bulunan hallerde, bu karar başkan tarafından da verilebilir ³Ceza dairesi tarafından üç iş günü içinde onaylanmazsa, bu karar hükmünü kaybeder. ⁴Kararın süresi en fazla bir aydır. ⁵Yapılan araştırmalardan elde edilen bilgiler göz önünde tutularak yapılan değerlendirmede, karar vermenin koşullarının varlığını sürdürdüğü belirlenirse, her defasında bir aydan fazla olmamak şartı ile süre uzatılabilir. ⁶Karar toplam olarak altı ay uzatıldığından sonraki uzatmalara yüksek eyalet mahkemesi karar verir.

(3) ¹Karar yazılı olarak verilir. ²Kararın hüküm kısmında aşağıdaki hususlara yer verilir: 1. Mümkünse, hakkında tedbir uygulanan ilgili kişinin adı ve adresi, 2. Tedbirin uygulanmasına neden olan suçlama, 3. Tedbirin türü, kapsamı, süresi ve sona ereceği zaman, 4. Tedbirle elde edilmesi hedeflenen bilginin türü ve bu bilginin muhakeme açısından taşıdığı önem, 5. 100a madde kapsamında uygulanan tedbirler bakımından; denetim altında tutulacak olan bağlantı veya son kullanıcı aletin aynı

zamanda başka bir son kullanıcı alete yönlendirilmiş olduğunu ortaya koyan somut olgular mevcut bulunmaması koşulu ile, bunun arama numarası veya sair bir tanıma işareti; 100a maddenin 1. fıkrasının 2. ve 3. cümlelerine giren hallerde, müdahale edilecek bilişim teknolojisi sisteminin olabildiğince tam olarak tanımlanması, 6. 100b madde kapsamına giren tedbirlerde, içinden veri elde edilecek bilişim teknolojisi sisteminin olabildiğince tam olarak tanımlanması, 7. 100c madde kapsamında uygulanan tedbirlerde, içinde denetleme yapılacak konut veya denetlenecek odalar.

(4)¹100a ila 100c maddelerde yer alan tedbir kararları veya süre uzatma kararlarının gerekçesinde, bu maddelerde ön görülen koşullar ve ölçülülük ilkesi konusunda karar verilirken göz önünde tutulan esaslı hususlar ortaya konur.²Gerekçede somut olaya ilişkin olarak özellikle şu hususlar yer alır: 1. Şüpheli sebebi olan belirlenen olgular, 2. Tedbirin gerekli ve ölçülü olduğuna dair göz önünde tutulan esaslı değerlendirmeler, 3. 100c madde kapsamında hükmedilen tedbirler açısından, 100d maddenin 4. fıkrasının 1. cümlesinde belirtilen fiili dayanak noktaları.

(5)¹Tedbire karar verilmesi için aranan koşullar ortadan kalkarsa, karar uyarınca uygulanan tedbir geciktirmeden sona erdirilir.²Tedbir sona erdirildikten sonra, karar veren mahkemeye, tedbirden elde edilen neticeler hakkında bilgi verilir.³100b ve 100c maddeler kapsamında uygulanan tedbirler sırasında, kararı veren mahkemeye, tedbirin uygulanma süreci hakkında da bilgi verilir.⁴Tedbir kararı verilmesi için aranan koşullar artık mevcut değilse ve savcılık tedbiri daha önce kaldırmamışsa, mahkeme tedbirin kaldırılmasına karar verir.⁵100b ve 100c maddeler uyarınca uygulanan tedbirin kaldırılması kararı başkan tarafından da verilebilir.

(6)¹100b ve 100c maddeler kapsamında uygulanan tedbirlerden elde edilen ve değerlendirilebilen kişisel veriler, aşağıdaki koşullar altında başka amaçlarla kullanılabilir:

1. Bir başka ceza muhakemesi sırasında elde edilmiş olan veriler, sadece 100b veya 100c maddelerde yer alan suçların aydınlatılması için veya böyle bir suçu işleme şüphesi altındaki bir kişinin bulunduğu yerin belirlenmesi amacıyla, iletişimi denetlenen kişinin kabulüne bağlı olmaksızın kullanılabilir.

2. ¹Somut olayda halen mevcut bir hayati tehlike varsa veya bir kişinin beden bütünlüğü veya özgürlüğü bakımından, Devlet güvenliği veya bütünlüğü veya toplumun hizmetine sunulan önemli değer taşıyan bir eşya, kültürel açıdan çok büyük değer taşıyan bir eşyaya veya Alman Ceza Kanununun 305. maddesinde belirtilen eşyaya yönelik yakın bir tehlike varsa, 100d maddenin 5. fıkrasının 1. cümlesinin 2. yarı cümlesindeki tedbirden elde edilen dahil, tüm veriler, tehlikenin önlenmesi amacı ile (kolluk hizmetlerinde) tehlikenin önlenmesi için sadece bu hallerde kullanılabilir..²Veriler somut olayda sair önemli mal varlığı değerleri hakkında mevcut bulunan somut tehlikeyi önlemek için de kullanılabilir.³Toplanan veriler tehlikenin önlenmesi için veya tehlikeyi önlemek üzere alınan tedbirlerin mahkeme tarafından denetlenmesinden önce veya denetlenmesi sırasında kullanılması için artık gerekli değilse, bu verilere ilişkin kayıtlar, tehlikenin önlenmesiyle görevli makam tarafından geciktirmeden silinir.⁵Silme işlemi sadece mahkeme öncesi denetim veya mahkemece yapılacak denetleme amacıyla ertelenmişse, veriler sadece bu amaç doğrultusunda kullanılabilir; başka amaçlarla kullanmaya karşı kapatılır.

3. Değerlendirilebilen kişisel veriler polis hukukuna ilişkin bir tedbirin uygulanmasından elde edilmişse, bu veriler ceza muhakemesinde sadece 100b veya 100c maddeler uyarınca haklarında tedbir uygulanabilen bir suçun aydınlatılması için veya bu suçlarla suçlanan şüphelinin bulunduğu yerin belirlenmesi amacıyla, denetlenen kişinin kabulüne bağlı olmaksızın kullanılabilir.

3. Amerikan Hukuku.

Gizli izleme Amerikan hukukunda telefon denetleme gibi düzenlenmiştir. Aleni yerlerdeki gizli izlemeler için Amerikan hukukunda prensip olarak ayrıca bir hâkim kararı aranmaz. Bireyin toplum içinde sergilediği davranışların herkes tarafından görülebildiği gibi kolluk mensupları tarafından da algılanması hukuka uygun sayılmıştır. Ancak, devamlı bir takip söz konusu ise, “Katz” kararı doğrultusunda, *bireyin makul bir gizlilik beklentisi bulunduğu* kabul edilir ve hâkim kararı şartı ortaya

çıkar. Evin içinde yapılacak kayıtlar açısından ise, Amerikan Anayasasının 4 numaralı ek maddesinde gösterilen şartlar gerçekleşmiş olmalıdır.²⁹⁴⁷

53. § 9. GİZLİ SORUŞTURMACI KULLANILMASI

403-21. GİZLİ SORUŞTURMACI

I. Gizli soruşturmacı, Muhbir ve Gizli Soruşturma Yapan Kolluk Görevlisi Kavramları.

1. Gizli soruşturmacı.

Gizli soruşturmacı (CMK 139) işlenmiş olan bir suç²⁹⁴⁸ konusunda araştırma yapan ve delil toplayan bir kamu görevlisidir.²⁹⁴⁹ Gizli soruşturmacı; gözetlemek, izlemek, örgüte²⁹⁵⁰ ilişkin her türlü araştırmalarda bulunmak ve suçlarla ilgili diğer delilleri toplamakla yükümlüdür. Gizli soruşturmacı örgüt içinde görevini yerine getirirken, suç işleme dışında, her türlü hukuki işlemi yapabilir. Ceza Muhakemesi Kanunu “gizli görevlinin” adını değiştirmiş ve “gizli soruşturmacı” yapmıştır (CMK 139). Danıştay kararı ile yürürlükten kaldırılan *Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikteki* tanımda gizli görevli; “gerektiğinde örgüt içine sızarak gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisi” olarak tanımlanmaktadır (m.4/1-ç).²⁹⁵¹ Ceza Muhakemesi Kanununa göre, “gizli soruşturmacı görevlendirilmesi” tedbiri, liste halinde sayılan suçlar için başvurulabilen özel ve gizli bir koruma tedbiridir.²⁹⁵² Centel/Zafer’e göre, koruma tedbiri kavramı Türk hukukunda daha çok tedbire başvurulduktan sonra tedbirin konusunu oluşturan delilin korunmasını amaçlayan faaliyeti ifade eden bir kavramdır. Bu nedenle, delile ulaşmak amacıyla gizli soruşturmacı görevlendirme, koruma tedbiri niteliğinde olmayıp, öncelikle delile ulaşmak için başvuru bir araştırma vasıtasıdır. Gizli soruşturmacı pasiftir; faili izler ve bıraktığı delilleri toplar.²⁹⁵³

CMK 139/1’de gizli soruşturmacı olarak “kamu görevlilerinin” görevlendirilebileceği ifade edilmektedir. O halde gizli soruşturmacı bir polis memuru olmak zorunda değildir; kamu görevlisi olan herkes, gizli görevli olarak görevlendirilebilir. Bu durumda gizli görevli bir polis memuru olabileceği gibi, herhangi bir kamu görevlisi de olabilir. Buna karşılık özel kişiler yasa anlamında gizli görevli olamaz. Yasanın tedbiri polis memuru dışındaki diğer kamu görevlilerini de içine alacak şekilde düzenlenmiş olmasının sebebi, bu şekilde özellikle vergi veya gümrük memurlarının da gizli görevli olarak görevlendirilebilmesinin olanaklı kılınması şeklinde değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, gizli

²⁹⁴⁷ U.S. v. Torres, 751 F. 2d 875, 7th Cir. 1984.

²⁹⁴⁸ İstihbarat amaçlı gizli görevli kullanılması Türk Hukukunda düzenlenmemiştir (PVSK Ek 7).

²⁹⁴⁹ Mülga 4422 sayılı Kanunun 5 nci maddesine göre, kamu görevlisi olan bir kişi, en son çare olarak, hâkim kararı ile örgüte ilişkin her tür araştırmada bulunmakla görevlendirilebiliyordu. Gizli görevlinin kimliği gizli tutuluyordu (ÇASÖMK 5/1, 8).

²⁹⁵⁰ Tasarı, gizli görevli kullanılması konusunda aranan ‘makul’ şüphenin ölçüsünü genişletmişti: (a) hakkında gözetleme yapılacak kişinin evvelce suç işlemiş olması ve yeniden suç işleme tehlikesinin varlığını gösteren somut belirtilerin bulunması; (b) suçun işlenmesinin meslek veya alışkanlık haline getirilmiş olması ve (c) suçun olağanüstü ağır olması (1995 Tasarısı m. 3). Kanun bu düzenlemeyi de kısmen benimsemiş, kısmen kabul etmemiştir.

²⁹⁵¹ Veli Özer özbek, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Polis Hukuku, İnternet Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Temel Haklara Müdahaleler ve Hukuka Aykırı Müdahalelere Karşı Korunma Çareleri, s.396, 397.

²⁹⁵² Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2022, 513

²⁹⁵³ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2022, 514

görevlinin genel olarak kolluk teşkilatınca görevlendirmesiyle sebebiyle güven ilişkisinin bir gereği olarak gizli görevlinin yine de polis içinden seçilebileceği söylenebilir.²⁹⁵⁴

2. Muhbir.

Kolluğun bilgi toplamada kullandığı özel kişilere uygulamada *muhbir* denilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu *gizli soruşturmacıyı* düzenlemiş, fakat *muhbir* kullanılmasına yer vermemiştir. Muhbirin de gizli soruşturmacı gibi, şüpheliyi suça yönlendirmemesi gerekir. Hedef kişinin aktif bir hareketinin bulunmadığı durumlarda, teklif veya aktif hareket, kolluk adına çalışan “X muhbirden” gelmiş ise ortada bir hile vardır ve adil yargılanma hakkı ihlal edilir. AİHM’in Burak Hun/Türkiye kararında bu husus belirtilmiştir.

3. Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi Kanunda çok sıkı şekil şartlarına bağlanmış olmasına rağmen, uygulamada kimliği gizli tutulan kolluk memuru kavramı kullanılarak uygulama genişletilmiştir. Bizce gizli soruşturma yöntemleri hak ve özgürlüklere önemli müdahale teşkil ettiği için kanundaki koşullara bağlı kalınmalıdır.²⁹⁵⁵

Sanık güzellik merkezi olarak faaliyet gösteren bir iş yerinde çalışmaktadır.²⁹⁵⁶ Bu iş yerinde fuhuş yapıldığı ihbarı üzerine görevli polis memurları kendilerini müşteri gibi tanıtarak sanık ile fuhuş ve masaj için anlaşmış ve para vermiştir. Sanık polis memurlarını fuhuş için odaya götürmüş ve iki mağduru da odaya getirmiştir. Mağdurların soracağı sırada görevliler polis olduklarını söylemiştir.

Esas mahkemesi bu olayda sanığın fuhuş yapılması aracılık etmek suretiyle fuhuş suçunu istediğini kabul ederek sanığın fuhuş suçundan 2 kez TCK 227/2, 52 ve 53 üncü maddeleri uyarınca 2 yıl hapis ve 100 TL adli para cezasıyla cezalandırılmasına ve hak yoksunluğuna karar vermiştir.

Karar tarihi itibarıyla CMUK 305 hükümlerine tabi olan olayda, sanık müdafii temyiz isteğinde sanığın suçu işlemediğini, mağdur beyanlarına göre sadece masaj yapıldığını, başka delil bulunmadığını, kararın usul ve yasaya aykırı olduğunu ve bu sebeplerle hükmün bozulmasını istemiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu benzer bir olayda 12.5.2015 tarihli E. 2014/10-454, K. 2015/156 sayılı kararında; *CMK 139/7'deki liste dışında kalan suçlar yönünden* kolluk görevlilerinin CMK 160 ve devamı madde uyarınca Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda ve genel yetkileri ve görevlere kapsamında, faili belirlemek ve suça suç delilleri toplamak amacıyla alıcı rolüne girerek, *suça azmettirmeden ve teşvik etmeden* şüpheliden uyuşturucu madde satın almasını mümkün görmüştü. Aynı kararda bu durumda görev yapan görevlinin *gizli soruşturmacı* değil, *gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi* olduğunu, gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin suça teşkil teşvik etmeden ve azmettirmeden elde edilen delillerin hukuka uygun olacağına karar vermişti.

İnceleme konusu olayda Kanunda belirtilen ilkelere uygun bir gizli soruşturmacı görevlendirilmemiştir. Polis memuru buna rağmen Cumhuriyet savcısının bilgisi olmaksızın iş yerine gizli olarak girmiş, kendisi müşteri olarak tanıtmıştır. Suç üstü hali bulunmayan olayda bu şekilde elde edilen deliller 4. Ceza Dairesi tarafından hukuka aykırı bulunmuş ve hukuka aykırı delillerle karar verilemeyeceği ve sanığın atılı suçlamayı kabul etmemesi karşısında kolluk görevlilerinin müdahalesi

²⁹⁵⁴ Özer Özbek s.397

²⁹⁵⁵ Uyuşturucu madde ticareti suçunda; kolluk görevlilerince, uyuşturucu madde sattıklarına ilişkin istihbari bilgi edinilmesi ve Cumhuriyet Başsavcılığı'nın talebi üzerine Sulh Ceza Hakimliği'nce “uyuşturucu madde alımı yapmaları, delil toplamaları ve teknik araçlarla görüntü almaları” için üç personelin “gizli soruşturmacı” olarak görevlendirilmesine karar verilmiştir. Gizli soruşturmacı olarak görevlendirilenler tarafından düzenlenen raporlarda sanıktan üç değişik tarihte esrar satın alındığı belirtilmiştir. Sanığa isnat olunan suçun “örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmemiş olması” nedeniyle, görevlendirilenlerin “gizli soruşturmacı” olarak kabul edilmeleri mümkün değildir. Bu kişiler adli kolluk görevlisi ise, kollukla ilgili kanunlar ile CMK'daki hükümlerde yer alan genel yetkileri ve görevleri kapsamında olmak üzere, Cumhuriyet savcısının sözlü veya yazılı emirleri doğrultusunda delil toplayabilirler. Bu durumda statüleri “adli kolluk görevlisidir”. Sanık tüm aşamalarda, adli kolluk görevlisi statüsündeki görevliler tarafından düzenlenen tutanaklara itiraz etmiş ve görevlilere uyuşturucu madde satmadığını söylemiştir. Sanık aleyhindeki deliller, görevliler tarafından düzenlenen raporlar ve fotoğraflardan ibarettir. Bu üç görevlinin tanık olarak dinlenmesi, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tartışılarak belirlenmesi zorunludur (10. CD, 11.7.2014, E. 2014/1, K. 2014/5430).

²⁹⁵⁶ 4. CD 6.7.2023, E. 2021/11642, K. 2023/20718.

olmaksızın sanığın aşamalarda atılı suçu işlemediğini ilişkin savunmasının aksine cezalandırılmasına yeter kuşkuyu aşan kesin ve yeterli delil bulunmadığı gözetilmeden sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulması hukuka aykırı görülmüş ve 6.7.2023 tarihinde hükmünün oy birliği ile bozulmasına karar verilmiştir.

Görüldüğü gibi, Yargıtay özel dairesi verdiği bu karar ile, ‘gizli görev yapan görevlinin *gizli soruşturmacı*’ değil, ‘*gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi* olduğu’ yönündeki CGK 12.5.2015 tarihli E. 2014/10–454, K. 2015/156 ile kabul edilen içtihadı devam ettirmektedir: Özel Dairenin hukuka aykırı bulduğu husus, polisin Cumhuriyet savcısından emir almadan adli araştırma yapmasıdır. Eğer olayda suçüstü hali veya savcı emri bulunsa idi, delil hukuka uygun olacaktı. Biz *Veli Özer Özbek*’in eleştirisine katılıyoruz. Sıkı koşullara bağlanmış olan ve sadece hâkim tarafından verilebilen karar bağlanan, elde edilen delil başka soruşturmada kullanılmayan gizli soruşturmacı görevlendirme kurumunun Ceza Genel Kurul içtihadı ile kolayca uygulanabilir hale getirilmesinin yerinde olmadığı görüşündeyiz. Gizli soruşturmacının göreve başlaması için hâkim karar verir, kimliği değiştirilir ve kendisine yeni kimlik oluşturulur (CMK 139/2). Alman Hukukunda bu özellikleri taşımayan bir polis memurunun (NOP)²⁹⁵⁷ sadece acele hallerde gizli araştırma yapmasının kabul edilmesi, bu uygulamanın genişletilerek bizde de uygulanmasını haklı göstermez.

18 CD 8.2.2018, E. 2017-393, K. 2018/1476:

Adli kolluk görevlisinin Cumhuriyet Savcısının yaptığı yazılı veya sözlü bir görevlendirme bulunmaksızın sanığı arayıp fuhuş pazarlığı yaparak sanığı teşvik ettikleri belirlenen olayda mahkûmiyet kararına dayanak olan yakalama tutanağı ve mağdurun sanığa suç isnadı içeren beyanlarına ulaşılması nedeniyle hukuka uygun kabul edilemeyecek bu deliller dolayısıyla sanığın üzerine atılı fuhuş suçunu işlediğine ilişkin hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş delil bulunmadığından mahkûmiyeti yerine beraatına karar verilmesi gerekir.

CGK 3.7.2018, E. 2018/18-71, K. 2018-319

*Gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmeyen kolluk görevlisi, CMK 160 kapsamında genel yetki ile savcı tarafından görevlendirilirse, resmi sıfatını gizleyerek, suça azmettirmeden veya teşvik etmeden delil toplayabilir. Hukuka aykırı olarak elde edilen görüntü kayıtları değerlendirme dışı bırakılarak diğer delillerle hüküm kurulabilir.*²⁹⁵⁸ Televizyonda haber programı yapan (K), Antalya’ya giderek sanık ile yüz yüze görüşmüş ve kendi kimliğini gizleyerek arkadaşları ve kendisi için 15-20 kadın temin etmesini istemiştir. Anlaşma olmuş ve kadınlar otele geldiğinde polis tarafından yakalanmışlardır. Somut olayda (K) nin kolluğa önceden bilgi vermediği ve kolluğun talimatı veya kontrolü ile hareket etmediği anlaşılmaktadır. Sanık (K) ya çok sayıda kadın göstererek var olan suç işleme kastını ortaya koymuş olmasına göre, kolluk görevlileri CMK 160 kapsamında genel yetkileri ile hareket ederek yakalama işlemi yapmışlardır. Kolluk görevlileri C. savcısının CMK 160’dan kaynaklanan genel yetkileri kapsamında vereceği emirle, suçun önlenmesi, suçu ve failerini belirlemek ve suçla ilgili delil toplamak amacı ile, suça azmettirmeden ve teşvik etmeden bilgi toplayabilirler. Bu durumda adli kolluk görevlisinin CMK 139 değil, CMK 160 kapsamında görevlendirilmesi yeterlidir.²⁹⁵⁹ Kolluk tarafından düzenlenen tutanakta “gizli soruşturmacı” kelimelerinin kullanılması, yapılan işlemin hukuki niteliğini değiştirmez. Gizli soruşturmacı görevlendirme tedbiri ancak CMK 139/7 maddede diğer gizli soruşturma tedbirlerine oranla daha da sınırlı tutulmuş olan suçlarda uygulanabilir. Bu suçlar arasında fuhşa aracılık etme suçu yoktur. Somut olaydaki suçun suç işlemek için örgüt kurma suçu da olmadığı görülmektedir. Bu nedenle, görevlendirme yapılması mümkün değildir. Genel yetkilerini kullanan kolluk görevlilerinin kimliklerini gizleyerek ve alıcı rolüne girerek sanıktan kendilerine kadın temin etmesini istemeleri mümkündür. Çünkü fuhuş suçu fail ile bağlantı kurmadan başka türlü ortaya çıkarılamaz. Bu suçun işleniş biçimi itibarıyla, fuhuş için fail ile bağlantı kuran herhangi bir kişinin faili

²⁹⁵⁷ NOP = Nicht offen ermittelnder Polizeibeamter (*Putzke/Scheinfeld/Putzke 2022, 63*).

²⁹⁵⁸ Alman Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG) suç işlemeye tahrik edilerek elde edilen delillerde delilin hüküm verilirken kullanılmayacağını kabul etmekle birlikte, bu hukuka aykırılığın yaptırımın belirlenmesinde nazara alınmasına öncelik tanımaktadır. Bazı kararlarda da ajan provokatör kullanılan davalarda, bunun bir ceza muhakemesi engeli olduğu, düşme kararı verilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

²⁹⁵⁹ CGK bu kararda Ünver-Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı sh. 474 deki görüşe dayanmıştır.

suça azmettirdiği söylenemeyeceği gibi, alıcı gibi davranan kolluk görevlilerinin de kışkırtıcı ajan olarak hareket etmeleri söz konusu olmaz. Fuhşa aracılık etme suçu bakımından, bu suçu işlemek için her yönden hazırlık yaparak beklemekte olan bir kişiyi harekete geçirmekte ibaret olan davranış hukuka aykırı değildir. Buna karşılık suçun işlenmesi bakımından başkaca hazırlığı bulunmayan bir kişinin harekete geçirilmesi hukuka aykırıdır. Örneğin, Teixeira v. Portekiz kararında, AİHM iki görevlinin uyuşturucu temin etmesi için defalarca ısrar etmelerini hukuka aykırı bulmuştur. Benzer bir şekilde, Burak Hun v. Türkiye kararında da başvuru operasyonu yürüten kolluk görevlilerince telefonla aranmış ve kendisinden on beş tablet extacy hapi temin etmesi istenmişti. Somut olayda sadece alıcı gibi davranan görevlilerin, failde suç işleme kastı oluşturmadıkları ve kışkırtıcı ajan gibi davranmadıkları görülmektedir. Bu nedenle, elde edilen deliller hukuka uygundur.

10 CD 20.6.2016, E. 2016-739, K. 2016/1929: Duruşmada dinleme

Uyuşturucu ticareti ile suçlanan sanıkların duruşmasında kolluk görevlilerinin kimlikleri gizlenmeden, sanığa soru hakkı verilerek dinlenilmeleri gerekir. CMK 52/1 ile CMK 58/1 maddeler hükümlerine aykırılık yapılması bozma sebebi yapılmıştır.

12 CD 1.6.2016, E. 2015-4735, K. 2016/9235: Katalog dışı suçta görevlendirilme genel yetki sayılır

Katalogda yer almayan bir suçta gizli soruşturmacı görevlendirilirse, kolluk görevlisinin genel yetkisi ile araştırma yapmış olduğu hallerde delil hukuka uygun sayılır: Gizli soruşturmacı 2863 sayılı Kanununun 68 ve 69. maddeleri kapsamında görevlendirilebilirken, esas mahkemesi sanığı gizli soruşturmacı tarafından elde edilen delillere dayanarak 67/2 maddedeki suçtan mahkûm etmiştir. Yargıtay "görevlendirmenin adının yanlış konmasının" elde edilen delili sakatlamayacağına karar verirken, kolluk görevlisinin örgüte sızmadan izleme vs yetkileri kullanmaksızın müşteri kılığında pazarlık yapmış olmasına dayanmıştır.

20 CD 27.4.2016, E. 2015-8546, K. 2016/2531: Katalog dışı suçta görevlendirilme genel yetki sayılır

Örgüt faaliyeti kapsamına girmeyen suçlarda kolluk görevlisinin kimliğini gizleyerek alıcı kılığında uyuşturucu madde satın alması, genel yetki ile yapılan bir araştırma işlemi olduğu için elde edilen delil hukuka uygundur. Ancak sanıktan farklı tarihlerde birkaç kez alım yapılmışsa her bir alım için ayrı suç oluşmaz ve TCK 43 ile ceza artırılmaz. Zira gerçek anlamda bir alım yoktur.

8. CD 1.7.1986, K. 1986-3887 Gizli soruşturma yapan polis

Sanığın, diğer sanığın suç konusu sahte dolarla yakalanmasını sağlamak amacıyla görevlendirilen ve müşteri pozisyonunda görev yapan polis memurunun bilgisi dahilinde ajandan gelen yardım isteğine katılmış olmaktan ibaret kalan hareketinde suç kastı bulunmayacağı gözetilmeden beraat yerine mahkumiyetine karar verilmesi doğru değildir.

4. Yönetmeliğin hukuki durumu

Yönetmelik: Danıştay İ.D.D.G.K 4.11.2010, E. 2010/2072, K. 2010-1467

"Gizli soruşturmacının çalışma ilkeleri" başlıklı 28. maddesinin, ... iptali istemiyle açılmıştır. Danıştay Onuncu Dairesi'nin 22.02.2010 günlü, E:2007/2795, K:2010/1399 sayılı kararıyla; dava konusu Yönetmeliğin amaç ve kapsamı dikkate alındığında, ... Yönetmeliğin dava konusu edilen ... 28. maddesinin 6. fıkrasının birinci tümcesi ve 30. maddesinin 2. fıkrası yönünden davanın reddine karar verilmiş; buna karşılık, 5271 sayılı Yasa'nın 139. maddesine aykırı biçimde, gizli soruşturmacının görevlendirilmesinde yetki karmaşasına neden olduğu gerekçesiyle Yönetmeliğin 28. maddesinin 2. fıkrasının birinci tümcesinin; 5271 sayılı Yasa'nın 138. maddesinin 3. fıkrasına aykırı olduğu gerekçesiyle de Yönetmeliğin 28. maddesinin 3. fıkrasının iptaline karar vermiştir. Bu durumda, Ceza Muhakemesi Yasası'nın 135 ila 140. maddelerinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme konularında Adalet Bakanlığının düzenleme yetkisi olmadığından, Yönetmeliğin dava konusu hükümlerinde bu nedenle hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Sonuç: Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kabulüne, Danıştay Onuncu Dairesinin 22.02.2010 günlü, E. 2007/2795, K. 2010/1399 sayılı kararının dava konusu Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrası, 10. maddesinin 4. fıkrası, 22. maddesi, 28. maddenin 6. fıkrasının birinci tümcesi ve 30. maddesinin 2. fıkrası yönünden davanın reddine ilişkin kısmının bozulmasına,

davalı idarenin temyiz isteminin ise reddi ile kararın dava konusu Yönetmeliğin iptale ilişkin kısımlarının yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına oyçokluğu ile karar verildi.

II. Gizli Soruşturmacının Görevlendirilmesi.

1. Somut Delile Dayanan Kuvvetli Şüpheli Sebepleri Bulunması.

Gizli soruşturmacı görevlendirilebilmesi için bir şüpheli mevcut bulunması ve o kişi hakkında soruşturma başlatılmış olması gerekir. Gizli soruşturma yöntemleri olan iletişimin denetlenmesi (CMK 135), gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (CMK 139) ve teknik araçlarla izleme (CMK 140) açısından ortak bir unsur olarak, 2014-6526 sK ile yapılan değişiklikle, “suçun işlendiği hususunda somut delile dayanan kuvvetli şüpheli sebebi” kavramını kullanmıştır. **Buradaki kuvvetli şüpheli sebebi kavramı kuvvetli şüpheli derecesi olarak anlaşılmalıdır. Bununla birlikte, basit bir başlangıç şüphesi de bu tedbire başvurulabilmesi için yeterli olamaz. Gerek tedbire soruşturma evresinde başvurulabilir olması gerek somut delillerin aranması ve gerekse de ikincil niteliği kuvvetli şüpheli sebepleri ifadesinin basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun ama yeterli ya da kuvvetli şüpheli derecesine ulaşması zorunluluğu bulunmayan şüpheli derecesi olarak anlaşılmasını zorunlu kılmaktadır.**²⁹⁶⁰

Gizli soruşturma yöntemlerinin uygulanabilmesi için basit şüpheli kafidir ama şüpheli sebebinin kuvvetli, yani somut delile dayanması ve sağlam olması gerekir; esasen tutuklama için gereken şüpheli derecesi aransa idi en son çare olma özelliği de ortadan kalkardı.

2. Başka Surette Delil Elde Edilememesi.

Gizli soruşturma yöntemleri ikincil bir araştırma tedbiri olma özelliği taşır: Klasik araştırma yöntemleri ile delil elde edilebiliyorsa istisnai nitelikte olan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirme veya teknik araçlarla izleme yoluna gidilemez.

3. Hâkim Kararı.

a) Münhasıran Hâkimin Yetkili Olması.

Temel hakların kısıtlanmasında Anayasa'nın 13. maddesine göre kolluğa özel yetki veren bir norm mevcut bulunmalıdır. Bu normun öngördüğü hak kısıtlama nedenlerinin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemek ise hakların bekçisi durumundaki yargılama makamına verilmiş bir görevdir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararını sadece hâkim verebilir (CMK 139/1).²⁹⁶¹ **Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı kararıyla bu tedbire başvurulabilmesi mümkün değildir. Gizli soruşturmacı kullanılmasına ilişkin talep ve kararın içeriği hakkında iptal edilen Yönetmeliğin 24. maddesinde açıklık getirilmişse de, yeni bir yönetmelik Mart 2024 itibariyle henüz yapılmamıştır.**

20. CD 11.4.2016, E. 2015-15895, K. 2016-1979 Hukuka aykırı hâkim kararı

Gizli soruşturmacı görevlendirmesi yapan sulh ceza hakimliği kararında sanıkların açık kimliklerinin yer almaması, kararda “diğer şüphelilerin de” denilerek genel çerçevede görevlendirme yapılması ve verilen kararın suç tarihini kapsamaması nedeniyle, gizli soruşturmacıların somut olaydaki çalışmaları hukuka aykırıdır. Teknik izlemeden elde edilen kayıtlar hukuka aykırı olduğundan, hükümde kullanılamaz. Bununla birlikte, soruşturmayı yapan kolluk görevlilerinin duruşmada tanık olarak dinlenerek, sanığa soru sorma hakkı verilmelidir. (Amerikan hukukunda ise 'iyi niyet istisnaları'

²⁹⁶⁰ Özer Özbek s.413

²⁹⁶¹ Kanun yürürlüğe girdiği sırada gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da gizli soruşturmacı görevlendirme emri verebiliyordu. Cumhuriyet savcısının emri hâkimin onayına da tabi tutulmamıştı. 2014 yılında 6526 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle diğer gizli soruşturma yöntemlerinde olduğu gibi, görevlendirmenin ağır ceza mahkemesince oy birliği ile yapılması esası benimsendi ve karara itiraz konusu da düzenlenerek, itirazın da oy birliği ile karara bağlanması kabul edildi. Ceza Muhakemesi Kanununda 2016-6763 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle karar verme yetkisi hâkime verilerek, ağır ceza mahkemesinin yetkisi kaldırıldı. 2016 yılında 6763 sayılı Kanun ile itiraz ile ilgili düzenleme kaldırılırken, kararın sadece hâkim tarafından verilmesi sistemine geçildi. Hemen arkasından gelen OHAL döneminde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına yetki verildi ama 5 gün içinde hâkimin onaylaması koşulu getirildi. OHAL kalktıktan sonra artık geçerli olan hukuka göre gizli soruşturmacı görevlendirme yetkisi sadece hâkime tanınmıştır.

arasında, polisin elindeki hakim kararına güvenmesine yer verilmiştir. Hakimin verdiği karardaki hatayı bilmeyen polisin yaptığı işlemin ürettiği delil 'hukuka uygun delil' olarak kullanılmaktadır.)

20. CD 14.1.2016, E. 2015-15770, K. 2016-121 Hukuka aykırı hakim kararı

Öz: Önleme amaçlı gizli soruşturmacı görevlendirilemez: İl Emniyet Müdürlüğü gizli soruşturmacı görevlendirilmesini isterken “il dahilinde sokak satıcılarının deşifre edilmesi ve suç unsurları ile birlikte yakalanmasına yönelik çalışmalar yapılmasından” söz etmiş, somut olarak fail veya filleri belirtmemiştir. Somut olayda önleme amaçlı olarak gizli soruşturmacı görevlendirilmesi istendiği anlaşılmaktadır. Ağır ceza mahkemesi bu istemi tekrarlayarak, gerekçesiz bir gizli soruşturmacı görevlendirme kararı vermiştir. Anayasa'nın 141 ve CMK'nın 34. maddelerine aykırı olan bu karar yok sayılacağından, CMK 140 kapsamında bir karar da mevcut olmadığı için, teknik araçlarla yapılan izlemeden elde edilen deliller kullanılamaz. Gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen kişilerin somut olaydaki çalışmalarını, sanıkları suç işlemeye sevk eden, kısıktıcı ajan şeklinde ve hukuka aykırıdır.

Olayda örgüt özelliği olmadığı halde, “güven alımı” adı verilen, sanıktan uyuşturucu madde temin etme fiili birden fazla kere tekrarlanarak, sanık hakkında TCK 43 ün uygulanmasına yol açılması da Hukuk Devleti ilkeleri ile bağdaşmaz. “Güven alımını” gerçekleştiren kolluk görevlilerinin duruşmada tanık olarak dinlenmeleri gerekir. Bir suç isnadına maruz kalan herkesin aleyhine olan tanıklara soru sormak hakkı vardır. Somut olayda tanık durumundaki gizli soruşturmacıya sanık soru soramamıştır. Karar bu yönü ile de hukuka aykırıdır.

b) Kararın verilmesi.

Gizli soruşturmacının görevlendirilmesi kararı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine gizli oturumda verilir. Ancak, mukayeseli hukukta bu kararın verilmesi sırasında *güvenilir bir avukat* hazır bulundurulmaktadır

c) Görevlendirme süresi.

Gizli soruşturmacı görevlendirmesinde süre kısıtlaması yoktur. Buna karşılık diğer gizli soruşturma tedbirlerinin oldukça kısa sürelerle bağlı olduğu bilinmektedir. **Gizli görevli olarak görevlendirme zaman itibariyle belirlenmiş asgari sınırlara bağlanamaz. Bir suç örgütüne girme, örgütün güvenini kazanmak, delil toplamak ve örgütü çökertmek gibi amaçların yerine getirilmesi kısa bir sürede sonuçlanabilecek faaliyetler değildir. Nitekim Alman mevzuatında gizli görevlinin görev süresine ilişkin herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Gizli görevli kullanılması tedbirini düzenleyen StPO 110a/2 “sürekli olarak” terimini kullanmaktadır.²⁹⁶² CMK, bu konuda suskundur. Tedbiri düzenleyen CMK 139’da süre bakımından herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Dikkat çekici olan husus, *Alman Kanununda olduğu gibi “sürekli olarak” teriminin de kullanılmamış olmasıdır. O halde herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın tedbire başvurmak mümkündür. Bununla birlikte temek haklara müdahale niteliği taşıyan her tedbirde olduğu gibi gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri bakımından da bu konuda dürüst işlem ve oranlılık ilkesine uygun olarak hareket edilmelidir kanısındayız.²⁹⁶³***

4. Gizli soruşturmacının statüsü.

a) Kamu görevlisi olma koşulu.

Gizli soruşturmacı sadece kamu görevlisi²⁹⁶⁴ olabilir (CMK 139/1).²⁹⁶⁵ Bu soruşturmacının kimliği değiştirilebilir. Soruşturmacı bu kimlikle hukuki işlemler yapabilir.

²⁹⁶² Özer Özbek s.398. Söz konusu düzenleme eleştirilmektedir. Eleştiriler, düzenlemenin gizli görevli kullanma kararının hâkim tarafından onanması ve savcılık kontrolüne ilişkin hükümleri bir şekilde dolanabilmeye açık olması üzerinde yoğunlaşmaktadır.

²⁹⁶³ Özer Özbek s.399

²⁹⁶⁴ Gizli soruşturmacı diğer soruşturma tedbirlerinde ayıran a. Ona bir kimliğin verilmesi, b. Uzun süreli olmasıdır (Özbek 2005, 589).

²⁹⁶⁵ Örgütlü suçla mücadelede kullanılan gizli araştırmacılar, Alman Ceza Muhakemesi Kanununda da hukuki bir statüye kavuşturulmuşlardır. Gizli araştırmacı yapan kişi bir “gizli polis” olabileceği gibi, polise zaman zaman gizlice bilgi veren “muhabir” (Informant) veya polise suç muhiti ile ilgili olarak sürekli bilgi veren ve bu bilgilerin doğruluğu zaman içinde onaylandığı için, ileride vereceği bilgilerin doğru olacağına güvenilebilen bireyler, yani “muteber kişiler” olabilirler. Alman Ceza Muhakemesi Kanununun

b) Kimliğin değiştirilmesi.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirini diğer soruşturma tedbirlerinden ayıran kimlik değiştirme ve görev süresinin kısıtlanmış olmaması gibi iki özellik vardır. Bu tedbirde doğrudan doğruya insan kullanıldığı için, soruşturmacının kendisinin gizli olması ancak başka bir kimlikle sağlanabilir. Söz konusu kimlik, gerçek isim ve meslek, adres, vatandaşlık ve bunun gibi diğer kişisel hal ve şartlar yerine, benzer konularda uydurma bilgiler içerir. Böylece görevli yanıltıcı bir statü elde etmek suretiyle, örgüt içine girmeye ve içine girdiği ortamda polis ya da kamu görevlisi kimliğini gizleyerek organize suç örgütünün güvenini sağlamaya çalışmaktadır. Gizli görevli bu yeni kimliği ile hukuki işlemlere katılabilir; mesela firmalar kurabilir, dava açabilir veya davalı olabilir.

c) Görevlendirme belgelerinin saklanması.

Soruşturmacının görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet başsavcılığında muhafaza edilir ve bu kimliği görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulur (CMK 139/3).

5. Gizli soruşturmacının araştırmakla görevlendirilebileceği suçlar.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararı belli bir suç bakımından verilebilir (CMK 139/7). CMK'nın bu konuda bir katalog getirmiş olması yerinde olmuştur. Burada dikkat çekici olan husus, gizli soruşturmacı görevlendirilecek suçlarla ilgili katalogun diğer gizli tedbirlere ilişkin kataloglardan çok daha dar bir katalog olmasıdır.²⁹⁶⁶

Ceza Muhakemesi Kanunu gizli soruşturmacı görevlendirme tedbirinin “istisnanın istisnası olması ilkesini” benimsemiştir. Buna göre gizli soruşturmacı görevlendirme ikincil bir tedbir olması nedeniyle ancak başka surette delil elde edilememesi halinde gündeme gelecektir. Gizli soruşturmacı sadece kanunda liste halinde sayılmış olan ve iletişimin denetlenmesindeki listeden çok daha dar kapsamda bulunan suçlarda araştırma yapabilir (CMK 139/7).

2016 değişikliğinde ilk göze çarpan nokta, örgütlü olmayan uyuşturucu ticaretinin de kapsama dahil edilmesidir. Yargıtay kararlarında görevlendirmenin örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla sınırlı olup olmadığı tartışmalı olduğu için 2016-6763 sayılı Kanun ile maddeye ekleme yapıldı.

Listedeki suçlar şöyle sayılmıştır: a) Türk Ceza Kanununda yer alan; Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m. 188), Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, m. 220), Silahlı örgüt (m. 314) veya bu örgütlere silah sağlama (m. 315), Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (m. 12) suçları, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlar (CMK 139/7).

Bu listede suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, TCK 220) suçu muhafaza edilmiştir. Oysa iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinin suç listesinden bu suç 2014-6526 sayılı Kanun ile çıkartılmıştı. Biz o zaman, diğer tedbirlerden suç işlemek amacı ile örgüt kurma suçunun çıkartılıp, gizli soruşturmacı görevlendirme suçunun listesinde muhafaza edilmesinin sebebini, bu tedbirin niteliğinden kaynaklandığını, gizli soruşturmacı görevlendirme tedbiri sadece suç örgütleri için uygulanabilen bir tedbir olduğu için TCK 220 buradan da çıkartılmış olsa idi, CMK 139. maddenin içi boşalmış olacaktı, diye düşünmüştük. 2016-6763 sayılı Kanun ile 2014 yılında yürürlükten kaldırılan CMK 135/8-a,9 yeniden düzenlendi ve “suç işlemek amacıyla örgüt kurma (m. 220/3)” ibaresi maddeye tekrar eklendi.

7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis Şans Oyunlarının Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 5. maddesine (önce 694 sayılı KHK) 2018-7078 sayılı Kanunla eklenen fıkra ile; bu Kanunun 5/1.

110a maddesinde düzenlenmiş olan müessese, kendisi bizzat resmen polis statüsünde olan memurun yaptığı gizli araştırmadır. Ancak burada da iki tür gizli polis vardır. Sivil giyimli ve sürekli olmayan bir biçimde gizli araştırmalar yapan polis, ayrı bir statüdedir. Suç öncesi gizli araştırmalar. Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 110a maddesinde düzenlenmiş olan gizli polis görevlendirme ile ilgili hükümler, suç olayı gerçekleşikten (reaktif) veya suç olayı örgütler tarafından oluşturulmakta iken (proaktif) gizli araştırmalarda kullanılan memurun görev ve yetkilerini düzenlemektedir. Buna karşılık, suç olayı hiç ortaya çıkmadan, ileride ortaya çıkacak suçların işlenmesini önlemek amacıyla gizlice bilgi toplamak da (istihbarat) mümkündür. Suç öncesi gizlice bilgi toplama, tamamen başka kurallara bağlı olarak düzenlenmiş olan bir alandır.

²⁹⁶⁶ Özer Özbek s. 415

fikrasının a, b, c ve ç bentlerinde düzenlenen suçlar ile TCK'nın 228/3-4. fıkralarında düzenlenen suç bakımından örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın 139. maddede yer alan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine ilişkin hükümler uygulanabilir.

a) Örgütlü suçlar.

Ceza Muhakemesi Kanunu gizli soruşturmacı görevlendirme tedbirinin “istisnanın istisnası olması ilkesini” benimsemiştir. Buna göre, gizli soruşturmacı görevlendirme ikincil bir tedbir olması nedeniyle, ancak başka surette delil elde edilememesi halinde gündeme gelecektir (CMK 139/1).

Bunun yanı sıra gizli soruşturmacı, sadece kanunda liste halinde sayılmış olan ve iletişimin denetlenmesindeki listeden çok daha dar kapsamda bulunan şu suçlarda araştırma yapabilir:

Uyuşturucu ve uyarıcı imal ve ticareti (TCK 188), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK 220, iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç), silahlı örgüt (TCK 314) veya bu örgütlere silah sağlama (TCK 315), Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkındaki Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı suçları (TCK 12) ve Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74'üncü maddelerinde tanımlanan suçlar (CMK 139/7).

b) İstisnalar.

Gizli soruşturmacı (CMK 139) örgüt suçlarında başka surette delil elde edilememesi halinde, örgüt mensubu gibi hareket ederek, delil toplayan bir kamu görevlisidir. CMK 139/4'teki düzenlemeden gizli soruşturmacının ancak örgütlü suçlarda veya örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda mümkün olduğunu anlıyoruz. Zira gizli soruşturmacının görevleri “faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamak” olarak belirtilmiştir. Ancak 2016-6763 sayılı Kanunun 27. maddesi ile CMK 139/7-a, 1 hükmünde yapılan değişiklikle, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarında (TCK 188) “örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın” gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kabul edildi.

6. Gizli soruşturmacının yetkileri.

a) Delil toplama görevi.

Soruşturmacı faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlü ise de (CMK 139/4), görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu da tutulamaz (CMK 139/5).

b) Kendiliğinden arama veya bir başka koruma tedbiri uygulama yasağı.

Gizli soruşturmacı hâkimden karar alınarak yapılması gereken diğer koruma tedbirlerini kendiliğinden uygulayamaz. Örneğin arama yapamaz veya teknik araçlarla izleme yapamaz. Kanun koyucu bu hususa açıklık getirmek amacı ile 2023 yılında CMK 139 maddenin 4. fıkrasına 7445 sayılı Kanunla bir cümle eklemiştir. Buna göre, gizli soruşturmacı sadece uyuşturucu madde imal ve ticaretini düzenleyen TCK 188 kapsamındaki suçlarda ve hâkim kararı ile kamuya açık yerlerde ve işyerlerinde delil toplamak amacıyla ses veya görüntü kaydı yapabilir. Alman hukukunda da gizli görevlinin değiştirilmiş kimliğini kullanarak bir eve girebilmesi için, hak sahibinin rızasını alması gerekir (StPO § 110c). Gizli görevlinin herkesin giremeyeceği bir eve girmesi gerekiyorsa hâkimden arama kararı alınması gerekir.

7445 sayılı Kanun ile gizli soruşturmacının örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCMK m.188) suçu ile ilgili olarak kamuya açık yerlerde ve işyerlerinde delil toplamak amacıyla ses veya görüntü kaydı yapması mümkün hale getirilmiştir (CMK m.139/4 ek cümle). Gizli soruşturmacının ses veya görüntü kaydı yapması ancak hâkim kararı ile mümkündür. CMK m.139/4'e eklenen bu hükmün ortaya koyduğu diğer bir sonuç ise gizli soruşturmacının başka tedbir/tedbirlere başvurup başvuramayacağı konusuna da dolaylı olarak açıklık getirmiş olmasıdır. Hüküm sadece görüntü veya ses kaydı ile sınırlı olduğuna ve bu şekilde ayrı bir düzenleme getirildiğine göre demek ki gizli soruşturmacının diğer koruma tedbirlerine

başvurabilmesi mümkün değildir.²⁹⁶⁷ Yine Centel/Zafer'e göre, "gizli soruşturmacının telefon dinlemesi, teknik araçlarla izleme yapması için, görevlendirme kararında bu koruma tedbirlerini uygulamak konusunda ayrıca yetkilendirilmiş olması gerekir. Zira bu tedbirlerin koruduğu menfaatler gizli soruşturmacı görevlendirme tedbirinden farklıdır."²⁹⁶⁸

c) *Gizli soruşturmacının suç işlememesi kuralı.*

Soruşturmacı görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu da tutulamaz (CMK 139/5). **Görevine başlamadan önce gizli soruşturmacıya, örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulmayacağı; ancak, görevini yerine getirirken suç işleyemeyeceği ile diğer hak ve yükümlülükleri anlatılır ve bu hususta EK-4 sayılı Gizli Soruşturmacı Bilgilendirme Tutanağı düzenlenerek dosyasında saklanır (mülga Yön. m.27/2).**²⁹⁶⁹ Veli Özer Özbek, görevin gerektirdiği suç kavramına ilişkin çözümü maddi ceza hukuku yerine CMK içinde aramanın yerinde olacağı görüşündedir. Bu konuda maslahata uygunluk ilkesinden yararlanılarak savcıya gizli soruşturmacının görevinin gerektirdiği bir suç işlemesi durumunda kamu davası açmayabilmeye yetkisi verilmelidir.²⁹⁷⁰

7. *Delil yasağı yok; kişisel bilgiler yok edilecek!!!*

Gizli soruşturmacı CMK 139/7 de sayılan suçlar dışındaki suçların delilini elde ederse, bunlar muhakemede delil olarak kullanılabilir. Buna karşılık teknik araçlarla izlemede soruşturmaya bağlı delil ilkesi geçerlidir!!!!.

8. *Tesadüfi delil*

CMK sadece iletişimin denetlenmesinden elde edilen tesadüfi deliller konusundaki hüküm sevk etmiş, gizli soruşturmacı veya teknik araçlarla izleme (CMK 140) konusunda tesadüfi delilin kullanılması ile ilgili izin veren bir kural koymamıştır.

Gizli soruşturmacının araştırma yaparken elde ettiği tesadüfi delillerin nasıl değerlendirileceği ve hukuka uygun olup olmadığı konusunda açık kanuni bir düzenleme, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ne 139. Maddesinde ne de 132. Maddesine İlişkin Yönetmeliğin 30.maddesinin ikinci fıkrasındaki gibi bir uygulamanın yapılacağı düzenlenmiş olması, yani Yönetmelik hükmüne dayandırılmış olsa bile, tesadüfi delillerle ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanunu 138. Maddesinin ikinci fıkrasındaki uygulama gibi bir uygulamanın (yani kıyas) yapılacağı kabul edilmesi, hem Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 138. Maddesine hem de Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır.²⁹⁷¹

Öğretide gizli soruşturmacı kurumu bakımında da tesadüfi delillere ilişkin özel kanuni bir düzenleme getirilmesi gerektiği belirtilmektedir.²⁹⁷² 6526 sayılı Kanun ile 139. Maddenin 6. Fıkrasına "suçla bağlantılı olmayan bilgiler derhal yok edilir" hükmü konmuştur. Ünver/Hakeri'ye göre bu hüküm isabetli olmakla birlikte, neden sadece bu tedbir bakımından konulduğu anlaşılamamaktadır. Ayrıca bu bilgilerin yok edilmesinde, suç delillerinin de yok edilmesini önleyecek mekanizmalarının kurulmamış olması da uygulamada şaibelere yol açabilecektir. Bunların yok edilmemesi halinde TCK 138'deki suç oluşturur.²⁹⁷³

CGK 19.02.2013, E. 2011/5.MD-137, K. 2013/58 Tesadüfi delil

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin amacı ve CMK'nın 139/4. maddesindeki; "*Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür*" şeklindeki düzenleme

²⁹⁶⁷ Özer Özbek s.431

²⁹⁶⁸ Centel/Zafer, 2023 s. 515.

²⁹⁶⁹ Özer Özbek s.419

²⁹⁷⁰ Özer Özbek s.421

²⁹⁷¹ Ünver/Hakeri s.1281

²⁹⁷² Yenedünya/İçer s.510 (aktaran: Ünver/Hakeri s.1280)

²⁹⁷³ Ünver/Hakeri s.1281

birlikte değerlendirildiğinde; gizli soruşturmacının faaliyetini izlemekle görevlendirildiği suç örgütüne ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve delilleri toplamakla yükümlü olduğuna göre, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili gizli soruşturmacı tarafından elde edilen delillerin hukuka uygun elde edildiğinin ve yasal delil olarak kabul edilmesi gerektiğinin kabulü gerekir. Buna karşın, gizli soruşturmacının örgütün faaliyetine ilişkin olmayan yani örgüt üyelerinin kişisel nitelikteki suçlarına ilişkin elde ettiği deliller ise tek başına yasal delil olarak kullanılamayacaktır. Ancak C. Savcılığının bunları delil başlangıcı ya da ihbar kabul ederek soruşturmaya başlamasına da bir engel bulunmamaktadır. (Necati Meran, Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s. 393-396, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013)

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu ele alındığında; İzmir Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilen ihbar mektubunda, bir kısım avukatların örgütlü olarak F Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumlarında bulunan tutuklu kişilerle temas kurup tahliye ettirmek için yüklü miktarda para talep ettikleri ve aksi taktirde tahliye olmalarının mümkün olmadığını söyleyerek baskı kurduklarının belirtilmesi üzerine başlatılan soruşturma sırasında, suç örgütü kurmak ve tefecilik suçundan İzmir F Tipi Kapalı Cezaevinde tutuklu bulunan müşteki VOÇ'in 27.03.2008 tarihinde Cumhuriyet savcısı tarafından alınan ifadesinde; para karşılığı tahliye edilmesi konusunda kendisine birçok avukatın gelip teklifte bulunduğu yönündeki iddiası nedeniyle soruşturmanın incelemeye konu olaya yöneldiği ve İzmir Nöbetçi Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliğinin 30.06.2008 gün ve 703 sayılı kararıyla ve CMK'nın 139. maddesi uyarınca "suç örgütünün faaliyetlerinin ortaya çıkartılabilmesi amacıyla" GS 211 kod numaralı görevlinin "Avukat Kaya Korkmaz" ismiyle gizli soruşturmacı olarak görevlendirildiği, gizli soruşturmacının da bu suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde incelemeye konu suça ilişkin delillerin elde edilmesini sağladığı, suç örgütüne ilişkin içlerinde incelemeye konu bu dosyada 40 sanık hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve yönetme, örgüte üye olmak, yargı görevi yapma etkileme, irtikâba teşebbüs, avukatlık görevini kötüye kullanma, rüşvet, nitelikli dolandırıcılık suçlarından kamu davası açıldığı ve bu davanın halen İzmir 11. Ağır Ceza Mahkemesinde 2009/65 esas numarası ile derdest olduğu göz önüne alındığında, mahkeme kararı uyarınca görevlendirilen gizli soruşturmacının örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen rüşvet suçuna ilişkin elde ettiği delillerin yasal delil olarak değerlendirilmesi yerindedir.

9. Aktif hareket şüpheliden gelmeli.

Gizli soruşturmacının işlenen suçu ortaya çıkarmak için şüpheli ile temas kurarak, suçüstü yapılmasını sağlaması, AİHM tarafından AİHS'nin ihlali olarak değerlendirilmemiştir.²⁹⁷⁴ Buna karşılık, gizli soruşturmacılar görevlerinin sınırını aşar ve ilgili kimseleri suça azmettirir veya teşvik ederlerse burada gizli soruşturmacı kurumunun uygulanmasının hukuka uygun bir koruma tedbiri uygulaması olduğu söylenemeyecektir.²⁹⁷⁵ Suçlarla mücadeledeki kamusal yararlar, devlet organlarının haksız ajan provatörlüğünden kaynaklanan ispat araçlarını hukuka uygun hale getirmez.²⁹⁷⁶ AİHM, gizli soruşturmacının teşvikiyle suç işleyen kimsenin mahkum edilmesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.²⁹⁷⁷

Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi hiçbir zaman kışkırtıcı ajan gibi hareket etmemeli, önceden failde bulunmayan suç işleme kastı oluşturularak, fail suç işlemeye azmettirilmemelidir.²⁹⁷⁸ AİHM de kararlarında kolluk görevlilerinin müdahalesi olmadan söz konusu suçun işlenebileceğini gösterir somut bir olgu mevcut olmadığı halde gizli soruşturmacının aktif olarak bir suçun işlenmesine etkili olması halinde yargılamanın adil olmadığına ve 6. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁹⁷⁹ Burak Hun/Türkiye kararında failin suç işleme potansiyeline sahip bir kişi olması ihtimalinde bile somut

²⁹⁷⁴ Ünver/Hakeri s.1279, Lüdi/İsviçre 12433/86, 15.6.1992

²⁹⁷⁵ Teixeira de Castro/Portekiz, 25829/94, 9.6.1998

²⁹⁷⁶ AİHM,5.Daire, 23.10.2014-No.54648/09(Furcht v. Deutschland)

²⁹⁷⁷ Akbay and others vs. GermAY 15.10.2020

²⁹⁷⁸ 18. CD, T. 10.01.2019, E. 2016/17207, K. 2019/1034.

²⁹⁷⁹ Bkz. Burak Hun/Türkiye, Başvuru No: 17570/04, 15.12.2009; Sepil/Türkiye, Başvuru No: 17711/07, 12.11.2013.

olayda, kolluk görevlisinin müdahalesinden önce failin suç işleme hazırlığında olduğunun başka delillerle desteklenmesinin kanıtlanması gerektiği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi Muhsin Hükümdar başvurusunda, polis memurunun kabahatin işlenmesi sürecinde yalnızca edilgen bir biçimde kabahat teşkil eden eylemi incelemekle sınırlı kalmadığını ve bunun aksine kabahatin işlenmesinde aktif olarak rol aldığı görüldüğünü, alkollü içki dışındaki ürünlerin de satışının yapıldığı söz konusu işyerinde gerçekleşen olayda başvuruçunun polis müdahalesi yapılmadan önce işyerindeki alkollü içkileri yasak olarak belirlenen saatlerde sattığı yönünde bir şüphenin var olduğunun somut bir biçimde gösterilemediğini, dolayısıyla ortada söz konusu kabahatin daha önce işlenmiş olduğu yönünde bir şüphe olmadığı halde kamu görevlileri aracılığıyla bu kabahatin işlenmesine sebebiyet verildiğinin anlaşıldığını; bu durumda suçların soruşturulması ve kabahatlerin ortaya çıkarılması görevinin kamu yararı bakımından önemi ve güçlükleri kabul edilmekle birlikte hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlandığında somut olayın koşulları altında başvuruçunun Anayasa'nın 36. maddesinin gerektirdiği hakkaniyete uygun yargılamadan yoksun bırakıldığı sonucuna varıldığını²⁹⁸⁰ belirtmiştir.

18 CD 3.5.2017, E. 2015-23739, K. 2017/4993 aktif hareket

Somut olayda polis memuru sokakta gezen dekolte giyimli kadınla anlaşarak otele gitmiş, otel resepsiyonu tarafından ayarlanan odaya çıkmış ve kadına fuhuş için ücretini ödedikten sonra kimliğini göstererek numaraları önceden belirlenen parayı geri almış ve otel görevlileri hakkında işlem yapmıştır. Kolluğun gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmeksizin fuhuş suçunda kendiliğinden gizli soruşturma yapması durumunda, Yargıtay fuhuş suçunun kolluk görevlisinin müdahalesi olmadan işlenmiş olup olmadığına göre karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir.

CGK 12.5.2015, E. 2014/10-454, K. 2015-156 Aktif hareket

Kolluk görevlisinin faili suça teşvik etmeden veya azmettirmeden topladığı deliller hukuka uygundur. Genel Kurul bu kapsamda olarak şu kriterleri ortaya koymuştur: Gizli soruşturmacı tarafından hukuka uygun bir şekilde delil araştırılabilmesi için Yargıtay ve AHİM kararları doğrultusunda aşağıdaki koşulların varlığı aranmaktadır: a) Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi failde önceden bulunmayan suç işleme kastını oluşturamamalı, onu suç işlemeye azmettirmemelidir. AHİM'in Teixeira de Castro – Portekiz kararında şöyle denilmektedir: “Örgütlü suçların yoğunlaştığı ortamda devletin tedbir alması gerekirse de adil yargılanma hakkından vazgeçilemez. Somut olayda polis memurlarının müdahalesi olmadan suçun işlenmiş olacağına dair delil ileri sürülmediği için polis memurlarının gizli soruşturmacı görevinin ötesine geçerek faili suça azmettirdikleri görüldüğünden adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. b) Bu konuda ikinci kriter, sadece gizli soruşturmacının hazırladığı tutanaklara dayanılarak hüküm kurulmamasıdır. AHİM Burak Hun – Türkiye kararında şöyle demektedir: “Sanık suç işleme potansiyeline sahip bir kişi olsa bile somut olayda görevlilerin müdahalesinden önce failin suç hazırlığı yapmış bulunduğu başka delillerle ortaya konulması, yani failin polisin müdahalesi olmadan suçu işleyeceği konusunun başka delillerle kanıtlanmış olması gerekir.” c) Gizli soruşturmacının yaptığı gizli soruşturmanın hukuka uygun delil üretebilmesi için gizli soruşturma yapan kolluk görevlisinin Cumhuriyet Savcısı tarafından CMK 160 ve 161. maddeler uyarınca hangi soruşturma işlemini yapacağı konusunda veya acele hallerde sözde emir verilmiş olması gerekir. Cumhuriyet savcısının böyle yazılı veya sözlü emri olmadan CMK 161/2 hükümlerine aykırı olarak kolluk görevlisinin kendi kimliğini gizleyerek işlem yapması hukuka aykırı olup bu yöntemle elde edeceği delil de hukuka aykırı olur ve son sözün sanığa verilmesine ilişkin CMK 216/3 hükmü ihlal edilmiş olur. Kolluk görevlisinin kendi kimliğini gizleyerek adli bir işlem yapması olağan bir işlem olmayıp, ikincil bir tedbirdir. Bu tedbirin somut olayda gerekli veya orantılı olup olmadığı Cumhuriyet

²⁹⁸⁰ AY Mah. Genel Kurul Kararı Muhsin Hükümdar Başvurusu (2), Başvuru No: 2016/69274, T. 05.03.2020 (RG. 24.07.2020/31195). Yargıtay CGK da gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin elde ettiği delillerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için, gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin hiç bir zaman kışkırtıcı ajan gibi hareket etmemesi ve önceden failde bulunmayan suç işleme kastı oluşturularak, fail suç işlemeye azmettirilmemesi gerektiğini ve de kolluk görevlisinin tutanağı delil olarak kabul edildiğinde, diğer delillerle birlikte tutanağa da dayanılıyorsa mutlaka tutanak düzenleyiciler dinlenilmesi, sanığa, tutanak ve düzenleyicilerin anlatımlarına karşı savunma yapma imkanı verilmesi gerektiğini kabul etmektedir (Yargıtay 18. CD, 10.01.2019, E.2016/17207, K.2019/1034). Benzer şekilde gizli soruşturmacının sınırlarını aştığı, kışkırtıcı ajan gibi hareket ederek faili suça teşvik ettiği hallerde elde edilen delil hukuka aykırıdır (10. CD, 13.03.2023, E. 2021/15492, K. 2023/2074).

savcısı tarafından denetlenmiş olmalıdır. AHİM Burak Hun – Türkiye kararında bu konuda şöyle demektedir: “Sözleşmenin sınırları belirlendiğinde ve güvence altına alındığında gizli görevli kullanılarak yapılan müdahaleye tolerans gösterilebilir. AHİM İsviçre – Lüdi kararında da İsviçre makamlarının Alman polis makamları tarafından haberdar edilmesi ve olayın soruşturma hakiminin bilgisi dahilinde yürütülmesi sebebiyle sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Gizli görevli açısından diğer bir koşul soruşturma yapan gizli soruşturmacının bir tutanak düzenlemesi ve söz konusu tutanakta imzası bulunan görevlinin aleni duruşmada dinlenmesi ve sanığın bu kişiye soru sordurabilmesine olanak sağlanmasıdır. Eğer gizli soruşturmacıya operasyon niteliği ve kullanılan usulleri netleştirme açısından sanığa soru sordurma hakkı verilirse 6. madde ihlali yoktur (AHİM Calabro - İtalya kararı, 11 Mart 2002).

8. CD 21.5.2013, E. 2013/5397, K. 2013/15729 Aktif hareket

Silah ticareti suçundan mahkûm edilen sanık ‘Bursa’da parkta otururken sonradan jandarma olduğunu öğrendiği bir kişinin yanına geldiğini, Çeçen olduğunu, Ruslara karşı mücadele ettiği için silah lazım olduğunu söylediğini, yardımcı olmasını istediğini, kendisine inanıp Viranşehir’e getirip misafir ettiğini, ulusal davaya yardım için silah temin ettiğini ve bundan ordunun bilgisi olduğunu’ savunma olarak ileri sürmüştür. Bir soruşturmada suçun ortaya çıkarılmasını sağlamak için görevlilerin faaliyette bulunmaları mümkünse de devletin görevi suç işlenmesini önlemek olup, organları vasıtasıyla kişilere suç işletmesi veya suç işleme eylemini kuvvetlendirmesi düşünülemez. Bir kimseyi suça kışkırtma hukuka aykırıdır. Hileli davranışlarla aldatarak kişinin suç işlenmesini sağlanması devlete olan güveni zayıflatacağı gibi temel hakları da ihlal eder. TCK 1 suç işlenmesini önleme görevini vurgular. Suç işlenmesini önlemek amacıyla başkalarına suç işletilmesi bu amaçla bağlaşmaz. Nitekim Ceza Genel Kurulu 21.12.1987 gün ve 446/620, 4.6.1990 gün 134/161 sayılı kararlarıyla bu yönde karar verdiği gibi AİHM de benzer içtihadta bulunmuştur (Teixeira de Castro- Portekiz, Calabro-İtalya, Vanyan- Rusya, Vlascos-Yunanistan, Ramanauskas- Litvanya ve 15.12.2009 tarihli Burak Hun-Türkiye kararlarında devlet ajanının pasif bir şekilde kalmayarak telefonla aramak ve madde temin etmesini talep etmek gibi davranışların suça azmettirme niteliği taşıdığına karar vermiştir. Bu nedenle somut olayda sanık İsa’nın savunmasında belirttiği jandarma görevlilerinin duruşmada tanık olarak dinlenmesi ve ilk görüşmenin nasıl sağlandığı ve devamındaki olayların gelişimi ayrıntılı biçimde saptandıktan sonra delil durumuna göre karar verilmesi gerektiği görüşüyle hüküm bozulmuştur.

CGK 19.02.2013, E. 2011/5.MD-137, K. 2013/58 Aktif hareket

Gizli soruşturmacının üstleneceği görevin kapsamı öğretilerde her zaman tartışma konusu olmuş, bu konuda çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür (Prof. Dr. Faruk Erem, Kışkırtıcı Ajan, AÜHF Dergisi, 1975; Necati Meran, İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Takip, s.359-393, Adalet Yayınevi, Ankara 2013; Yener Ünver-Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası, C.1, s.604-610, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013; Ersan Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbiri,s.217-268, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011). Gizli soruşturmacının işlenen veya işlenmek üzere olan suçu ortaya çıkartmak için şüphelilerle temas kurarak suçüstü yakalanmalarını sağlaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun bulunmuştur. (AİHM’nin Ludi/İsviçre, 15.06.1996 gün ve 12433/1986 sayılı kararı) Buna karşılık gizli soruşturmacının suç işlemeye niyeti olmayan kişileri suç işlemeye teşvik ve azmettirmesi ise AİHS’nin ihlaliolarak kabul edilmiştir. (AİHM’nin Teixeira de Castro/Portekiz, 09.06.1998 gün ve 25829/94 sayılı kararı). Diğer taraftan gizli soruşturmacının görevi sırasında elde ettiği ancak CMK’nın 139/7. maddesinde sayılmayan yani katalogda yer almayan suçlara ilişkin delillerin yasal delil olarak kabul edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi de önem arz etmektedir.

III. Gizli soruşturmacı tedbiri ile ilgili hukuki sonuçlar

1. Kamuna aykırı delil oluşması.

Gizli soruşturmacı CMK 139/7 de sayılan suçlar dışındaki suçların delilini elde ederse, bunlar muhakemede delil olarak kullanılamaz. Zira, CMK sadece iletişimin denetlenmesinden elde edilen *tesadüfi deliller* konusunda hüküm sevk etmiş, gizli soruşturmacı veya teknik araçlarla izleme (CMK 140) konusunda tesadüfi delilin kullanılması ile ilgili izin veren bir kural koymamıştır. Bu nedenle, CMK 138/2’yi kıyas yolu ile uygulamak mümkün değildir. Böylece tesadüfen elde edilen delil

görevlendirilme kapsamı dışında olup CMK 139/7'deki suçlardan biri olsa bile duruşmada hukuka uygun bir delil olarak ikame edilemez. Bu mantığın doğal bir sonucu olarak, soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen *kişisel bilgilerin*, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılması da yasaklanmıştır (CMK 139/6).²⁹⁸¹

2. Zincirleme suç oluşmaması.

9 CD 11.6.2015, E. ,2015-830 K. 2015/5822: TCK 43 oluşmaz

Kolluğun kimliğini gizleyerek uyuşturucu satın alması delil elde etmek içindir; ilk alımdan sonraki alımlar gerçek anlamda bir alım-satım ilişkisi oluşturmadığı için, TCK 43 kapsamında ayrı suç oluşturmaz. Cumhuriyet savcısının genel araştırma yetkisi kapsamında delil araştırmak amacıyla kimliğini gizleyerek araştırma yapan kolluk görevlisinin elde ettiği delil hukuka uygun delildir.

3. Etkin pişmanlıktan yararlanma.

10. CD 29.1.2007, E. 2007/13047, K.2007-547

Sanık E.Ç. suça konu uyuşturucu maddeleri alıcı rolündeki gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen jandarma görevlilerine satarken yakalanmasından sonra, uyuşturucu maddeyi sanık S.'den aldığını belirtip bu sanıktan bir miktar daha uyuşturucu madde istediği ve bu sanığın da istenen uyuşturucu maddeyi getirmesi üzerine yakalandığı, sanık S.'nin de açık bırakılan telefonundan arayan C.A.'dan uyuşturucu madde getirmesini istediği, sanık C. ve M.'nin uyuşturucu maddeyi getirdiklerinde yakalandıklarının anlaşılması karşısında; Sanıklar E. ve S. hakkında, TCK'nın 192/3. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir.

IV. Gizli Soruşturmacının Topladığı Delillerin Duruşmada İkame Edilmesi.

Görevi delil toplamak olan gizli soruşturmacı suç örgütünün işlediği suçların tanığı olur fakat kendisi suç işleyemez. Tanığı olduğu olayların duruşmaya doğrudan aktarılması, yani tanık olarak dinlenmesi gerekir. Bu durum kimliğinin öğrenilmesine neden olduğu için tanık koruma hükümlerinin uygulanması ve tek ve ağırlıklı delil olarak kullanılmaması gerekir.

2018-7078 sayılı Kanununun 137. maddesi (önce 694 sayılı KHK'nin 142. maddesi ile eklendi) ile CMK'nın 139/3. fıkrasına ek cümle getirilerek gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenmesinin zorunlu olması halinde, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar olmadan veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinleneceği, bu durumda TKK'nın 9. maddesi hükmünün kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir.

Gizli soruşturmacının duruşma sırasında tanıklık yapıp yapmayacağı, yapması gerektiği takdirde de kimliğinin gizli tutulmasının gerekip gerekmediği konusunda tartışma vardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gizli tanığa yani duruşmaya çıkarılmayan bir kişiye dayanarak hüküm verilmesini, sanığın doğrudan soru sorma hakkını ihlal ettiği için, kabul etmemektedir. Ancak destekleyici başka deliller varsa ve tek delil gizli soruşturmacının duruşma dışında verdiği beyandan ibaret değil ise istisnai durumlarda kimliğin duruşmada gizli tutulması kabul edilmektedir.

Gizli ajan olarak çalışan polisin, suç muhitindeki kişilerle konuşması “ifade alma” sayılırsa, hakların öğretilmemesi ve hile yapılmış olması dolayısı ile hukuka aykırı delil ortaya çıkabilir. Ancak gizli ajanın insanlarla yaptığı konuşmalar, StPO 136a anlamında “ifade alma” değil, bunun dışında kalan “delil elde etme yöntemi” olarak kabul edilmektedir. Bu tür şüphe sebebi elde etme metodlarında ise 136a'daki yasaklar geçerli değildir.

Gizli araştırmaların yapılması bireylerin güvenliği için hayati önem taşımaktadır; “özgürlük veya güvenlik” sağlanması için değil “özgürlük ve güvenliğin birlikte gerçekleştirilmesi için elverişli bir sistem” oluşturulmalıdır.

²⁹⁸¹ Gizli görevli kullanılması tedbiri, sadece bu kanunda öngörülen suçların araştırılması ve soruşturulması için, kabul edilmiştir (ÇASÖMK 5/1). Gizli görevi en son çare olarak uygulanabilir. Diğer tedbirlerin sonuç alınması bakımından yeterli olmadığının anlaşılmasından sonra gizli görevli kullanılabilir (ÇASÖMK 5/1). Gizli görevli kullanılması, hâkim kararı ile, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının emri ile mümkündür (ÇASÖMK 8).

Gizli soruşturmacı fiziki delil de elde edebilir, örneğin suçta kullanılan silah vs. gibi delilleri de toplayabilir. Ancak hakim kararı ile uygulanabilen koruma tedbirlerini kendiliğinden yapamayacağı için bu delillerin usulüne uygun bir şekilde elde edilmiş olmadığı hallerde delil yasağı doğacaktır. Bu bakımdan gizli soruşturmacı CMK 140 uyarınca ayrı bir karar olmadığı sürece teknik takip yapamaz.²⁹⁸²

1. Gizli soruşturmacının duruşmada dinlenmesi

Gizli soruşturmacının duruşma sırasında tanıklık yapıp yapmayacağı, yapması gerektiği takdirde de kimliğinin gizli tutulmasının gerekip gerekmediği konusunda tartışma vardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gizli tanığa, yani duruşmaya çıkarılmayan bir kişiye dayanarak hüküm verilmesini, sanığın doğrudan doğruya soru sorma hakkını ihlal ettiği için, kabul etmemektedir. Ancak, destekleyici başka deliller varsa ve tek delil gizli soruşturmacının duruşma dışında verdiği beyandan ibaret değil ise, istisnai durumlarda kimliğin duruşmada gizli tutulması kabul edilmektedir.

Gizli Soruşturmacının Tanık Olarak Dinlenebilip Dinlenemeyeceği Sorunu

Konuyla ilgili mevzuatımızda doğrudan ve açık bir şekilde düzenleme yokken 694 sayılı KHK ile CMK m.139'a eklenen fıkra gereğince "soruşturmacı kovuşturma evresinde tanık olarak dinlenmesinin zorunlu olması halinde, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenir. Tanık Koruma Kanunu m.9 kıyasen uygulanır." şeklinde açık bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemenin sadece kovuşturma evresinde tanıklığa ilişkin olduğu unutulmamalıdır.²⁹⁸³ Fakat Ünver/Hakeri'ye göre aynı uygulamaya soruşturma sırasında da istisnaen de olsa ihtiyaç olabilir. Bu nedenle, benzeri bir düzenlemenin soruşturma için de düzenlenmesinde yarar vardır. Halen mevcut düzenlemede soruşturma kısmı eksik bırakıldığından, kabulü mümkün olmayan ve tanıklıkla ilgili düzenlemelerle çelişen yaklaşım soruşturmada gizli soruşturmacının dinlenemeyeceği olabilirse de, kanımızca tanıklıkla ilgili hükümler soruşturmada da gizli soruşturmacının dinlenebileceği, dinlenmesine ihtiyaç duyulabileceği ve dinlenmesinin de hukuka uygun olacağıdır. Bu evreye özgü bir düzenleme yapılmalı ya da kovuşturmadaki bu evrede de uygulanacağı açıkça düzenlenmelidir.²⁹⁸⁴

Delil serbestliği ilkesinin bir sonucu olarak ceza muhakemesinde her şeyin delil olabileceği ve bu anlamda gizli soruşturmacının da içine sızdığı örgüt ile ilgili gördüğü ve duyduğunu anlatabilmesi anlamında tanık olarak dinlenebileceği söylenebilir ise de tanık bakımından en önemli özelliğın tarafsızlık olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Nitekim bu sağlanmak için tanık kural olarak yemin ettirilir. Durum bu çerçevede ele alındığında soruşturmanın adeta tarafı niteliğinde olan gizli soruşturmacının tarafsız bir tanık olabilmesi mümkün değildir. Ancak gizli soruşturmacının yemin verilmeden dinlenen tanık sıfatıyla dinlenebilmesinin ve bu çerçevede beyanın tek başına mahkûmiyet için yeterli olmayacağı söylenmelidir. Kaldı ki, gizli soruşturmacı "gizli tanık" olarak dinleneceği için zaten gizli soruşturmacı olmasa da beyanın sırf gizli tanık olması nedeniyle tek başına mahkûmiyet hükmüne esas olamayacağı vurgulanmalıdır.

Şahin'e göre, gizli soruşturmacının elde ettiği delillerin muhakemede kullanılabilmesi için soruşturmacının mutlaka aleni muhakemede dinlenmesine gerek yoktur. Bu durumda dolaylı tanıklıktan yararlanılabilir. Dayanak olarak da CMK m.211/1/b'ye dayanılabilecektir. Aksi takdirde kimliği ortaya çıktığı için hem aynı örgüt ile ilgili olarak bir daha gizli soruşturmacıdan yararlanılması mümkün olmayacak hem de gizli soruşturmacının ailesi ve kendisiyle ilgili hayati tehlike ortaya çıkabilecektir.²⁹⁸⁵

Yargıtay, gizli görevlinin usulüne uygun olarak dinlenmiş olması durumunda beyanın hükme esas alınabileceğini kabul etmektedir:

²⁹⁸² 10. CD, 28.03.2023, E. 2021/15304, K. 2023/2705: Sanık hakkında CMK'nın 140. maddesi uyarınca teknik araçlarla izlemeye ilişkin bir kararın dosya arasında bulunmadığı anlaşıldığından; bu yöntemle elde edilen bilgilerin delil olarak değerlendirilemeyeceğinden, suçun sübutunun tespiti için sanıktan uyuşturucu madde alma, temin etme eylemini gerçekleştiren gizli soruşturmacıların CMK'nın 139/3. fıkrası da gözetilerek tanık olarak dinlenilip, hükme esas alınan olaylara ilişkin olarak ayrı ayrı detaylı bir biçimde beyanlarının alınması, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekir.

²⁹⁸³ İbid.

²⁹⁸⁴ Ünver/Hakeri s.1272

²⁹⁸⁵ Şahin, Ceza Muhakemesi-I (2014), s.364 (aktaran:Hakan Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2023 s.294)

“...12.09.2015 ve 14.09.2015 tarihlerinde gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen kamu görevlilerine uyuşturucu madde sattığı iddia edilen sanık hakkındaki suçlamaya ilişkin mahkumiyete dayanak oluşturan tek ve esaslı delilin gizli soruşturma yapan kolluk görevlisince gerçekleştirilen faaliyet (uyuşturucu madde satın alınması) sonucu düzenlenen rapor ve bu rapora istinaden gizli soruşturma yapan kolluk görevlisi ile sorumlu kolluk görevlisinin beyanları olduğu, 5271 sayılı CMK'nın 58. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtildiği şekilde, adli kolluk görevlisi olan tanıkların kimliklerinin ortaya çıkmasının, kendilerine veya yakınları açısından ağır bir tehlike teşkil edeceğine ve bu tehlikenin başka türlü önlenemeyeceğine ya da maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacağına ilişkin, genel bir korkunun ötesinde doğrudan doğruya sanıktan kaynaklanan, tanıklara yönelmiş tehdit, baskı, cana ve mala zarar verilebileceğine dair somut bir korkunun varlığını gösteren herhangi bir tespitin bulunmaması karşısında, tanıkların açık kimlik bilgilerinin tespiti suretiyle mahkeme huzurunda dinlenmelerinin, yürütülmekte olan veya ileride yürütülebilecek soruşturmalar bakımından suç ve suçlulukla mücadeleye zarar vereceğine ilişkin Yerel Mahkemece direnme kararına konu hükmün gerekçesinde yer verilen değerlendirilmelerin, varsayıma dayanan, usul ve yasaya uygun düşmeyen değerlendirmeler olduğu kabul edilmelidir. Öte yandan CMK'nın 58. Maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen koşulların mevcut olduğunun kabul edilip tanıkların duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar bulunmadan dinlenilmelerine karar verildiği durumlarda dahi maddenin 3. fıkrasındaki “tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntü aktarımı yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır” düzenlemesi gözetilerek, kimlik bilgileri gizli tutulsa bile tanık veya tanıkların sanık ve/veya müdafisinin hazır bulunduğu oturumda, dinlenmeleri sırasında ses ve görüntü aktarımı yapılmak suretiyle dinlenmeleri ile sanık ve/veya müdafisine tanıklara soru sorma hakkı tanınması gerektiği dikkate alındığında, sanık ve/veya müdafisinin bulunmadığı ayrı bir oturumda, ses ve görüntü aktarımı da yapılmadan tanıkların dinlenmeleri de usul ve yasaya aykırıdır.”²⁹⁸⁶

Nihayet Yargıtay'a göre gizli soruşturmacı hukuka uygun bir şekilde görevlendirilmiş değilse tanık olarak dinlense dahi bu şekilde elde edilen delil hukuka aykırıdır, hükme esas alınmaz.²⁹⁸⁷

1. CD, 3.3.2010, K. 1277 Tek delil gizli sor. beyanı olmaz

“...Hakkında koruma tedbiri kararı alınan tanık beyanının hükme tek başına esas teşkil etmeyeceği gözetilmeyerek tek başına bu tanık beyanına dayanılarak hüküm kurulması suretiyle 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 9/8. maddesine aykırı davranılması, bozmayı gerektirmiştir.

10. CD 11.7.2014, E. 2014/1, K. 2014/5430; Gizli soruşturmacının duruşmada dinlenmesi gerekir

Uyuşturucu madde ticareti suçunda; kolluk görevlilerince, uyuşturucu madde sattıklarına ilişkin istihbarî bilgi edinilmesi ve Cumhuriyet Başsavcılığı'nın talebi üzerine Sulh Ceza Hakimliği'nce “uyuşturucu madde alımı yapımları, delil toplamaları ve teknik araçlarla görüntü almaları” için üç personelin “gizli soruşturmacı” olarak görevlendirilmesine karar verilmiştir. Gizli soruşturmacı olarak görevlendirilenler tarafından düzenlenen raporlarda sanıktan üç değişik tarihte esrar satın alındığı belirtilmiştir. Sanığa isnat olunan suçun “örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmemiş olması” nedeniyle, görevlendirilenlerin “gizli soruşturmacı” olarak kabul edilmeleri mümkün değildir. Bu kişiler adli kolluk görevlisi ise, kollukla ilgili kanunlar ile CMK'daki hükümlerde yer alan genel yetkileri ve görevleri kapsamında olmak üzere, Cumhuriyet savcısının sözlü veya yazılı emirleri doğrultusunda delil toplayabilirler. Bu durumda statüleri “adli kolluk görevlisidir”. Sanık tüm aşamalarda, adli kolluk görevlisi statüsündeki görevliler tarafından düzenlenen tutanaklara itiraz etmiş ve görevlilere uyuşturucu madde satmadığını söylemiştir. Sanık aleyhindeki deliller, görevliler tarafından düzenlenen raporlar ve fotoğraflardan ibarettir. Bu üç görevlinin tanık olarak dinlenmesi, sonucuna göre sanığın hukukî durumunun tartışılarak belirlenmesi zorunludur. Kolluk görevlilerince, uyuşturucu madde sattıklarına ilişkin istihbarî bilgi edinilmesi ve Elazığ Cumhuriyet Başsavcılığı'nın talebi üzerine Elazığ 1. Sulh Ceza Hakimliği'nce 25.01.2012 tarihinde “uyuşturucu madde alımı yapımları, delil toplamaları ve teknik araçlarla görüntü almaları” için üç personelin “gizli soruşturmacı” olarak görevlendirilmesine karar verilmiştir. Gizli soruşturmacı olarak görevlendirilenler tarafından düzenlenen raporlarda sanıktan

²⁹⁸⁶ CGK.,30.1.2020,2017/10-721,2020/42

²⁹⁸⁷ Özer özbek s.423

üç değişik tarihte esrar satın alındığı belirtilmiştir. Sanığa isnat olunan suçun “örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmemiş olması” nedeniyle, görevlendirilenlerin “gizli soruşturmacı” olarak kabul edilmeleri mümkün değildir. Bu kişiler adli kolluk görevlisi ise, kollukla ilgili kanunlar ile CMK'daki hükümlerde yer alan genel yetkileri ve görevleri kapsamında olmak üzere, Cumhuriyet savcısının sözlü veya yazılı emirleri doğrultusunda delil toplayabilirler. Bu durumda statüleri “adli kolluk görevlisidir”. Sanık aleyhindeki deliller, görevliler tarafından düzenlenen raporlar ve fotoğraflardan ibarettir. Sanık tüm aşamalarda, adli kolluk görevlisi statüsündeki görevliler tarafından düzenlenen tutanaklara itiraz etmiş ve görevlilere uyuşturucu madde satmadığını söylemiştir. CMK'nın 217. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen “hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir” hükmü uyarınca, olayda “gizli soruşturmacı” sıfatıyla görev yapanlar “adli kolluk görevlisi” ise bu üç görevlinin tanık olarak dinlenmesi, sonucuna göre sanığın hukukî durumunun tartışılarak belirlenmesi zorunludur. Açıklanan durumlar ve eylemler olarak uyulmasına karar verilen Dairemizin 28.03.2013 tarihli 2013/2559 esas ve 2013/2884 karar sayılı bozma ilamı gereğince; 13.03.2012, 14.03.2012 ve 30.03.2012 tarihli tutanakları düzenleyenlerin adli kolluk görevlisi olup olmadıklarının belirlenmesi, "adli kolluk görevlisi" iseler bunların tanık olarak dinlenmesi, sonucuna göre tüm deliller birlikte tartışılarak sanığın hukukî durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ve yasal olmayan gerekçe ile hüküm kurulması, Kanuna aykırı, sanık ve müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde olduğundan, diğer yönleri incelenmeksizin hükmün BOZULMASINA, 11.07.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

10. CD 2.5.2007, E. 2007/15704, K. 2007-5141 Gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenmesi

Olay yerinde tertibat alan komiser B.B. ile gizli soruşturmacı Y.H.'ın tanık olarak verdikleri beyanlarında sanık U.K.'in suça konu uyuşturucu maddeyi diğer sanık B.'a getirdiğine ilişkin görgüye dayalı anlatımları bulunmadığı halde, dosya içerisinde mevcut 01.11.2005 tarihli olay tutanağı ile sanık B.'in beyanları dikkate alındığında sanık U.K.'inde olay yerinde olup olmadığına dair çelişkinin diğer tutanak düzenleyiciler de dinlenerek giderilmesi ve buna göre sanık U.'un hukuki durumunun tayin ve takdiri ile sonucuna göre de sanık B.'in etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanıp yararlanmayacağına tespiti yerine eksik soruşturmaya davalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

2. Muhbirin ifadesi.

10. CD 13.11.2007, E. 2007/14228, K. 2007-13221 Muhbirin ifadesi

Sanığın tüm aşamalarda inkara yönelik savunması ve olayla ilgili tutanaklarda sanığın imzasının bulunmaması dikkate alınarak; 04.10.2006 tarihli olay ve yakalama tutanağını düzenleyen tutanak tanıkları ve bu tutanakta belirtilen ... sicil numaralı görevli ile rıza gösterdiği takdirde muhbir olarak kullanılan kişinin tanık olarak çağrılıp dinlenmeleri ve gerektiğinde sanıkla yüzleştirilmeleri; ayrıca, sanık müdafinin temyiz dilekçesine eklediği İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 19.01.2007 tarih 2007/853 esas sayılı iddianamesi ile 04.10.2006 tarihli olay tutanağını düzenleyen polis memurları U.B., M.Ö., E.S. ve H.K. hakkında başka bir olay nedeniyle irtikap suçundan açıldığı anlaşılan dava dosyasının getirtilip incelenmesi; daha sonra tüm deliller birlikte tartışılarak sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik araştırmaya dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

10. CD, 11.10.2010 K. 20947 Muhbirin ifadesi

“...Olay, tespit, yakalama ve el koyma tutanağı, suç konusu uyuşturucu maddelerin miktarı ve ele geçiriliş biçimi ile tüm dosya kapsamına göre; sanığın evinde yapılan aramada ele geçirilen uyuşturucu maddeleri kullanma dışında başka amaçla bulundurduğu konusunda, *muhbirin soyut ihbarı dışında, savunmasının aksine, kuşku sınırlarını aşan yeterli ve kesin delil bulunmadığı*; fiilinin kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.”

10. CD 11.10.2010, K. 21139 Muhbirin ifadesi

“...Olay tutanağı içeriği, sanık savunmaları ve dosyadaki diğer bilgi ve belgelere göre, *X-1 ve X-2 muhbirlerin soyut ihbarı dışında*, sanıkların atılı suçu işlediklerine ilişkin her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden, sanıkların beraatları yerine mahkûmiyetlerine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”

10. CD 20.10.2010, K. 22325 Muhbirin ifadesi

“...Tanık olarak dinlenen kolluk görevlilerince kendileri tarafından bilinen x muhbir tarafından sanığın uyuşturucu madde sattığının söylendiği belirtildiğinden; CMK'nın 58. maddesi dikkate alınarak muhbirin tanık olarak dinlenmesi ve sonucuna göre sanığın suçunun niteliğinin belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir”.

8. CD 11.3.2008, K. 1880 Muhbirin ifadesi

“...Oluşa ve dosya kapsamına göre (X) muhbirin, sanığın ve kardeşinin ikametinde yüklü miktarda silah olduğunu, bu silahları başka yere nakledecekleri yönünde bilgi vermesi üzerine, sanığın evinde yapılan aramada 5 adet niteliksiz tabanca ve bu tabancalara ait 5 adet şarjörün ele geçirilmesi biçimindeki olayda, sanığın 5 adet niteliksiz tabanca ve bu tabancalara ait 5 adet şarjörü bulundurması ve taşınması dışında silah ticareti yaptığını ilişkin her türlü kuşkudan uzak kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı ve eylemin 6136 sayılı Yasanın 13/2. madde ve fıkrasına aykırılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, dosya içeriğine uymayan bir gerekçe ile yazılı şekilde sanığın aynı yasanın 12/1. maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

10. CD 27.3.2008, K. 4879 Muhbirin ifadesi

“...Kovuşturma aşamasında yöntemine uygun biçimde dinlenmediği halde, kolluk tarafından soruşturma aşamasında ‘gizli tanık’ olarak dinlenen muhbirlerin beyanlarının hükme esas alınamayacağı dikkate alınarak, mevcut diğer delillere göre sanık Ü.Ç’nin hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir.”

10. CD 17.9.2008, K. 13283 Muhbirin ifadesi

“...24.12.2006 tarihli olay ve yakalama tutanağı içeriği ile dosyadaki diğer belge ve bilgilere göre; sanık Mehmete ait çiftliğin uyuşturucu madde imaline tahsis edilmesi, çiftlikte ele geçirilen makinelerin uyuşturucu madde imalinde kullanılması, Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu’nun raporunda uyuşturucu madde imalinin gerçekleştiğinin belirtilmesi, sanıkların sayısı ile aralarındaki hiyerarşik yapılanma, (X) muhbirin sanıklara dört beş defa malzeme götürdüğüne ilişkin beyanı birlikte değerlendirildiğinde; sanıkların atılı suçu suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlediklerinin anlaşılması karşısında, sanıkların TCK’nın 188/1-5, 62 ve 220, 62. maddeleri uyarınca cezalandırılmalarına karar verilmesi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırı, sanıklar Mehmet, Şaban ve Bedi’nin müdafilerinin ve Cumhuriyet savcısının temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden hükümlerin isteme aykırı olarak bozulmasına karar verilmiştir.”

CGK 3.4.2007, 2006/10-253, 2007-80 Muhbirin ifadesi

“...Ceza Genel Kurulunca sabit kabul edilen olay... muhbir müracaat tutanağı, olay tutanağı, teşhis tutanakları, teknik takip kararları ve telefon görüşme tutanakları, yakalama tutanakları, Adli Tıp Kurumunca düzenlenen rapor ve sanık savunmaları gibi birbirlerini doğrulayan ve tamamlayan hukuka uygun kanıtlardan anlaşılmıştır.”

403-22. GİZLİ SORUŞTURMACI İLE İLGİLİ AİHM KARARLARI ve ALMAN HUKUKU.**I. AİHM Kararları.***AİHM 20.11.1989, Kovstosky – Hollanda*

Solobodan Kostovski Hollanda’da işlediği çok sayıda suçtan dolayı ve en son 1979 yılında gerçekleştirdiği kuyumcu soygunu nedeniyle altı yıl hapis cezasına mahkum edilmiştir. Ayrıca, İsveç’te işlediği iki ayrı silahlı soygun, hapisten kaçmaya yardım ve adam öldürmeye teşebbüsten dolayı da mahkum olmuş ve İsveç’e iade edilmesi kabul edilmiştir. Kostovski 8 Ağustos 1981 tarihinde Stanley Hillis adlı bir hükümlü ile birlikte hapisten kaçmıştır (§ 9).

20 Ocak 1982 tarihinde üç silahlı kişi bir silahlı soygun gerçekleştirmişlerdir. Polis bu suçu *Stanley Hillis* ve arkadaşlarının işlediğinden şüphelenmekte ve şüphelerini de daha evvel bu kişi tarafından işlenen suçların yöntemi ile (*modus operandi*) işlendiğine dayandırmaktadır. 25 Ocak tarihinde kimliği belirsiz bir kişi tarafından yapılan telefon ihbarı üzerine polis şüphesi kuvvetlenmiştir. Kimliği bilinmeyen

ihbarcı, banka soygununun *Stanley Hillis*, *Paul Moulhoek* ve bir Yugoslav tarafından işlendiğini bildirmiştir (§10).

26 Ocak 1982 tarihinde polis karakoluna başvuran bir kişi, kimliğinin gizli tutulması istemiyle şu bilgileri vermiştir. “Bir kaç ay evvel dört kişi hapisten kaçtı. Aralarında bir Yugoslav ve bir Amstardamlı vardır. Bunlar *Paul Moulhoek* ile temastadır. Yugoslav mavi bir BMW kullanmaktadır. *Paul Moulhoek*’in ehliyeti olmadığı için *Aad Denie* adlı bir kadın 84 PF 88 plakalı gümüş renkli BMW aracı kullanmaktadır. Bana gösterilen fotoğraflar arasından *Slobadan Kostkovski* adlı şahsı teşhis ediyorum” (§11).

Utrecht Polisi, *Stanley Hillis*’in bulunduğu yere ilişkin bir ihbar gelmesi üzerine, bildirilen adreste arama yapmış, fakat kimseyi bulamamıştır. Bununla birlikte, *Stanley Hillis* ve *Paul Moulhoek*’in parmak izleri ele geçirilmiştir (§12).

23 Şubat 1982 tarihinde kimliği açıklanmayan bir kişi karakola başvurmuş ve iki polis memuru tarafından şu tutanak düzenlenmiştir: “23 Şubat 1982 tarihinde karakolumuza bir şahıs başvurmuş, fakat güvenlik gerekçeleriyle kimliğinin gizli tutulmasını talep etmiştir. Kimliği tarafımızdan bilinmekte olan şahıs, *Stanley Hillis*, *Slobadan Kovstkovski* *Paul Moulhoek* ve *Aad Denie* adlı kişileri tanıdığını, bu kişilerin 19 Ocak 1982 tarihlerinde bir banka soygunu yaptığını, kadının aracı kullandığını belirtmiştir. Kimliği gizli tutulan ihbarcı, soygun parasının üç erkek arasında paylaştırıldığını ve bunların birbirlerini hapisten tanıdıklarını, 8 Ağustos 1981 tarihinde hapisten kaçtıklarını belirtmiş ve buldukları yerin adresini de bildirmiştir. Polisin bu adrese daha evvel de baskın yaptığını, fakat *Hillis*, *Kostkovski* ve *Moulhoek*’in binanın bir üst katında bulunmaları nedeniyle, ele geçirilemediğini söylemiştir. Kimliği gizli tutulan ihbarcının verdiği bilgilere göre, bu üç kişi silahlı olup, *Hillis*’in *Sten*, *Kostkovski* ve *Moulhoek*’in ise 45 lik Colt marka tabancası vardır.” (§ 13).

Stanley Hills ve *Slobadan Kostovski* 1 Nisan 1982 tarihinde Amsterdam’da yakalanmışlardır. *Kostovski*’nin üzerinde dolu bir tabanca bulunmuş ve evlerinde yapılan aramada da başka silahlar ele geçirilmiştir (§ 14).

Şüpheliler hakkında bir “ilk soruşturma” başlatılmıştır. “Sorgu hakimi” *Nuboer*, “Polise 23 Şubat 1982 tarihinde bilgi veren kimliği gizli tutulan tanığı”, 8 Nisan 1982 tarihinde bir polis memuru hazır iken, fakat savcı, *Kostovski* ve müdafii hazır bulunmadan dinlemiştir. Sorgu hakimi de tanığın kimliğini öğrenmemiştir. Ancak, şüphelilerin ondan intikam alacağı konusundaki korkusunun haklı olduğunu belirlemiş, kimliğinin gizli tutulmasını kabul etmiştir. Sorgu hakimi tanığa yemin ettirmiş ve aşağıdaki ifadeyi almıştır: “22 Şubat 1982 tarihinde polise ifade verdim. Bu ifadeyi bana okudunuz. İçeriğinin doğruluğunu kabul ediyorum. Bu konudaki bilgim *Stanley Hillis* ve *Paul Moulhoek*’in olay hakkında bana anlattıklarından kaynaklanmaktadır. Bana sadece para değil çek de aldıklarını söylediler. Çeklerden bazılarını ben de gördüm” (§ 15).

Sorgu hakimi 2 Haziran 1982 tarihinde şüphelilerin müdafilerine bir yazı göndererek, ekinde kimliği gizli tutulan tanığın beyanını da eklemiş ve yazılı soru sormak istedikleri takdirde, bu soruları kendisine bildirmelerini istemiş, fakat sorular sorulurken hazır bulunamayacaklarını bildirmiştir. *Kostovski*’nin müdafii bayan *Spronken*, 14 Haziran tarihinde cevap yazmış ve sorulmak üzere 14 soru göndermiştir. Bu sorular 22 Haziran tarihinde, kimliği gizli tutulan tanığa diğer bir sorgu hakimi olan *Weijnsfeld* tarafından sorulmuştur. Bu sefer de, bir polis memuru hazır bulunmuş, fakat savcı veya şüpheli veya onun müdafii hazır bulundurulmamıştır. Kimliği gizli tutulan tanık yeminli olarak şu ifadeyi vermiştir: “8 Nisan 1982 tarihinde sorgu hakimine verdiğim ifadeyi teyit ederim. Müdafii bayan *Sporenken*’in sorduğu sorulara cevaben, 25 Ocak 1982 tarihinde polise telefon eden kişi ben değilim. Polise banka soygununun şehrin neresinde olduğunu bildiğimi söylemedim”. Müdafii tarafından sorulan 14 sorudan ikisi hariç diğerleri sorulmuş ve cevaplandırılmıştır. Sorgu hakimi tutanağa, sorulmayan soruların kimliği ortaya çıkartmaya yönelik sorular olduğu ve tanığın kimliği belli olmasın diye sorulan sorulmadığını not etmiştir (§ 16).

Kostovski ve arkadaşlarının davası 10 Eylül 1982 tarihinde başlamış her bir sanık hakkında ayrı ayrı dava açıldığı halde mahkeme duruşmada tek oturumda sanıkları biraraya getirerek kendileriyle ilgili ifadeleri okumuştur. Duruşmada ilk ifadeyi alan sorgu hakimi *Nuboer* ve ikinci ifadeyi alan sorgu hakimi *Weijnsfeld* ile 23 şubat tarihinde kimliği gizli tutulan tanıktan ilk ifadeyi alan polis memuru tanık olarak dinlenmişlerdir. Mahkeme bu tanıkların müdafii tanığın güvenilebilirliği ve bilgisinin

kaynağı konusunda soru sorulmasına izin vermemiş, tanıkların bu tür sorulara cevap verdikleri takdirde gizli tanığın kimliğinin ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. Tanık sorgu hakimi kimliği gizli tutulan tanığın intikam korkusunun gerçek olduğuna inandığını, polise verdiği anlatımın özgün iradeye dayandığına inandığını belirtmiştir. Diğer sorgu hakimi de kimliği gizli tutulan tanığın verdiği beyanın güvenilir olduğuna inandığını ve intikam korkusunun yerinde olduğunu algıladığını belirtmiştir. Tanık olarak dinlenen polis memuru da, gizli tanığın tamamen güvenilir bir kişi olduğunu çünkü daha evvelki zamanlarda vermiş olduğu başka suçlarla ilgili bilgilerin gerçekliğinin anlaşıldığını belirtmiş ve 23 Şubat 1982 tarihinde alınan ifadenin bazı kısımlarının tanığın kimliğinin ortaya çıkmaması için tutanaktan silindiğini beyan etmiştir (§ 17).

Savunma tarafından talep edilmesine rağmen, kimliği gizli tutulan tanık duruşmada dinlenmemiş, sadece polis ve sorgu hakimleri tarafından yapılan dinlemenin tutanakları delil olarak okunmuştur. Utrecht Bölge Mahkemesi 24 Eylül 1982 tarihinde verdiği kararda, *kimliği gizli tutulan tanığın verdiği bilgilerin doğruluğunun denetlenemediğini ve güvenilir olup olmadığının bağımsız bir şekilde kontrol edilemediği için, sanığın tanıkla yüzyüze gelme olanağına kavuşamadığını* belirtmekle birlikte, bu beyanları delil olarak kullanmış ve beyanların birbirlerini teyit eder nitelikte olduklarını, *Kostovski'* nin daha evvel benzer suçlar işlemiş olmasından yola çıkarak, onu ve diğer sanıkların her birini 6 yıl hapis cezasına mahkum etmiştir.

AİHM 19.12.1991, İsgro -İtalya

Salvatore Isgro Livorno hapisanesinde hükümlüdür. 9.11.1978 tarihinde (G) adlı bir gencin kaçırılması ve yüksek dozda uygulanan kloroform nedeniyle ölmesi suçlaması ile, Monza Savcılığı Bay *Isgro* ve bir kaç kişi hakkında 11.11.1978 tarihinde bir yakalama emri çıkarmıştır. Savcının verdiği karar, genci kaçıranlar tarafından, kaçırılan genci bekleyerek yardım etmesi için görevlendirilen, fakat bunun yerine savcılığa ihbarda bulunan (D) adli bir kişinin verdiği bilgiye dayanmaktadır (§ 8). Sorgu hakimi 10 Nisan 1979 tarihinde (D) ile başvuru *Isgro* 'yu yüzleştirmiş ve ayrıntılı yüzleştirme tutanağı düzenlemiştir. Yüzleştirme sırasında müdafî ve savcı hazır bulunmamıştır (§ 13). 12 celse süren duruşma aşamasında (D) davet edilmiş, gelmemiş, aranmış fakat bulunamamıştır. Mahkeme (D) yi dinlememeden yüzleştirme tutanaklarını okutmakla yetinmiş ve sanığı 30 yıl hapse mahkum etmiştir. AİHM birlikte suçlanan sanığı "tanık" olarak kabul etmiş (§ 33) ve duruşmada tanığa soru sorma hakkı kısıtlanan *Isgro* bakımından, yüzleştirme sırasında soru sorma fırsatına sahip bulunduğu, mahkumiyet hükmünün sadece duruşmada dinlenmeyen tanığın ifadesine dayanmadığı ve yüzleştirme sırasında sanığın müdafîsi olmasa da, savcının da hazır bulunmadığını dikkate alarak, Sözleşmenin 6/3-d maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

AİHM 15.6.1992, Lüdi- İsviçre

İsviçre vatandaşı olan Ludwig Lüdi 1983 yılında Almanya'da uyuşturucu madde ticareti suçu ile suçlandığı sırada, bir Alman gizli soruşturmacısının verdiği bilgiler doğrultusunda hakkında takipsizlik kararı verilmiştir. Savcının takipsizlik kararına itirazı üzerine yargılanmasına karar verilmişse de, bu arada ülkesine döndüğü için, durma kararı verilmiştir (§ 8). 15 Mart 1984 tarihinde Alman Polisi, Bern Kantonu Polisine, Lüdi'nin hapiste iken tanıştığı bir İsviçreliiden 5 kg kokain satın almak için 200.000 Frank istediğini bildirmiştir. Sorgu hakimi olayı aydınlatmak ve uyuşturucu trafiğini önlemek üzere, 15 Mart 1984 tarihinde soruşturma başlatmış ve iletişimin denetlenmesi kararı vermiştir. Buna ek olarak polis de gizli soruşturmacı görevlendirmeye karar vermiş ve bu kararını hakime bildirmiştir. Gizli soruşturmacı olarak Tony takma adlı polis görevlendirilmiştir (§ 11). Tony'nin teklifi üzerine, Lüdi Tony ile beş değişik kez buluşmuş ve görüşmüştür (§ 12). Lüdi 1 Ağustos 1984 tarihinde yakalanmıştır. Tony tarafından hazırlanan rapora göre, Lüdi 200.000 Frank karşılığında 2 kg kokain satmayı vaad etmiştir. 3 Ağustos 1984 tarihinde Lüdi'nin evinde arama yapılmış ve eşyalar üzerinde kokain ve esrar eserine rastlanmıştır (§ 14). Lüdi, soruşturmanın tamamlanmış olması ve kaçma şüphesinin bulunmaması gerekçeleri ile 5 Eylül 1984 tarihinde tahliye edilmiştir. 25 Ekim 1984 tarihinde iddianame düzenlenmiş ve mahkeme gizli soruşturmacı Tony'yi tanık olarak dinlemeksizin, 4 Haziran 1985 tarihinde 3 yıl hapis cezası vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde görülen davada Lüdi gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin, hile ile arkadaşlık kurup evine girdiği ve evin içindeki konuşmaları kayıt ettiği için, 8 inci madde ihlali olduğunu ileri sürmüştür (§ 35). Mahkeme ise, Toni'nin Lüdi ile tanışıp, Lüdi'nin ona uyuşturucu madde satmaya hazır olduğunu bildirdiği andan itibaren, Lüdi'nin suç işlemekte olduğunu

bilmesi gerektiğini vurgulayarak, Devletin suçu önlemek ve ortaya çıkarmak için gizli görevli dahil çeşitli önlemler alabileceğini öngörmesi gerektiği için, 8 inci madde ihlali bulunmadığına karar vermiştir (§ 41).

Lüdi ayrıca, hakkında verilen mahkumiyet kararının ağırlıklı olarak gizli soruşturmacı Tony tarafından hazırlanan rapora dayandığını, duruşma sırasında Tony'e soru sorma fırsatı bulmadığını ileri sürmüştür (§ 42). Mahkeme *Lüdi* davasının *Kostovski ve Windish* kararlarından farklı olduğunu, *Lüdi*'nin Tony'i takma ismi ile tanıdığını ve onunla beş defa buluşarak fiziken tanışmış olduğunu vurgulamıştır. Bu nedenle, gizli soruşturmacının ne sorgu hakimi ne de mahkeme tarafından dinlenmeden, sadece hazırladığı rapora dayanılarak hüküm kurulmasını, duruşmada *Lüdi*'nin Tony olarak tanıdığı gizli soruşturmacıya sorma hakkına sahip olmamasını Sözleşmenin 6/1 maddesi ile bağlantılı olarak 6/3-d maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir (§ 50).

AIHM 28.8.1992, Artner- Avusturya

Ceza muhakemesinde delillerin kabul edilebilirliği hususunda karar verme yetkisi, esas itibarıyla ulusal hukukun konusudur ve delillerin ispat gücünü takdir yetkisi de yine kural olarak ulusal mahkemelerin görevidir. Avrupa Mahkemesi delillerin usulüne uygun olarak değerlendirilip değerlendirilmediğine değil, delillerin sunulması da dâhil yargılamanın tamamının AIHS'nin 6.maddesine fıkrasına uygunluğunu değerlendirmekte ve tanık kavramını otonom bir kavram olarak ele almaktadır. Tanığın sanıktan gelecek tehlikelerden dolayı can ve mal güvenliği yönünden yeterli neden bulunduğu takdirde tanığın gizliliğinin gizli tutulması mümkündür. Bu durumun somut olayda mevcut olduğu gerekçeleri ve dayanaklarıyla ortaya kurulmalıdır. Bu halde kimliği açıklanmayan tanığın, sanığın hazır bulunmadığı ortamda dinlenmesi ve verdiği ifadenin teknik imkânlarla sanık ve/veya avukatına aktarılması ve onlara da soru sorma imkânının tanınması gerekir. Bilindiği üzere ceza muhakemesi, geçmişte yaşandığı iddia edilen bir olayın gerçekten meydana gelip gelmediği, meydana gelmiş ise bunun fail tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ve olayın ceza hukuku açısından sonuçlarının belirlenmesi amacıyla yapılmaktadır. Bu yapılırken ise maddi gerçek araştırıldığından, kural olarak her şey delil olup; belli hususların belli delillerle ispat edilmesi gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır (*delil serbestisi ilkesi*).

AIHM 20.2.1996, Doorsen- Hollanda

Örgüt davaları gibi gerekli durumlarda, sanığın müdafaa hakkı ile, muhbir, gizli görevli veya suç mağdurunun korunması gereken menfaatleri arasında ölçülülük ilkesi gereğince, bir denge oluşturulması gerekebilir.

Olayda Amsterdam polisi, uyuşturucu madde satıcısı olduğundan şüphelendiği kişilerin fotoğraflarından oluşan bir albüm hazırlamış ve bunu bağımlılara göstererek, bilgi toplamıştır. Bazı mağdurların kendilerine uyuşturucu satan kişiyi teşhis etmeleri üzerine, *Doorson* yakalanmış ve sonra mahkum edilmiş, fakat teşhisi yapanların kimlikleri duruşmada gizli tutulmuştur.

Sanık, kimliği gizli tutulan tanıkların hakim tarafından hazırlık ifadeleri alınırken müdafinin bulunmamasını, Sözleşmenin 6 (3) (d)'deki hakkını ihlal ettiğini ileriye sürmüştür.

AIHM, kimliği gizli tutulan bu tanıklardan alınan ifadelerin tutanaklarının duruşmada delil olarak kullanılmasının, adil yargılanma hakkı bakımından sakıncalı olduğunu kabul etmekle birlikte, "istinaf" aşamasında müdafinin bu tanıklara soru sorma fırsatı bulmuş olduğunu tesbit etmiş, kimlik dışında bütün sorulara cevap verildiğini, *mahkumiyet kararının tek dayanağının*, "kimliği gizli tutulan tanıkların beyanları" olmadığını ve bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğini belirlemiştir (Evidence from anonymous witnesses can be relied upon, where justified, so long as there are counterbalancing factors to protect the defendant: the counterbalancing procedure followed ... must be considered sufficient to have enabled the defence to challenge the evidence of the anonymous witness and attempt to cast doubt on the reliability of their statements).

AIHM 18.3.1997, van Mechelen-Hollanda

Polise gelen bir ihbarda, birçok silahlı soygun yapan kişilerin, karavamlarda yaşadıkları bildirilmiştir. Polis 25 Ocak 1989 tarihinden itibaren karavamların park ettiği bölgede bir *tarassut ekibi* görevlendirmiştir (§ 9). 26 Ocak 1989 tarihinde saat 17.15 sıralarında bir Mercedes bir BMW ve Lancia

marka bir oto karavanların bulunduğu yerden hareket etmiş, polis bunların plaka numaralarını tespit etmiştir. Aynı gün saat 18.00 de bir banka soygunu yapılmıştır. Bankanın ön tarafı güçlendirilmiş bir mercedes marka otomobille kırılarak girilmiş ve siyah kar maskesi takan soyguncu 70000 gulden parayı almış ve soyguncular mercedesi ateşe vererek BMW ile olay yerinden kaçmışlardır. Polis BMW yi takip etmiş ve ormanlık bir yola girdiğini görmüştür. Ormandan bir duman yükseldiğini gören polis orada BMW'nin de ateşe verildiğini görmüştür. İçinde 4 polis memuru olan polis aracı kırmızı Langie marka bir otomobili göreyerek bunu takibe başlamışlar, fakat Lancia'nin içindekiler aracın üstünü açarak tabanca ve makinalı tüfekle polise ateş açmışlardır. bu kovalamaca sırasında içinde sivillerinde bulunduğu bir araç isabet almış fakat yaralanan olmamıştır. Langie hızlanarak arayı açmış ve polis ileride tekrar aracı gördüğünde Langie'nin durmakta olduğunu fark etmiş ve araçtan inip yol kenarında duran bir kişi gizlendiği yerden polis otosuna makinalı tüfekle ateş etmeye başlamıştır. Polis aracı isabet almış ve içindekiler yaralanmıştır. Polislerin etkisiz hale getirilmesinden sonra Langia kaçmıştır. (§ 11). Daha sonra yapılan tespitlerde her üç aracın karavanların bulunduğu yerden hareket eden otomobiller olduğu tespit edilmiştir.

Başvurucu Van Mechelen ve Amandus adlı bir diğer kişi bu soygun olayı ile ilgili olarak yakalanmışlar ve 19 Mayıs 1989 tarihinde mahkemeye çıkarılmışlardır. Olayda savcılığın dayandığı deliller sadece kendilerine birer numara verilmiş olan ve kimlikleri gizli tutulan polis memurlarının, kimliği belli bir polis memuruna verdiği beyanlardan ibarettir (§ 13). Mahkeme kimliği belli olmayan polislerin adli görevleri bulunup bulunmadığının tespit edilmesini istemiş ve bunların adli görevleri bulunduğu tespit edilmiştir. Müdafii Bay Venereus polis memurlarının kimliklerinin belli olmaması nedeniyle verdikleri ifadelerin delil değeri taşımayacağını, mahkumiyete esas teşkil etmeyeceğini ileri sürmüşse de mahkeme sonuçta sanıkları 10'ar yıl hapis cezasına mahkum etmiştir (§ 14).

Her beş sanık kararı istinaf etmişler ve 2 mayıs 1990 tarihinde yapılan duruşmada kimlikleri belli ve kimlikleri gizlenen tanıkların duruşmada dinlenmesini talep etmişlerdir. Bunun üzerine istinaf mahkemesi bir araştırma hakimi görevlendirerek bu tanıkların dinlenmesini istemiştir. 24 ve 27 eylül ile 5, 8 ve 13 kasım 1993 tarihlerinde yapılan oturumlarda hakim bütün tanıkları dinlemiş ve fakat kimliğin gizli kalmasını sağlamak üzere hakim tanık ve zabıt katibi bir odada, sanıklar müdafileri ve diğer bir odada olacak şekilde arada ses bağlantısı kurularak gerçekleştirilmiş ve bu şekilde tanıklara sorulan bütün soruları tarafların duyması, tanıklara soru sorulması mümkün olmuştur (§ 16).

001 numaralı kimliği gizli tutulan tanık kimliği ortaya çıktığı takdirde soyguncuların ailesini tehdit edebileceğini belirtmiş ve aynalı bir odadan Langia'da şoförün yanında oturan kişinin Van Mechelen olduğunu da teşhis etmiştir. (§17). 27 Eylül 1990 tarihinde yapılan oturumda kimliği belli olan tanık bay Engelen sivil bir kişi olduğunu ve ateş eden kişiyi gördüğünü söylemiş ve aynalı cam arkasından ateş eden kişinin Van Mechelen olduğunu teşhis etmiştir (§19). Bunun gibi kimliği gizli tutulan ve numaralandırılmış olan polis memurları olaya ilişkin bilgiler vermişlerdir.

18 Ocak 1991 tarihinde yapılan istinaf duruşmasında van Mechelen'in müdafii Hollanda'nın olimpiik takımında bulunan tabancayla atış şampiyonu iki kişiyi getirmiş ve bunların görme yeteneklerinin çok üstün olduğunu ortaya koyarak, somut olayın gerçekleştiği yerdeki mesafe ışık ve hava koşullarına benzer koşulları gerçekleştirerek, bu koşullar altında sivil tanık bay Engelen'in van Mechelen'i teşhis edip edemeyeceği konusunu tartışmaya açmış, yapılan canlandırmanın video çekimlerini delil olarak ortaya koymuş ve bu olimpiyat şampiyonları o koşullar altında teşhis yapmanın mümkün olmadığını belirtmişlerdir (§25). Sonuçta istinaf mahkemesi de sanıkların mahkumiyet kararlarının yerinde olduğuna karar vermiştir (§26). Başvurucular kararı temyiz etmişler ve Hollanda yargıtayı da kimlikleri gizli tutulan polis memurlarının tehlike altında oldukları gerekçesi ile istinaf duruşmasında tanık olarak dinlenmelerine gerek olmadığına sorgu hakimi tarafından alınan ifadelerle dayanılarak hüküm verilebileceğine karar vermiştir. Van Mechelen ve arkadaşları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuşlar ve sözleşmenin 6/3-d maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme bu konudaki ilkeleri ortaya koyduktan sonra (§ 49-55) somut olaya uygulama yaparak adli görevi bulunan polis memurlarının kimliklerinin gizli tutulmasının ve duruşmada esas hakkında hüküm verecek olan hakim karşısında tanık olarak dinlenmelerinin savunma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu kararını verirken, sivil tanık bay Engelen'in kimliğinin belli edildiğini ve bir tehdit olmadığını vurgulamış ve polis memuru olan gizli kimlikli tanıklar açısından tehdidin varlığına ikna olmadığını belirtmiş ve duruşmadaki tanık davranışlarının hakim ve müdafii tarafından gizlenmesinin

tanığın beyanının güvenilirliği konusunda büyük önem taşıdığını vurgulayarak sadece gerçekten zorunlu (*strictly necessary*) hallerde gizli tanıklık olabileceğini vurgulamıştır. (§58)

AİHM 9.6.1998, Teixeira de Castro- Portekiz

Gizli görevliler suçları araştırırken tamamen pasif kalmalıdır, eğer araştırdıkları suçun işlenmesine etkide bulunacak (that the officers' actions instigated the offense and there was nothing to suggest that that without their intervention it would have been committed) "aktif hareketleri" varsa, dava bütünü ile ele alındığında, aktif davranışta bulunan kolluk memurlarının tanık olarak verdiği ifade dışında başka delil de yoksa, "adil yargılama" yapılmış sayılmaz. Teixeira de Castro - Portekiz davasında, iki gizli görevli basit uyuşturucu madde satıcısı olduğundan şüphelendikleri başvurucuya yaklaşmış ve madde talep etmişlerdir. Kişi eroin bulmayı kabul etmiş ve bir başka kişiden temin ederek polisler satarken yakalanmıştır. Başvurucu, sivil giyimli kolluk memurları tarafından suç işlemeğe azmettirildiğini (incited to commit an offence) iddia etmiştir.

AİHM 15.12.2009; Burak Hun - Türkiye Aktif hareket

15 Mart 2001 tarihinde, polis tarafından yürütülen bir operasyon çerçevesinde, alıcı gibi davranan X isimli bir kişi başvuruları cep telefonundan aramış ve kendisine on beş tablet esktasy temin etmesini istemiştir. Başvuran teklifi kabul etmiş ve Ö.V. isimli bir kişi ile iletişime geçmiştir. Ö.V., talep edilen uyuşturucuyu kargo yolu ile başvurana göndermiştir. Başvuran, önce, kargoyu almak için kargo şirketine gitmiş ve ardından, kargoyu teslim etmek için X adlı kişi ile arabasında buluşmuştur. Başvuran, X'e on beş tablet esktasy vermiş ve karşılığında, seri numaraları alınmış 300.000.000 eski Türk Lirası (yani sözkonusu dönemde yaklaşık 335 Euro) almıştır. Parayı almasının hemen ardından, başvuran, suçüstü yakalanmıştır. Polis memurları başvurana avukat yardımıyla yaralanmak isteyip istemediğini sormuştur. Başvuran, olayların meydana geldiği dönemde milletvekili olan ve Türkiye'nin tanınmış aktörlerinden babası Ediz Hun'un olayları öğrenmesini istememesi nedeniyle avukat yardımı istemememiştir ve kendisinin uyuşturucu madde tüketimini karşılayabilmek için uyuşturucu sattığını kabul etmiş, fakat müdafinin hazır bulunduğu 18 Haziran 2001 tarihli oturumda, polise yaptığı ikrarı reddetmiş, üzerinde bulunan uyuşturucuları kullandığını kabul etmiş ancak bu maddeleri sattığını kabul etmemiştir. Duruşmada, operasyona katılan polis memurları dinlenmiştir. Polis memurları, operasyonun seyrini açıklamış ancak "provokatör ajan" olarak hareket eden kişinin ismini vermeyi reddetmişlerdir. Ö.V.'nin ifadesi istinabe yoluyla alınmış ve başvurana, uyuşturucu gönderdiğini kabul etmemiştir.

Ağır Ceza Mahkemesi, başvuruları uyuşturucu maddeler satmak suçundan beraat ettirmiş fakat uyuşturucu madde kullanmaktan on ay hapis cezasına mahkum etmiş ve para cezasına çevirmiştir. Yargıtay, temyiz edilen kararı bozmuş, bozmadan sonra yapılan yargılamada ise başvuruları bir yıl sekiz ay hapis ve para cezasına mahkum etmiştir. Kararın dayanağı olarak, hakimler, özellikle, polis operasyonu tutanaklarını, ele geçirilen maddeleri, bilirkişi raporunu, sanığın savunma layihalarını ve tanıkların beyanlarını göz önüne almıştır. Tekrar temyiz edilen hükmü Yargıtay onamış ve daha sonra ise cezanın infazının ertelenmesine karar verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuran Hun, *Teixeira de Castro-Portekiz* (9 Haziran 1998), ve *Ramanauskas-Litvanya* (başvuru no: 74420/01) kararlarına dayanarak 6/1 maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

AİHM, yasal koşullar altında gizli soruşturmacı kullanılabileceğini kabul etmekte ise de, polisin işlenmesini kendisinin tahrik ettiği bir suçtan sonra toplanan delillerin kullanılmasını kabul etmemiştir. Böyle bir uygulama, sanığın adil yargılanma hakkını ortadan kaldırır (*Vlachos-Yunanistan*, başvuru no: 20643/06, 18 Eylül 2008, *Teixeira de Castro ve Vanyan-Rusya*, başvuru no: 53203/99, 15 Aralık 2005). Mevcut davada, AİHM, polis operasyonu çerçevesinde müdahil olan ve alıcı olarak davranan X takma adlı bir kişinin kendisine ekstasy tabletleri temin etmesi için başvuruları cebinden aradığını, başvuranın bu talebi kabul ettiğini, talep edilen uyuşturucuları getirttiğini, polis memurlarının başvuranı, uyuşturucuları verdiği sırada suçüstü yakaladıklarını, bilahare başvuranın, uyuşturucu edinmek ve satmak suçundan mahkum edildiğini gözlemlemekte ve başvuran tarafından işlenen suç oluşturulan unsurlara, yani uyuşturucu edinme ve satma suçuna ajan X'in neden olduğu görüşündedir. Nitekim sözkonusu ajan, Hun'un suç teşkil eden eylemini sadece pasif bir şekilde incelememiştir, başvuruları telefonla arayarak ve kullanımı ve satışı yasa ile yasaklanan madde temin etmesini talep ederek başvuruları suçla azmettirmiştir. Başka bir deyişle, Hükümet'in ifadelerinin aksine, başvuran suç işleme

potansiyeline sahip olmuş olsa bile, dosya unsurlarına göre, somut hiçbir unsur, ajan X'in müdahalesinden önce, başvuranın suç teşkil eden bir eylem hazırlığında olduğunu ortaya koymamıştır. Bu bağlamda AİHM, özellikle, başvuranın adli sicilinin temiz olmasını ve organize bir örgütün sözkonusu olmamasını dikkate almaktadır. Mevcut davada söz konusu az miktardaki uyuşturucu başvuranın evinde bulunmamıştır. Başvuran, ajan X'in talebi üzerine, uyuşturucuyu üçüncü bir kişiden temin etmiştir (bkz, aynı anlamda, *Teixeira de Castro*). Ayrıca AİHM, başvuranın mahkumiyetini gerekçelendirmek için, esasen, ulusal mahkemelerin, ajan X'in müdahalesine başvurulduğu belirtilen polis operasyonunun tutanaklarını göz önüne aldığını belirtmektedir. AİHS'nin 19. maddesi uyarınca, taraf devletlerin, Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamakla yükümlü olduğunu ve özellikle AİHS ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklere yönelik ihlal oluşturmadığı sürece bir olaya ya da hakka yönelik olarak ulusal mahkemeler tarafından yapıldığı ileri sürülen hataların değerlendirmesinin kendisine düşmediğini hatırlatan AİHM, mevcut davada, başvuranın mahkumiyetinin, özellikle, ihtilafli polis operasyonu aracılığıyla toplanan kanıtlara dayandığı değerlendirilmesinde bulunmaktadır. Nitekim dosya unsurlarına ve Hükümet'in görüşüne göre, sözkonusu kanıtlar, başka nihai unsurlarla teyit edilmemiştir (bkz, *a contrario*, *Bykov*). Polis soruşturmasının zorluklarına ve önemine dikkat eden AİHM, yukarıda söylenenler göz önüne alındığında, ajan X'in başvuranın işlediği suçu işlemeye azmettirici etkisi olduğu ve hiçbir şeyin, X'in müdahalesi olmadan, sözkonusu suçun işlenebileceğini göstermediği kanaatindedir; sözkonusu müdahaleyi ve ihtilafli ceza davasında kullanılmasını göz önüne alan AİHM, başvuranın davasının, AİHS'nin 6. maddesinin gerektirdiği hakkaniyete uygun niteliğini kaybettiği sonucuna ulaşmıştır. Bu itibarla, AİHS'nin 6/1 maddesi ihlal edilmiştir.

II. Alman Hukukundaki gizli soruşturmacı.

Örgütlü suçla mücadelede kullanılan gizli araştırmacılar, Alman Ceza Muhakemesi Kanununda da hukuki bir statüye kavuşturulmuşlardır. **Alman CMK ayrıca kanunumuzda olmayan önemli bir şartı daha düzenlemiştir. Olumsuz şart olarak nitelenebilecek olan bu şarta göre gizli soruşturmacı görevlendirilmesi halinde sadece özel hayatın çekirdek alanına ilişkin bilgilere ulaşılabileceğine ilişkin somut dayanak noktaları varsa, gizli soruşturmacı görevlendirilemez (md. 110a/I-5,100d/I). Bu tür verilere ulaşılmaması halinde de bunlar delil olarak kullanılamaz ve derhal imha edilmeli ve bu husus tutanağa bağlanmalıdır (StPO110a/I-5,StPO 100d,II-1).**²⁹⁸⁸

1) *Kavram*. Gizli araştırmaları yapan kişi bir "gizli polis"²⁹⁸⁹ olabileceği gibi, polise zaman zaman gizlice bilgi veren "muhabir" (*Informant*) veya polise suç muhiti ile ilgili olarak sürekli bilgi veren ve bu bilgilerin doğruluğu zaman içinde onaylandığı için, ileride vereceği bilgilerin doğru olacağına güvenilebilen bireyler, yani "mutemet kişiler"²⁹⁹⁰ olabilirler.

Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 110a maddesinde düzenlenmiş olan müessese, kendisi bizzat resmen polis statüsünde olan memurun yaptığı gizli araştırmadır. Ancak burada da iki tür gizli polis vardır. Sivil giyimli ve sürekli olmayan bir biçimde gizli araştırmalar yapan polis²⁹⁹¹(8), ayrı bir statüdedir.²⁹⁹²(9)

2) *Suç öncesi gizli araştırmalar*. Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 110a maddesinde düzenlenmiş olan gizli polis görevlendirme ile ilgili hükümler, suç olayı gerçekleşikten (*reaktif*) veya suç olayı örgütler tarafından oluşturulmakta iken (*proaktif*) gizli araştırmalarda kullanılan memurun görev ve yetkilerini düzenlemektedir.

²⁹⁸⁸ Ünver/Hakeri s.1276

²⁹⁸⁹ *verdeckte Ermittler*

²⁹⁹⁰ *VP = Vertrauens-Personen*

²⁹⁹¹ *Verdeckt ermittelnde Polizeibeamte=nicht offen operierende Polizeibeamte: NOP*

²⁹⁹² *Rogall (Klaus): Strafprozessuale Grundlagen und legislative Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren, JZ 18/1987, 847. Kanunun düzenlediği polis tipi, bu tür gizli araştırma yapan polis değildir. Alman Kanunu, "Verdeckte Ermittler" adını verdiği ve kendisine hayali bir kişinin kimliği (*Legende*) verilmiş olan ve bu hayali kimlik altında hukuk alanında muteber işlemler yapmak yetkisi ile donatılmış olan bir polis memurudur.*

Buna karşılık, suç olayı hiç ortaya çıkmadan, ileride ortaya çıkacak suçların işlenmesini önlemek amacıyla gizlice bilgi toplamak da (istihbarat) mümkündür. Suç öncesi gizlice bilgi toplama, tamamen başka kurallara bağlı olarak düzenlenmiş olan bir alandır.²⁹⁹³

3) *Adli amaçla gizli görevli kullanma.* Gizli görevli kullanılması sınırlı sayıdaki suçlarda²⁹⁹⁴ kabul edilmiştir. Alman polisi adli amaçla gizli araştırmalar yaparken, muhbir ve mutemet kişiler kullanılmasından ziyade, kendi yetiştirdiği gizli polisleri (*Verdeckte Ermittler*) görevlendirmeyi tercih etmektedir.²⁹⁹⁵ Gizlice yapılan araştırmalarda polislerin daha çok kullanılmasının sebebi, polis memurunun amirinin verdiği emri yerine getireceğine olan güven ile, alınan bilgilerin doğruluk derecesinin daha fazla olduğuna inanılmasıdır.

4) *Duruşmada ikame edilen delil.* Gizli ajan kullanılarak elde edilen bilgilerin, duruşmada “delil” olarak kullanılması konusu ise, tartışmalıdır. Gizli ajan olarak çalışan polisin, suç muhitindeki kişilerle konuşması “ifade alma” sayılırsa, hakların öğretilmemesi ve hile yapılmış olması dolayısı ile, hukuka aykırı delil ortaya çıkabilir. Ancak, gizli ajanın insanlarla yaptığı konuşmalar, StPO 136a anlamında “ifade alma”²⁹⁹⁶ değil, bunun dışında kalan “delil elde etme yöntemi” olarak²⁹⁹⁷ kabul edilmektedir. Bu tür şüphe sebebi elde etme metodlarında ise, 136a’daki yasaklar geçerli değildir.²⁹⁹⁸

Gizli araştırmaların yapılması, bireylerin güvenliği için hayati önem taşımaktadır; “özgürlük veya güvenlik” sağlanması için değil, “özgürlük ve güvenliğin birlikte gerçekleştirilmesi için elverişli bir sistem oluşturulmalıdır.”²⁹⁹⁹

5) *Savcılığın ve hâkimin onaylaması, kimliğin gizli tutulması.* Bir gizli görevlinin görevlendirilmesi için, önceden savcılığın onaylaması şarttır (StPO § 110b). Gecikmede tehlike varsa ve savcılığın kararı zamanında alınamayacak ise, sonradan geciktirilmeksizin onay sağlanmalıdır; Savcılık üç gün içinde onaylamazsa, işleme son verilir. Onay yazılı olarak verilir ve işlemin süresi belirtilir. İşlemin yapılması için gerekli şartlar devam ettiği sürece onayın uzatılması mümkündür.

Gizli görevlinin araştırma alanı, belirli bir sanık ile ilgili ise veya gizli görevlinin herkesin giremeyeceği bir eve girmesi gerekiyorsa, onay verme yetkisi hâkime aittir. Gecikmede tehlike varsa, savcılığın verdiği onay yeterlidir. Savcılığın onayı zamanında alınamayacak ise, işlem yapıldıktan sonra geciktirilmeksizin onay sağlanır. Üç gün içerisinde hâkim onaylamadığı takdirde işleme son verilir.

²⁹⁹³ İstihbarat konusu Almanya’da “GSG 9” Kanunu diye bilenen bir yasa ile düzenlenmiştir (*Rogall: JZ 1987, 847, dn 1: Verfolgung praeventiver Ziele und nicht um die Aufklärung begangener Straftaten*).

²⁹⁹⁴ Aşağıda sayılan önemli suçların işlendiği konusunda yeterli fiili tutamak noktaları bulunduğu takdirde, suçların aydınlatılması amacıyla gizli ajan görevlendirilebilir (StPO § 110a): 1. Yasa dışı uyuşturucu madde veya silâh trafiği, para veya değerli kağıt sahteciliği suçları alanında, 2. devlet güvenliğini ilgilendiren suçlarda (§ 74a, 120 GVG), 3. meslek haline getirilmiş veya alışkanlık haline getirilmiş olarak işlenen suçlarda veya 4. bir çetenin mensubu veya başka bir şekilde organize edilerek işlenen suçlarda. Ayrıca somut olaylar suçun tekrar işlenmesi tehlikesinin var olduğunu gösteriyorsa, suçun aydınlatılması amacıyla gizli ajan görevlendirilebilir. Amerikan hukukunda ise, mesela New York Eyaletinde, kendisine verilen görevi yerine yerine getirirken, yasalara aykırı davranışta bulunması gerekiyorsa, bu aykırılığın verilen görevle bağlantılı ve makul olması şartı ile hukuka uygunluk sağlanmaktadır (*People v. Archer*, 417 N.Y.S. 2d, 507: *Axel Lutzner*, in: *Gropp* 1993, 794).

²⁹⁹⁵ Polisin “gizli polis” kullanarak suç olayını araştırması, yeni bir olgu değildir. Reichsgericht’in 18 Ocak 1884 tarihinde, *Dickhoff* davasında verdiği karar ile Berlin’deki örgütlü suç muhitinde başarılı bir şekilde delil elde etmek için, gizli polis kullanılması gerektiği ve bu polis branşının çalışma usullerinin düzenlenmesi gerektiği vurgulanmıştı (*Rogall: JZ 1987, 848*).

²⁹⁹⁶ *Vernehmung*

²⁹⁹⁷ *anderweitige Beschaffung von Beweismaterial*

²⁹⁹⁸ BGH GA 1981, 89; BGH bei *Dallinger*, MDR 1975, 23; *Boujung*, KK- StPO (1982), § 126a Rdnr. 6; *Schumann* JZ 1986, 67; nakleden: *Rogall* JZ 1987, 850, dn. 55. İfade alma yasakları ile önlem almak mümkün olmadığı için, meseleye kişilik hakları açısından yaklaşmıştır. Alman Anayasa Mahkemesinin nüfus sayım kararı (BverfGE 65, 1.) ile kabul edilmiş olan, bireyin özel hayatına ait bilgiler üzerindeki anayasal hakkı, gizli araştırmalar sırasında da korunur. Alman Ceza Muhakemesi Kanununda 1992 ve 1994 yıllarında yapılan değişikliklerle, gizlice yapılan araştırmaların “kanunla” düzenlenmesinin sebebi budur.

²⁹⁹⁹ Kanuna ek olarak, Alman Savcı Yönetmeliği de (RiStBV) bu konularda düzenlemeler içermektedir. 4.3.1986 tarihinde yürürlüğe giren “*gemeinsame Richtlinien über die Inanspruchnahme von Informanten*” (*Kleinknecht/Meyer-Gossner*, 42. Auflage 1995, Sh. 1786-1789), çok ayrıntılı hükümler içermektedir.

Gizli araştırma yapan görevlinin kimliği, görev sona erdikten sonra da gizli tutulabilir. Gizli memur görevlendirilmesi konusunda onaylama kararı verecek olan savcı ve hâkim, kimliğin kendilerine açıklanmasını isteyebilirler. Kimlik açıklandığı takdirde, gizli görevlinin veya bir başka şahsın hayatı, vücudu veya özgürlüğü tehlikeye düşecek ise veya gizli görevlinin ondan sonra başka işlerde görevlendirilmesi mümkün olmayacak ise, kimlik gizli tutulabilir.

6) *Gizli görevlinin eve girme yetkisi.* Gizli görevli kendilerine verilmiş olan değiştirilmiş kimliği kullanarak hak sahibinin rızası ile bir eve girebilir (StP0 § 110c). Eve girme yetkisine sahip bulunduğu konusunda, hile yapılarak, ilgilinin rızası alınmaz.

7) *İlgiliye haber verme.* Gizli görevli, bir kimsenin evine veya ona ait olup da aleni olmayan bir yere girdiği takdirde, ev sahibine bu konuda bilgi verilmelidir; ancak bilgi verilebilmesi için araştırma amacının bilgi vermek suretiyle tehlikeye düşmemesi, kamu emniyetinin, gizli ajanın vücudu veya hayatı veya bir başka şahsın vücudu ve hayatı ve gizli ajanın daha sonra bir başka işte görevlendirilmesi tehlikeye düşmemelidir.

Gizli görevlendirmeye ilişkin kararlar ve diğer belgeler savcılıkta saklanır (StP0 § 110d). Bu gibi belgelerin dosyaya alınabilmesi için birinci fıkradaki şartların yerine gelmiş olması gerekir.

8) *Elde edilen diğer bilgilerin kullanılması.* Gizli ajan kullanılmak suretiyle elde edilen kişisel bilgilerin bir başka ceza muhakemesinde ispat aracı olarak kullanılabilmesi için, bilgilerin 110a maddenin birinci fıkrasında tanımlanan suçlardan dolayı yapılan araştırmalarından elde edilmiş olması şarttır (StP0 § 110e).

54. § 10. BEDEN MUAYENESİ ve MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELER

403-23. Beden muayenesi. 403-24. Diğer kişilerin beden muayenesi. 403-25. Alkol muayenesi. 403-26. Gözaltına alınan şüphelinin muayene edilmesi. 403-27. Yazının adli yönden incelenmesi. 403-28. Moleküler genetik incelemeler ve DNA veri tabanları.

403-23. BEDEN MUAYENESİ.

I. Giriş.

Anayasamıza göre, “*tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*”. Kişinin, “dokunulmazlığı” vardır (AY 17/2).

Anayasa’daki hakların özüne dokunmaksızın, yalnızca Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olarak, Kanunla sınırlandırılması mümkün olduğundan (AY “2002-4709” 13), şüpheli veya sanık olan veya diğer kişilerin bedenlerinin muayene edilmesi, Ceza Muhakemesi Kanununun 74, 75 ve 76 ncı maddeleri ile Beden Muayenesi Yönetmeliğinde düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Hukukunda deliller, kaynağı insan olan deliller (mağdur ve tanık anlatımları gibi) ve fiziki deliller (kaynağı nesne olan deliller) (belge ve belirtiler) olarak ikiye ayrılmaktadır.³⁰⁰⁰

Şüpheli, sanık, mağdur ve diğer kişilerin bedenlerinin muayenesi, vücutlarından örnek alınması ve alınan örnekler üzerinde moleküler genetik inceleme yapılması çoğu kez işlenen suçla ilgili son derece değerli delil elde edilmesini sağlayabilir.³⁰⁰¹

³⁰⁰⁰ Kınacı (Ali): 12. Adli Tıp Günlerinde sunulan Tebliğ, 28.9.2005, Antalya. Centel/Zafer 2003: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul - Ocak 2003, s. 172.

³⁰⁰¹ Açıkgöz/Hancı/Çakır, DNA Laboratuvarının İşleyişi, www.ttb.org.tr (Erişim tarihi: 21.09.2005); Açıkgöz (Nihal): Olay yerinden DNA Analizi için Biyolojik Örnek Toplama ve Örneklerin Laboratuara Gönderilme Usulleri, www.biyoturk.com (Erişim tarihi: 21.09.2005).

Suç izlerinin vücut üzerinde kalması doğaldır. Bu nedenle, beden muayenesinden delil elde etmek, modern Ceza Muhakemesi açısından kaçınılmaz bir ihtiyaçtır. Mülga CMUK 66, savcı emri ile muayene yapılmasına izin vermekte iken, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda ayrıntılı düzenlemeler vardır. Uygulamada³⁰⁰² henüz bu ince ayrıntılara girilmeden vücut sıvılarının tahlili yapılmakta ve bulgular delil olarak kullanılmakta idi.³⁰⁰³

Suçlunun “müeyyidenin tayini” sırasında muayenesi, başka bir usul işlemidir. İnsan bedeni üzerinde “arama yapmak” (üst araması) da farklı bir usul işlemidir. “Beden muayenesi” ise, “şüphe sebebi” veya “delil” elde etmek amacıyla, bir insanın vücut özelliklerinin sistematik bir şekilde araştırılması demektir. Yasal düzenleme yoksa, sanık yapılacak tahliller için kan alınmasına karşı çıkabileceği gibi, tanıklıktan çekinme yetkisine sahip olan bir tanık, verdiği ifadenin doğruluğunu kontrol etmek için kan alınmak istenirse, bunu vermemek yetkisini de sahiptir. Mesela bir kadın yeni doğmuş çocuğunu öldürmüştür. Çocuğun kocasından olmadığını ileri sürmektedir. Koca babalık testi yaptırmak mecburiyetinde değildir.³⁰⁰⁴

Bedenin muayenesi ile üst araması farklı işlemlerdir. Üst araması doğrudan elbiselerin aranmasıdır. Vücudun yüzeyine ve herhangi bir tıbbi müdahale ve araç kullanılmasını gerektirmeyen doğal vücut boşluklarına yönelik arama da mümkündür. Buna vücudun aranması veya incelenmesi de denebilir. Bedenin muayenesi ise, doğal vücut boşluklarının veya organlarının tıbbi müdahale ile tıbbi araçlar³⁰⁰⁵ kullanmak suretiyle incelenmesidir.

Beden Muayenesi Yönetmeliği'nin 3'üncü maddesinde, “kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelenmesi”, *dış beden muayenesidir*, denilmekte ise de bizce ağızda jilet saklanıp saklanmadığının tespiti için, tıbbi inceleme dışındaki bakma, arama sayılmalıdır.

Üst aramasını yasayla görevli her memur yapabilirken, vücut muayenesini ancak doktor veya bir sağlık memuru yapabilir.³⁰⁰⁶

Ceza Muhakemesi Kanunu dışında; Türk Ceza Kanunu, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, 2559 sayılı Polis ve Vazife ve Salahiyet Kanunu, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, Hasta Hakları Yönetmeliği ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları gibi normlarda da beden muayenesine ilişkin hükümler vardır.

Hastanın tedavi amacı ile bedeninin muayenesi, vücudundan örnek alınması ve örnekler üzerinde inceleme yapılması rıza ile yapılabilir. Delil elde etmek amacıyla kişinin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığının sınırlandırılabilmesi, hemen bütün ülkelerde kabul edilmiştir. Bazı ülkelerde bu konuda ceza muhakemesi kanununda hüküm bulunurken, bazı ülkelerde konu özel kanunlarla

³⁰⁰² Bunun yanı sıra, bekaret kontrolü (*Nuhoğlu, Ayşe*, Cinsel Suç Mağdurunun Beyanı ve İspat, Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul 2002, 49 vd.) dolayısıyla yapılan kontrollerde insan onuru ile bağdaşmayan uygulamalara yer vermemek amacıyla bir genelge yayımlanmıştır: Mülga TCK 414, 415, 416, 417, 418 ve 435 nci maddelerdeki suçlar kamu düzenine ilişkin olup resen takibi gereken suçlar olduğundan; mağdur, şüpheli veya sanıkların; mülga TCK 419 ve 436 ncı maddelerde cinsi münasebet iddiasını kabul etmeyen tarafların suçun işlendiğini başka türlü ispatının mümkün olmadığı hallerde, «rızalarına bakılmaksızın, hâkim kararıyla» gecikmede sakınca bulunan hallerde C. savcısının yazılı izni ile vajinal ve anal bedeni muayenelerin yapılmasını istemiştir. Mülga TCK 423'deki cürüm takibi şikayete bağlı olduğu için muayene olacak kişinin rızası alınacaktır. Zina suç olmaktan çıkarıldığı için bu fiil nedeniyle işlem yapılmayacak ve ilgililer muayeneye sevk edilmeyecektir. Yukarıda belirtilen cürümlerin ispatı dışında idari eylem ve işlemler sebebiyle disiplin cezası vermek amacıyla, rıza hilafına kişilerin vücutlarında muayene yapılmayacaktır (YMB sayı 63, 44). Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü 21.10.1998 tarihli Genelgesi ile otopsielerde ayrıntılı fotoğraf çekimi yapılarak Avrupa İnsan Hakları Divanında ileri sürülen işkence iddialarına sebebiyet verilmemesini istemişti. Uygulamada fotoğraflar kolluğa çektirilmekte idi.

³⁰⁰³ Kolluk görevlileri, sanığın idrarından örnek alınmasını sağlamış; yapılan tahlil sonucu *sanığın idrarında kokain* bulunmuş; diğer sanıklardan birisi sanıkla birlikte kokain kullandıklarını söylemiş; sanık tüm aşamalarda uyuşturucu madde kullanmadığını ileri sürmüştür. Yerel mahkeme sanık hakkında uyuşturucu madde kullanmak suçundan mahkûmiyet hükmü kurmuş; Yargıtay 10. Ceza Dairesi hükmü onamıştır (10. CD, 12.9.2003, 2002/4003, 2003/18952). (*Kınacı* 2004).

³⁰⁰⁴ BGHSt 32, 140; *Roxin* 1993, 92.

³⁰⁰⁵ (6) *Feridun Yenisey*, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul – 1991, s. 172.

³⁰⁰⁶ (7) *Özbek (1999)*: Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999, s. 112 vd.

düzenlenmiş, diğer bazı ülkelerde ise aramaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Örneğin Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 81a ve sonraki maddelerinde konu düzenlenmişken, Fransız hukukunda konu özel kanunlarda düzenlenmiştir. Sürücülerin alkol kontrolü için veya kişinin vücudunda taşıyarak uyuşturucu madde ticareti yaptığı şüphesi varsa gümrük hukuku uyarınca beden muayenesi yapılabilecektir.³⁰⁰⁷ İtalyan Hukukunda ise aramaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmektedir.³⁰⁰⁸

Ceza Muhakemesinde Kanununda beden muayenesine ilişkin düzenleme, şüpheli veya sanığın beden muayenesi (m. 75) ve diğer kişilerin beden muayenesi (m. 76) olarak ikiye ayrılmıştır. Yine beden muayenesi iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrılmıştır. Ancak dış beden muayenesine ilişkin düzenleme Ceza Muhakemesi Kanununda bulunmayıp, sadece Yönetmelikte bulunmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanununda “muayene” ve “müdahale” ayırımı yapılmıştır. Bu iki kavram farklı şeylerdir. Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 81a maddesinde de bu ayırım yapılmaktadır. Muayene, tıp kurallarına göre bazı sonuçlar elde etmek için vücuda dokunularak yapılan birtakım tespitlerdir. Müdahalede ise, vücuda operasyonel bir giriş söz konusudur.³⁰⁰⁹

Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi, vücudundan örnek alınması ve iç beden muayenesi.

Bu konu hakkında Ceza Muhakemesi Kanununda hüküm bulunmayıp³⁰¹⁰, sadece Beden Muayenesi Yönetmeliğinde³⁰¹¹ düzenlenmiştir.

II. Dış beden muayenesinin koşulları.

Dış beden muayenesi hakkında şu koşullar aranır:

1. Dış beden muayenesi savcı veya kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebi ile yapılır.
2. Sadece bir tabip tarafından yapılır. Görüntüleme söz konusu ise, tabip veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu tarafından yapılır.
3. Dış beden muayenesi yapılabilmesi, bu müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmamasına bağlıdır.

Sanık, şüpheli veya diğer kişiler iç/dış beden muayenesi hepsinde kadının muayenesi, istemi halinde olanaklar elverdiğince bir kadın tabip tarafından yapılır. Kadın tabip yoksa, bir başka kadın sağlık mesleği mensubu muayene esnasında bulundurulur.

İç/dış beden muayenesi kararlarına karşı itiraz kanun yolu tanınmıştır. İç beden muayenesine hâkim veya mahkeme karar verebileceğine göre, mahkeme kararına karşı da itiraz kanun yolu tanınmış olmaktadır.

III. Rıza sorunu.

Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 18 inci maddesi uyarınca, muayeneye veya örnek alınmasına ilgili kişi rıza göstermezse, kararın infazı için ilgili C. savcılığınca gerekli önlemler alınır.³⁰¹² Bu önlemlerden

³⁰⁰⁷ (8) Kühne 2003 (Hans-Heiner): Strafprozessrecht, 6. Auflage, Heidelberg 2003.

³⁰⁰⁸ (9) Kühne 2003, 628.

³⁰⁰⁹ (11) Yenisey (Feridun): Beden Muayenesi ve Örnek Alma: 12. Ulusal Adli Tıp Günleri, Antalya 28 Eylül-2 Ekim 2005, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, s. 71.

³⁰¹⁰ Öztürk'e göre (s. 578), bu düzenlemenin sebebi, 5353 sayılı Kanunu hazırlayan Revizyon Komisyonunun, TBMM Adalet Alt Komisyonu Şüpheli veya sanığın beden muayenesinin düzenlendiği CMK'nun 75. maddesinde dış beden muayenesine yer vermeyerek, bu muayeneyi aramaya ilişkin kurallara tabi tutma isteğidir. Bu muayene aramaya ilişkin hükümlere tabi tutulunca, savcıya ulaşılamayan ve gecikmede sakınca bulunan hallerde adli kolluk amirinin emri ile de yapılabilecektir.

³⁰¹¹ Öztürk'e göre (s. 579), Yönetmelikteki dış beden muayenesine ilişkin düzenlemenin uzaktan yakından CMK ile ilgisi yoktur. Yenisey, (Beden Muayenesi, s. 71), Kanunda düzenlenmeyen bir konunun Yönetmelikte düzenlenmesinin tartışmaya açık olduğunu belirtmektedir.

³⁰¹² Rıza konusunun açıkça düzenlenmeyip, yönetmelikte “C. savcısınca önlemler alınır,” denilmesi eleştirilmektedir (Arıcan Nadir: Fasikül 2010/7, 23). Arıcan, sağlığa zarar verememe ölçütünden yola çıkarak, beden muayenesine rıza

neyin kastedildiği anlaşılamamaktadır, örneğin kişinin eli kolu tutularak veya narkoz etkisi altında iken genital muayene yapılabilecek midir?

Bu konuda Alman CMK sadece hâkimi yetkili kılmıştır. Alman CMK'nun 81c maddesi uyarınca, ilgilinin işlemi reddetmesi halinde, doğrudan zor kullanma sadece hâkim tarafından, bu konuda özel olarak verilecek bir emir üzerine mümkündür. Bu emrin verilebilmesi için ilgilinin, hakkında uygulanan disiplin para cezası yaptırımına rağmen, ısrarlı bir şekilde işlemin yapılmasını reddetmesi veya gecikmede tehlike bulunması gerekir. Alman Hukukunda, şüphelinin beden muayenesi bakımından kendisinden beklenemeyecek kadar ağır bir şey ise, bu muayeneden kaçınabileceği kabul edilmektedir.³⁰¹³

Kişinin hâkim kararı veya savcı emrine rağmen, ilgiliye muayeneden kaçınmak imkanının tanınması, özellikle cinsel suçlarda genital muayenelerde söz konusu olmalıdır. Genital muayenelerde rıza dışı muayenenin teknik olarak mümkün olmadığı, ancak anestezi yardımı ile uyutarak veya başka bir şekilde uyutarak yapılabileceği kabul edilmektedir. Bu muayene şayet zor kullanılarak, kişinin eli kolu bağlanarak, tutularak yapılırsa %95 hatalı sonuçların çıkacağı belirtilmektedir.³⁰¹⁴

Kanaatimizce, hâkim kararına rağmen kişinin muayeneyi kabil etmediği ve buna direndiği durumlarda, ikinci bir hâkim kararı alınmalıdır. İkinci kararda hâkim, o işlemin mutlaka yapılması gerekip gerekmediğini somut olaydaki koşullara bakarak karara bağlamalıdır. Böylece, yapılacak muayene ile kişiye ağır bir zarar verilecekse, bu zarar önenebilir.

IV. Yok etme.

Ceza Muhakemesi Kanununun 80 inci maddesi uyarınca, beden muayenesi ve genetik incelemeler sonucu alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz. Aynı maddenin 2 inci fıkrası uyarınca, “bu bilgiler” kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhal yok edilir.

Belirtilen şekilde yok edilmemesi halinde, Ceza Kanununun 136 ve 138 inci maddelerinde düzenlenen suçlar oluşur.

Ancak CMK'nun 80 inci maddesinin 2 inci fıkrasındaki “bu bilgiler” ibaresi ile kastedilenin ne olduğu konusunda değişik yorumlar vardır. Kanaatimizce, CMK nun 80/2 inci fıkrası, 1 inci fıkra gibi 75, 76 ve 78 inci madde uyarınca elde edilen bilgileri kapsamaktadır. Bu açıdan 80/2 inci fıkrada öngörülen bilgilerin yok edilmesi zorunluluğu sadece genetik incelemeden elde edilen bilgileri değil, aynı zamanda sanık, şüpheli ve diğer kişilerin beden muayenesi suretiyle elde edilen bilgileri de kapsamaktadır.³⁰¹⁵ Bu hükümlerin Avrupa Bio-Tıp Sözleşmesine uygunluğu tartışmalıdır.

IV. Tesadüfi deliller ve aleyhe delil verme yasağı oluşturmama.

Ceza Muhakemesi Kanununun 138 inci maddesi uyarınca hukuka uygun bir şekilde yapılan arama sonucu, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet savcılığına derhal bildirilir. Yapılan aramada saç, tırnak gibi birtakım örnekler bulunursa delil olarak kullanılabilir.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İngiltere'ye karşı 17.12.1996 tarihli *Saunders* kararında, kendine karşı tanıklık etmeme hakkının öncelikle sanığın sessiz kalma isteğine saygı gösterilmesiyle

göstermeyen kişinin direnmesi runumunda sağlıkça zarar görebileceğini vurgulamakta ve tıbbi etik kurallara, 1219 numaralı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70 inci maddesine, Anayasanın 17 inci maddesine ve Biyotıp Sözleşmesine dayanmaktadır.

³⁰¹³ *Yenisey*: Beden Muayenesi, s. 79.

³⁰¹⁴ *Gürsel (Çetin)*: Beden Muayenesi ve Örnek Alma, in: 12. Ulusal Adli Tıp Günleri, Antalya 28 Eylül-2 Ekim 2005, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, s. 58.

³⁰¹⁵ Nitekim madde üzerinde 25.11.2004 tarihinde Adalet Komisyonundaki görüşme tutanaklarından da bu sonuç çıkarılabilmektedir (Bkz. Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2005, s. 1046). *Nuhoğlu (Ayşe)*: Beden Muayenesi Yeditepe Üniv. Hukuk Fak. D., 2006/2 C. III, 323.

ilgili olduğunu belirterek, devletlerin hukuki sistemlerinde ve başka yerlerde yaygın olarak anlaşıldığı üzere, bu hak ceza yargılamalarında sanıktan cebren elde edilmiş olabilecek malzemenin kullanılmasını kapsamamakla beraber, şüphelinin isteğinden bağımsız olarak mevcudiyeti bulunan, arama emri sonucu bulunan tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan bedensel dokuların kullanılmasının mümkün olduğunu vurgulamıştır.³⁰¹⁶

V. Beden muayenesi tedbirinin amacı.

Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca beden muayenesi *sadece delil etmek amacıyla* yapılabilir. Örneğin şüphelinin teşhisi amacıyla saç, sakalı kesilebilir veya boyanabileceği, bunun insan onuruna aykırı olmadığı kabul edilmektedir.³⁰¹⁷ Buna karşılık şüphelinin kusturularak midesindeki uyuşturucunun çıkarılması amacıyla birtakım ilaçların verilmesinin insan onuruna aykırı olduğu belirtilmektedir.³⁰¹⁸ Tedavi amaçlı veya diğer amaçlı muayeneler, örneğin bekaret kontrolleri Kanun ve Yönetmelik kapsamında olmadığı gibi, bu hallerde TCK'nun 287 inci maddesinin de uygulanması düşünülemez.³⁰¹⁹ Zira adli amaçlı olmayan beden muayenelerinde hâkim veya savcı kararı aranmayacağı için 287 inci maddenin unsurlarının oluşması da söz konusu olmaz.

Bunun yanında gözaltına alınan şüphelinin sağlık kontrolünde de Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin³⁰²⁰ sağlık kontrolü başlıklı 9 uncu maddesi uygulanır.

Ceza Muhakemesi Kanununun 75/son³⁰²¹ ve Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 6/son fıkrası uyarınca, “Özel kanunlardaki alkol muayenesi ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır”.

İç beden muayenesi amacı ile yapılan müdahale nedeniyle kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi bulunmamalıdır.³⁰²²

VI. Arama, soybağı tespiti ve dış beden muayenesi farkı.

1. Arama ile farklar.

Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 23'üncü maddesi uyarınca kişinin vücut yüzeyinde bulunan atış artığı gibi biyolojik olmayan örnekler, elbiseleri ve diğer eşyaları üzerinde bulunan örnekler ile vücut yüzeyinde *başkasına ait* olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örnekler olay yeri inceleme uzmanları tarafından alınabilir. Hükümden de anlaşıldığı üzere, şüphelinin vücut yüzeyinden kendisine ait biyolojik örnek alınmasında madde uygulanamaz. Madde uyarınca biyolojik örnek alınması ancak bunların üçüncü kişilere ait olması halinde mümkündür.

Beden muayenesi ile arama da farklılaştırılmıştır. Üst araması kişinin bedenine bakmayı da kapsar.³⁰²³ Vücudun aranması ve dış beden muayenesi birbirine oldukça yakın kavramlardır. Ceza Muhakemesi Kanununda sanık veya şüphelinin dış beden muayenesine ilişkin hüküm bulunmaması nedeninin kanunkoyucunun iradesinin bu konuda aramaya ilişkin hükümlerin uygulanması yönünde

³⁰¹⁶ Malkoç/Yüksektepe: Açıklamalar ve Yorumlarla Ceza Muhakemesi Kanunu Ankara 2005, s.222.

³⁰¹⁷ Grünwald, JZ 1981, s. 423. Kühne, 247.

³⁰¹⁸ OLG Frankfurt StV 1996, s. 651. Buna karşılık şüpheli kusturulmadığı takdirde uyuşturucunun midesinde çözülme tehlikesi varsa müdahale edilebilecektir (Kühne, 247).

³⁰¹⁹ Zira TCK'nun genital muayene başlıklı 287. maddesi Kanunun Millete ve Devlete Karşı Suçlar kısmının, Adliye Karşı Suçlar başlıklı ikinci bölümünde düzenlenmiştir. Suçla korunan hukuki yarar adliye olduğundan, ancak adli amaçlı, delil elde edilmesi amacıyla yapılacak genital muayenelerde hüküm uygulama alanı bulacaktır.

³⁰²⁰ RG. 01.06.2005/25832

³⁰²¹ Fıkra maddeye 2005-5353 sayılı Kanunun 2. maddesi ile eklenmiştir.

³⁰²² Kınacı, 12. Adli Tıp Günleri Tebliğinde zikredilen kaynaklara bakınız: Hamdi Ünal Karabeyoğlu, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/127.doc (Erişim tarihi: 21.09.2005). Yahya Akçadırıcı, Genel Hükümler Koruma Tedbirleri ve Soruşturma Evresi, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/143.doc (Erişim tarihi: 16.09.2005). Aksine görüş bkz. Malkoç – Yüksektepe, age, s. 220; Murat Aydın, Ceza Muhakemesi Kanunu Eğitim Notları, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/164.doc (Erişim tarihi: 19.09.2005).

³⁰²³ Yenisey: Beden Muayenesi, s. 70.

olduğunu da gösterebilir. Bir kişinin ağızındaki bir şeyin çıkarılması³⁰²⁴, koltuk altındaki bir eşyanın alınmasında dış beden muayenesine ilişkin hükümler değil, aramaya ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ağız, koltuk altı gibi diğer beden boşluklarında yapılan muayenelerde de – 4 üncü fıkrada belirtilen bölgeler hariç - arama hükümleri uygulanacaktır. Bunun yanında elden swap alınmasının beden muayenesi olduğu belirtilmektedir.³⁰²⁵ Ancak bu konuda Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 23 üncü maddesinde açık hüküm bulunmaktadır.

Vücut boşluklarında yapılan işlemlerde üst aramasına ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bunun üst araması sayılabilmesi için, beden yüzeyinde herhangi bir araç kullanılmaksızın yapılıyor olması gerekir. Beden boşluklarında yapılan işlemde tıbbi araç kullanılmakta veya tıbbi müdahale yapılması söz konusu ise artık üst araması değil, beden muayenesi söz konusu olacaktır. Benzer şekilde bir kişinin enjeksiyon yapıp yapmadığı konusunda gömleğinin kaldırılması ve koluna bakılması üst aramasıdır.³⁰²⁶ Bunun arama olarak kabul edilebilmesi için sırf bakma şeklinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Beden muayenesi hükümlerinin uygulanması için, muayeneye konusunun canlı olması gerekir. Ölü üzerinden yapılacak örnek alma ve *muayene keşif veya otopsi* konusu olabilir.

2. Çocuğun soybağının tespiti ve beden muayenesi.

Çocuğun soybağının tespiti amacıyla yapılacak DNA testleri de CMK'nun 76 ncı maddesinde düzenlenen koşulların gerçekleşmesine bağlı tutulmuştur. Gerçekten 76/3 üncü fıkra, “çocuğun soybağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir” hükmünü havidir. Çocuğun soybağının araştırılmasına bir suç sebebiyle gerek duyulabileceği gibi, suç olmaksızın da soybağının araştırılması gerekebilir. Her iki halde de 76/3 üncü madde uyarınca soybağının araştırılması yapılabilecek midir? İkinci halin madde kapsamında olmadığı, medeni usul hukuku kuralları gereğince bu araştırmanın yapılması gerektiği ileri sürülebilir. Zira kural olarak Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri ceza muhakemesinde ve ceza mahkemeleri tarafından uygulanır. Sadece babalık davasında soybağının araştırılmasına gerek duyuluyorsa, ceza muhakemesi söz konusu değilse CMK'nun 76 ncı maddesinin uygulanmaması gerekir. Zira, soybağının tespiti amacıyla vücuttan örnek alma mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesinin düzenlendiği 76 ncı maddede düzenlenmiştir. Sanık veya şüphelinin beden muayenesinin düzenlendiği 75 inci maddede soybağının tespitinden söz edilmemektedir. Bu nedenle soybağının tespiti amacıyla şüpheli veya sanıktan örnek alınması gerekmekte ise, 75 inci maddedeki genel koşullar uygulanacaktır. CMK'nun 76/3 üncü fıkrasında mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesinden ve vücutlarından örnek alınmasından söz ediliyorsa da, CMK'nun 78 inci maddesinde, soybağının araştırılması amacıyla mağdur, diğer kişiler, şüpheli veya sanıktan alınan örnekler üzerinde genetik incelemeler yapılması hali düzenlenmiştir. O halde 76/3 üncü fıkra gereğince soybağının araştırılması, medeni yargılamada da uygulanması gereken bir hükümdür. Kanun koyucu sadece suç sebebiyle soybağının tespitini Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlemek isteseydi, bu konuda 76. maddeye ayrıca bir hüküm koymasına gerek yoktu. Zira ortada bir suç varsa, babalığı iddia edilen kişi şüpheli veya sanık, soybağının tespiti istenen çocuk ise diğer kişi olarak vücutlarından örnek alınması imkânı mevcuttur. Medeni usulde uygulanacak olan bir hükmün ceza muhakemesi kanununda düzenlenmesi sistematik, kanun yapma tekniği bakımından yerinde olmamıştır.³⁰²⁷

³⁰²⁴ Bir görüşe göre, ağız boşluğuna bakılması dış beden muayenesidir (Öztürk 2006: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. baskı Ankara 2006, s. 677).

³⁰²⁵ *Kızılarslan (Hakan)*: Beden Muayenesi ve Örnek Alma, in: 12. Ulusal Adli Tıp Günleri, Antalya 28 Eylül-2 Ekim 2005, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, s. 56.

³⁰²⁶ *Yenisey*: Beden Muayenesi, s. 70.

³⁰²⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Hırvatistan'a karşı Mikulic davasında*, evlilik dışı doğan bir çocuğun açtığı babalık davasında, baba olduğu iddia edilen kişinin altı kez başvurulmasına rağmen DNA testi yaptırmayı reddetmesi imkanı veren düzenlemeyi İHAS'a aykırı bulmuştur. Mahkemeye, baba adayının DNA testi yaptırmama hakkı ile çocuğun soybağının tespit hakkı arasındaki çatışmayı değerlendirerek çocuğun menfaatinin üstün tutulması gerektiği sonuca varmıştır. Hırvat kanunlarına göre babalığa hükmedilecek kişinin teste zorlanamayacağı hükmü nedeniyle DNA testi yaptırmayan Hırvat yetkililerin Sözleşmeden doğan pozitif yükümlülüğü yerine getirmediklerine ve çocuğun özel yaşam hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir (Karar için bkz. *Uzeltürk (Sultan)*: Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul 2004, s. 162).

VII. İç beden muayenesi.

Ceza Muhakemesi hukuku mevzuatımızda beden muayenesi, iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrılarak düzenlenmiş, vücuttan örnek alınması iç beden muayenesi koşullarına paralel bir şekilde düzenlenmiştir. Girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri de dış beden muayenesi ile paralel bir şekilde düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanununda da iç beden muayenesi ile vücuttan örnek almanın koşulları tek hükümde düzenlenerek adeta vücuttan örnek alma iç beden muayenesi sayılmıştır. Oysa Beden Muayenesi Yönetmeliğinde iç ve dış beden muayenesi farklı hükümlerde düzenlenmiştir.

Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesidir. Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 4'üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayenede iç beden muayenesi sayılacağı hüküm altına alınmıştır.

Vücuttan örnek alınması, kan veya benzeri biyolojik örneklerle, saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınmasıdır.

İç beden muayenesi, genellikle delil elde etmek amacıyla, vücuttan örnek alma ise genellikle olay yerinde veya mağdur üzerinde bulunan delillerle karşılaştırma yapmak amacıyla gerçekleştirilir.

Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesinin/vücuttan örnek almanın koşulları CMK'nun 75 inci maddesi ile Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 4 ve 6. maddelerinde düzenlenmiştir. Beden muayenesinde temel hakların kısıtlanması söz konusu olduğundan kıyasen genişletilmesi mümkün değildir.³⁰²⁸

1. Karar verme yetkisi.

Karar verme yetkisi, re'sen veya savcı veya mağdurun istemi üzerine hâkim veya mahkemeye ait olup³⁰²⁹, gecikmede sakınca varsa C. Savcısının emri ile de yapılabilir. Savcının emir verdiği hallerde bu emir 24 saat içinde hâkim veya mahkeme onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme 24 saat içinde kararını açıklar. Sanık veya şüpheliye ilişkin iç beden muayenesi ilgilinin rızası ile yapılamaz. CMK'nun 75 inci maddesinde değişiklik yapan 5353 sayılı Kanunun gerekçesinde, müdafii huzurunda rıza göstermesi halinde, şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi yapılabilmesi, vücudundan örnek alınabilmesi için karar alınmasına gerek bulunmadığı belirtilmekte ise de bu gerekçe 75 inci maddenin metnine aykırıdır.³⁰³⁰

2. Sağlık için zararlı olmama koşulu.

İç beden muayenesi/örnek alınması yapılabilmesi bu müdahalenin *kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmamasına* bağlıdır. Beden muayenesi Yönetmeliği bunu "açıkça ve öngörülebilir bir zarar olmamasına" bağlıdır şeklinde belirtmiştir. Burada akla şu sorular gelmektedir: Uyuşturucu tacirinin midesindeki uyuşturucuyu çıkarmak mümkün olabilecek midir? Veya casusun yuttuğu bir kâğıt, doğal yoldan vücuttan atılması beklenmeksizin cerrahi müdahale ile mideden alınabilecek midir?

Bu ihtimallerde midedeki uyuşturucu maddenin veya kâğıdın cerrahi müdahale ile çıkarılabilmesi gerekmektedir. Zira Kanunun 76 ncı ve Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 7 inci maddesinde diğer kişilerin beden muayenesinde "*cerrahi bir müdahalede bulunmamak*" koşulu belirtilmişken, sanık veya şüphelinin beden muayenesine ilişkin 75 inci madde ile Yönetmeliğin 4'üncü maddesinde böyle bir koşul öngörülmemiştir. Bu açıdan sanık veya şüpheli üzerinde cerrahi müdahale niteliğinde muayene

³⁰²⁸ Bilindiği üzere kıyas yasağı maddi ceza hukuku alanında sözkonusu olup, ceza muhakemesi hukukunda kıyas mümkündür. Ancak ceza muhakemesinde hukukunda da kanunda açıklık olmayan hallerde temel hakların kıyasen kısıtlanamayacağı kabul edilmektedir.

³⁰²⁹ Soruşturma aşamasında iç beden muayenesi yapılıyorsa soruşturmanın yapıldığı yer sulh hâkimi, kovuşturma aşamasında yapılıyorsa davaya bakmakla görevli ve yetkili mahkeme ya da hâkim karar verir.

³⁰³⁰ Gerekçe ile metin arasındaki bu çelişkinin, teklif metni Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonunda değiştirildiği halde, gerekçenin değiştirilmemesinden kaynaklandığı belirtilmektedir (*Kınacı*: Yeni Yasalar Çerçevesinde Beden Muayenesi ve Örnek Alma, in: 12. Ulusal Adli Tıp Günleri, Antalya 28 Eylül-2 Ekim 2005, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, s. 63).

yapılabilecektir.³⁰³¹ Ancak bu tür müdahalelerde özellikle orantılılık ilkesine ve suçun ağırlığına özellikle dikkat edilmek gerekir. Verilen örneklerden yutulan ve delil niteliğinde olan kâğıdın doğal yoldan vücuttan atılması beklenirse, bu kâğıt bozulacağından delil olma niteliği de kalmayacaktır.

Burada cerrahi müdahalenin sağlık açısından açıkça ve öngörülebilir bir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekmektedir. Cerrahi bir müdahalenin sağlığa verme tehlikesinin bulunmaması hali imkân dahilinde görünmemektedir.

Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 3'üncü maddesinde "cerrahi müdahale", tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar" şeklinde tanımlanmıştır. Midedeki kâğıt parçasının alınması veya uyuşturucu maddenin çıkarılmasında tanı veya tedavi amacı bulunmayacağı açıktır.

3. İşlemi yapabilen kişiler.

CMK'nun 75 inci maddesinde iç beden muayenesinin *tabip veya sağlık mesleği mensubu* bir kişi tarafından yapılabileceği belirtilmişken, Yönetmeliğin 4/2 inci fıkrasında iç beden muayenesinin sadece tabip tarafından yapılacağı, vücuttan örnek alınmasının tabip veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu tarafından yapılabileceği 6 ncı maddede belirtilmiştir.

Sağlık mesleği mensubunun tanımı, Ceza Kanununun 280 inci maddesinde yapılmıştır. Bu maddeye göre sağlık mesleği mensubu, tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerdir.

4. Cezanın ağırlığı koşulu.

Üst sınırı 2 yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda iç beden muayenesi/vücuttan örnek alma işlemi yapılamaz. Bu halde, Ceza Kanununun 191 inci maddesinde öngörülen yaptırım göz önüne alındığında, uyuşturucu madde kullanma suçundan dolayı iç beden muayenesi yapılamayacak, vücuttan örnek alınamayacaktır. Oysa belirtilen suç şekli vücuttan örnek alma yoluyla kolaylıkla ispat edilebilir.

5. Beden muayenesi yapma veya örnek alma kararının verilmesi.

Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz, kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmaz (CMK "2005-5353" 75/5).

Bizce, şüphelinin aydınlatılmış rızası varsa, doğrudan beden muayenesi yapılabilirdir: Ancak, CMK'nın 75'nci maddesi iç beden muayenesi veya vücuttan örnek alma işlemleri için mutlaka Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkemenin kararını gerektirmektedir. Karar olmadan, şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi yapılmasını ve vücutundan örnek alınmasını düzenlememiştir.

CMK'nın 75'nci maddesinde değişiklik yapan 5353 sayılı Kanunun gerekçesinde, müdafii huzurunda rıza göstermesi halinde, şüpheli veya sanığın iç beden muayenesinin yapılabilmesi, vücutundan örnek alınabilmesi için karar alınmasına gerek bulunmadığı belirtilmekte ise de, bu gerekçe 75 nci maddenin metnine açıkça aykırıdır. Gerekçe ile metin arasındaki çelişkinin nedeni, teklif metni Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonunda değiştirildiği halde, gerekçenin değiştirilmemesinden kaynaklanmaktadır.

Değişiklikten önceki düzenleme (CMK 75/3'te yer alan, şüphelinin beden muayenesi hakkındaki) şöyle idi: "Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda kişi üzerinde beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan, tükürük, tırnak, cinsel salgı gibi örnekler alınmaz."

İki yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda şüphelinin iç bedeninin tıbbi muayenesinin yapılabilmesi, ya da vücutundan biyolojik örnekler alınabilmesi için, kural olarak bir tali ceza davası açılması gerekir.

Görüldüğü gibi, 2005-5353 değişikliği ile, fıkra "iç beden" unsuru eklenmiş, "cinsel salgı" kelimesi çıkarılmış ve "biyolojik örnek" kelimesi yerleştirilmiştir. Şüpheli dışındaki kişilerin (dış ve iç

³⁰³¹ Nitekim maddenin Hükümet Tasarısının 3. fıkrasında "cerrahi müdahalede bulunmamak" koşulu bulunmasına rağmen, bu husus Kanuna alınmamıştır. Dolayısıyla cerrahi niteliğinde işlemler yapılabilecektir. Bkz. *Kızılarslan*, 54.

beden muayeneleri) ayrı ayrı düzenlenirken, Ceza Muhakemesi Kanununda şüpheli bakımından (dış) beden muayenesinin düzenlenmemesi ilginçtir. Bunun anlamı, kanunkoyucunun şüphelinin dış beden muayenesini yasaklamış olduğu herhalde değildir. Netekim, Muayene Yönetmeliği, şüphelinin dış ve iç muayenesini ayrı ayrı düzenlemiştir (MuayeneY 4 ve 5).

Beden muayenesi veya örnek alma kararı, C. savcısının veya mağdurun istemi ile, ya da yargılama makamı tarafından re'sen verilebilir (CMK “2005-5353” 75/1).

2005-5353 değişikliğinden önce, kan veya cinsel salgı gibi örnekler alınması, sadece yargılama makamı kararı ile gerçekleştirilebilirken, şüpheli veya sanığın vücudundan saç, tükürük ve tırnak gibi örnekler alınabilmesine, C. savcısı da karar verebiliyordu. Yeni düzenleme bütün işlemleri tek çatı altında topladı ve bu ayrımı kaldırdı.

C. savcısının kararı 24 saat içinde yargılama makamının onayına sunulur ve 24 saat içinde karara bağlanır. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz (CMK 75/1).

Hâkim veya mahkemenin iç (2005-5353) beden muayenesi veya vücuttan *biyolojik* (2005-5353) örnekler alınması kararı verebilmesi için, “müdahalenin” kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir (CMK “2005-5353” 75/2).

6. İtiraz.

Beden muayenesi veya vücuttan biyolojik örnek alınması hakkında hâkim veya mahkeme tarafından verilen kararlara karşı itiraz edilebilir (CMK 75/6).

7. Vücuttan alınabilen örnekler.

2005-5353 değişikliğinden önce, şüpheli veya sanığın “vücudundan” kan veya cinsel salgı gibi örnekler alınması ayrı bir kategoriye sokulmuş ve savcı emir verme yetkisi ile donatılmamıştı. Buna karşılık; saç, tükürük ve tırnak gibi örnekler alınması emrini C. savcısı da verebiliyordu, C. savcısının emri yargılama makamının onayına tabi tutulmuştu (CMK 75/1).

Ceza Muhakemesi Kanununun hemen değiştirilen maddelerinden olan beden muayenesine ilişkin hükümler, Kanunun ne kadar acele ile hazırlandığını açıkça göstermektedir. Mevzu Kanundan da önemli farklılıklar vardır. 2005-5353 numaralı Kanun ile CMK 75’te yapılan değişiklikle, “cinsel salgı” kelimesi çıkartıldı. Cinsel organlar veya anüs bölgesinde “muayene” yapılması kabul edildi (CMK “2005-5353” 75/4), ama vücuttan “cinsel salgı” alınması kabul edilmedi. Cinsel salgının “biyolojik örnek” kapsamına girdiği kabul edilse dahi, dördüncü fıkra sadece “muayeneye” izin verdiği için, artık cinsel salgının alınması kararı verilemeyecektir. Kanunkoyucu’nun amacının bu sonuca ulaşmak olduğunu sanmıyoruz. Zira, cinsel suçların aydınlatılmasında bu tür verilerin incelenmesi büyük önem taşır. Genişletici bir yorum yapılarak, “biyolojik örnek” teriminin “cinsel salgıyı” da kapsadığı söylenebilir.

8. Müdahale yöntemi.

Yargılama makamının verdiği karar üzerine şüpheli veya sanığın “bedeninin” tıbbi yönden iç (2005-5353) muayenesi ve “vücudundan” kan gibi biyolojik örnekler alınması şeklindeki müdahaleler, ancak *tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir* (CMK “2005-5353” 75/3).³⁰³² Madde değiştirilmeden önce, bu müdahale “*hekim tarafından veya hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilirdi*” (CMK 75/1). Değişiklik neticesinde “hekim”, “tabip” olmuş, sağlık mesleği mensubu ise, bu müdahaleyi tek başına yapabilir hale getirilmiştir.

2005-5353 değişikliği öncesinde “müdahale” niteliği taşımayan, şüpheli veya sanığın vücudundan saç, tükürük ve tırnak gibi örnekler alınabilmesi bakımından C. savcısının emir vermesi, emrin 24 saat içerisinde yargılama makamı tarafından onaylanması öngörülmüş fakat saç tükürük ve tırnak gibi örneklerin kimin tarafından alınacağı yasada gösterilmemişti. Bu nedenle bu tür örneklerin adli kolluk memurları tarafından alınabilmesi mümkündü. Değişiklik neticesinde, tırnak almak için dahi, C. Savcısının “karar” vermesi ve bunun hâkim tarafından onaylanması gerekmektedir.

³⁰³² Yapılacak işlem için kişinin sağlığına zarar vermeyecek nitelikte olma şartı vardır (Özbek 2005, 256).

Kanun “bu müdahalelerin ancak tabip tarafından veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceğini” (CMK 75/3) hükme bağlamış olmakla birlikte, sanığın veya mağdurun karşı çıkması durumunda nasıl bir usul uygulanacağını açıklamamıştır.

Beden muayenesi hâkim kararı ile yapılabileceği için, bir yargılama makamının verdiği kararın yerine getirilmesinin söz konusu olduğu açıktır.

Bu konuda Alman Ceza Usul Kanunu “zorla muayene etme” yöntemini benimsemiştir. Ancak, bunun kişiye aşırı eza verecek şekilde ve insan olma haysiyetini zedeler biçimde yapılması hukuka aykırıdır.³⁰³³

Fransız Ceza Usul Kanunu ise, muayene olmayana, ayrıca hâkim kararına uymamanın gerektirdiği bir para cezası uygulamakta, fakat zorla muayene yapmamaktadır.

Beden Muayenesi Yönetmeliği, muayeneye tabi kişilerin (şüpheli, sanık veya diğer kişiler), bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen, rıza vermemeleri halinde, kararın infazını sağlamak için, C. Başavcılığının “gerekli önlemleri” almasını öngörmektedir (MuayeneY 18/1). Suç mağdurunun rıza göstermesi halinde hâkim kararına gerek görmeyen Yönetmelik, şüphelinin rıza göstermesi halinde ise, gene de karar alınmasını istemektedir (MuayeneY 18/2 ve 3).

Kanunumuzun (CMK 75/3) “ancak tabip tarafından *yapılabilir*” ibaresi, “karşı çıkıldığında muayene yapılmayacağı konusundaki”, adli tıpçıların tezini kuvvetlendirir niteliktedir. Eğer Kanun *yapılır* deseydi. Muayenenin zorla yapılacağını söyleyebilirdik. Bu konunun da ileride tartışmalar yaratması beklenebilir.

9. Terminoloji.

Kanun “iç beden” muayenesi ve “vücuttan” örnek alınması terimlerini kullanmaktadır. “Beden” ile “vücut” arasındaki fark belli değildir.

Bununla birlikte, yasadaki ayrımlara bakarak, “bedenin” iç organları da kapsayacak şekilde düşünüldüğü, “vücutun” ise bütün organları kapsayacak biçimde, bedenin dışı olarak algılandığı anlaşılmaktadır.

10. Vücuda bakarak inceleme.

Bedene müdahale teşkil etmeyen, vücuttan da örnek almayan bir inceleme yöntemi, bir insanın vücuduna dıştan bakarak inceleme yöntemidir.

Böyle, “bakarak inceleme” söz konusu olduğunda, “arama” ile ilgili genel kuralların geçerli olacağı düşüncesindeyiz.

Nitekim Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 23’üncü maddesi uyarınca, kişinin vücut yüzeyindeki biyolojik olmayan örnekler ile vücut yüzeyinden başkasına ait olduğu açıkça anlaşılan kıl, tüy, lif gibi örnekler olay yeri inceleme uzmanları tarafından alınabilecektir.

VIII. Beden Muayenesi ve hukuka aykırı deliller.

Müdahale niteliği taşıyan beden muayenesi ve vücuttan biyolojik örneklerle, saç, tükürük, tırnak gibi örnekleri alma işlemlerin yapılabilmesi için, neticede mutlaka hâkim kararı gereklidir (CMK “2005-5353” 75/1).

Hâkim kararı olmadan yapılan bütün bu işlemlerden elde edilen deliller kanuna aykırı bir şekilde elde edilmiş olduğundan, ispat amacıyla kullanılamazlar (CMK 217/2).

C. savcının emri ile alınan, ancak 24 saat içinde hâkim veya mahkeme onayına sunulmayan veya yargılama makamının onaylamadığı emir, hükümsüz kaldığı için, elde edilen delillerin kullanılması yasaklanmıştır (CMK 75/1).

³⁰³³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 11 Haziran 2006 tarihli *Jalloh-Almanya* kararında; uyuşturucu madde nakletmek için söz konusu maddeyi yuttuğundan şüphelenilen kişinin, savcının talimatı ile, rızası bulunmamasına ve aktif direnç göstermesine rağmen midesine indirilen sonda ile kusturulması, delil elde için en son çare olmadığı ve kişinin insan olma onurunu gereksiz ölçüde çiğneyen bir yöntem olması ve kişiye aşırı bir şekilde eza vermesi nedeni ile, Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir (*Mahmutoğlu*, Fasikül, Haziran 2010, sayı 7, 26).

Kanunun ilk düzenleniş şeklinde “diğer kişilerin beden muayenesi” de, anlaşılır şekilde değildi: Şüpheli ve sanıkların yanı sıra, diğer kişilerin beden muayenesinde, çocuk ve akıl hastasının tanıklıktan çekinme hakları varsa, bunların beden muayenelerinden veya vücutlarından alınan örneklerden elde edilen deliller duruşma aşamasında kanuni temsilcisinin izni olmadıkça kullanılamıyordu (CMK 76/3). Bu düzenleme akıl karıştırıcı idi: İlk başta kanuni temsilcinin kararı ile yapılan, “hukuka uygun” bir beden muayenesi vardı veya hâkim tarafından beden muayenesi kararı verilmişti, fakat iş duruşma aşamasına geldiğinde, kanuni temsilcinin tekrar izin vermesi koşulu öngörülmüştü. Başlangıçta hukuka uygun olarak alınan bir delilin kullanılmasının, bu kadar zorlaştırılmasının sebebi anlaşılammaktaydı.

Kanun, 2005-5353 numaralı Kanun ile değiştirildi. Yeni düzenlemeye göre, çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanuni temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması halinde, görüşü de alınır. Kanuni temsilci de aynı davada sanık konumunda ise, hâkim kararı alınır. Ancak, bu halde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında kanuni temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz (CMK “2005-5353” 76/4).

Beden muayenesine ilişkin hükümlerin, şüpheli veya sanık açısından aleyhe delil verme yasağı ve/veya susma hakkı ile bağdaşır bağdaşmadığı sorununun da irdelenmesi gerekmektedir. Anayasa’nın 38. maddesi uyarınca hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

Beden muayenesine ilişkin hükümlerin susma hakkının ihlali olmayacağı açıktır. Zira susma hakkı, şüpheli veya sanığın *beyanda bulunma* yükümlülüğüne ilişkindir. Muayenede ise bir beyan söz konusu değildir.

Aleyhe delil verme yasağının kapsamı sanık veya şüphelinin delilin elde edilmesinde aktif bir katılımının bulunup bulunmamasına bağlıdır.³⁰³⁴ Şayet delilin elde edilmesi için ilgilinin *aktif bir katılımı* gerekmekte ise ancak bu takdirde aleyhe delil verme yasağı söz konusu olabilecektir. Beden muayenesinde ise şüphelinin aktif bir katılımı bulunmamaktadır.³⁰³⁵ Şüpheli veya sanığın muayeneye aktif bir katkıda bulunma yükümlülüğü bulunmasa da muayene olmak için soyunmak zorundadır. Fakat bizzat kendisi, örneğin bağırsaklarında kontrast yaratsın diye bir şey içmeye zorlanamaz.³⁰³⁶

Bu nedenlerle Avusturya gibi ülkelerde şüpheli veya diğer kişilerin aktif katılımını gerektiren beden muayenesinin rıza hilafına yetkili merciin emri ile yapılamayacağı kabul edilmektedir.³⁰³⁷

Yeşilköy havaalanında genital arama ile ilgili AYM kararı alınacak.

BGH, 11.4.2018 - 5 StR 609/17; Şüphelinin ayağını kaldırması aktif hareket sayılmaz

Şüphelinin ayağının havaya kaldırılarak ayakkabısının tabanının fotoğrafının çekilmesi, şüphelinin aktif hareketi sayılmaz ve çekilen resim yasadık delil kapsamında sayılmaz. Şüpheli ayağına kendisi kaldırır, bu yaptığı hareket delil elde etme bakımından şüphelinin katkısının çok düşük düzeyde kaldığı bir davranıştır; ayakkabı ayağından çıkartılarak da tabanının resmi çekilebilirdi.

2. Moleküler Genetik İncelemeler (CMK 78)

17 CD 26.4.2016, E. 2015-13442, K. 2016/6183; Karar almadan yapılan DNA incelemesi

Suç yerinde bulunan bereden alınan DNA örneklerinin daha sonra av tüfeğı ile yaralanan bir kişinin kan örneğindeki DNA ile eşleşmesi olayında, DNA incelemesinin hâkim kararı ile yapılmamış olması ve yasal dayanak olmamasına rağmen DNA bilgi bankası oluşturulmuş bulunması nedenleri ile karar bozulmuştur: İş yerinin çatı kiremitleri kırılarak yapılan hırsızlıkta çatının tahtalı bölümünde bir adet

³⁰³⁴ *Dönmezer (Sulhi): Örgütlü Suçluluk ve Hukuka Aykırı Deliller, Sempozyum Hukuka Aykırı Deliller, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1996, s.131.*

³⁰³⁵ Beden muayenesinde aleyhe delil verme yasağının sadece tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden de kaçınılabileceğı yönündeki hükümlerle açıklamak kanımca yetersiz bir açıklamadır. Tanıklıktan çekinme hakkının özünde sadece aleyhe delil verme yasağı bulunmamak gerektir. Tanık objektif, tarafsız olmalıdır, tanıklıktan çekinme hakkının özünde bu tarafsızlık objektiflik bulunmaktadır.

³⁰³⁶ *Yenisey, Beden Muayenesi, s. 72.*

³⁰³⁷ *Kühne, 640.*

berede ele geçirilmiştir. Cumhuriyet Savcısının talimatıyla yapılan kriminal incelemede bereden elde edilen epital hücrenin sanığın açık yarısından alınan kan örneği ile uyumlu olduğu bildirilmiştir. Bu bilgi üzerine sanık yakalanmışsa da hurdacılık yaptığını, söz konusu işyerine zaman zaman gittiğini, berenin orada düşmüş olabileceğini belirterek hırsızlık iddiasını kabul etmemesi üzerine berenin çatı katta ele geçirilmesi nedeniyle mahkûmiyet hükmü kurulmuş ve temyiz edilmiştir. Yargıtay av tüfeği yaralanması olayıyla ilgili olarak hazırlanan raporun hâkim kararı izni ile hazırlanıp hazırlanmadığının araştırılmasını istemiş ve suç tarihi itibarıyla DNA bilgi bankasına ilişkin yasal düzenlemelerin durumuna bakılması gerektiğine dikkat çekerek hükmü bozmuştur.

10. CD 15.5.2007, K. 2007/5708; Karar almadan yapılan DNA incelemesi

Şüpheli *İbrahim*, açık kimliği tespit edilemeyen *İsmail* ile birlikte çaldıkları otomobil ile takip sonucu yakalanmışlardır. Çalıntı otoda yapılan *incelemede*, küllükte yanar vaziyette kâğıda sarılı esrar, araç içinde de içmek üzere hazırlanmış esrar bulunmuş ve elkonulmuştur. *İbrahim*, kendisinin esrar kullanmadığını, esrarın *İsmail'e* ait olduğunu ileriye sürmüştür. *İsmail* ele geçirilememiştir. Pendik C. Başsavcılığı *İbrahim* hakkında 30.12.3005 tarihinde iddianame düzenlemiş ve *mevcut delillerin mahkeme tarafından takdir edilmesini* talep etmiştir. Pendik 1 inci Sulh Ceza Mahkemesi 6.1.2006 tarihinde, iddianamenin değerlendirilmesi kararı vererek, iddianameyi iade etmiştir. C. Başsavcılığının itirazı üzerine, Pendik 2. Asliye Ceza Mahkemesi, 18. 1. 2006 tarihinde itirazın reddine karar vermiş ve ilk iddianame ortadan kalkmıştır. C. Başsavcılığı 20.1.2006 tarihinde şüphelinin vücudundan kan ve tükürük örnekleri alınmasını talep etmiş, fakat bu istem Pendik 1 inci Asliye Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Ret gerekçesinin CMK 75/5 uyarınca 2 yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlarda beden muayenesi yapılamaması ve şüpheliye yüklenen suçun da TCK 191/1 de düzenlenen ve 1-2 yıl hapis cezasını gerektiren bir suç olması olduğu anlaşılmaktadır. Bunun üzerine, C. Başsavcılığı elindeki delillerle 23.1.2006 tarihinde iddianame düzenlemiş, iddianame Pendik 1 inci Sulh Ceza Mahkemesince 6.2.2006 tarihinde tekrar iade edilmiş ve itiraz üzerine Pendik 3'üncü Asliye Ceza Mahkemesi itirazın reddi kararı vermiştir. Yargıtay incelemesinden geçmeden kesinleşen bu karara karşı Adalet Bakanlığı 25.4.2006 tarihinde kanun yararına bozma isteminde bulunmuş, Yargıtay C. Başsavcılığı da Yargıtay 10. Ceza Dairesine temyiz davası açmıştır. Yargıtay, CMK 75/5 ile *iki yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda beden muayenesi yapılamayacağını* tespit ederek, TCK 191/1'deki cezanın 1 yıldan 2 yıla kadar hapis cezasını gerektirmesi nedeni ile bu suçta beden muayenesinin mümkün olduğunu saptamıştır. Şüphelinin bulunduğu araçta ele geçen ve şüpheli tarafından içildiği kesin olarak belirlenemeyen içilmiş esrarlı sigaranın onun tarafından içilip içilmediğinin ortaya çıkarılabilmesi için DNA incelemesinde kullanılmak üzere şüphelinin tükürük ve kan örneklerinin alınmasının *suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan delillerden olması* nedeni ile, CMK 75 uyarınca gerekli kararın verilmesinden sonra şüphelinin hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

403-24. DİĞER KİŞİLERİN BEDEN MUAYENESİ.

Kanun şüpheli veya sanık dışında kalan diğer kişileri üç grupta ele almıştır: 1) mağdur, 2) “soybağı araştırılacak çocuk”, 3) diğer kişiler.

I. Mağdur ve diğer kişiler.

Diğer kişilerin iç ve dış beden muayenesinin koşulları Kanunun 76 ıncı maddesinde düzenlenmiştir. Diğer kişilerden kasıt, mağdurdur. Maddede sadece mağdurdan sözedilmektedir. Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 7 inci maddesine göre ise diğer kişilerden kasıt, mağdur ve diğer kişilerdir. Mağdurun tanımı Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 3'üncü maddesinde yapılmıştır. Bu tanıma göre mağdur, “suçtan veya haksız eylemden zarar gören kişidir”. Tanımdan mağdur ile suçtan zarar görenin aynı kavramlar olduğu sonucu çıkmaktadır ki bu doğru değildir.

Öte yandan, tecavüz fiili sonucu halime kalmış bir kadının doğan çocuğu üzerinde beden muayenesi yapmak veya vücudundan örnek almak gerekebilir. Bu halde çocuk ancak diğer kişi olarak kabul edildiğinde bu işlem yapılabilir. Zira doğan çocuk mağdur değildir.

Karar verme yetkisi; re'sen veya savcı veya mağdurun istemi üzerine hâkim veya mahkemeye ait olup, gecikmede sakınca varsa C. Savcısının emri ile de yapılabilir. Savcının emir verdiği hallerde bu

emir 24 saat içinde hâkim veya mahkeme onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme 24 saat içinde kararını açıklar.³⁰³⁸(38)

Mağdurun rızasının varlığı halinde karar aranmaz. Ceza Muhakemesi Kanununun 76/2 inci fıkrasında mağdurun rızası açıkça belirtilmesine rağmen, Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 18 inci maddenin 2 ve 3 üncü fıkraları çelişkili düzenleme içermektedir. Gerçekten 2 inci fıkra uyarınca, “mağdurun rızasının varlığı halinde bu işlemlerin yapılabilmesi için Yönetmeliğin 7 ve 8 inci maddeleri uyarınca karar alınmasına gerek yoktur”. Yönetmeliğin 7 ve 8 inci maddelerinde düzenlenen husus, diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması halidir. Oysa 3 üncü fıkra da, şüpheli, sanık ve *diğer kişilerin* kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri halinde soruşturma evresinde savcı istemi ve kovuşturma aşamasında hâkim veya mahkeme kararı ile yapılacağı belirtilmektedir.

Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 10 uncu maddesi uyarınca tanıklıktan çekinme sebepleri ile beden muayenesinden de çekinebilir. Çocuk veya akıl hastasının çekinmesi konusunda kanuni temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastası tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek durumda ise onun görüşü de alınır.

Çocuk 18 yaşını doldurmamış olanlardır. Hüküm uyarınca 18 yaşını doldurmamış olanların beden muayenesinde çekinmeleri konusunda, çocuğun görüşünün de alınması koşuluyla kanuni temsilci yetkili kılınmıştır. Oysa vücut dokunulmazlığı sıkı surette kişiye bağlı haklardandır. 15 yaşını doldurmuş, akli melekeleri yerinde olan bir çocuğun bu hakkı tek başına kullanamaması Kanun ve Yargıtay’ın bugüne kadar olan uygulaması ile tutarlı değildir. Zira Yargıtay, sıkı surette kişiye bağlı hak olduğu gerekçesi ile, 15 yaşını dolduran çocukların şikayet hakkını tek başına kullanabileceklerini kabul etmektedir. Kanuni temsilcinin rızası aranırsa, adeta şikayet hakkı da sadece kanuni temsilciye tanınmış olacaktır. Çünkü kanuni temsilci muayeneye rıza göstermezse, çocuk şikayetçi olsa dahi delil bulunmadığından beraat kararı verilmesi gerekecektir.

Ancak kanuni temsilci şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim karar verir. Davanın ileri aşamalarında kanuni temsilci şüpheli veya sanık olmaz ise, bu deliller kanuni temsilcinin izni olmaksızın kullanılamaz.

Bu düzenleme eleştiriye açıktır. Aile içinde işlenen suçlarda ve özellikle cinsel suçlarda, sonradan şüpheli olmaktan çıkan kanuni temsilci, delilin kullanılmasına izin vermeyebilir, bu suretle adaleti yanıltabilir veya baba şüpheli ise anneye baskı yaparak delilin kullanılmasını engelleyebilir veya erkek kardeş şüpheli ise onun mahkum edileceğini düşünen anne-baba delilin kullanılmasını engelleyebilir veya çocuğa tanıklıktan çekinme hakkını kullandırır. Kısaca özellikle aile içinde işlenen cinsel suçlarda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından sakıncalı bir hükümdür. Burada yetkinin, 15 yaşını doldurmamış ve/veya 15 yaşını doldurmuş olmakla temyiz kudreti bulunmayan küçüklerde, sadece hâkim veya mahkemede olması daha yerinde bir düzenleme olacaktır.³⁰³⁹(39)

Mağdur ve diğer kişilerin iç beden muayenesi yapılabilmesi bu müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmamasına ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluna bağlıdır.

Dış/iç beden muayenesi ancak bir tabip tarafından yapılır. Vücuttan örnek alınması söz konusu ise tabip veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu tarafından yapılır.

Dış Beden muayenesi: Beden Muayenesi Yönetmeliğine göre, dış beden muayenesi vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle veya elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesidir. Girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri, (röntgen, emar) dış muayene sayılır.

II. Tanıklıktan çekinme hakkı.

Diğer kişiler açısından “tanıklıktan çekinme sebebi” varsa, bunlar muayeneden veya *vücuttan* örnek alınmasından kaçınabilirler (CMK “2005.5353” 76/4). Değişiklik öncesinde üçüncü fıkrada yer alan bu

³⁰³⁸ Alman Hukukunda tanıkların iç beden muayenelerinin yapılabilmesi için –istisnalar dışında- rızasının bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Dış beden muayenesi ise zorla yapılabilecektir (*Kühne*, 254).

³⁰³⁹ Aynı düzenleme Alman Ceza Muhakemesi Kanununda da bulunmaktadır. Ancak hüküm Alman Kanunundan alınırken Türk ve Alman toplumlarında aile yapılarındaki ve aile bağlarındaki farklılıklar göz ardı edilmmiştir.

düzenlemede “*beden*” kelimesi kullanılmıştı. Yeni kanunkoyucu, ihtiyari bir şekilde kullandığı kelimelere Carnelutti'nin verdiği önemi henüz vermemektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden ve örnek vermeden kaçınmanın, “şüpheli veya sanık için” kabul edilmiş olmadığıdır.

Kanunun “tanıklıktan çekinme sebeplerinin hepsini” ifade etmiş olması (CMK 45, 46, 48) ve bazılarını hariç tutmaması, ileride sorun yaratabilecek niteliktedir.

Çocuk ve akıl hastasının muayeneden çekinmesi konusunda kanuni temsilcisi karar verir (CMK “2005-5353” 76/4). Ancak ilgili, tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda ise, görüşü de alınır. Çocuk veya akıl hastasının kanuni temsilcisi de şüpheli veya sanık konumunda ise, bu konuda hâkim tarafından karar verilir.

Şüpheli ve sanık dışındaki diğer kişilerin beden muayenesi hakkında hâkim veya mahkeme tarafından verilen kararlara karşı itiraz edilebilir (CMK 76/5).

Kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır (CMK 77). Maddede vücuttan örnek alma konusu düzenlenmediğinden, bir kadının vücudundan erkek bir kolluk görevlisinin örnek alıp alamayacağı konusu cevapsız kalmıştır.

403-25. ALKOL MUAYENESİ.

I. Genel bilgiler.

Araç kullanma bakımından önem kazanan husus, kandaki alkol miktarından yola çıkarak ilgilinin reaksiyon kudreti hakkında bir değerlendirme yapmaktır. Bu nedenle tek başına kandaki alkol miktarı önemli olmayıp, bununla birlikte ilgilinin dengesini koruyup koruyamadığı ve benzeri noktaların da tespit edilmesi gereklidir.³⁰⁴⁰

Karayolları Trafik Kanununun uyuşturucu veya keyif verici madde alanlarla alkollü içki alma nedeniyle güvenli sürme yetkisini kaybedenlerin araç sürmesini yasaklayan maddesine (KTK 48) dayanılarak çıkarılan yönetmelik (KTY) birinci sayılanlarda kan veya idrar analizi yapılmasını, ikincilerde durumun teknik cihazlarla tespit edilmesini, buna itiraz halinde, alkolemi derecesinin belirlenmesi için kanının alınarak tetkik ettirilmesini, bunun da mümkün olmaması halinde test uygulanmasını öngörmüştür. Bundan trafik polisinin, rıza olmasa da kan aldirabilmesinin kabul edildiği sonucunu çıkarıyoruz.

Kandaki alkol miktarının teknik cihazla ve kan alınarak lâboratuvarda tespit imkânı bulunmayan hallerde en yakın resmî sağlık kuruluşunda hekim tarafından rutin alkol muayenesi de kabul edilmiştir (KTY 110).³⁰⁴¹

Bunun dışında mülga Türk Ceza Kanunu'nun sarhoşlukla ilgili 571, 572, 573, 574 ve 575 nci maddeleri alkol muayenesi yapılmasını gerektirmektedir (PVSK “2002-4744” 13).

Karayolları Trafik Kanunu “uyuşturucu veya keyif verici maddelerin cinsleri ile alkollü içkilerin etki dereceleri ve kandaki miktarları, tespit usulleri ve muayene şartları hazırlanan yönetmelikte düzenlenir” hükmünü içermektedir (KTK 48/2). Kanunla yapılmış bir düzenleme olduğu için kolluğun rıza olmasa da bu tür tespitlerin yapılabilmesi hukuka uygundur.

Sarhoşlukla ilgili suçlar bakımından da alkol muayenesi yapılması gereklidir (PVSK “2002.4744” 13). Ancak, yeni Kanuna göre iki yıldan fazla hapis cezası sınırı koyduğu için (CMK 75/3), alkol muayenesi kan alınarak yapılacak, diğer yöntemler kullanılacaktır.

CMK “2005.5353” 75/7, özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümleri saklı tutmuştur.

II. Bedendeki alkol yoğunluğunun Ceza Hukuku yönünden önem arzettiği haller.

³⁰⁴⁰ Meyer 1963, 232.

³⁰⁴¹ BayOLG NJW 63/772.

Suç ve kabahatlerde, olay anında kandaki alkol yoğunluğunun sıhhatli bir şekilde ölçülmesi, adil bir yargılama açısından, büyük önem taşır. Alman Hukukunda bu konuda yürürlüğe konmuş olan bir talimatname vardır.³⁰⁴²

Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle “emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde” olmasına rağmen araç kullanan kişi, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır (TCK 179/3). Yeni Ceza Kanunu, trafik güvenliğini “taksirle” tehlikeye sokmayı da suç haline getirmiştir (TCK 180). Sarhoşluk (KK 35) ve Karayolları Trafik Kanunundaki alkollü araç kullanma suçu diğer örneklerdir. Alman Ceza Hukuku da benzer suçlar içermektedir (StGB 316, StVG 24a).

Bir kişinin yukarıda belirtilen suç veya kabahatlerden birini işlediği konusunda makul şüphe bulunduğu izlenimini veren bir hal (CMK 160) varsa, şüpheliden kan örneği alınabilir. Ceza Muhakemesi Kanunu özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümleri saklı tutmuştur (CMK 75/7). Bu hükümlere dayanılarak alınan kan örneği, sadece yetki veren kanun kapsamındaki suçun belirlenmesi için hukuka uygunluk sebebi oluşturur. Başka suçlara ilişkin delil elde etmek gerekiyorsa, bu konuda hâkimden ayrıca karar alınması gereklidir.³⁰⁴³

III. Beden muayenesi ile farklar.

Beden muayenesi, şüphelinin vücudunu, yapılacak olan “keşifin objesi” olarak ele alır. İnsan bedeninden delil elde etme, “keşiftir” (CMK 83). Beden muayenesi dışında, beden kullanılarak delil elde etme, “yer gösterme” (CMK 85), “yüzleştirme” (CMK 52/2), “gözlem altına alınma” (CMK 74) ve Kanunda düzenlenmiş olmamasına rağmen yapılan, “teşhis” işlemlerinde söz konusu olur.

Ceza Muhakemesi Kanununun 75 inci maddesindeki bu düzenleme, Anayasa teminatı altında olan “vücut dokunulmazlığına” (AY 17), Devletin müdahale etmesine olanak sağlamaktadır. Beden muayenesi, “muayene” (Untersuchung) ve “müdahale” (körperliche Eingriff) şeklinde olur. Müdahale, kan örneği alma ve diğer tıbbi operasyonların yapılması şeklinde gerçekleşir. Ağır müdahaleler ve zorla muayene etme söz konusu olduğunda, Alman Hukukunda olduğu gibi, “ikinci bir hâkim kararı” alınması yerinde olur.

Böyle bir müdahale, “ölçülülük ilkesi” doğrultusunda, “somut olaydaki” şüphenin kuvvet derecesine bağlı olarak kabul edilmiştir.³⁰⁴⁴ Beden muayenesi yapılabilmesi için, şüphenin belirli bir kişi üzerinde yoğunlaşmış olması şart değildir. Olayla somut bir bağlantıları bulunduğu sürece, potansiyel şüpheli olabilecek birçok kişi üzerinde beden muayenesi yapılabilmesi mümkündür.³⁰⁴⁵

Beden muayenesinin amacı, “bir suça ilişkin delil elde etmektir” (CMK 75/1).

Daha önceden bu hukuk statüsüne girmemiş kişiler bakımından, “şüpheli” sıfatı ilk defa beden muayenesinin yapılması ile ortaya çıkabilir. Mesela bir trafik suçu işlediğinden şüphelenilen kişiden kan örneği alınmasına karar verilmesi, o kişiyi “şüpheli” hukuk durumuna getirir. Hükümlü bakımından da, infaz kurumunda gözlem ve sınıflandırma yapılırken (CİGK 23) beden muayenesi uygulanacaktır.³⁰⁴⁶

Kan örneği alınabilmesi için, hâkimin karar vermesi gerekir (CMK 75/1). Bedeni muayene edilecek olan ilgilinin rızası varsa, hâkimden karar alınmasına, bizce gerek olmamalıdır. Mağdurun beden muayenesinde rızadan açıkça söz eden Kanun (CMK 76/2), şüphelinin “rızasından” açıkça bahsetmemiştir. Ancak, Beden Muayenesi Yönetmeliğine göre, şüphelinin aydınlatılmış iradesi ile, muayeneye rıza göstermesi durumunda, hâkim kararına gerek kalmaz (BedenMuayenesiY 18). Beden muayenesine veya kan örneği alınmasına verilen rızanın, “ahlaka” aykırı olmaması ve sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunmaması (CMK 75/2) gerekir. Ağır iç beden muayenesi tedbirleri

³⁰⁴² Der Gemeinsame Erlass über die Feststellung von Alkohol im Blut bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten der Bundesländer; sh. 143.

³⁰⁴³ OLG Köln NStZ 1986, 234.

³⁰⁴⁴ BVerfGE 27, 211 = NJW 1970, 505

³⁰⁴⁵ BVerfG NJW 1996, 3072; *Benfer* NStZ 1997, 397.

³⁰⁴⁶ BVerfG NStZ 1993, 482.

(schwerwiegende Eingriffe) açısından rıza geçerli olmamalı, sadece hâkim kararı ile yapılabilirdir. Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için, serbest irade ile, açıkça ve önceden yapılan aydınlatmadan sonra verilmiş olması şarttır: şüpheli rıza vermeme hakkı bulunduğunu biliyor olmalıdır.³⁰⁴⁷

Hukuka uygun bir hâkim kararı varsa, şüpheli yapılacak olan muayeneye katlanma mecburiyetindedir. Muayene katlanma mecburiyeti, “aktif olarak yardım etmek” mecburiyetini içermez.

Bedenden alınan örnekler, sadece o olay için verilen karar doğrultusunda ve sadece o olayın ispat edilmesi için kullanılabilir (hususilik kuralı !). Başka bir suçun ispatı için kullanılması gerekiyorsa, yeni bir hâkim kararı alınmalıdır.

IV. Kan örneğinin alınması ve incelenmesi:

1. Kan örneği alınmasının yöntemi.

Hâkimin verdiği hukuka uygun bir “kan örneği alınması kararı” varsa, bu kararın yerine getirilmesi gerekir. İlgilinin rıza ile kan örneği vermediği durumlarda, zor kullanılması yolu ile, kararın yerine getirilmesi söz konusu olacaktır. Zor kullanma yetkisinin hukuki dayanağı, CMK 75/1 (StPO 81a) maddedir. Alman Hukuku, bu alanda Polis Kanunlarından doğan (bizde PVSK Ek m. 6) zor kullanma yetkisinin uygulanamayacağı görüşündedir.³⁰⁴⁸⁽⁴⁸⁾

Kan örneği almak, diğer beden “müdahalelerine” oranla, daha az tehlikeli ve daha az önemli bir yöntemdir.³⁰⁴⁹ Hâkim kan örneği alınmasına karar verirken, alınan kanda aranması gereken (*verfahrenserhebliche Tatsachen*), incelemeyi yapacak olan uzmana verilen talimatı da içermelidir.

Bu talimat, genellikle, olay sırasında kandaki alkol miktarının belirlenmesi ve o anda failin kusur ehliyetine sahip bulunup bulunmadığının tespitine yönelik olur.

Olay yerinden toplanmış olan örneklerle mukayese (*Spurenmaterialvergleich*) etmek amacı ile, analiz yapılması da mümkündür.³⁰⁵⁰

Yaralanan şüpheliden, onu ameliyata hazırlamak amacı ile, hastanede alınmış bulunan kan örneği de, CMK 75/1 uyarınca verilmiş bir hâkim kararı olamamasına rağmen, olay anında kandaki alkol miktarının tespiti amacı ile kullanılabilir; ancak, hâkimin kan örneği alma kararı vermesi, o somut olay açısından, hukuken olanaklı olmalıdır.³⁰⁵¹

2. Kandaki alkol yoğunluğunu ölçme usulü:

i) *Şüphelinin çağırılması*: Kandaki alkol yoğunluğunun, “kan örneği alınarak” ölçülmesi için, şüphelinin C. savcısı tarafından çağırılması gerekir. Türk Hukukunda kolluğun, C. Savcılığı tarafından emir verilmeden, kendiliğinden adli işlem yapma yetkisi yoktur. Şüpheli gelmediği takdirde, C. Savcısının hâkimden zorla getirme kararı istemesi gerekir. Alman Hukuku ise, Savcıya “zorla getirme emri” (*Vorfürhungsverfügung*) verme yetkisini tanımıştır. Kolluk bu emri yerine getirirken zor kullanma yetkisine de sahiptir.³⁰⁵²

ii) *Yakalama*: Kandaki alkol yoğunluğunun tespit edilmesi kararı verilmesi sırasında, CMK 90 ıncı maddede öngörülen yakalama koşulları gerçekleşmiş olmasa dahi, şüphelinin “durdurulması” mümkündür. Bir nevi “yakalamaya” benzeyen bir aşama olan “durdurma” yetkisi, ölçümün yapılacağı yere kadar götürülecek olan aracın gelmesine; olay yerinden ölçümü yapacak olan tabip veya sağlık mesleği mensubuna götürülecek ve ölçümün yapılmasına kadar geçecek süre için geçerlidir.

³⁰⁴⁷ BGH NWJ 1964, 1172; *Eisenberg Beweisrecht* Rn. 1626.

³⁰⁴⁸ OLG Dresden NJW 2001, 3643.

³⁰⁴⁹ OLG Köln NStZ 1986, 234.

³⁰⁵⁰ *Analyse nichtcodierender DNA-Teile*: BGH 37, 158 = NJW 1990, 2944; BVerfG 1996, 771; 1996, 3071.

³⁰⁵¹ OLG Celle NStZ 1989, 385; OLG Saarbrücken NJW 1994, 810.

³⁰⁵² OLG Köln NStZ 1986, 234.

iii) *Kan örneği alınması*: Kan örneği alınırken, şüphelinin tutulması veya bağlanması mümkündür.³⁰⁵³(53) Türk Hukukunda kan örneği alma yetkisi tabip veya sağlık mesleği mensuplarına verilmiştir. Alman Hukuku ise, bu yetkiyi sadece tabip'e (Arzt) vermiş, hemşireye dahi vermemiştir.

3. Dokunulmazlıklar.

Alman Hukuku, dokunulmazlığı bulunan milletvekilleri hakkında, suç üstü durumlarında Meclisin kararı olmadan kan örneği alınmasına izin verir.³⁰⁵⁴ Kan örneği alınması amacı ile, bir şüphelinin tabibe götürülmesi, RiStBV 191/3c anlamında "özgürlük kısıtlaması" değildir. Buna karşılık, ülkedışılık ayrıcalığından yararlanan elçiler (GVG 18, 20) hakkında StPO 81a'nın uygulanamayacağı, fakat konsolosluk memurları hakkında (GVG 19) uygulanabileceği belirtilmektedir.³⁰⁵⁵

V. Nefesteki alkol yoğunluğunun ölçülmesi:

1. Nefesteki alkol yoğunluğunu (Atemalkoholkonzentration) ölçen aletin özellikleri:

Ölçümde kullanılan aletin, yapı tarzı itibariyle, karayollarında trafik güvenliğinin sağlanması amacı ile, "kullanılmasına resmen izin verilmiş bir cihaz" olması gerekir.

Alet bakımından aranan ikinci koşul, düzenli olarak periyodik denetimlerinin yapılmış olmasıdır.

Üçüncü koşul ise, ölçüm sırasında uyulması gereken prosedüre uygun hareket edilmiş olmasıdır.³⁰⁵⁶

StVG 24a uyarınca verilen bir mahkumiyet kararında, ortalama değer (Mittelwert) yanısıra, kararda dayanılan kandaki alkol yoğunluğuna ilişkin somut bulguların (Einzelwerte der Atemalkoholkonzentration) tek tek açıklanması gerekir.³⁰⁵⁷

2. Nefesteki alkol yoğunluğunun tespit edilmesinin usulü.

Ciğerde, nefesle alınan hava ile, kılcal damarlardaki kan karşılaşır ve nefes verme sırasında kandaki alkolün bir kısmı nefesle verilecek olan havaya geçer. Bununla birlikte, nefesteki alkolün yoğunluğu "zamana bağlı" (zeitabhängig) olduğu için, kılcal damarlarda bulunan kandaki alkolün yoğunluğunu, aynen yansıtmaz.

Alkolün en son içildiği andan (*Trinkende*) iki saat sonrası ile, beş saat sonrası arasında yaklaşık 1:2100 oranında bir sapma olmaktadır. Bu nedenle, kandaki alkol yoğunluğunun, nefesteki alkol yoğunluğuna bakılarak, "tam doğru" bir şekilde hesaplanması güçtür.

Doğruya yakın bir ölçme yapılabilmesi için, nefes örneğinin en son içme anından sonra, en az yirmi dakika geçtikten sonra alınması gerekir. Ağızda veya dişler arasında kalmış bulunan alkol de (Mundrestalkohol) ölçümü etkileyeceği için, değerlerin yüksek çıkması kaçınılmazdır. Alkol içildikten sonraki birinci saat içinde yapılan ölçümlerde, nefesteki alkol miktarı, kandakine nazaran daha yüksek çıkar. Adli açıdan ceza muhakemesine delil olabilecek bir ölçmenin 10 dakika kadar izleme süresinden sonra tekrarlanması gerekmektedir.

Yaklaşık 1995 yılına kadar kullanılmış olan üfleme yöntemi ile çalışan aletler (*Alcotest-Pusteröhrchen*) kaldırılmış, yanıcı hücreler prensibine göre çalışan ölçüm aletleri kullanılmıştır. Bu aletler, dijital bir gösterge yöntemi ile, miligram/litre değerinde nefesteki alkol miktarını gösterdiği gibi, bu değeri farazi bir şekilde miligram/gram promille değerler içerisinde kandaki alkol yoğunluğu biçiminde de göstermekte idi. Bununla birlikte, bu cihazın ölçüm hassasiyeti de ceza muhakemesi hukuku açısından delil olarak kabul edilebilecek belge niteliğindeki ölçüm için yeterli görülmemiştir.

Kızıl ötesi ışınlarla çalışan ilk ölçüm aletlerinin imal edilmesi üzerine "*Siemens Alcomat, Dräger 7010*", en azından idari kabahatler açısından pahalı kan ölçümleri yerine bunun nefesteki alkol miktarının ölçülmesi tercih edildi. Geliştirilen aletler iki ayrı yöntemle tespit edilen ve iki defa nefes

³⁰⁵³ Meyer-Gossner Rn. 29.

³⁰⁵⁴ OLG Bremen NJW 1966, 743; OLG Oldenburg NJW 1966, 1764

³⁰⁵⁵ KK-Pelchen Rn. 12.

³⁰⁵⁶ BGH NJW 2001, 1952.

³⁰⁵⁷ BayObLG NJW 2001, 3138.

örneği alınmayı gerektiren bir ölçme tekniği geliştirdi. Önce kızıl ötesi yöntemle, daha sonra da yanan hücreler yöntemi ile çalışan ölçme aleti olan “Dräger Alcotest 7110 Evidential MK3” Almanya’da, yapı tarzı itibariyle resmi makamlar tarafından “Physikalisch-Technischen Bundesanstalt” onaylanmıştır.

Alman Federal Meclisi, 14 Kasım 1997 tarihinde nefesteki alkolün ölçülmesi bakımından da 0,5 promil sınırını kabul etti. 1. 5. 1998 tarihinde yürürlüğe giren kanuna göre, ilgili nefesteki kan yoğunluğunun ölçülmesine rıza gösterdiği durumlarda ve ölçülen değer, 1,1 promilin altında ise (relativen Fahruntüchtigkeit) bulunuyorsa (StVG 24a), kandaki alkol yoğunluğunun tespit edilmesinden sarfinazar edilebilmektedir. İlgili nefesteki alkol yoğunluğunun tespitine rıza göstermediği durumlarda, kan örneği alınması mecburidir. Bununla birlikte, kandaki alkol yoğunluğu ile nefesteki alkol yoğunluğu “bire bir örtüşmediği” için, nefesteki alkol yoğunluğunun değerlerinin özel olarak tanımlanması ihtiyacı doğmuştur. Hava litre ile ölçüldüğü için (miligram/litre) olarak ifade edilmiştir. Kandaki ölçüm ise, gram ile yapılmaktadır (miligram/gram). Alman kanunkoyucusu kandaki 0,5 promil (=mg/g) değerini nefes bakımından 0,25 mg/l olarak belirlemiştir. Ceza muhakemesi hukukunda delil olarak kullanılabilecek bir ölçümün, “delil üretebilen bir ölçüm aleti (mesela Dräger 7110 Evidential marka alet) ile yapılmış olması gerekmektedir. Bu alet iki farklı yöntem kullanılarak (kızılötesi ve yanan hücreler yöntemi) arka arkaya iki ayrı ölçümü değerlendirmektedir. Ekip araçlarında bulunan küçük el ölçüm aletleri (Dräger 7410) tarafından tespit edilen değerler delil olarak kullanılmaya elverişli, sağlıklı sonuçlar vermemektedir. Bununla birlikte bu el ölçüm aletlerinin şüpheyi ortaya çıkartan bir dedektör gibi kullanılması mümkündür. Ancak ölçüm değerleri mahkemede delil olarak kullanılamaz.

Kabahatler alanında, nefesten alkol yoğunluğunun belirlenmesi suretiyle elde edilmiş ölçümün delil olarak kullanılması mümkün ise de, suç teşkil eden fiillerin cezalandırılması açısından vücuttaki alkol suç unsuru ise, şüpheyi yöntemlerin kullanılması mümkün değildir (in dubio pro reo). Bu nedenle Ceza Kanununda suç olarak belirlenen fiiller bakımından sadece kan örneği üzerinden yapılan ölçümler delil olarak kullanılabilir, nefesteki alkolün belirlenmesi yöntemi ile cezalandırılma yoluna gidilmesi kabul edilemez. Alman hukukunda bu konu henüz tartışılmaktadır. Nisan 2002’de Mainz’da toplanan bir sempozyumda, nefesteki alkolün trafik suçlarında delil olarak kullanılmasının henüz yeterince sağlam delil olmamasına dayanılarak reddine karar verilmiştir.³⁰⁵⁸(58) BGH’nın 3. 4. 2001 tarihli kararı³⁰⁵⁹(59), BGH’nın 5.2.2002 tarihli kararı³⁰⁶⁰(60), Münih Asliye Ceza Mahkemesinin 8. 1. 2000 tarihli

³⁰⁵⁸ Deutsche Anwaltshotline; <http://www.blutalkohol-homepage.de>

³⁰⁵⁹ Bundesgerichtshof, 3 Nisan 2001 tarih ve 4 StR 507/00 numaralı kararı ile, nefesteki alkol yoğunluğunun belirlenmesi konusunda aşağıdaki görüşleri belirtmiştir. Bottrop Asliye Mahkemesi, ilgiliyi taksirle işlediği (vücuttaki alkolün nefeste alkol yoğunluğu 0,25 mg/l kadar olduğu halde araç kullanma) kabahati dolayısıyla, StVG 24a/fıkra1, Nr. 2 ve fıkra 2’in 31 Mart 2001 tarihine kadar yürürlükte bulunan hükümleri gereğince, 200 DM para yaptırımına (Geldbusse) mahkum etmiştir. Trafik kontrolü sırasında, iki dakika ara ile yapılan nefes kontrollerinde 0,42 ve 0,41 mg/l alkol yoğunluğu değeri ölçülmüş, alet bu iki değeri “ortalama 0,42 mg/l olarak sonuçlandırmıştır. Asliye Mahkemesi, aradaki farkın 0,1282 mg/l olması nedeni ile, ölçümün sağlıklı olmamasına dayanarak, StVG 24a/1, Nr. 1 ile yasaklanmış olan, “nefeste 0,40 mg/l veya daha fazla alkol bulunduğu halde, araç kullanma” kabahati nedeni ile yaptırım uygulamaktan sarfinazar etmiştir. Bu hükme karşı, Savcılık “başvuru yoluna” (Rechtsbeschwerde) başvurarak, cihazın ilk tespit ettiği değer 0,41 mg/l olması nedeniyle, ilgili hakkında ağırlaştırılmış idari para cezası yaptırım uygulanması gerektiğini iddia etmiştir. OLG Hamm istinaf incelemesini yaparken, BGH’nın hukuki görüşüne uygun olarak, yani (ohne Berücksichtigung eines allgemeinen Sicherheitsabschlags) karar vermek durumundadır.

³⁰⁶⁰ Bundesgerichtshof’un, 5 Şubat 2002 tarih ve 1 StR 571/01 numaralı kararı: sanığın ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerden “alkol etkisinde olma” (TCK 34) nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış” olup olmadığı belirlenirken, mahkeme, kandaki alkol yoğunluğunun kandan örnek alınarak, tam olarak tespit edilmesine gerek yoktur. Mahkeme olayda; sanığın fiili işlemlerinden önceki davranışları ile, fiili işlediği sırada ve fiilden sonraki davranışlarını incelemiş, fiilden hemen sonra yakalandığı sırada “belli belirsiz bir şekilde alkol tesiri altında olduğunu” da göz önünde tutarak, “davranışlarını yönlendirme yeteneğinde önemli derecede azalma olmadığına” karar vermişti. Mahkeme, “nefesteki alkol yoğunluğu” ile, “kandaki alkol yoğunluğunun” ilişkisi hakkında, StVG 24a/1 hükmüne atıf yapmıştır. (Schoknecht: Gutachten des Bundesgesundheitsamtes, Beweissicherheit der Atemalkoholanalyse, Unfall- und Sicherheitsforschung Strassenverkehr, 1992; Slemeyer/Arnold/Klutzy/Brackemeyer, NZV 2001, 281).

kararı³⁰⁶¹(61), Klötzen (Sachsen-Anhalt) Asliye ceza mahkemesinin 26. 1. 2000 tarihli kararı³⁰⁶², Bavyera Yüksek Eyalet Mahkemesinin 20.5.2000 tarihli kararı³⁰⁶³, Rastatt Asliye Ceza Mahkemesinin 29. 5. 2000 tarihli kararı³⁰⁶⁴, kandaki alkolün belirlenmesi konusunda temel ilkeleri yansıtmaktadır.

VI. Nefesteki alkol yoğunluğunu belirleyen tespit tutanağının “delil” olma değeri.

Nefesteki alkol yoğunluğunun belirlenmesi sırasında yapılan testlere ilişkin tutanaklar (*Protokolle über Atemalkoholtests*) “belge delili” niteliğinde olup, duruşmada ortaya konmaları, okunma yöntemi (StPO 249/1) ile olur.³⁰⁶⁵

Duruşma sırasında nefesteki kan yoğunluğunun ispat edilmesi amacıyla “belge” okunması, “doğrudan doğrualık ilkesini” ihlal etmez. “Doğrudan doğrualık kuralını” düzenleyen StPO 250’nin uygulanması için, “bir olgunun (*Vorgang*) gerçeğe uygun bir şekilde sonradan anlatılmasının, sadece o olguyu beş duyusundan biri veya birkaçı ile algılamış olan bir kişinin beyanı ile mümkün olması gerekir.³⁰⁶⁶

Tüccarların defterlerindeki kayıtların makine ile sıra sıra hazırlanması³⁰⁶⁷, ses bandlarının kayıtlarından oluşturulan tutanaklar³⁰⁶⁸ ve bilgisayar verilerinden oluşturulan dökümler³⁰⁶⁹, duruşmada okunmak yolu ile ikame edilen delillerdendir. Nefesteki alkol yoğunluğunun belirlenmesi sırasında ölçme aletinden basılan “tutanak” açısından da aynı kural geçerlidir. Nefesteki alkol yoğunluğunun belirlenmesinde, sadece aletten çıkan rapor ve bunun içeriği önem kazanmaktadır. Ölçme aletini kullanan memur, ölçüm neticesi olan rakamı, görerek algılamış olduğu için, bu konuda “tanık” olarak dinlenebilir. Ancak, makinenin yaptığı belirlemelerde, ölçümü yapan memurun hafızasında özellik gösterecek şekilde iz bırakacak bir ayrıcalık yoktur. Bu nedenle, tanık beyanı (ölçmeyi yapan memur) ile, belge okuma yolu ile delil ikame etme arasında “güvenilirlik” açısından bir karşılaştırma yapıldığında, belgenin daha güvenilir olduğu görülür. Mahkeme delillerin ikame edilmesi sırasında sadece nefesteki alkol yoğunluğunu ölçen aletin düzenlediği raporun okunması ile yetinebileceği gibi, memuru da tanık olarak dinleyebilir. Bu konudaki kararını, maddi gerçeği aydınlatma görevini göz önünde tutarak kendisi verecektir. Delillerin toplanması sırasında, yani olayda nefesteki alkol yoğunluğunun ölçülmesi sırasında hata yapıldığı konusunda şüphe duyulduğu hallerde, mahkeme maddi gerçeği araştırmak mecburiyetini yerine getirmek amacı ile, başka deliller araştırabilir. Ancak, olayda

³⁰⁶¹ Mahkeme bu kararında, nefesinde 0,41 mg/l alkol bulunan bir sürücüyü sadece 200 DM para yaptırımına mahkum etmiş, sürme yasağı cezası vermemiştir. Sürme yasağı vermemesinin gerekçesi nefesteki alkol yoğunluğunun “Dräger 7110 Evidential cihazı ile yapılmış olması ve bu cihazların uyguladıkları sistemin nefesteki alkol miktarını tam bir doğruluk derecesinde belirleyememesi olarak gösterilmiştir (mahkemenin dosya numarası: Az. 943 OWI 492 Js 128072/99). Mahkemenin hükmettiği ceza 0,5 promil veya 0,25 mg/l yoğunluğa verilen cezadır.

³⁰⁶² (Az. 20 ds 550 Js 20000/99 (293/99): Mahkeme bir sürücüyü nefesinde 0,92 mg/l alkol bulunduğu için sadece göreceli bir şekilde araç kullanma yeteneğine sahip olmadığı nedeniyle mahkum etmiştir. Mahkeme kararına gerekçe olarak Magdeburg Adli Tıp Enstitüsünden Prof. Krause tarafından 455 denek kişi üzerinde yapılmış bulunan bilimsel araştırmaya dayanmıştır. Yapılan bu araştırmada nefesteki alkolün 0,92 mg/l olduğu halde, kandaki alkol yoğunluğunun 1,1 mg/l nin altında bulunduğu tespit edilmişti. Mahkeme bu nedenle 1,1 promil olan “araç kullanma yeteneğinin mutlak olarak kaybedilmiş olduğunun kabul edildiği (absoluter Fahruntüchtigkeit) değerinin şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat edilmiş olmadığına dayanmıştır.

³⁰⁶³ (Az. 2 Ob OWI 598/99): Mahkeme nefesteki alkol miktarının ölçülmesinde Anayasaya aykırılık bulunmadığına karar vermiştir. Mahkeme ölçümde kullanılan aletin ayarlanıp damgalandığını ve güvenilir bir şekilde ölçüm yaptığını vurgulamıştır. Ölçüm yapan aletin ölçüme tabi kişinin nefesini kısa veya uzun bir sürede vermiş olmasından veya ağzında kalmış bulunan alkolden etkilenmeyecek şekilde imal edilmiş olduğunu vurgulamış ve “Alcotest” marka ölçüm aletinin şüpheliden alınan kan örneğinin tahlil edilmesine oranla daha hızlı ve ucuz bir sonuç verdiğini belirtmiştir.

³⁰⁶⁴ (10 OWI 203 Js 872/00, 2396/00): Alcotest 7010 Evidential marka ölçüm aleti bilgisayar programı değiştirildikten sonra yeniden ayarlanıp damgalanmadığı için, ayarsız aletle ölçüm yapıldığı gerekçesi ile, düşme kararı vermiştir.

³⁰⁶⁵ Bundesgerichtshof, 20 Temmuz 2004 tarih ve 1 StR 145/04 Numaralı karar.

³⁰⁶⁶ Für die Anwendung des § 250 ist entscheidend, dass es sich um den Beweis eines Vorgangs handelt, dessen wahrheitsgemässe Wiedergabe nur durch eine Person möglich ist, welche ihn mit einem oder mehreren ihrer fünf Sinne wahrgenommen hat.

³⁰⁶⁷ Maschinelle Herstellung von kaufmännischen Buchungstreifen (BGHSt 15, 253, 255).

³⁰⁶⁸ BGHSt 27, 135, 137.

³⁰⁶⁹ BGH 30 Ocak 2001, 1 StR 454/00.

kanun yoluna başvuran süje ölçüm sonuçları konusunda bir itiraz ileri sürmediği veya ölçümü yapan memurun tanık olarak dinlenmesini talep etmiş olmadığı gibi, mahkemenin maddi gerçeği araştırmak ve olayı aydınlatmak açısından sahip bulunduğu yetkileri yerine getirmediği konusunda bir görüş ileri sürülmediği için, Yüksek Mahkeme bu hususu araştırmamıştır.

VII. Sonuçlar.

Danıştay'ın 12. 1. 2005 tarih ve E. 2004/3669, K. 2005.96 sayılı kararı³⁰⁷⁰ ile mukayeseli hukukun verilerini göz önünde tutarak, aşağıdaki sonuçları vurgulamak isteriz:

a) Ceza Muhakemesi Kanunu beden muayenesi yapılabilmesi ve şüpheliden kan örneği alınabilmesi için, yeni hükümler sevk etmiş bulunmaktadır. Ancak, Karayolları Trafik Kanunu “güvenli sürme yeteneğini kaybetmiş” kişilerden gelebilecek tehlikeyi önlemek amacı ile, “hâkim kararı almadan” vücuttaki alkol miktarını tespit etme yetkisini, kolluğa yerinde bir şekilde vermiş bulunmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu bu tür özel düzenlemeleri saklı tutmuştur (CMK “2005-5353” 75/7).

Kolluk gerek “teknik cihazlar kullanarak”, nefes örneği alarak, gerekse ilginin bunu istemesi, yani ölçüme itiraz etmesi durumunda, yetkili kişilerce alınan “kan örneği” üzerinde tespit yapmaya yetkilidir.

b) Nefes örneği üzerinden teknik cihaz ile yapılan tespit; usulüne uygun yapılmadığı, iki defa tekrarlanmadığı ve ölçümü yapan alet iyi ayarlanmadığı ve teknik özellikleri bakımından gelişmiş teknolojiye uygun olmadığı hallerde, hatalı sonuçlar verebilir.

c) Bedendeki alkolün yoğunluğunun belirlenmesinde, kan örneğinin tahlil edilmesi daha sağlıklı neticeler vermektedir. Ceza muhakemesinde delil olarak kullanılacak olan verilerin, kan örneğine dayanması tercih edilmelidir.

ç) Alman Kanunlarındaki hükümlerden yararlanılarak, Trafik Hukukunun alkol ile ilgili hükümlerinde değişiklik yapılması yerinde olacaktır.

403-26. GÖZALTINA ALINAN ŞÜPHELİNİN MUAYENE EDİLMESİ.

Yakalanan şüphelilerden savcı tarafından gözaltına alınmalarına karar verilenlerin veya yakalama sırasında direnenlerin sağlık kontrolünden geçirilmesi gerekmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu kötü muayenin önlenmesi amacı yapılacak sağlık kontrolü konusunda herhangi bir düzenleme yapmadı ve işi yö netmeliğe (CMK 99) bıraktı. Bu maddede, gözaltına alınan kişilerin bulundurulacakları nezarethanelerin nasıl yapılacağını, “sağlık kontrolünün” nasıl yapılacağını vesaire yönetmelikle düzenlenmesini öngördüğü için, bu konuda mevcut yakalama ve gözaltına alma yönetmeliği yürürlükten kaldırılarak, yeni yönetmelik 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği).

Yakalanarak gözaltına alınan şüphelilerin nezarethaneye konma öncesinde doktor muayenesinden geçirilmesi ve hâkime çıkartılmadan önce tekrar muayene edilmesi yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği ile düzenlenmiştir (m. 10).

Gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi veya gözaltı süresinin uzatılması sözkonusu olduğunda tekrar sağlık durumu tespit edilir. İki muayene arasındaki sürenin 4 günü geçmemesi şarttır.

Sağlık kontrolü Adli Tıp Kurumu veya resmi sağlık kuruluşları veya belediye tabiplerince ücretsiz yapılır (YGİY 10/5). Doktor ile muayene edilen şahıs yalnız kalırlar. Doktor kolluk gözetimi isteyebilir (YGİY “3.1.2004” 10/6).

³⁰⁷⁰ Danıştay Sekizinci Dairesi, 12.1.2005 tarih ve E. 2004/3669, K. 2005/96 sayılı kararı ile, alkolmetre cihazı ile yapılan ölçüme sürücünün itirazı halinde, kan örneği alınarak tetkik yapılmasını ve bunun sonucunun esas alınması gerektiğine hükmetmiştir (Yargı Dünyası, Sayı 118, Ekim 2005, sh. 209 –212).

403-27. YAZININ ADLİ YÖNDEN İNCELENMESİ.

Yazı insanın karakter özelliklerini taşır. El yazısı uzmanları tarafından incelendiği takdirde hem bireyin kişilik yapısı hakkında sonuçlar çıkarılabileceği gibi, grafoloji uzmanları tarafından belli bir yazının kimin tarafından yazılmış olduğu konusunda tespit yapılabilir.

403-28. MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELER ve DNA VERİ TABANLARI.

I. Moleküler genetik incelemeler.

Bilim ve teknikteki gelişme ile ortaya çıkan DNA analizleri metodu, insan vücudundan alınan doku ve sıvılardan suç ile ilgili önemli sonuçlar çıkartılmasına yardım etmektedir.

Vücuttan alınan doku örneklerinin analiz sonunda fotoğrafa benzer bir resmi elde edilmektedir. DNA konusunda analize konu teşkil eden materyal ile bu resimleri birbirinden ayırmak gerekir. Doku örneklerinin saklanması hukuk düzeni tarafından kabul edilmemektedir. Doku örneklerinin saklanan örneklerinin başka amaçlarla kötüye kullanılması olasılığı yüksek olduğu için böyle bir yöntem gelişmiştir. Ancak, doku örneklerinin analiz sonunda çıkartılan profillerinin resimleri fişliklerde saklanabilir ve bu profiller insanın parmak izinden daha sağlıklı bir teşhis aracı oluşturur.

Parmak izinin kalamayacağı yerlerde doku artıkları kalabileceği, bunların da suç sonrasında uzmanlar tarafından olay yerinden toplanıp laboratuvarlarda değerlendirilerek delilden faile ulaşma yöntemi ile suçların aydınlatılması büyük bir olasılık haline gelmektedir.

II. Ceza Muhakemesi Kanunundaki düzenleme.

Ceza Muhakemesi Kanunu şüpheli veya sanığın vücudundan kan (veya “cinsel salgı! 2005.5353 ile kaldırıldı) gibi biyolojik örnekler alınmasına hâkim veya mahkeme tarafından karar verildiği durumlarda izin vermiştir (CMK 75/1).

Hâkimin vücuttan biyolojik örnekler alınmasına karar verebilmesi için, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemde bulunması gerekmekte, hâkime de resen karar verme yetkisi tanınmış bulunmaktadır.

Görüldüğü gibi, Kanun burada da, savcının emrinin onaylanmadığı durumda delil yasağı koymuş fakat teknik araçlarla izlemede böyle bir yasağı ön görmemiştir (CMK 140).

Vücuttan örnek alınmasında, kanun liste halinde sayılan ağır suçlar yöntemini uygulamamıştır. Bunun yerine üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda beden muayenesi yasağı koymuştur (CMK 75/5).

Kanunun 75 ve 76’ncı maddeleri uyarınca hâkim kararı ile bedenden alınan doku ve sıvı örnekleri üzerinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Bu tür incelemelerin amacı, elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespitidir (CMK 78/1).

Kanun iletişimin denetlenmesinde ve teknik araçlarla izlemede olduğu gibi, moleküler genetik incelemelerin yapılması için de “ikincillik kuralını” benimsemiş, başka türlü delil elde etmek imkânı varsa bu yeni ve modern tedbirlerin uygulanmasını kabul etmemiştir.

Burada da “zorunluluk” ilkesi öngörülmüştür. Bulguların kime ait olduğunun tespiti için zorunlu olan hallerde moleküler genetik inceleme yapılabilir.

Alınan örnekler üzerinde soy bağının veya bulgunun aidiyetinin tespiti amacı dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaklanmıştır (CMK 78/1).

Çocuğun soybağının araştırılması için vücuttan örnek alınacak olduğunda hâkim kararı alınması mecburidir (CMK 76/2).

Bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de moleküler genetik inceleme yapılması kabul edilmiş ancak amaç dışında tespit burada da yasaklanmıştır (CMK 78/2).

Moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için, ayrı bir hâkim kararı öngörülmüştür (CMK 78/1). Bu demektir ki, DNA analizlerinin yapılabilmesi için, önce beden dokusu veya sıvısının alınması için bir hâkim kararı verilecek, daha sonra da, bu örnek üzerinde DNA analizi yapmak üzere ikinci bir hâkim kararı verilecektir.

Burada “sadece hâkim” yetkili kılınmış olup, savcıya emir verme yetkisi tanınmamıştır.

Hâkimin DNA incelemesi (moleküler genetik inceleme) yapılması kararında; inceleme ile görevlendirilen bilirkişi de gösterilecektir (CMK 79/1). Bilirkişinin soruşturmayı yürüten makama mensup olmaması kuralı konmuştur. Bilirkişi makamının soruşturma ve koğuşturmayı yürüten daireden teşkilat yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birime mensup olan kişilerden seçilmesi mecburidir (CMK 79/2).

Kanun DNA analizlerinin sonuçları hakkında gizlilik kuralını kabul etmiş fakat ön tedbir olarak da, bilirkişinin dahi kimin vücut örneğini incelediğini bilmemesini temin etmek üzere, incelenecek bulgunun bilirkişiye ilgilinin adı vesaire bildirilmeksizin verilmesi mecburiyetini koymuş, bilirkişinin de mensup bulunduğu teşkilatı yetkisiz moleküler incelemelerin yapılmasını önlemek ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesinin önüne geçmek mükellefiyetini yüklemiştir (CMK 79/2).

Genetik inceleme sonuçları gizli olup, bu bilgiler kullanılmayacaksa, derhal yok edilir (CMK “2005-5353” 80/2). Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip, kesinleşince, bu kişisel verilerin C. Savcısı huzurunda derhal yok edilmesi mecburidir.³⁰⁷¹

Bu tür sonuçların başka amaçla kullanılması, bir başkasına verilmesi yasaklanmıştır. Bu yasağa aykırı davranışlar bakımından (soruşturmanın gizliliği suçu) isnad edilebilecektir (CK 285).

Kanun fizik kimliğin tespiti bakımından iki yıldan fazla hapsi gerektiren suçlardan dolayı zorunlu olan durumlarda savcı emri veya hâkim kararıyla fotoğraf, beden ölçüsü, parmak ve ayak izi ses ve görüntü kaydı yapılmasını kabul etmişse de (CMK 81), moleküler genetik inceleme yapılmasını kabul etmemiştir.

Fizik kimliğin tespiti amacıyla moleküler genetik yöntemlerden yararlanılmaması ileride işlenecek suçların ortaya çıkartılması ve delillendirilmesi bakımından büyük bir eksikliklerdir. Modern ceza usul kanunlarının kabul ettiği bu yöntemden Türkiye’nin mahrum olması doğru olmamıştır.

III. Türkiye’deki uygulama.

Türk kolluğu da DNA analizi yaparak delil toplamaktadır. Yargıtay 10. Ceza Dairesinin kararına konu teşkil eden olayda, İstanbul Avcılar’da bir evde patlama olmuş; bazı tanıklar patlama üzerine birkaç kişinin evden çıkıp kaçtıklarını görmüşler. Polisler eve gelip inceleme yapmışlar, kısmen yeni imal edilmiş eroin, imalde kullanılan madde ve malzemeler, bir aseton bidonunun sapında ve yerlerde *kan lekeleri*, ayrıca (Y) adına düzenlenmiş bir *pasaport* bulmuşlardır.

Pasaporttaki fotoğrafın gösterilmesi üzerine görgü tanıkları, kaçanlardan birinin pasaportta fotoğrafı bulunan kişi olduğunu söylemişler. Yapılan arşiv araştırması sonucu (Y) adına düzenlenmiş pasaportta bulunan *fotoğrafın (Z)*’ye ait olduğu tespit edilmiştir.

Kan lekeleri laboratuarda incelenmiş, “A” grubu insan kanı olduğu, izole edilen DNA’ların muhafaza altına alındığı belirtilmiştir. Daha sonra sanık (Z) yakalanmış ve savunmasında uyuşturucu madde imal etme suçu ile ilgisi olmadığını söylemiştir. Sanığın kan örnekleri aldırılmış, daha önce evde ele geçen kan lekelerinden izole edilen DNA’larla laboratuarda karşılaştırmalı olarak incelenmiş; *kan lekeleri ile sanığın kanının aynı özellik taşıdığı* belirlenmiştir. Sanık, değişik kişiler arasına konularak görgü tanıklarından birine gösterilmiş; tanık, olay günü evden çıkarak kaçan kişilerden birinin sanık olduğunu söyleyip *teşhis* etmiş, Yerel Mahkeme, bu delillerle sanığın uyuşturucu madde imal etme suçunu işlediğini kabul etmiş; Yargıtay 10. Ceza Dairesi bu konudaki mahkûmiyet hükmünü onamıştır.³⁰⁷²

IV. Alman Hukukundaki gelişmeler.

Vücudun muayenesi StPO’da düzenlenmemiştir. Eklenen 81a madde ile bu ihtiyaç karşılandı. Alman Hukukunda StPO 81a ve 81c, “DNA fingerprint” elde etmek için yeterli yasal düzenleme olarak

³⁰⁷¹ Moleküler genetik inceleme sonuçları yasa ile kişisel veri kapsamında belirtilmiştir. *Şahin* 2005, 252.

³⁰⁷² 10. CD 26.2.2004, E. 2003/6390, K. 2004/2140 (*Kınacı* 2004).

görülyor ve uygulamada polis tarafından geniş ölçüde kullanılıyordu. *Bundesgerichtshof* ve *Bundesverfassungsgericht* de, bu uygulamayı onaylamışlardı. Ancak, genetik bilimindeki DNA konusundaki gelişme üzerine, tereddütler uyandı. 1997 yılında kanunlaşan 25 Mart 1995 tarihli Tasarı, 1989 yılında hazırlanmaya başlamıştı. 1991 yılında yayınlanan *Federal Data Protection Authority* raporu, *DNA analizlerinin sadece belli suçlarda yapılabilmesinin* önemi üzerinde duruyordu. Neticede StPO'ya 22 Mart 1997'de DNA analizlerini düzenleyen yeni maddeler eklendi ve OWIG değiştirildi (StVAG 1997).

1. DNA Parmakizi'nin alınması.

StPO 81e madde ile; StPO 81a madde uyarınca alınan kan örneklerinin *molecular-genetic* analiz yapılması yolu ile babalık tespiti (*parentage of a person*) veya sanığın suçunu ispat etmek (*to prove the fact that traces are those of the accused*) amacı ile kullanılması yeniden düzenlendi. Bu tür maddeler hem şüpheliden, hem de şüpheli olmayan kişiden örnek olarak alınabilir.

2. Şüpheli'nin DNA Parmak izinin alınması.

Rıza ile kan alma: Şüpheli rıza gösterirse, hâkim kararı olmadan kan ve diğer vücut sıvıları alınabilir. Rıza varsa, savcının talep etmesi de gerekmez. Rızanın serbest irade ile verilmiş olması ve rıza gösteren kişinin irade yeteneğine sahip bulunması gereklidir. "Rıza göstermeme hakkı" bulunduğu, kendisine "öğretilmiş" olmalıdır. "Aydınlatılmış rızanın" söz konusu olabilmesi için, alınan kan'dan DNA profilinin çıkarılacağı, bunun bilgi bankasında biriktirileceği ve ağır suçların araştırılması için, ileride kullanılabilceği, şüpheliye bildirilmelidir. Şüphelinin rızası, diğer bütün tıbbi müdahalelerde aranan ölçüde, "genel" bir rızadır. Rıza olmadan tıbbi müdahalede bulunan doktoru cezalandıran StGB 223, burada da uygulanır.

Şüpheli kanının alınmasına rıza göstermezse, hâkimin karar vermesi gerekir. "Karşı gelmemek", rıza göstermek olarak yorumlanamaz.

DNA profilinin çıkarılması amacı ile hâkim kararı ile kan alındığı istisnai durumlarda, şüpheli rıza göstermese dahi, kanı alınabilir.

3. Hâkim kararı ile kan alma.

Kan alınmasını talep etme yetkisi savcındır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, savcı yardımcısı durumundaki kolluk memurları da (GVG 152) talepte bulunabilirler. StPO 81a maddeye göre, savcının talebi üzerine hâkimin vereceği karar uyarınca, şüpheli'nin kanı, rızası olmasa dahi, bir doktor tarafından, tıp biliminin standartlarına uygun olarak alınabilir. Kan alınmasının, şüphelinin sağlığı açısından bir sakınca doğurmaması gerekir. Aslında, kan alma genellikle sağlık için bir tehlike doğurmaz. Diğer vücut sıvılarının (tükürük, meni, idrar vb) alınmasında da aynı usul uygulanır.

4. Şüphelenilmeyen kişiler.

Şüphelenilmeyen kişilerin DNA Parmak izlerinin alınması mümkündür.

5. Alman Kanunundaki düzenleme.

Mehaz Alman Kanununda şüphelinin vücudundan inceleme yoluyla delil elde etme sistemli bir şekilde düzenlenmiştir. Şüphelinin vücudunda inceleme yapılması StPO 81a ile düzenlenmiş, basit inceleme ve tıbbi müdahale ayrımı yapılmış, karar verme yetkisi hâkime verilmiş fakat gecikmede tehlike olan hallerde savcının yardımcısı durumunda bulunan kolluk memurlarına da yetki verilmiştir. İlgilinin uygulanmak istenen tedbire sebepsiz olarak karşı gelmesi durumunda zorlama tedbirlerine başvurulması kabul edilmiştir (StPO 81/d). Kan alınması sırasında veya yapılan muayenelerle ilgili olarak kolluk tarafından sanığa sorular sorulacak olursa, sanığa haklarının öğretilmesi mecburiyeti kabul edilmiştir (StPO 163a/4, 136).

İngiltere ve Almanya'da "ileride işlenecek suçların delillerini şimdiden oluşturmak amacıyla" bu tür DNA profilleri fişlenmekte ve saklanmaktadır. Oradaki tartışma İngiltere'de olduğu gibi en basit suçlar dahil her suçta veri saklamak mı, yoksa Almanya'da olduğu gibi sadece ağır suçlarda veri biriktirme mi yapılmalıdır konusunda yoğunlaşmaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi sadece en ağır suçlarda DNA

bilgilerinin saklanması kabul etmiştir.³⁰⁷³ ³⁰⁷⁴(74) Mehoz Alman Kanununda yapılan değişikliklerle Devlete suç delili elde etmek üzere geniş yetkiler verilmiştir. Benzer düzenlemelerin hukukumuzda kazandırılmasının faydalı olacağı düşüncesi ile, bu sistemi aşağıda açıklayacağız.

a) *Şüphelinin vücudunda inceleme yapılabilen haller.* Şüphelinin vücudunda inceleme veya muayene yapılabilmesi için, ceza muhakemesinde önem kazanan durumların belirlenmesi gerekli olmalıdır (StPO 81a). Bu gibi hallerde sanık kendisini muayene ettirmeğe mecburdur.

b) *Basit inceleme.* Çıplak vücudun muayene edilmesi, saç, sakal veya tırnaktan numune alınması gibi, 'etkili eylem' sayılmayan incelemedir. Kan grubunun tespit edilmesi, tükürüğün, mide muhtevasının, idrarın ve diğer vücut sıvılarının özelliklerinin belirlenmesi, bir yara mevcut olup olmadığının veya yaralamanın sebebinin ortaya çıkarılması, ceza muhakemesi açısından önemlidir ve duruşmada delil niteliği kazanabilir.

c) *Üçüncü kişiler.* Sanık veya şüpheli durumda olmayan kişilerin vücutlarında yapılan ve etkili eylem niteliği taşıyan yegâne inceleme, kan alınmasıdır. Olay yerinde veya suç âletinde bulunan kan ile karşılaştırma yapmak ve sanık ile yaralının kanını birbirinden ayırt etmek için sanık olmayan kişinin kanının tahlil amacıyla alınması gerekli olabilir.

d) *Tıbbi müdahaleler.* Kan alınması veya diğer operasyonların yapılması gerekli ise, ilgili, hekimlik sanatının kurallarına uygun bir şekilde yapılan müdahalelere katılmak mecburiyetindedir, rızası

³⁰⁷³ (BVerfGE 14.12.2000 – 2 BvR 1741/99).; Amstgericht Hannover 3.6.1999-234 AR 50201/99 Sayılı kararı ile bir kişiden kan alınmasına ve bu kandan DNA parmak izinin tespit edilmesine StPO 81G madde uyarınca karar vermiştir. Kararın dayanağı olarak mükerrer mahkumiyet kararları bulunması gösterilmiştir. Muhatap kişi 26 Nisan 1985 tarihinde Amstgericht Hannover tarafından işlediği bir hırsızlık suçu nedeniyle 4 ay hapis cezasına mahkum edilmiş ve cezası tecil edilmişti. Tecildeki deneme süresinin sona ermesinden sonra cezası kaldırılmıştı (*Die Strafe wurde erlassen*). Aynı kişi daha sonra 2 Mart 1987 tarihinde işlediği bir hakaret suçu nedeniyle mahkum edilmişti. 24 Eylül 1987 tarihinde Amstgericht Nordhorn başvurusu uyuşturucu madde ithali ve uyuşturucu madde temini suçlarından bir sene on ay hapis cezasına mahkum etmiş ve cezasını tecil etmişti. Bu ceza da deneme süresinin geçmesinden sonra kaldırılmıştı. Aynı muhatap 19 Nisan 1995 tarihinde kundaklama suçunun nitelikli şekline teşebbüs, ağır müessir fiil ve tehdit suçlarından dolayı bir sene hapis cezasına mahkum edilmiş ve cezası tecil edilmiştir. Bu ceza da 29 Nisan 1999 tarihinde tecildeki deneme süresinin iyi hal ile geçirilmesi nedeniyle kaldırılmıştır. Anayasa Mahkemesine başvuru ayrıca 29 Aralık 1995 tarihinde de başka bir suçtan dolayı para cezasına mahkum edilmiştir. Bütün bu gelişmeler ve mahkumiyet kararları karşısında, Amstgericht Hannover 3 Haziran 1999 tarihinde verdiği ara kararı ile muhatapın vücudundan hücre alınmasına (Entname von Körperzellen) ve bu hücrelerin moleküler gen teknolojisi yöntemleri ile incelenmesine ve DNA parmak izi örneğinin tespit edilmesine şu gerekçelerle karar vermiştir: "Muhatap StPO § 81-g/1 de tanımlanan suçlardan dolayı kesinleşmiş mahkeme kararı ile mahkum olmuş veya ispatlanmış veya bulunmadığı ispat edilmemiş kusur ehliyetsizliği, akıl hastalığına dayanan işlem yapma ehliyetsizliği veya mevcut olmayan veya mevcut olmadığı ispat edilemeyen sorumluluk (§ 3 JGG) nedeniyle mahkum edilememiştir. Muhatap Amstgericht Hannover'in Az.: 244 Ls 39 Js 81802/93 tarihli kararı ile bir sene hapse, mahkum olmuş ve ayrıca çok miktarda uyuşturucu madde ithali suçlarından sabıkalıdır. Bu sabıkası henüz adli sicilden silinmemiştir. *Bütün bu tespitler muhatap hakkında ilerki tarihlerde ağır suçlardan dolayı ceza davaları açılabilirliğini göstermektedir.* İşlediği suç adedi adli sicil kayıtlarına göre toplam beş adet olduğundan yüksek ölçüde suç işleme enerjisine sahip olduğu anlaşılmaktadır (*Die Schwere der begangenen Straftat deutet auf ein hohes Mass an krimineller Energie hin*). Amstgericht Hannover'in bu ara kararına karşı itiraz yoluna başvurmuş ve Landgericht Hannover 4 Ağustos 1999-46 Qs 193/199 numaralı kararı ile şu gerekçelerle itirazı reddetmiştir (NSTz 2000, S. 220): Hükümlünün tecildeki deneme süresi içerisinde iyi halli olması ileride suçlar işlemeyeceğini garanti altına almaz. Suç istatistiklerine bakıldığında, tecildeki deneme süresini iyi halle geçirip cezası kaldırılan hükümlülerin çoğunun yeni suçlar işledikleri görülmektedir. StPO 81g uyarınca hâkimin yapması gereken teşhis kararı (*Prognoseentscheidung*), bu kanun normunun "önleyici" nitelikte olduğu ilerde yürütülecek olan muhtemel ceza davalarına yönelik tespitler açısından da çok yüksek koşullar getirmediği düşünülmektedir (*Preventiven, auf künftige Strafverfahren zielenden erkennungsdienstlichen Massnahme keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden*). Alman Anayasa Mahkemesine LG Hannover ve Amstgericht Hannover kararlarının kaldırılması için başvuran başvuru bu kararların Alman Anayasasının 2/1 maddesi ile 1/1 maddesinde düzenlenen kişiye ilişkin bilgilerin birey tarafından karara bağlanması hakkına (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) aykırı olduğunu iddia etmiştir. Başvurucuya göre esas mahkemeleri tecil kararı verirken, kişinin sosyal açıdan davranışlarının nasıl gelişeceğini olumlu olarak değerlendirmişler (*positive Sozialprognose*) ve tecildeki deneme süresi de iyi hal ile geçirilerek mahkemelerin beklentileri yerine getirilmiştir. Oysa kan örneği alınarak DNA parmak izinin tespit edilmesi mahkemenin yetkisi dışında kalan bir alana girmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi (BVerfGE 14.12.200-2 BvR 1741/99 tarihli kararı ile Amstgericht Hannover'in 3.6.1999 ve LG Hannover'in 4.8.1999 tarihli kararları ile başvuru anayasal haklarının ihlal edildiğine ve bu kararların bozularak yeniden karar vermesi için LG Hannover'e geri gönderilmesine karar verilmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi kararında şu tespiti yapmıştır: İlerde işlenecek suçlar dolayısıyla açılacak hazırlık soruşturmalarından kimlik tespitinde kullanılmak amacıyla vücut hücrelerinin alınmasına ve bunların moleküler genetik incelemeye tabi tutulmasına karar verilmesi sadece katalog halinde sayılan ağır suçlarda kabul edilmiştir.

³⁰⁷⁴ BVerfGE 14.12.200-2BvR 1741/99.

aranmaz. Ancak Kanunda bu konuda özel bir düzenleme bulunmalı ve Hâkim bu düzenlemeye göre karar vermelidir. Sağlık için sakıncalı ise, operasyon yapılamaz. Bu kurallara aykırı davranılması, elde edilen delilin 'hukuka aykırı delil' olmasına yol açar.

e) *Karar verme yetkisi.* Sanığın vücudu üzerinde yapılacak inceleme bir operasyonu gerektirecek derecede ise, Alman Hukukunda hâkimden karar alınmaktadır. Sanık veya şüpheli dışındaki kişilerin vücutlarının incelenmesine karar verme yetkisi hâkime ait olmalıdır. Gecikmesinde tehlike olan hallerde savcının yardımcısı durumunda bulunan zabıta memurları da yetkili kılınabilir. İlgili, hakkında uygulanmak istenen tedbire sebepsiz olarak karşı gelecek olursa, hakkında zorlama tedbirleri uygulanabilir: çekinmeden doğan masraflar ile para cezasına mahkûm edilebilir. Ayrıca zorlamak için altı ayı geçmemek üzere zorlama hapsi ile hapsolunabilmelidir.

f) *Vücut üzerindeki incelemenin yapılması.* İğne izi aranması gibi, tıbbî bilgiyi gerektirmeyen basit incelemeleri her polis memuru yapabilir. İncelenen vücut bir kadın vücudu ise, incelemeyi kadın yapmalıdır (StP0 81 d). Buna karşılık sanıktan kan alınması gibi operasyonlar, sadece bir hekim tarafından uygulanabilir. Vücutta yapılacak inceleme kadının utanma duygusunu rencide edecek nitelikte ise bu işlem başka bir kadın veya doktor tarafından yapılmalıdır. İncelenecek olan kadın rıza gösterse dahi inceleme başka bir kadın veya doktor tarafından yapılmalıdır.

Basit İncelemeler: Tanıklık yapabilmek niteliklerine sahip olan kişilerin vücutlarında belirli bir suçun izini veya suç neticesinde meydana gelmiş olan bir belirtiyi taşıyıp taşımadıklarını tespit etmek amacıyla, rızaları olmasa dahi, vücutlarında inceleme yapılabilir (StP0 81 c). Kural olarak, bu incelemelerin vücudun sathı üzerinde yapılabilmesi gerekir: Vücudun içinde inceleme yapılması kabul edilmemelidir.

g) *Hakların öğretilmesi.* Kan alınması sırasında veya yapılan operasyonla ilgili olarak polis tarafından sanığa sorular sorulacak olursa, sanığa hakları öğretilmelidir (StP0 163a/4, 136). Sanık operasyona razı olmazsa, zor kullanılabilir. Buna karşı sanık aktif bir hareketle yardımcı olmağa zorlanamaz. Operasyonun yapılması için zorunlu olan süre ile, hastahaneye sevk bakımından gerekli olan süre zarfında sanığın özgürlüğü kısıtlanabilir. Kan tahlili yapılarak durumunun tespit edilmesi gerekiyorsa polis memuru sanığın evine girebilir. Arama yapılması için hâkim kararı gerekir. Tanıklıktan çekinme yetkisinin doğduğu hallerde ilgili kişi, vücudunu muayene ettirmekten ve beyanda bulundurmaktan çekinebilir. İlgiliye tanıklıktan çekinme yetkisine sahip bulunduğu öğretilir. Dış olaylar değerlendirildiğinde uygulanan tedbirlerin ilgili açısından çok ağır neticeler doğurmayacağı (orantılılık kuralı) anlaşılmalıdır. Aksi takdirde tedbir uygulanmaz.

h) *Rızaya bağlı muayeneler.* Vücut içinde tıbbi müdahale niteliği taşıyan bir inceleme yapılabilmesi için, ilgilinin rızası bulunmalıdır. Meselâ, vajina içinde sperm aranması için, ilgilinin razı olması şarttır. Bizde rızai aramayı durduran Danıştay Kararı burada da aksi görüşü temsil etmektedir.

i) *Elkoyma.* Vücut üzerinde aranabilen izler; kan, salya, sperm, saç teli, zehir gibi kalıntılardır. Elde edilen iz muhafaza altına alınabilen bir iz ise (meselâ kan izi gibi), bunlar şüphe sebebi veya delil olmak üzere muhafaza ve emniyet altına alınır. Suçtan meydana gelen belirtiler ise, yaralanma, kan akıtma, çizik veya morarma gibi normalden sapma gösteren belirtilerdir.

ÜÇÜNCÜ KISIM: CEZA MUHAKEMESİNİN MORFOLOJİSİ BİRİNCİ BÖLÜM: MUHAKEMENİN MORFOLOJİK PRENSİPLERİ

55. § MUHAKEMENİN MORFOLOJİSİ ve PRENSİPLERİ

404. Muhakemenin morfolojisi. 405. Organiklik prensibi. 406. Gelişme prensibi. 407. Uygunluk prensibi. 408. Ceza muhakemesinin çeşitleri.

404. MUHAKEME MORFOLOJİSİ.

Bir bakıma görev, bir bakıma yapı olan muhakeme, bir bakıma da yaşayan bir realitedir (No. 1), bir diğer söyleyişle, hukukî realitenin bir hayat fenomenidir.³⁰⁷⁵ Gerçekten, fenomen bir şeyin açığa çıkması, kendini göstermesidir. Hayatı açığa vuran, gösteren de oluş (*processus*) fenomenidir. Oluş, reel olan şeylerin bir varlık çeşididir. Oluşta hem bir olma hem bir bitme vardır.³⁰⁷⁶ Toplumsal oluşlar içinde en önemlileri hukukî olanlardır. Bunların içinde en önemlileri de muhakeme oluşlarıdır.

Muhakemenin bir oluş olması, bir olması ve bir bitmesi, diğer bir söyleyişle başlaması ve sona ermesi demektir. Bunu, muhakemenin yaşamaya başlaması ve ölmesi diye de ifade edebiliriz. Bu ikisi arasında muhakeme, diğer canlılar gibi, yaşamaktadır ve yaşadıkça gelişmektedir.

Muhakeme, hukukî realitenin bir hayat fenomeni olduğu içindir ki, nasıl hayat maddenin âleti değilse, Muhakeme Hukuku da maddî denilen Muhakeme-dışı Hukukun bir âleti değildir (No. 7).

Her hayat fenomeni bir bünyeye bağlıdır ve bünyenin hayata başlaması, doğması, gelişmesi ve son bulması şeklinde tecelli eder. Muhakemenin morfolojik bakımından incelenmesi demek, hayat fenomeni olarak ele alınması ve hayatı boyunca bünyesinin aldığı şekillerin tetkiki demektir.

Muhakeme morfolojisi de morfolojinin ana prensiplerine tâbidir. Bu prensipler: 1) Organiklik (No. 405), 2) Gelişme (No. 406) ve 3) Uygunluk (No. 407) prensipleridir.

405. ORGANİKLİK PRENSİBİ.

Organiklik (*organicità*) prensibi³⁰⁷⁷ organik, yani canlı bir bünyenin mevcudiyetini ifade eder. Hukukî realitenin hayat fenomeni olan muhakeme organik bir bütündür. Bu demektir ki, başından sonuna kadar her muhakemeyi teşkil eden çeşitli unsurlar tertipsiz, düzensiz olarak bir araya gelmiş değildir ve bunlar arasında, bütün organik cisimlerde, meselâ insan vücudunda olduğu gibi, ahenkli bir koordinasyon vardır.

Muhakemeyi teşkil eden unsurlar da yine talî organik unsurlardan meydana gelmiştir. Tıpkı insan vücudunda sistemlerin (sindirme, sinir vesaire) bulunması, faraza sindirme sisteminin de mide, barsak gibi unsurlardan meydana gelmesi, faraza midenin de çeşitli dokulardan, her dokunun da hücrelerden teşekkül etmesi gibi.

Muhakemenin organik bir bünyeye sahip bulunmasının, bir diğer söyleyişle canlı olmasının doğal sonucu, doğmadan önce bile ana karnındaki çocuk gibi yaşamaya başlaması, sonra doğması, büyümesi ve ölmesidir (No. 404). Muhakemeleri tek tek ele aldığımızda, rüşeym ve cenin devrelerinden geçerek dâvanın açılması ile doğduktan sonra ara soruşturma denilen çocukluk devresini tamamlayıp (No. 412), kovuşturma denilen olgunluk safhasına geçtiklerini ve bu canlı varlığın daha sonra bir yargı ile sona erdiğini görüyoruz. Ancak muhakemelerin hepsi, uygunluk prensibi gereğince (No. 407) bu gelişmeyi tam olarak gerçekleştirilmeyebilir.³⁰⁷⁸

En gelişmiş, en zengin şekli ile muhakeme organik bünyesini ele alırsak bunun başlıca derece, evre, aşama, bölüm ve hâdise adı verilen talî organik bünyelerden meydana geldiğini görürüz:

³⁰⁷⁵ Foschini, II, processo come fenomeni, RivIDP, 57, 892; Sistema II/1, 3.

³⁰⁷⁶ Varlıkları yani var olanları bir bütün halinde inceleyen ilim olan ontoloji, kendisini fenomenlerde gösteren varlıkların prensiplerini araştırır. Varlıkları tayin eden, yani şaşmaz bir şekilde idare eden kanunlar demek olan bu prensiplere kategori de denilir. Varlık prensipleri kozmolojik ve organik diye ikiye ayrılır. Organik prensiplerden biri de oluş prensibidir. Oluş, bir olup bitmedir. Oluşta hem olma hem bitme vardır. Olma meydana gelme, bitme başka şekil almaz. Oluş prensibi gerek tabii gerek tarihî varlık sahasının prensiplerindedir. Tarihî varlık sahası insanla insan faaliyetleriyle birlikte meydana çıkmıştır. Tabii varlık sahasındaki oluş kördür gayesizdir. Tarih varlık sahasında oluşlar ise bir gayeye yöneltilebilen oluşlardır (*Mengüşoğlu: Felsefeye giriş*, İstanbul 1958, s. 110).

³⁰⁷⁷ Foschini, II/1 5.

³⁰⁷⁸ Muhakemenin, kanun zoru ile tam gelişmiş, bütün uzuvları bir bünyeye sahip olmadığı da vardır. 1985 de bizde ilksoruşturma kaldırılınca ceza muhakemesi, ilksoruşturma gereken durumlarda da çok yararlı uzvundan mahrum bırakılmıştır. Bunun sebebi, gerçekten ihtiyaç olmaması değil, kanun koyucunun ihtiyacı olmadığını sanmasıdır (No. 445).

I. Evreler.

Muhakeme denilen ve başından sonuna kadar organik bütün olan bünye önce evrelere ayrılır.³⁰⁷⁹ Evre (stato) muhakemenin bu organik bünyesinin en büyük çaptaki bölümünün adıdır. Ceza Muhakemesi Kanununa göre muhakemenin iki³⁰⁸⁰ evresi vardır: 1) Soruşturma evresi, 2) Kovuşturma evresi. Bizce ceza muhakemesi üç evreden oluşur: soruşturma evresi; ara soruşturma evresi ve kovuşturma evresi.

Evreler birbirini zarurî olarak takip eder. Bu demektir ki iki evreli olarak düzenlenmiş bir muhakemede birinci evre atlanarak ikincisine geçilemez. Eğer böyle bir muhakemenin bir unsurundan vazgeçilebiliyorsa onun evre mahiyetinde olmadığı sonucuna varmak gerekir.

Evreler sadece zorunlu değildir. Fazla olarak, birbirlerinden ayrılmaları da kesindir. Bu demektir ki kovuşturma evresine geçmiş bir işte artık soruşturma evresine dönülemez. Meğerki kovuşturma evresinin başında, durumun farkına varılmış ve iddianame iade edilerek, kabul edilmemiş olsun (No. 463). Bu takdirde zaten kovuşturma evresine henüz geçilmiş değildir. Keza kovuşturma evresinde verilen bir hüküm bozulduğunda, iş sadece kovuşturma evresine dönebilir (No. 547). Bu da gösteriyor ki soruşturma evresi kesin olarak aşılmıştır.

II. Dereceler.

Bir işe bir başka yargılama makamının bir daha bakması demek olan derece (*grado*), evreden farklı olarak, her muhakemede bulunması zorunlu muhakeme unsurlarından değildir. Muhakeme Hukukunda dereceler, muhakemede takip olunan yolun bir kısmının birkaç katlı olması demektir. Yolun bir kısmı, muhtemel hataları önlemek üzere, bir veya birçok defa tekrar edilir. Derece, evre bakımından söz konusu olabileceği gibi, onun bir unsuru yahut bir hâdisesi bakımından da söz konusu olabilir.

Dereceler Muhakeme Hukukunda bir gelişmeyi ifade eder. İlk zamanlarda mahkeme teşkilâtı tek katlı idi. Bir ikinci tetkik söz konusu değildi. Zamanla kat sayısı çoğaldı. Birden fazla derecenin kabulü, çok defa sanıldığı aksine olarak, yüksek derece hâkiminin daha iyi hüküm verdiği düşüncesine dayanmamaktadır. Böyle olsaydı, işe, doğrudan doğruya onun bakması istenebilirdi. Derecelerin, birden fazla olması, hükmün hâkimler bakımından da kolektif olarak verilmesini ve onun daha objektif, daha gayri şahsî olmasını temin eder (No. 22). Bunun içindir ki, başka hâkimlerin bakmadığı bir işe derece hâkimlerinin ilk defa bakması prensip olarak kabul edilmemiştir. Derecelerin lüzum ve faydası, bunların sayısının hudutsuz olması da demek değildir. Aksi takdirde bir sonuca varmak imkânsız hale gelirdi.

Bir dâvanın belli kısımlarının birden fazla yargılama makamınca birden fazla defa bakılması (meselâ kovuşturma evresinin istinafta tekrarlanması), yani derece, organik bakımdan zorunlu olmadığından, kanun birden fazla derece kabul etmeyebilir. Kabul etse de bunlardan geçmeği kaide olarak mecburî kılmaz, ihtiyara bırakır. İddia ve müdafaa makamları lüzumlu görürlerse derecelere başvurulur. Bazı hallerde kanun yolunun mecburî olması, kanun koyucunun iddia ve müdafaa bakımlarından bunu lüzumlu görmesi, o makamlar yerine bu iradeyi izhar etmesi demek olup safhalardaki zarurilik gibi bir mânâyâ gelmemektedir.

Derece bakımından mahkemeler, genellikle 1) İlk mahkeme (olay mahkemesi), 2) Asıl derece mahkemesi (itiraz ve istinaf), 3) Hukukî derece (temyiz), 4) Bozmadan sonraki derece, 5) Yargılamanın yenilenmesi derecesi olmak üzere beşe ayrılmaktadır (No. 214). Kanunlarımıza göre mahkemelerin

³⁰⁷⁹ Kanunda “*stato, état*” karşılığı olarak bazen “sahfa” (evre) yerine isabetsiz olarak “hal” denilmiştir. “Mahkemenin her hali” (CMUK 7, 365) tâbirinde olduğu gibi. Yeni Kanun “evre” ve “aşama” terimini kabul etmiştir (CMK 4/1).

³⁰⁸⁰ İnfaz sırasında da muhakeme, faaliyeti olabileceğini, infaza ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi için muhakeme yapılabileceğini düşünerek, muhakemenin bir üçüncü evresini yani infaz evresinin olabileceğini ilk basıda kabul etmiştik. İnfaz muhakemeleri, talî mahiyette de olsa, başlı başına bir muhakemede olduklarından, ayrı ve müstakil bir muhakeme bünyesi arz etmektedirler. İnfaz muhakemelerinde de her çeşit muhakemede olduğu gibi bir soruşturma evresi vardır. Bu nedenle, dördüncü bir evre kabulünden vazgeçtik.

dereceleri, olay mahkemeleri derece olmadıklarına göre³⁰⁸¹ şunlardır: 1) İtiraz derecesi, 2) İstinaf derecesi, 3) Temyiz derecesi, 4) Bozmadan sonraki derece.

Bir dâvanın geçtiği bir yolun tekrarlanması anlamına gelen derece, kanun yoluna başvurmakla mümkün olduğundan, derece sistemi (No. 510) ile kanun yolu sistemi arasında büyük bir yakınlık vardır. Olağan kanun yolları, Ceza Muhakemesi Kanunumuza göre, itiraz istinaf ve temyiz olmak üzere üç çeşittir. Bunlar, kararlar henüz yargı halini almadan başvurulabilen kanun yollarıdır. Bir de yargıdan sonra başvuru kanun yolları vardır ki bunlara olağanüstü kanun yolları denilir. Bunlar her zaman başka bir hâkimin tetkikini gerektirmediğinden muhakkak “derece” teşkil etmezler. Ancak başka bir yargılama makamının dâvaya bakması söz konusu olursa, dereceden söz edilebilir. Başsavcının itirazında ve kanun yararına bozma yolunda olduğu gibi (No. 567, 570).

III. Aşamalar.

Aşama muhakemenin her derecesinin veya evresinin organik unsurlarının adıdır. Meselâ soruşturma evresi, tam gelişmiş muhakemede: 1) Başlangıç soruşturması, 2) Kısa soruşturma, olarak üç aşamaya ayrılır. Ara soruşturma evresi, iddianamenin düzenlenip mahkemeye verilmesinden oluşan “kamu davasının açılması” aşaması ve “kovuşturma evresine geçme kararı” şeklinde beliren “kamu davasının kabul edilmesi” aşamasından oluşur. Kovuşturma evresi de: 1) Duruşma hazırlığı, 2) Duruşma, 3) Sonuç çıkarma aşamalarından meydana gelir.

IV. Bölümler.

Bölüm (*fase*), aşamaları teşkil eden organik bünyelerin adıdır. Meselâ duruşma aşaması, biri “giriş” diğeri “delillerin toplanması”, üçüncüsü “delillerin ortaya konulması”, dördüncüsü “koruma” olmak üzere dört bölümden meydana gelir.

V. Hadiseler.

Hâdise (*incidente*), muhakeme sırasında muhtelif noktalarda, tesadüfen meydana çıkan özel tipte ve müstakil mahiyette organik bünyelerin adıdır. Bunlar ayrı bir kararı gerektirirler ve ayrı bir dâvaya, dolayısı ile ayrı bir muhakemeye yol açarlar. Bu ayrı muhakemeler, esas muhakeme içinde küçük muhakemeler olarak gözüktürler.³⁰⁸² Hâdise dâvaları tâli davaların (No. 96), hâdise muhakemeleri ise, talî muhakemelerin (No. 408) bir çeşidini teşkil eder.

406. GELİŞME PRENSİBİ.

I. Ceza muhakemesinin tarihsel gelişmesi.

Gelişme prensibi³⁰⁸³, muhakemenin tarihî gelişmesini izah eden morfolojik bir prensiptir. İhtiyaç bünyeyi yaratır.³⁰⁸⁴ Yaratılan bünyenin görevi (fonksiyonu), o ihtiyacı karşılamaktır. Tek hücreli hayvanlardan insana kadar olan canlılardaki gelişmenin de gösterdiği gibi, ihtiyaçlar arttıkça hücreler artmakta, yeni ihtiyaçları karşılayacak yeni bünyeler eskilere ilâve olunmakta, hattâ belli ihtiyaçları karşılamak için ayrı ayrı organlar meydana gelmekte, bünye gittikçe muğlak bir hal almakta ve zenginleşmektedir. Muhakeme de böyle bir gelişme göstermiştir. İlkel toplumlarda muhakeme bünyesi de ilkindir, basittir, çünkü ihtiyaç azdır. İhtiyaçlar arttıkça, muhakemenin bünyesi de gelişmiş ve

³⁰⁸¹ Olay mahkemesi derece değildir. Derece ikinci tetkik ile başlar. Fakat nasıl binalarda zemin katın üstündeki birinci kata çok defa ikinci kat deniliyorsa, ikinci tetkiki yapana da ikinci derece, ilk tetkiki yapana da birinci derece danmaktadır.

³⁰⁸² Postacıoğlu, 502.

³⁰⁸³ Foschini, bu prensibe önce “*antecedenza*” (öncelik) (II processo come fenomeno, RivIDP 1957, 899), sonra “*specifiazione*” (türlere ayrılış) adını verdi (II/1, 12). Biz de kitabın birinci basısında öncelik tâbirini kullanmıştık. Foschini’nin “tarihî gelişmeye uygun olarak muhakeme bünyesinin gelişmesi ve zenginleşmesi” diye tarif ettiği bu morfolojik prensibi ifade için bugün “gelişme” demeye uygun bulmaktayız.

³⁰⁸⁴ İhtiyaçların karşılanması, tabii bir zarurettir. İhtiyaç duyulursa onu karşılamak için gerekli bünye muhakkak yaratılır. Eğer arzu edilen ileri bir bünye, bir hukukî müesseseye, belli bir toplumda yaratılamıyorsa, kanunla yaratıldığı halde tatbikatta yaşatılamıyorsa, bundan o toplumun henüz, o hukukî müesseseye ihtiyaç duymadığı bir diğer söyleyişle ona lâyık olmadığı sonucunu çıkarabiliriz. Her toplum ancak duyduğu ihtiyaçları gidermeğe çalışır. “Her millet lâyık olduğu hükümetle idare olunur” sözü, bu gerçeğin hükümet bakımından ifadesidir.

zenginleşmiştir. Muhakemenin gelişmesinin özelliği, yeni organik bünyelerin eski bünyelerden önce yer alması eskisinin önüne yeni bir bünye eklenmesidir.

Gerçekten, ilkel toplumlarda ilk önce fertler, sonra toplum suçluya hemen ceza vermekte³⁰⁸⁵ ve infaza geçilmekte idi.³⁰⁸⁶ Ceza hükmünü veriş o kadar çabuk olmakta idi ki bunu Hukukun düzenlemesine ihtiyaç duyulmuyordu. Toplumlar geliştikçe, bir teminat tanımak ihtiyacı duyuldu ve ceza verilmeden önce dâvacının ve sanığın meramlarını anlatmaları ve hâkimin muhtevalarını öğrendiği delillere göre sanığı suçlu bulduğu takdirde ceza vermesi kabul edildi. Artık ortada “muhakeme” denilen bir faaliyet vardır. Bu faaliyet de biri “tahkikat” (soruşturma) yapma, diğeri “hüküm” (karar) verme talî faaliyetlerinden oluşmaktadır. Dâva açılınca muhakeme başlamakta, bir diğeri söyleyişle doğmakta, hüküm verilince de sona ermekte, bir diğeri söyleyişle ölmektedir.

Uyuşmazlığı hâkim çözmekte idi ve başka bir hâkimin faaliyeti de söz konusu değildi. Bu nedenle, hâkim ile mahkemeyi birbirinden ayırma ihtiyacı henüz duyulmuyordu. Hukukun düzenlediği muhakeme böylece, ilk defa iki aşamalı fakat tek evreli bir bünye olarak ortaya çıktı. İnsanlık uzun zaman bu tek evreli muhakeme ile ihtiyaçlarını karşıladı. Bütün eski hukuklarda ve bu arada İslâm Hukukunda önsoruşturmanın düzenlenmemiş olmasının sebebi budur. Medenî Muhakeme bugün dahi bu gelişme seviyesindedir. Bizde Ceza Muhakemesi de, 1985 de ilksoruşturma kaldırılarak, eski çağlardaki tek evreli durumuna getirilmişti. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile iddianamenin kabulü kararı (CMK 175) verilmesinin kabul edilmesi sayesinde, kötü bir “ilksoruşturma” aşaması doğdu.

Toplumlar zamanla, muhakemenin önceden hazırlanmasını düzenleme ihtiyacı duymağı başladılar. Bu hazırlık ilk zamanlar, teminat olmak üzere, yine hâkim tarafından yapıldı. Dâva açılınca iş hemen hükmü verecek olan mahkemedeki hâkimin önüne gitmiyordu. Önce başka bir hâkim soruşturmayı yaparak muhakemenin işini kolaylaştırıyordu. Bu hâkimin yaptığına ilksoruşturma denince muhakemenin yaptığıının adı da sonsoruşturma oldu (No. 409).³⁰⁸⁷ İlksoruşturmada uyuşmazlık dolayısı ile yargılanabiliyor, yani açılan dâvanın mahkemeye gitmemesi (bir diğeri söyleyişle, sonsoruşturmanın açılmaması) kararı ile dâva sonuçlanabiliyordu. Bunun anlamı, muhakemenin artık iki evreli olması idi.

Canlılarda ömür uzadıkça nasıl çocukluk ve olgunluk diye iki çağdan söz edilebiliyorsa, muhakemede de bizim şimdi “ara soruşturma” dediğimiz, eski ilksoruşturma; “çocukluk”, kovuşturma ise, olgunluk çağına benzetilebilir. Bugün gelişmiş bir muhakemenin çocukluk çağının olmaması düşünülemez ki muhakemesi de gelişmiş ülkelerde kovuşturma ile birlikte ara soruşturma (*Zwischenverfahren*) adı altında düzenlenmiştir.³⁰⁸⁸

Ara soruşturmanın düzenlenmesi de yetmedi. Dâva açılmadan önce de bir hazırlık yapılması ihtiyacı duyuldu ve ceza dâvasını açacak olan savcının bu hazırlığı yapması kabul edildi. Böylece hazırlık soruşturması denilen doğum-öncesi bünye meydana çıktı. Artık, CMK'nın “soruşturma evresi” adını verdiği önsoruşturma safhası, aslında hazırlık soruşturması ve ilksoruşturma adlı iki aşamadan oluşmakta idi. Yeni Kanun döneminde ise, başlangıç soruşturması, kısa soruşturma ve ara soruşturma aşamaları vardır (No. 413 I).

Mehaz kanununun 1870 li yıllarda hazırlanması gelişmenin bu seviyede olduğu zamana rastlamaktadır. Zamanla bu bünye de yeni ihtiyaçları karşılayamaz oldu ve kolluğun yaptığı hazırlık soruşturmasını eklemek gerekti. Böylece sonsoruşturmadan önce yapılan “önsoruşturma”, sırası ile 1) Başlangıç soruşturması, 2) Kısasoruşturma ve 3) İlksoruşturma adlı üç aşamada yapılır oldu (No. 143 II). Fakat CMK gibi kanunların büyük bir kısmı henüz hazırlık soruşturmasını “resmen” ikiye ayırmış değildir. Pratik zaruretlere, hazırlık soruşturmasının büyük bir kısmının kolluk tarafından yapılmasını gerektirdiği

³⁰⁸⁵ Bugün de toplulukların ilkeleşmesinin eseri olan linç olaylarında ilkel toplumların hareketine rastlamaktayız.

³⁰⁸⁶ Cezanın hemen verilmesi yüzünden muhakemenin bu pek küçük, pek basit bünyesi yani hüküm gözden kaçmakta ve infaz muhakemenin bir bünyesi olarak sayılmaktadır.

³⁰⁸⁷ Eski bünyeye “muhakeme” demekte devam edip, yenisine tahkikat (soruşturma) diyenler varsa da yenisini ile eskisi ile beraber, gelişmiş olan bünyeye muhakeme denilmesi daha uygundur.

³⁰⁸⁸ Bizdeki ilksoruşturma Almanya'da iki devreli idi. Almanya'da 1975 de kaldırılan birinci devresidir. Toplanan delillere göre sonsoruşturmaya geçilip geçilmeyeceği kararının verildiği sonuç çıkarma devresi, yani ilksoruşturmanın en özlü kısmı Almanya'da bugün yine mevcuttur. Sadece delil toplama deneni kısım savcılara bırakılmıştır (No. 445).

halde, bu faaliyet henüz sistemli bir şekilde düzenlenmemiştir. Bunu düzenlemek Ceza Muhakemesi Hukukunun bugün karşılaştığı en önemli meselelerden biri haline gelmiştir.

Biz gelişmeyi devam ettirip üç aşamalı önsoruşturmaya geçmeği umarken, 1985 de mülga kanunun ilksoruşturması kaldırılınca, başlangıç soruşturması da bizde hazırlık soruşturmasının bir aşaması olarak ayrıca düzenlenmiş olmadığından, önsoruşturma adlı safhamızın kanun nazarında sadece hazırlık soruşturması adlı tek aşaması vardır. Kanun sonsoruşturmadan önceki soruşturmaya, önsoruşturma yerine “hazırlık soruşturması” demekle onu evre bile saymadığını göstermekte idi. Mülga Kanunda, dâva açıldıktan sonra yapılan „sorusuştırma“ (veya eski adı ile son tahkikat) dediğimize göre (CMUK “1985-3206” 147), daha önceki evreye, son sıfatının karşıtı bir sıfat ekleyerek önsoruşturma demeli idik. İlksoruşturma da denilebilirdi ama, bu terim kaldırılmış olan doğum sonrası aşaması için kullanılmış olduğundan ve yarın yine kullanılabilirdiğinden, sonsoruşturmanın hazırlanması faaliyetlerinin bütününe önsoruşturma demek elbet uygun olacaktı. Bu nedenlerle, Kunter mülga kanuna göre sadece hazırlık soruşturmasından ibaret olsa da, yarını düşünerek, muhakemenin yenilenmesi gibi tali muhakemelerin, Memur Muhakemesi Kanunu gibi özel kanunların iki evreli muhakeme düzenlemelerini de hesaba katarak önsoruşturma terimini kullanmakta devam etmişti.

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ise, iki evreli ceza muhakemesini açıkça benimsedi: iddianamenin kabul edilmesine kadar “soruşturma”, kabulünden sonra hükmün kesinleşmesine kadar ise, “kovuşturma evresi” terimini benimsedi. Bu düzenlemede tenkit ettiğimiz husus, iddianamenin mahkemeye verilmesi ile kamu davasının açılmasıdır. Kanun iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesi ile (CMK 175/2), kamu davasının açılmış sayılacağını benimsemekle, “yargılama makamının dava açması” gibi önemli bir hata yapmıştır. İddianamenin mahkemeye verilmesi ile dava açılmış olmalı, fakat davanın kabulü kararı mahkeme tarafından verilmelidir.

II. Tam teşekküllü muhakemenin olması gereken şeması.

2005 yılında yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu gerek kullandığı terimler ve gerekse yapısı itibarıyla, ceza muhakemesinin işleyiş şemasını değiştirdi. Bu değişikliğin her yönü ile yerinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Teknik önemli hatalar vardır. Mesela, iddianamenin düzenlenmesi ile kamu davası açılmaması gibi. Kamu davasının mahkeme tarafından iddianamenin kabulü kararı verilince açılmış sayılması, en kısa zamanda düzeltilmelidir: iddianame mahkemeye verilince kamu davası açılmalı, iddianamenin kabulü kararı ile de kovuşturma evresine geçilmelidir. Biz Kanundaki düzenlemeyi muhakeme hukuku kurallarına uygun olarak yorumlamaya gayret ederek, *yeni ceza muhakememizin işleyiş şemasını* şöyle ifade ediyoruz:

1. Soruşturma evresi.

Soruşturma evresi üç aşamalıdır: başlangıç soruşturması aşaması, kısa soruşturma aşaması ve ara soruşturma aşaması: Biz, soruşturma evresinin yeterli şüphenin oluşması ile sona ermesinden yanayız. Bu nedenle, iddianame düzenleninceye kadar yapılan işlemlere “soruşturma evresi” adının verilmesini öneriyor ve bu evreyi iki aşamaya ayırıyoruz.

a) Soruşturmanın başlaması ve sona ermesi.

CMK’ya göre soruşturma evresi, *suç işlendiği izlenimi veren halin öğrenilmesi* ile (CMK 160/1) başlar ve *iddianamenin kabulü kararı* (CMK 175/1) verilinceye kadar devam eder. Soruşturmanın başladığı anın tespiti iletişimin denetlenmesi (No. 403-18/II) ve etkin pişmanlık halleri dahil, ceza muhakemesinde pek çok kurumun uygulanmasını yakından ilgilendirir.

Bu nedenle, soruşturmanın başladığı anın belirlenmesi bakımından şöyle bir tanım verebiliriz: *Cumhuriyet savcısı tarafından başlangıç şüphesinin öğrenilmesi ve ilk araştırma işleminin yapılmasına karar verilmesi ile ceza soruşturması başlar.*

Soruşturmanın başladığı anın tespiti bakımından Yargıtay içtihadı zaman içinde değişiklik göstermektedir. Önceki kararlarında Cumhuriyet savcısının soruşturma numarasını verdiği tarihi esas

alan Yargıtay, son samanlarda ise ihbar veya şikâyetin kolluk veya Cumhuriyet savcılığına yapıldığı tarihe bakmaya başlamıştır.³⁰⁸⁹

b) Başlangıç soruşturması.

Başlangıç soruşturması aşaması, suç işlendiği izlenimi veren halin öğrenilmesi ile başlar ve kovuşturmaya yer olmadığı kararı (CMK 172) verilmesine veya suç isnadı yapılmasına kadar devam eder. Suç isnadı yapılmayacağı anlaşılırsa, “kovuşturmaya yer olmadığı kararı” verilir (CMK 172).

c) Kısa soruşturma.

Kısa soruşturma aşaması, iddianame düzenlenmeden önce, suç isnadı niteliği taşıyan bir işlem yapılması ile başlar ve geniş anlamda kovuşturmayı başlatır. C. savcısının tutuklama istemi veya sorguya çekilme istemi, suç isnadı niteliğindeki işlemlerdir, ama henüz iddianame düzenlenmemiştir. Önödeme ve uzlaşma teklifi de suç isnadı niteliğindeki işlemlerdendir.

Kısa soruşturma aşaması ya, CMK’da örtülü olarak düzenlenen “kovuşturmaya son verme kararname” ile (CMK 172/2), veya iddianame düzenlenmesi ile (CMK 170) sona erer.

2. Ara soruşturma evresi.

İddianamenin düzenlenmesi (CMK 170) ile, iddianamenin kabulü (CMK 175) veya iadesi (CMK 174) arasında geçen süreç olup, mülga ilksoruşturma’nın yerini almış olan aşamadır. Biz de buna, *ara soruşturma* adını veriyoruz.

3. Kovuşturma evresi.

Bu evre de üç aşamalıdır: duruşma hazırlığı aşaması, duruşma aşaması ve duruşmadan sonuç çıkarma aşaması.

III. Ceza muhakemesinin çeşitleri.

Ceza muhakemelerini morfolojik bakımdan incelerken, onları ilk önce “asıl ceza muhakemesi” ve “talî ceza muhakemesi” olmak üzere ikiye ayıracağız:

1. Asıl ceza muhakemesi.

Asıl ceza muhakemesi bir kimseye bir suç isnat edilmesi ve bu isnadın tahkikinin istenilmesi üzerine yani asıl ceza dâvası (No. 96) dolayısı ile yapılan muhakemedir. Asıl ceza muhakemesi sonunda isnat sabit olursa, suç karşılığı konan müeyyideler sanık hakkında uygulanacaktır. Asıl ceza muhakemesi de neticede dar mânâda cezaya veya emniyet tedbirine hükmolunması bakımından, asıl ceza dâvalarında olduğu gibi, dar mânâda ceza muhakemesi ve emniyet tedbiri muhakemesi olmak üzere ikiye ayrılır.

2. Uyuşmazlıkların alternatif yöntemlerle çözülmesi.

Asıl ceza muhakemesi son yıllarda zenginleşmiş ve basit suçların yargılanmasında özel usuller ortaya çıkmıştır. Ceza kararnamesi yargılamasında var olan ve önödeme, seri muhakeme ve basit yargılama şeklinde ortaya çıkan alternatif yöntemler, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile gelişmiştir. Genişletilmiş ceza kararnamesi olarak nitelendirdiğimiz bu muhakeme usulleri ileride ilgili bahislerde ele alınacaktır.

3. Tali ceza muhakemesi.

Tali ceza muhakemesi, bir suç isnadının araştırılması ve karşılığı müeyyidelerin sanık hakkında uygulanması şeklinde olmaksızın, bir suç dolayısı ile ceza yargılaması makamlarından bir karar alınması için açılan talî ceza dâvası (No. 98) dolayısı ile yapılan muhakemedir. Talî ceza muhakemesi de aykırılığın giderilmesi için kabul edilmiş olup olmadığına göre, iki büyük gruba ayrılabilir. Aykırılığın giderilmesinden başka sebeplerle açılan dâva dolayısı ile yapılan muhakemeye “dar mânâda talî ceza muhakemesi” diyeceğiz. Bunları da “hâdise muhakemesi” ve “infaz muhakemesi” diye ikiye ayıracağız. Aykırılığın giderilmesi için açılan dâva dolayısı ile yapılan muhakemeye de “kanun yolu muhakemesi” adını vereceğiz. Ceza Muhakemesi Hukukunun düzenlediği kanun yolu muhakemesi, gerçekten talî

³⁰⁸⁹ CGK 30.6.2020, K. 2020/332 (Yenisey/Nuhoglu 2023, 298).

mahiyette bir ceza muhakemesidir. Ancak, asıl ceza muhakemelerindeki gibi, dar mânâda ceza muhakemelerindeki kararların aykırılıklarını gidermek için de kanun yolu dâvasına başvurulduğundan, kanun yolu muhakemesini, diğer talî ceza muhakemelerinden sonra ve ayrı olarak tetkik edeceğiz (No. 510, 753).

Güvenlik tedbiri muhakemesi gibi talî ceza muhakemesi de sistemli bir şekilde düzenlenmemiştir. Talî ceza muhakemelerinden ancak bazılarını kanun düzenlemiştir. Bunlar arasında oldukça esaslı şekilde düzenlenen, kanun yolu muhakemesidir.

407. UYGUNLUK PRENSİBİ.

Uygunluk (*adequatezza*) prensibi³⁰⁹⁰, muhakemenin tâbi olduğu morfolojik prensiplerden bir diğeridir. Bu prensip bünyenin göreve (fonksiyona) uymasını ifade eder. Gelişerek en zengin ve muğlak şeklini almış olan bir bünyede dahi artık duyulmayan bir ihtiyacı gidermek için eklenmiş olan tali bünye yaşamaz. Bünye ihtiyaca uygun bir şekil alır. Gelişmenin aksi bir istikamet tutulur ve bünye yine basitleşir, sadeleşir.³⁰⁹¹

Bu prensip muhakemede de carîdir. Her muhakemenin bünyesi kendi icaplarına, kendi ihtiyaçlarına uygun olacaktır. Duyulabilen ve “teminat” ile “çabukluk” gruplarında toplanması mümkün olan, muhakemenin her türlü ihtiyacını karşılayacak şekilde en zengin, gelişmiş muhakeme bünyesi, “mücerret muhakeme şeması”nı teşkil eder. Çeşitli ihtiyaçlardan bir kısmının duyulmadığı müşahhas hallerde, o ihtiyaçları gidermek için yaratılmış olan bünyelere lüzum kalmaz ve muhakeme daha basit bir şekil alır. Hüküm verme kolaylaştıkça, dâvanın sonucunun önemi azaldıkça muhakemenin ihtiyaçları azalır. Meselâ basit bir kabahat dâvasında hükmedilecek idari yaptırım hafif olduğundan, yapılabilecek hatanın önemi fazla olmadığından, bu dâvanın muhakemesinin bünyesi meselâ ölüm cezasını gerektiren bir suçtan dolayı açılan dâvadaki muhakemenin bünyesine benzemez. Bunun gibi, meşhut suçlarda hüküm verme nispeten kolay olduğundan, bizde 2005 de kaldırılan meşhut suçların muhakemesi diğer muhakemelere nazaran daha basit bir bünye arz eder. Hüküm verme güçleştikçe bünye daha muğlak bir hal alır. Meselâ hüküm vermenin nispeten kolayca olduğu işlerde sistemde varsa, ilksoruşturma yapılmadığı halde, hüküm verilmesi daha güç işlerde ilksoruşturma yapılırdı.³⁰⁹² Yine bunun için, önemli işlerde olağan kanun yolları kabul edilerek derece ilâvesiyle bünye zenginleştirilir. Bazan da, tersine, hüküm verme o kadar kolaydır ki kovuşturmanın duruşma hazırlığı ve duruşma aşamaları gibi soruşturmanın kısa ve ilksoruşturma aşamaları de atlanır ve sistemde varsa, ceza kararname ile ceza verilir. Görülüyor ki muhakeme bünyesinin mücerret şeması, müşahhas olayda duruma uygun bir şekil almaktadır.

408. CEZA MUHAKEMESİNDE ŞÜPHENİN KUVVET DERECELERİ.

Ceza muhakemesinin soruşturma evresi basit başlangıç şüphesi ile başlar, şüphenin güçlenip yeterli şüphe halini alması ile kamu davasına dönüşerek ilerler ve şüphenin ortadan kalkması ile, yani sanığın suçu işleyip işlemediği konusunda kesin hüküm verilmesi ile sona erer. Şüphenin kuvvetlenerek ceza muhakemesini ilerletmesine *basamak teorisi*, evreler arasındaki geçişe ise *eşik teorisi* adını veriyoruz. Aşağıda şüphenin kuvvet dereceleri açıklanacaktır.

I. Makul Sebep.

mm

II. Makul Şüphe.

tt

III. Basit Başlangıç Şüphesi.

tt

IV. Kuvvetli Şüphe Sebebi.

kk

³⁰⁹⁰ Foschini, II/1, 8.

³⁰⁹¹ Bazı insanlarda 20. yaş dişlerinin çıkmamasının sebebi budur.

³⁰⁹² İlksoruşturmaya bazı dâvalara ihtiyaç vardır. Bu ihtiyacı bazılarının duymaması, onun gerçekten var olmadığını göstermez. Ciddi bir muhakeme yapılacaksa, bu ihtiyaç bundan sonra soruşturma evresini, kovuşturmanın duruşma hazırlığı ya da duruşma devrelerini, büyük bir ihtimalle bu sonuncu devreyi uzatacaktır. Bu uzatış, delil toplama ihtiyacını giderebilecekse de, hâkim kararı olmadan kovuşturma evresine geçmeme teminatından yoksun kalışımız devam edip gidecektir. Meğerki bu yolda karar verme işi, Almanya’da olduğu gibi, sonsoruşturma başında mahkemeye verilsin. Hele savcılar üstünlük bir hazırlık ile dâva açarlarsa, dâvalar, ilksoruşturma olduğu zamanınkinden daha da uzayacaktır. Bunun önüne geçmek amacı ile, “iddianamenin iadesi” kabul edilmiştir (CMK 174).

V. Yeterli Şüphe.

ttt

VI. Kuvvetli Şüphe.

mm

VI. Vicdani Kanaat.

mm

İKİNCİ BÖLÜM: DAR MÂNÂDA CEZA MUHAKEMESİ**56. § SORUŞTURMA EVRESİ: I. GENEL BİLGİLER**

409. Soruşturma evresinin ortaya çıkışı, 410. Soruşturma evresinin gayesi ve görevleri, 411. Soruşturma evresinin özellikleri, 412. Soruşturma evresinin niteliği, 413. Soruşturma evresinin devreleri.

409. SORUŞTURMA EVRESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI.**I. Soruşturma evresinin oluşumu.**

Muhakeme ilk zamanlar tek evreli basit bir bünye olarak düzenlenmişti.³⁰⁹³ İnsanlar uzun zaman bu basit bünyeli muhakeme ile ihtiyaçlarını giderdiler. İnsanlar arasındaki ilişkiler ve bu yüzden uyuşmazlıklar artıp dâvalar çoğalınca, hâkim sayısı da fazla artırılamadığından, muhakemeler uzadıkça uzadı. Böylece muhakemelerin çabuk sonuçlandırılması ihtiyacı ortaya çıktı.³⁰⁹⁴ Fazla iş altında bulunan hâkimler görevlerini layığı ile yapamaz oldular. Davacıların yerli yersiz dâva açmaları ise muhakemelerin işini çoğalttığı kadar, sanıkları da güç durumlara sokuyordu. Zayıf isnatlarla açılan dâvalara karşı sanıkları korumak da bir ihtiyaç olarak kendisini gösterdi.³⁰⁹⁵ Bütün bunların çaresi; işlerin önceden elenmesi ve ayıklanması³⁰⁹⁶, tek hâkimle yapılabilecek işlerin tek hâkime gördürülmesi ve tek hâkimle yapılamayacak işlerin toplu olan mahkemeye bırakılması idi. Bu çeşitli ihtiyaçlar, önceleri henüz tek evreli olan muhakemede, yani kovuşturma evresinde giderilmeğe çalışıldı.³⁰⁹⁷ Bu da yetmeyince, dâva açıldıktan sonra, fakat henüz iş mahkeme önüne getirilmeden önce bu ihtiyaçların giderilmesi zarurî oldu. Böylece ortaya, önce *ilksoruşturma* çıktı. Daha sonra *önsoruşturma* ve en son olarak da *ön alan araştırmaları* diye adlandırılan yeni evreler çıktı.

³⁰⁹³ Bizce, ceza muhakemesinin üç evresi vardır: Soruşturma evresi, ara soruşturma evresi ve kovuşturma evresi. Ceza muhakemesinin ileri evre ve aşamalarına geçebilmesi için, yeterli şüphe gerekir (No. 406). Bunun bir karar ile belirlenmesi kişi hakları açısından bir garantidir. Kanunda mevcut olan, fakat açıkça isimlendirilmemiş olan bu aşama, bizim *ara soruşturma* dediğimiz *iddianamenin kabulü evresidir* (CMK 174, 175).

³⁰⁹⁴ Meselâ 13. yüzyıldan önce İngiltere’de mahkemelerin sayısı azdı ve bunlar gezici idiler. Gittikleri yerlerde fazla kalamıyorlardı. Bu sebeple dâvaları ayıklama suretiyle sayıyı azaltmak ve böylece muhakemeleri kısa zamanda bitirebilmek gerekiyordu. *Sherif’in* tek başına ithamının mahkemeye sevk için kâfi görülmemesi, 12 *juratores’in* yeter deliller görek işi mahkemeye sevk etmesi usulüne başvurması bu ihtiyacı karşılamıştır. İthamın önceden, yani iş mahkemeye gitmeden ayıklanması, sonradan büyük Jürinin, doğmasına yol açmıştır (*Seitz* (Emile): *Les principes directures de la procédure criminelle de l’Angleterre*, Paris 1928, s. 36, 49).

³⁰⁹⁵ Büyük Jüri İngiltere’de bir garanti olarak ortaya çıkmıştır *Helie* (Faustin): *Traité de l’instruction criminelle*, Paris 1867, c. V- s. 7).

³⁰⁹⁶ Bugün meselâ Anayasa Mahkemesinde önce dâvanın esas bakımından kabul edilip edilmeyeceğinin kararlaştırılmasının, ondan sonra işin esasına girilmesinin sebebi, mahkemeyi boşu boşuna yormamak, vakit kaybını önlemektir.

³⁰⁹⁷ Bugün dahi duruşma devresinin ilk bölümünde ve duruşma hazırlığı devresinde yapılan faaliyetler bu ihtiyaçlardan daha önce giderilmemiş olanları karşılamaktadır.

Uzun zaman insanların ihtiyacını özerk aşamalara ayrılmadan bir bütün halinde karşılayan *önsoruşturma*, başlıca iki çeşit faaliyeti gerektiriyordu: Soruşturma ve karar verme.³⁰⁹⁸ Karar verme daima hâkim işi idi ve bunun böyle olması sanıklar için büyük bir teminat teşkil ediyordu. Soruşturma ve dâva açma işleri ise, duyulan ihtiyaca göre, bazen itham, bazen tahkik, bazen da iş birliği sistemine göre hâkime veya savcıya bırakılıyordu.³⁰⁹⁹

II. Bünyenin ikiye ayrılması.

Eskiden tek evreden ibaret olan muhakemeye, tabii olarak, sadece *muhakeme* (*jugement, giudizio*) deniliyordu. Sonradan bu evrede yapılan faaliyetlerin daha iyi, daha çabuk, daha teminatlı yapılması için yeni bir evre ortaya çıkınca, bu yeni evreye ilk zamanlar sadece *soruşturma* (tahkikat, *istruzione, instruction*) denildi ve artık son evre haline gelmiş olan eski faaliyetlere *muhakeme* denilmekte devam olundu.³¹⁰⁰ Ancak her iki evrenin de muhakeme olduğu anlaşılınca, muhakeme tabiri iki evreli yeni bütüne verilerek, birinci ve ikinci evrelerin ayrı ayrı adlandırılması gerekti. Birinci evreye *önsoruşturma* (veya *soruşturma evresi*) (*Vorverfahren*),³¹⁰¹ ikinci evreye da *sonsoruşturma* (veya *kovuşturma evresi*) (*Hauptverfahren*) denildi.

Hâkimin yaptığı ilksoruşturma da yetmedi ve dâva açılmadan önce bir hazırlık soruşturması yapılması ihtiyacını karşılamak gerekti. Zamanla hazırlık soruşturması da suç isnadından önceki kısmın daha esaslı düzenlenmesi ihtiyacı ile, başlangıç soruşturması ve kısa soruşturma diye ikiye bölündü. Böylece önsoruşturma adı verilen yeni evre 1) Başlangıç soruşturması 2) Kısa soruşturma ve 3) ara soruşturma aşamalarından oluşur hale geldi.

Ceza Muhakemesi Kanunu muhakemenin ilk bölümüne soruşturma evresi adını vermektedir.³¹⁰² Almanların *ara soruşturması* bizdeki ilksoruşturmanın sonuç çıkarma bölümü olarak düzenlenmiştir. İlksoruşturma 1975'te kaldırınca, Almanya'daki ara soruşturmanın karşılığı olan bir soruşturmadan yoksun kaldık ve Kanunda bir boşluk ortaya çıktı. Biz kanunu değil, hukuku esas aldığımız için, mücerret muhakeme şemasında *ara soruşturma evresi* diye bir evre bulunduğunu ifade etmek isteriz. Bugün muhakemenin iki evreli oluşu, muhakeme şemamızın fakirleşmesidir ve dolayısı ile geçicidir. Zengin muhakeme şemasına tekrar kavuşacağımız günlerin gecikmeyeceğini umarız. Almanların *ara soruşturmasına* biraz benzeyen *iddianamenin iadesi* kurumunun (CMK 174) kabul edilmesi, olumlu bir adımdır. Hukuktaki gelişme, soruşturma evresi başlamadan önce yapılan işlemleri de kapsayacak şekilde yeni kurumlar ortaya çıkmasını gerektirmiştir. Ceza soruşturması başlamadan önce yapılan *ön inceleme* (No. 413-1/I) ve örgütlü suçlarda örgüt yapısının ortaya çıkarılması için yapılan *ön alan araştırmaları* (No. 413/2) aşağıda ele alınacaktır.

³⁰⁹⁸ Fransa'da 1957 tarihine kadar yürürlükte kalan 1808 kanunu bu gelişme seviyesini aksettirmektedir. Onu örnek tutan 1879 tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunumuz da bu seviyede idi. 1914 tarihli Memurin Muhakematı Kanununun seviyesi de idi. Anglosakson memleketlerindeki durum bugün de budur; zira bu memleketler önsoruşturmanın da önce hazırlanması ihtiyacını duymamaktadır.

³⁰⁹⁹ İtham sistemine göre düzenlenen önsoruşturmada dâvacı dâvayı açmakta, hâkim bir hakem gibi duruşmayı idare edip tarafların delillerini ortaya koymalarına ve tartışmalarına müsaade etmekte ve sonunda hâkim veya jüri de olabilen hâkimler kurulu için mahkemeye gitmesine veya gitmemesine karar vermektedir. Tahkik sistemine göre düzenlenen önsoruşturmada ise hâkim dâva açılmadan işe elkoymakta, delilleri gizil ve yazılı olarak toplamakta ve sonunda aynı veya başka hâkim için mahkemeye gitmesine veya gitmemesine karar vermektedir. İş birliği sistemindeki önsoruşturma tahkik sisteminden ancak hâkimin kendiliğinden faaliyete geçmemesi ile ayrılmaktadır.

³¹⁰⁰ 1879 tarihli Kanunumuzun sistemi bu idi. Memurin Muhakematı Kanununda kovuşturma açılması gerektiğine dair verilen karara "lüzum-u muhakeme kararı" denilmesi bunu açıkça göstermekte idi.

³¹⁰¹ Kovuşturmadan önceki "soruşturma"ya Fransızcada ceza dâvasının hazırlanması safhası anlamına Phase préparatoire du procès pénal denildiği vardır (*Pradel: Rapport général au Séminaire int. (Syracusa 1982) RIDP 85, s. 12*).

³¹⁰² Kovuşturma evresinin baş tarafına eklenen yeni evreyi, yani hazırlık soruşturması ve ilksoruşturmadan meydana gelen bütünü ifade için, bizim mülga CMUK'un 46, 63 ve 226. maddelere tekabül eden maddelere Mehaş Alman Kanununda *Vorverfahren* denilmiştir. İlksoruşturmanın sonuç çıkarmadan önceki kısmı ise *Voruntersuchung* diye adlandırılmıştır. Aradaki farka dikkat edilmeden, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda her ikisine de *ilksoruşturma* denilmesi hatalı olmuştur. Türk doktrininde *Kantar*, başlangıç soruşturması tâbirini kullanmış ise de (s. 82), *Erem*, bizim gibi, önsoruşturmayı tercih etmektedir (s. 268). 1973 de 46 ve 63. maddelere *hazırlık soruşturması* da ilâve edilmiştir. *Önsoruşturma* terimi kullanılmalıydı.

410. SORUŞTURMA EVRESİNİN GAYESİ ve GÖREVLERİ.

I. Soruşturma evresinin gayesi.

Soruşturma evresinin gayesi, mücerret muhakeme şemasında (No. 407) kendisinden sonra gelen ara soruşturma ve kovuşturma evrelerini hazırlamak, bir diğer söyleyişle onun daha iyi, daha çabuk, daha teminatlı yapılabilmesini sağlamaktır (No. 409). Gayenin bu şekilde ifadesi, her somut soruşturmadan muhakkak kovuşturma evresine geçileceği manasına gelmez. Somut muhakemede kovuşturmaya lüzum olmadığı anlaşılabilir. Bu takdirde, bünyenin göreve uygunluğu prensibi gereğince, kovuşturma evresinden vazgeçilecek ve muhakeme soruşturma ile sona erecektir.

II. Soruşturma evresinin görevi.

Soruşturma evresi, kovuşturma evresini hazırlamak gayesi ile yapıldığından, bu gayeye erişmeği sağlayacak faaliyetlerin yapılması bugün bizde soruşturma evresinden ibaret olan soruşturmanın görevini teşkil eder. Bu gayeye nasıl erişileceği ve bunun için hangi faaliyetlerin yapılması gerekeceği meselesi ise soruşturmayı doğuran veya soruşturma doğduktan sonra ortaya çıkan ihtiyaçlara (No. 408) göre halledilecektir. Bu ihtiyaçlar ve dolayısı ile, soruşturmanın görevleri, muhakemenin vasıtaları ile ilgili olmak üzere üç grupta toplanabilir³¹⁰³: 1) Deliller bakımından *delilleri toplama*, 2) Normlar bakımından *isnadı açıkça belirtme*, 3) Koruma tedbirleri bakımından *koruma*.

III. Delil kaynağı olan şüphe sebeplerini toplama.

Muhakemede dünkü olayın bugün tekrar yaşanabilmesi deliller sayesinde mümkündür. Ancak uyuşmazlığın maddî yönü sadece mahkeme tarafından kovuşturma evresinde çözüleceğinden, gerçek delil o zaman karşımıza çıkacaktır. Burada pek de isabetli olmayarak delil toplama terimi ile anlatılmak istenen, *şüphe sebeplerinin*, yani ilerde kovuşturma evresinde delil olabilecek şeylerin ve delil kaynaklarının toplanması, bir diğer söyleyişle araştırılıp elde edilmesidir. Bu görev şu ihtiyaçlara cevap vermektedir:

a) Delillerin kovuşturma evresinde mahkeme tarafından araştırılıp elde edilmesi çok güçtür ve kovuşturmayı uzatır. Delillerin soruşturmada zaman, yer ve şahıs bakımlarından dağıntık olarak elde edilmesi, hem delillerin kaybolmasını ve değiştirilmesini, bir kelime ile karartılmasını önler hem kovuşturmayı çabuklaştırır.

b) Delillerin değerlendirilmeleri için, muhtevalarının öğrenilmesi ve karşılaştırıldıkları tecrübe kaidelerinin bilinmesi gerekir. Bu da özel bilgiyi gerektirir. Bunu sağlamak için bilirkişi incelemesi yaptırılır. İşte soruşturma evresinde delilin sağlamlığının denetlenmesi davaları hızlandırır.

c) Delil toplama faaliyeti sonunda beyan, belge ve belirtilerin bir ispat konusunda işe yaramayacağı anlaşılabilir. Duruşmada zaman ve emekten tasarruf için, sadece olayın ispatına yarayacak, hakikaten delil olabilecek deliller mahkemeye sunulmalıdır. Soruşturma evresi bu ayıklamayı sağlar.

ç) Kovuşturmada tartışılacak olan delillerin muhtevalarının muhakemenin üç makamı tarafından öğrenilmesi, yani delillerin müşterekliği (No. 332), soruşturma evresinde daha önceden sağlanırsa sürprizler önlenir ve savunma için bir güvence teşkil eder.

IV. İsnadı açıkça belirtme.

Soruşturmaya doğuran ihtiyaçların başında mahkemelerin işini azaltmak ve sanığı esassız ithamlardan korumak üzere iddiaların ayıklanması geldiğinden (No. 406), soruşturmanın norm bakımından görevi, sanıklar aleyhindeki isnadı (No. 164) açıkça belirtmektir. İsnat meselesi, hem olaya uygun tipi ihtiva eden normun araştırılması hem de dolayısı ile, uyuşmazlık konusu olayın sınırlandırılması meselesidir. Bu mesele soruşturmada çözülecek, isnat açıkça belli olacak ve belli bir kimse belli bir olaydan dolayı belli bir suç isnadı ile mahkeme önüne çıkarılacaktır (CMK 90, 147).

İsnadı açıkça belirtme görevi şu ihtiyaçlara cevap vermektedir: a) Millet, madde, yer, kişi ve görev yönlerinden *yetkili* mahkeme iyice anlaşılmalı olduğundan kovuşturma evresinde yetki meselesi ile vakit kaybedilmeyecektir. b) Mahkeme kovuşturma evresinde ancak çizilen sınır içinde kalan olayı ele

³¹⁰³ Foschini, II, 20.

alacağından, müdafaa makamı gayretini bir noktada toplayabilecek ve bu da sanık için bir teminat olacaktır. c) Soruşturma evresi, belki kovuşturma evresinde ihtiyaç olmadığını gösterecek ve muhakeme faaliyeti, uygunluk prensibi gereğince, soruşturma evresinde sona erecektir. Bu sona eriş hem mahkemelerin işini azaltacak hem de sanıklar için bir teminat teşkil edecek, onları alenî olan kovuşturmada sanık sandalyesine oturmak külfet ve utancından kurtaracaktır.

V. Delil kaynaklarını koruma.

Muhakeme sonunda somut olaya uygun ve yerine getirilebilir hüküm verilebilmesi bakımından zarurî vasıtalar olan ve bazen tutucu, bazen önleyici mahiyet arz eden koruma tedbirlerini uygulamak için en elverişli evre, bu tedbirlerin (No. 359) niteliği gereği olarak, soruşturma evresidir. Bunların uygulanması kovuşturma evresine bırakılırsa çok defa iş işten geçmiş olur.

Soruşturmanın koruma görevi bakımından faydaları şunlardır: a) *Önceleyici koruma tedbirleri* sayesinde kovuşturma görevi telâşsız ve acelesiz yapılabilir. Bu sayede en isabetli bir yargıya varılması ve yargının tatbikî değeri olması sağlanmış olur. b) *Tutucu koruma tedbirleri* sayesinde, mümkün olduğu kadar fazla delile dayanılabilir ve bu da daha isabetli bir hüküm kurulmasını mümkün kılar.

411. SORUŞTURMA EVRESİNİN ÖZELLİKLERİ.

Kovuşturma evresinden ayrı ve önce yapılan bir soruşturma evresinin meydana çıkmasının sebebi, kovuşturmadakilerden ayrı özellikte işlemlere ihtiyaç duyulmasıdır. Soruşturma görevinin gerektirdiği bu özellikler³¹⁰⁴ şunlardır: yazıllık (I), gizlilik (II), dağınıklık (III).

I. Yazıllık.

Soruşturma yazılıdır, zira soruşturma sonuçlarının objektif bir şekilde saklanması ve kovuşturmada yani başka zamanda, başka yerde ve başka kimseler tarafından bunlardan faydalanılması ancak bunların yazılı olması ile mümkündür. Yazılı işlem (No. 269, 270), işlemin doğrudan doğruya yazılı yapılmasını gerektirmez. Sözle veya hareketle yapılan işlemlerin tutanakla tespiti de mümkündür (No. 281, 282).

II. Gizlilik.

Soruşturmanın ve dolayısı ile bütün muhakemenin selâmeti bakımından³¹⁰⁵ kabul edilmiş olan gizlilik (CMK 157) de ihtiyaca göre farklı şekiller alır. Şahsa, işleme ve önsoruşturmanın aşama ve bölümlerine göre gizliliğin değişmesinin sebebi budur (No. 273). Soruşturma evresinde “gizliliğin ihlali” suçtur (TCK 285).

Soruşturma işlemleri kaide olarak gizli yapılır, açık yapılmaz. Yani hazır bulunması gerekli şahıslardan başkası hazır bulunmaz. Hazır bulunması gerekli şahıs bakımından kanun üç şekilde hareket etmiştir:

1. Gizlilik ilkesinin katı olarak uygulandığı haller.

Ölçü bazı defa çok dar tutulmuştur. Sulh hâkimi tarafından sorguya çekilme ve savcı, kollukta ifade almada (CMK 147) (No. 280), sadece kanunda belirtilen sùjeler hazır bulunabilir.³¹⁰⁶ C. Savcısı veya sulh hâkimi tanık dinlerken (CMK 169), sadece zabıt kâtibi hazır bulunabilir. Tutuklu sanıkların sorgusu veya ifadesinin alınması sırasında kaçmayı önlemek üzere, kolluk memuru hazır bulunabilir.

³¹⁰⁴ Foschini, II- 23.

³¹⁰⁵ İsviçre Federal Mahkemesine göre, gizlilik, soruşturma için gerekebileceğinden, sonsoruşturma açma kararının mümkün olduğu ana kadar haklı sayılabilir (Cornu'dan nakil: L'inculpation, Renens, 1973, s. 41).

³¹⁰⁶ Mùlga CMUK döneminde sorguda ve ifade almada (No. 280) sadece zabıt katibinin bulunacağı açıklanmış, müdafiden söz edilmemişti. Kitabın 9. basısında Kunter bu durumu şöyle eleştiriyordu: (Sorgu sırasında müdafinin hazır bulunmamasını gizlilik bakımından haklı görmeye imkân yoktur, çünkü müdafî, sorgu tutanaklarına inceleyebilir (No. 257). Kaldı ki müdafinin hazır bulunması sanık için bir teminattır. Mevaz Alman kanunu 1965 de bu yolda değiştirilmiştir (No. 259). 1975 Alman reformunda savcının sanığı dinlemesinde de müdafî bulunabilmesi kabul edilmiştir (Grauhan, 389). Kanunun o günkü şekline göre sanığı tek başına sorguya çeken savcının hâkim tarafından sorguya çekilirken de hazır bulunabileceği akla gelebilirse de, bu hazır bulunma, silahların eşitliği diye adlandırılan (No. 231) taraflar arasındaki dengenin, hiç gereği olmadan bozulması anlamına gelmekte idi: No. 411, dn. 14 ve 15). Ceza Muhakemesi Kanunu ise, ifade alma ve sorguda müdafinin hazır bulunması hakkını etraflı bir şekilde düzenleyerek önemli bir gelişme sağlamıştır (CMK 147).

2. Yüzleştirme.

Ölçünün biraz genişletilip tanıkların birbirleri veya sanık ile yüzleştirilmeleri (No. 422) mümkündür. Kovuşturma evresinden önce yüzleştirme, ancak gecikmede sakınca varsa veya kimliğin belirlenmesi için lâzımsa yapılabilir (CMK 52/2).

3. Duruşmada yapılabilen işlemin önceden yapılması.

Ölçünün daha genişlediği ve savcı, sanık, müdafî, katılan ve avukatının hazır bulunmasının kabul edildiği haller de vardır (No. 422). Bunlar aslında duruşmada yapılacak bir işlemin önceden yapılması halleridir. Onun için, duruşmada bulunabilenler burada da bulunabilirler.³¹⁰⁷ Bu haller iki grupta toplanabilir:

a) Keşif ve muayene işlemleri yapılırken savcı, sanık ve müdafîsi, mağdur ve vekili hazır bulunabilir (CMK 84/1) (No. 123).

b) Bir tanığın veya bilirkişinin duruşma sırasında hazır bulunamayacağından korkulur veya meskeninin uzaklığı sebebi ile bulunması güç olursa, bu tanık veya bilirkişinin dinlenmesinde de şüpheli, sanık, mağdur ve bunların müdafîsi ve vekili ile savcı hazır bulunabilir (CMK 84/2) (No. 123).

Gerek keşifte gerek tanık ve bilirkişi dinlenmesinde hazır bulunmak hakkını haiz kimselere, işin geç kalmasına meydan vermemek kaydı ile, işlemin yapılacağı gün önceden bildirilir (CMK 84/4). Sanık tutuklanmışsa, ancak tutuk bulunduğu yerdeki mahkeme binası içinde yapılan işlemlerde hazır bulunmayı isteyebilir.

Bir muhakeme hukuku işleminde hazır bulunmaya hakkı olana, işin geri bırakılmasına neden olmamak koşulu ile, işlem günü haber verilir (CMK 84/4).³¹⁰⁸ Sanığın huzuru tanıklardan birinin gerçeğe uygun beyanda bulunmasına mâni olacaksa, kovuşturmada olduğu gibi (CMK 200), sanığın hazır bulunmamasına karar verilebilir (CMK 84/3). Kovuşturma evresinde olduğu gibi (No. 247), hazır bulunmadığı sırada yapılan işler sanığa bildirilir.

Herhangi bir işlem sırasında bir kimsenin hazır bulunabilmesi, gerekli soru sormak hakkına da sahip olması demektir. Gerçekten bu işlemler, duruşmanın önceden yapılan bir kısmıdır. İleride duruşma sırasında, tutanağın okunması ile yetinilecektir (CMK 211/1). Onun içindir ki duruşmadaki soru sorma hakkı (CMK 201, 215) burada da tanınmalıdır.

3. Gizliliğin sonucu.

a) Gizli işlemleri sır olarak saklamak yükümü.

Bir işlemin gizli yapılmasının sonucu, işlemin neticelerinin de gizli olmasıdır. İşleminde hazır bulunmasına izin verilen kişiler, öğrendiklerini, gizlilik devam ettiği müddetçe meslek sırrı olarak saklamak zorundadır. Ceza Muhakemesi Kanunu soruşturmanın gizliliğini bir muhakeme ilkesi olarak kabul etmiş (CMK 157), Türk Ceza Kanunu ise, bunun alenen ihlalini ceza yaptırımına bağlamıştır (TCK 285).

b) Müdafî, uzman ve vekilin dosyayı incelemesi.

Gizliliğin devamı dosya bakımından kendini gösterir. Fakat işlemin gizliliği ile o işlem üzerine hazırlanan tutanağın gizliliği farklı şekillerde düzenlenebilir (No. 273). Meselâ müdafî, sanık ifade verirken veya sorguya çekilirken hazır bulunmadığı hallerde bile ifade ve sorgu tutanaklarını inceleyebilir (No. 257).

Dosyanın gizliliği, asıl, sanık bakımındandır. Delilleri karartabilecek olur. Bunun için, dosyanın sanığa verilmesi tehlikeli görülmüştür. Müdafî, hazırlık evrakı ile dava dosyasının tamamını incelemek

³¹⁰⁷ Ceza Muhakemesi Kanunu, beden muayenesini ayrıca düzenlediği için, “muayeneyi” hariç tutarak, keşif sırasında, şüpheli, sanık, müdafî, mağdur ve vekilin hazır bulunmasını kabul etti (CMK 84/1). Mülga Kanuna göre ise, keşif ve “muayene” işlemleri yapılırken savcı, sanık ve müdafîsi, suçtan zarar gören ve avukatı hazır bulunabiliyordu (CMUK “1985-3206” 162/1).

³¹⁰⁸ Hazır bulunma hakkı olan kişiler kendilerine ait özüre dayanarak işin başka güne bırakılmasını isteyemezdi (CMUK 162/5 ve 6) (No. 123).

ve istediği evrakın bir suretini harçsız olarak alma hakkına sahiptir. Müdafinin soruşturma evrakını incelemesi veya soruşturma evrakından suret alması soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine sulh hâkimi kararı ile soruşturma evresinde bu hak liste halinde sayılan suçlarda kısıtlanabilir (CMK 153/2). Yakalanan kişinin veya sanığın sorgusunu içeren tutanaklar ile bilirkişi raporları ve yakalanan kişiler veya sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında kısıtlama hükmü uygulanamaz (CMK 153/3).

Soruşturma evresinde görevlendirilen *bilirkişiye* inceleyeceği şeyler mühür altında verilebileğine göre (CMK 66/7), bilirkişinin de dolaylı olarak dosyayı inceleme yetkisi bulunduğu söylenebilir.

Ancak, şüpheli veya sanık, katılan ve Cumhuriyet Savcısına bilimsel mütalaa veren *uzman* (CMK 67/6) açısından aynı şey söylenemez. Kanun bilirkişi açısından Cumhuriyet savcınının mühür altına alarak delil tevdi etmesinden söz edildiği halde, uzman açısından suskun kalmıştır. Uzman kavramını kabul eden Kanunun, inceleyeceği maddi belirtilerin uzmana verilmesi gereklidir. Bu nedenle, kıyas yolu ile uzmana da belirtilerin savcı kararı ile teslim edilebileceği görüşünderiz. Ancak, uzman kendisine savcı tarafından teslim edilmeyen belirtileri incelerse, hukuka aykırı davranmış olur.

Savcı yetkilerini haiz olacak olan müstakbel katılanın da soruşturma evresinde “suçtan zarar gören kişi” sıfatıyla, dosyayı inceleme hakkı vardır. Ancak, sanık ile anlaşılıp dosya muhteviyatından ona haber vermek üzere dâvaya katılmış olması ihtimali de olduğundan, katılana tanınan bu yetki, müdafiyeye tanınandan fazla olmamalıdır. Hatta bu yetki, bizzat katılana değil, bir teminat arz etmesi sebebi ile vekiline tanınmalıdır. Nitekim bu yetki sanığa değil, müdafisine tanınmıştır. Kanunun mağdur adını verdiği suçtan zarar görenin bazı işlemlerde “vekili” ile birlikte hazır bulunabilmesini kabul ettiği için (CMK 84/1), ona bir çeşit katılan sıfatını verdiği de göz önünde tutulmalıdır.

4. Soruşturmanın gizliliğinin sona ermesi.

İddianamenin kabul edilmesi (CMK 175/1) ile de gizlilik sona erer. Soruşturma evresinin gizliliği, soruşturma yapılması için kabul edildiğinden, başlangıç soruşturmasında kovuşturamama kararname ile (No. 425), kısa soruşturmada kovuşturmaya son verme kararname ile sona erince (No. 257, 452) gizlilik kalmaz. Soruşturmayı sona erdiren muhakeme işlemi yapan savcının ise doğal olarak dosyayı bütünü ile inceleme yetkisi vardır.

Alman Hukukunda savcının soruşturmanın bittiğini dosyaya not etme yükümü vardır. Bu andan itibaren Almanya’da dosyanın gizliliği kalkar. CMKT 2002, “hazırlık soruşturmasının bittiğini”, dosyaya kaydetme mecburiyeti koymuştu. Savcı bu kaydı yapınca, dosyanın gizliliği kalkmakta idi. CMK bu hükmü kabul etmedi.

III. Dağımlık.

Soruşturma işlemleri arasında, kovuşturmadakilerden farklı olarak, yer, zaman, şahıs bakımlarından bir bağ yoktur. Bir diğer söyleyişle, işlemlerin kovuşturmadakiler gibi aynı yerde, aynı şahıslar tarafından ve kesiksiz olarak yapılması gerekmez. Bunlar, ihtiyaca göre, dağımlık³¹⁰⁹ olarak yani farklı yerlerde farklı zamanlarda bir başka şahıslar tarafından yapılabilir.

412. SORUŞTURMA EVRESİNİN NİTELİĞİ.

I. “Evre” oluş.

Ceza Muhakemesi Kanununun “soruşturma evresi” adını verdiği önsoruşturma, muhakemenin bir evresidir. Bir diğer söyleyişle, soruşturma faaliyetleri de muhakeme faaliyetidir. Muhakeme faaliyeti iddia, müdafaa ve yargılama faaliyetlerinden meydana gelen kolektif bir faaliyet olduğundan, soruşturma evresinde de iddia, müdafaa ve yargılama faaliyetleri mevcuttur.

Bir kimseye suç isnat etme ve ceza dâvası açma iddia faaliyetidir. Sanık ve müdafinin antitezi ileri sürmesinin de savunma faaliyetini meydana getirdiği açıktır. Tereddüt edilen husus, yargılama faaliyeti

³¹⁰⁹ İlk dört basıdaki “bağımsızlık” terimini, yanlış anlamalara yol açtığından terk ettik.

bulunup bulunmadığı hususudur.³¹¹⁰ Mahkemenin verdiği iddianamenin kabulü kararı da yargılama makamı kararı olduğu (No. 447) için, muhakeme makamları tamamlanmış olmaktadır.³¹¹¹

II. İddia görevi baskındır.

Soruşturma evresinin birinci ve ikinci aşamasında henüz kamu dâvası açılmamış olması (No. 413) gerek başlangıç soruşturması gerek kısa soruşturma sırasında yahut her ikisini birlikte ifade eden, soruşturma evresinde yapılan faaliyetleri *muhakeme faaliyeti* saymamıza engel olmamalıdır. Canlı bir varlık olan muhakeme, kamu dâvasının açılmasından önce yaşamağa başlar. Yalnız, ana karnındaki yavru gibidir, gelişmekte ve şekillenmektedir. Ana karnındaki yavru, ilk önce “rüşeym” (*embriyon*) adını taşır. Sonra insana benzer bir şekil almağa başlar ve “cenin” (*foetus*) olarak adlandırılır. Cenin şekillenmesini tamamladıktan sonra, yavru doğum ile dünyaya gelir. Dâvanın açılması da doğuma benzer. Nasıl bir insan sadece doğduktan sonra yaşamıyorsa, anasının karnında doğumdan önce de yaşamağa başlamışsa, muhakeme de sadece dâva açıldıktan sonra yaşamaz, dâva açılmadan da önce rüşeym, sonra cenin olarak yaşamağa başlar.³¹¹² Bu durum, kolektif üçlü faaliyetin, başlangıç soruşturmasından ve kısa soruşturmadan oluşan, soruşturma evresinde, dâvadan sonrakine nazaran farklı olmasını da açıklar. Ana karnında yavrunun hayatı anasına bağlıdır ama farklı bir hayatı ve varlığı da söz götürmez. Bunun gibi soruşturma evresi de sadece iddia faaliyeti değildir. Savunmanın da yargılamanın da tohumları atılmıştır. Bunlar, farklı ölçülerde de olsa, hep birlikte gelişecek ve muhakeme doğuma hazır hale gelince dâva açılması ile doğacaktır. Çocuğun ana karnında ölüp düşmesi veya ölü doğması gibi, kovuşturmaya yer olmadığı (kovuşturama veya kovuşturmaya son verme) kararları verilmekle de muhakemenin sona ermesi mümkündür (No. 424, 445).

Aslında iddianame düzenlenip mahkemeye verilince kamu davası açılmış sayılmalıdır.³¹¹³ Bu itibarla ara soruşturma, muhakemenin çocukluk devresine benzetilebilir (No. 406). Yürürlükteki CMK ise kamu davasının açılması anı olarak iddianamenin düzenlenip mahkemeye verilmesi anı değil, bunun kabul edilmesi anını esas almıştır (CMK 175/1).

413. SORUŞTURMA EVRESİNDE HÂKİM GÜVENCESİ VE SORUŞTURMANIN DEVRELERİ.

I. Hâkim güvencesi.

Soruşturma evresi, gelişme prensibi gereğince, bir evre olarak bir muhakeme bünyesi halinde ortaya çıktığı için, sonunda verilen muhakemeye sevk konusundaki kararın hâkim tarafından verilmesi, sanık için bir teminattır (No. 409). Hukuktaki gelişme ile tahkik ve işbirliği sistemlerine göre yapılan soruşturmalarda hâkimlerin de delil araştırması kabul edilerek bu ihtiyaç giderilmiştir.³¹¹⁴ İşbirliği sistemine göre yapılan soruşturmalarda önceleri dâvayı savcı açıyor, soruşturma ve koruma işlemlerini

³¹¹⁰ İlk soruşturmanın uygulandığı dönemlerde bu noktada da tereddüde yer yoktu. Bir yargılama makamının kendisine sunulan uyumsuzluğu, iddia ve müdafaayı da nazara alarak bir yargı ile yarması faaliyetinin yargılama faaliyeti olduğu (No. 69) ve uyumsuzluğun dolayısı ile yargılanmasının mümkün bulunduğu (No. 146) göz önünde tutulursa, soruşturma evresinin sonunda sorgu hâkiminin “sorusuşturma açılmaması kararını” vermesi ve bu kararı vermek için yaptığı faaliyet yargılama faaliyeti idi.

³¹¹¹ Anayasada “yargı yetkisi mahkemelerce kullanılır” denilmiş olması (AY 9) yargılama faaliyetinin ceza muhakemesinde sadece kovuşturma, medenî muhakemede sadece muhakeme denilen safha veya bölümlere inhisar ettiği manasına alınmamalıdır. Kaldı ki, Anayasa “mahkemelerinin bağımsızlığı” başlıklı 132. maddesinde “mahkemelere ve hâkimlere emir verilemeyeceğini» söylemekle mahkeme tabiri için hâkimleri de soktuğunu, mahkemeden başka yargılama makamları olduğunu ve bunlarda hâkimlerin bulunduğunu göstermiştir.

³¹¹² *Foscini*, II, 42.

³¹¹³ İlk soruşturma açılırken muhakeme adlı çocuk doğmuş sayılırdı. Fakat dâva-öncesi yaşamını dâva-sonrası da sürdürmesi ve tam ve olgun bir insan olması için zamana ihtiyaç vardır.

³¹¹⁴ Medenî muhakemede, haklı olmasına rağmen dâvacının ispat edememesi yüzünden davasını kaybetmesi toplumca henüz büyük bir tehlike olarak görülmediğinden, hâkimlerin ileri sürülen delillerle bağlı kalması sistemi bugün dahi medeni muhakemede terkedilmiş değildir. Anglosakson ceza muhakemesinde hâkimlerin delil araştırmasına lüzum duyulmasının sebebi, kanaatimizce, kolluğun bu işi hakkı ile görmesi ve kolluğa toplumun itimat etmesidir.

hâkim yapıyor, sonunda kovuşturma açılmasına veya açılmamasına yine hâkim karar veriyordu.³¹¹⁵ Ancak, işler çoğalıp hâkimler soruşturma evresinin delil toplama denilen araştırma işlemlerini yapmaya yetişemez olunca, hâkimlerin işini azaltmak ihtiyacı duyuldu. İlk soruşturmada delil toplama işini yapan hâkimlerin yani sorgu hâkimlerinin kolluktan faydalanmaları hükmü yetmedi. Her ihbar ve şikâyet üzerine savcının dâva açmaması, daha önce dâva açmağa yer olup olmadığını araştırması bir ihtiyaç olarak gözüktü.³¹¹⁶ Diğer taraftan, hâkimlerin soruşturma yapması teminat olmakla beraber, sonunda mahkemeye sevk konusunda hâkim karar vereceği için soruşturma işlemlerinden bir kısmının, araştırma adı altında ağır olmayan suçlarda, hâkim olmayan savcılara yaptırılması da fazla bir teminatsızlık sayılmadı. Bu da hâkimlerin işini bir hayli azaltıyordu. Uzun ve karışık işlerde soruşturma evresinin hâkim tarafından yapılması, bunun dışında kalan ve kısa bir soruşturma ile bitirilecek işlerin savcıya verilmesi pratik ihtiyaçların bir zorunluğu olarak ortaya çıktı. Bunun için savcılarının da araştırma yapması ve kısa bir zamanda mahkemeye sevk konusunda karar verebilecek duruma gelirlerse hemen bu hususta karar verecek hâkime başvuruları kabul edildi. Böylece, hâkimin yaptığı soruşturmadan önce savcının yaptığı bir soruşturma aşaması, önsoruşturmanın önüne eklenen bir bünye olarak ortaya çıktı. Önsoruşturma terimi, kovuşturma evresinden önce yapılan bütün soruşturmaları ifade ettiğinden, yeni ilâve bünyeyi de içine alıyordu. Bu sebeple evrenin adı olarak kaldı. Eskiden evre olup şimdi ikinci aşama olan kısım ile yeniden aşama olarak ilâve edilen kısma yeni adlar bulmak gerekti. Böylece, soruşturma evresi, biri “hazırlık soruşturması” diğeri “ilksoruşturma” olmak üzere iki aşamada yapıldı. 1877 tarihli Alman Kanunu, önsoruşturmanın iki aşamadan oluşmasını gerektiren gelişme seviyesini aksettirmektedir.³¹¹⁷ Hazırlık soruşturması ve ilksoruşturma aynı bütünün aşamaları olduklarından, kovuşturma evresinin açılmasına karar vermek için, birinciden ikinciye geçilmesi gerekiyordu.

Alman Kanununu örnek alan 1929 tarihli kanunumuz da aynı gelişme seviyesinde idi. 1985 de kopya çekerken yanılarak, bizdeki ilksoruşturma bütünü ile kaldırıldı. Bu nedenle ceza muhakememizin gelişmesi ilerleyeceğine geriledi. Zengin muhakeme şemamız fakirleşti (No. 408, 409). 2004 Kanun koyucusu da basit muhakeme şemasını zenginleştirmede: *soruşturma evresinden doğrudan kovuşturma evresine* geçiş kabul edildi; ara soruşturma alınmadı. Ara soruşturmayı biz, yorum yolu ile kabul ediyoruz.

II. İhtiyaçlar.

Savcının yaptığı soruşturma önceleri iki ihtiyaca cevap vermek üzere ortaya çıkmıştı: 1) Dava açılmasına yer olup olmadığını araştırılması, 2) İlk soruşturma yapan hâkimlerin yükünün teminata zarar vermeden azaltılması. Gerçekten, savcı, ilk önce, dâva açmaya yer olup olmadığını araştırmak için bir soruşturma yapıyor, sonra, dâva açmağa yer olduğunu gördüğü, yani şüphesi sanı haline gelip şüpheliye suç isnat ettiği, bir diğer söyleyişle onu sanık durumuna soktuğu takdirde, iş fazla uzun ve karışık değilse, teknik adı araştırma olan soruşturmayı da yapıyordu. Sonunda savcı, sorgu hâkiminin elde edebileceklerini tamamen elde etmişse, onun yaptığı gibi, mahkemeye sevk konusunda karar vermesi için karar hâkimine başvuruyor, aksi takdirde ilksoruşturma yapması için sorgu hâkimine bir talepname

³¹¹⁵ 1808 Fransız kanununun ve onu örnek tutan bizim 1875 tarihli kanunumuzun sistemi bu idi. Bu tesir altında hazırlanmış olan mülga Memur Muhakemesi Kanununun sistemi de bu idi.

³¹¹⁶ Fransa’da 1959 da yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanununa kadar savcılar, kanunda açıkça gösterilmemiş olmasına rağmen, henüz dâva açmadan, dâvayı açmağa yer olup olmadığını araştırmak için bir hazırlık soruşturmasını yaptılar ve içtihatlar da kanun dışı olan ve yarı-resmî denilen bu tatbikatı destekledi. Bizde de 1999’da kaldırılan Memur Muhakemesi Kanununa göre soruşturmaya başlanmadan önce çok defa böyle bir hazırlık soruşturması kanunda belirtilmemesine rağmen yapılagelmekteydi.

³¹¹⁷ Bizim ilksoruşturma diye tek devre olarak kabul ettiğimizi Almanlar, makam farkı nedeniyle sonuç çıkarma öncesi ve sonuç çıkarma diye ikiye ayırmışlardı. Hazırlık soruşturması ise Kanunda “soruşturma evresi” adı altında, ilkel bir şekilde düzenlenmiştir. Kanun bu devreyi soruşturmanın yani muhakemenin bir devresi olarak açıkça kabul etmemiştir. Netekim mülga CMUK’un 2. kitabın 3. faslının başlığı ilk tahkikat olduğu halde ikinci faslınkı *hazırlık tahkikatı* olmayıp, *hukuku âmme dâvasının hazırlanması* idi. Buna rağmen içtihadî ve ilmî hukuk *hazırlık soruşturması* tâbirini kullanmış ve bu tâbir sonradan kanunlara da girmiştir.

veriyordu. Ancak toplumlar kalabalıklaştıkça, teknik gelişmeler imkânları çoğalttıkça suçlar artmış ve savcılar hazırlık soruşturması yükünün altından kalkamaz olmuşlardır.³¹¹⁸

Diğer taraftan suç faillerini meydana çıkaracak ipuçlarının araştırılması işinin bir dedektiflik işi olduğunu romanlar bile göstermiştir. Bu durum karşısında, ilk zamanlar, savcının hazırlık soruşturmasını isterse kolluğa “yaptırabileceği” kabul edilmekle, araştırma sorununun çözülmesine çalışılmıştır. Bizim mülga kanunun tutumu da bu idi. CMK ise, Adli kolluğun C. Savcısının emri ile tek tek işlemler yapması sistemini kabul ederek, soruşturmanın C. Savcısı tarafından *idare edilmesini* değil *yapılmasını* benimsedi (CMK 160).³¹¹⁹ *Araştırma fonksiyonu* ile *itham fonksiyonu* farklı makamlar tarafından yerine getirilmelidir.

Ceza muhakemesi bünyesindeki bu gelişme seviyesini ilk defa aksettiren 1930 tarihli İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu kolluğun savcı idaresinde yaptığı *başlangıç soruşturmasını*, savcının yaptığı *kısa soruşturmada* ayırmaktadır. Hatta son zamanlarda suçların artması o kadar çoğalmıştır ki, bugün bir kısım suçlarda soruşturmayı, idaresi ve sonuç çıkarması ile birlikte, sadece kolluğa bırakmak bir zaruret olmuştur (No. 424). Böylece savcı idaresinde yapılan başlangıç soruşturması dahi ikiye ayrılmak gerekmiş ve önalan soruşturmaları (No. 413-1) kavramı ortaya çıkmıştır.³¹²⁰ Suç faillerini meydana çıkarmak için dedektiflik gereklidir. Savcı dedektiflik yapamaz. Ancak Yeni CMK, CMUK 156’yı kaldırarak, soruşturmayı savcıya vermiştir.

III. Devreler.

Sonuç olarak diyeceğiz ki, kovuşturmadan önce yapılan soruşturma evresinin bünyesi bugün, en zengin ve gelişmiş muhakemeye göre çizilen mücerret muhakeme şemasında, iki devreye ayrılır: 1) Başlangıç soruşturması (No. 414), 2) Kısa soruşturma (No. 434). Bunları ara soruşturma evresi (No. 446) izleyecektir.

57. § SORUŞTURMA EVRESİ: II. ÖN ALAN, ÖN İNCELEME ve BAŞLANGIÇ SORUŞTURMASI DEVRESİ

413-1. Ön alan araştırmaları ve ön inceleme kavramları. 414. Başlangıç soruşturmasının fiili ve kanunî durumu. 415. Başlangıç soruşturmasının gayesi, görevleri, başlaması ve bölümleri. 416. Başlangıç soruşturmasının özellikleri. 417. Başlangıç soruşturmasının organları. 418. Adli kolluk. 419. Bilgi edinme. 420. Ceza soruşturmasının başlatılması ve adli araştırmalar. 421. Doğrudan doğruya araştırma. 422. Dolayısı ile araştırma: İfade alma ve teşhis. 423. Koruma. 424. Sonuç çıkarma. 425. Soruşturmanın (SYOK) ve kovuşturmanın (KYOK) kararları. 426. “Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın” ortadan kaldırılması.

413-1. ÖN ALAN ARAŞTIRMALARI ve ÖN İNCELEME KAVRAMLARI.

I. Ön alan araştırması kavramı.

³¹¹⁸ Bir fikir edinmek için trafik artışı ile çoğalan trafik suçlarını göz önüne getirmek kâfidir. Çok defa şehirlerden uzakta ve pek çok işlenen suçların hepsinde, savcılarının araştırma ve soruşturma yapmalarına maddî imkân yok gibidir.

³¹¹⁹ Ancak, mülga Kanununda savcının bir çeşit yardımcısı payesi verilen adli kolluğun bu araştırmayı nasıl yapacağı düzenlenmemiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu kolluğun savcının yardımcısı olmasını da kabul etmedi. Kolluğun araştırma işi bugün o kadar çoğalmıştır ki bunu düzenleyen yeni bir bünyenin eski hazırlık soruşturmasının baş tarafına eklenmesi, bir diğer söyleyişle hazırlık soruşturmasının da ikiye bölünmesi bir zaruret olmuştur.

³¹²⁰ *Erem* (n. 120, 129), önsoruşturmanın, hatta kanunumuzun 1985 değişikliğine kadar süregelen olan hazırlık soruşturması ve ilksoruşturma şeklinde ikiye bölünmesini “üst üste konmuş soruşturmaların neyi sağladığı anlaşılıyor” diyerek kabul etmemiş ve önsoruşturmanın birleştirilmesi tezini savunmuştur. Biz ise devrelerde bölmenin yani önsoruşturmada muhakemenin zenginleşmesinin, gelişmesinin hangi ihtiyaçlara cevap verdiğini 1961’deki ilk basıdan beri anlatmağa ve birleştirme tezinin tarihî gelişmeye aykırı olduğunu göstermeğe çalıştık, yine de çalışıyoruz.

Gelecekte işlenebilecek olan suçların delillerini, suç işlenmeden önce³¹²¹ elde etmeye yönelik çalışmalara, *ön alan araştırması* adı verilir. Bu kavram teknolojinin gelişmesi ile ortaya çıkmıştır. "Ön alan araştırmaları" (*Vorfeldermittlungen*), C. savcısının yapacağı "ön inceleme" (ceza soruşturmasının başlatılmasından önce yapılan araştırmalar) *öncesi bir aşama* (yukarıda 2) olup, *kolluğun tehlikeyi önlemek için kullandığı yetkilerden* (aşağıda 4) de farklı bir kavramdır. *Ön alan araştırmaları* Polis Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukuku'nun iç içe geçtiği bir alan olup, kolluğun suçu önleme görevi (proaktif görevler) ağır basar. Bir başka ifade ile, "ön alan araştırmaları" "beyaz alanı" oluşturan Polis Hukuku ile, "siyah alanı" oluşturan, suç işlendikten sonra başlayan soruşturma ve kovuşturma evreleri içinde "gri alanı" oluşturan bir hukuk alanıdır.

Belli suçların genellikle işlenebildiği yerler veya ortamlar vardır. Mesela, yankesicilik olayları kalabalık yerlerde daha sık yaşanır veya alkollü içki servis yapan lokantaların bulunduğu yerlerdeki yollarda araç sürücülerinin alkollü olması olasılığı daha yüksektir. Ortam açısından bakıldığında, örgütlü yapılanmaların suç işlemede kolaylık sağladığı görülür. Suçların işlenmesi olasılığının bulunduğu bu tür durumlarda, somut bir suçun işlenmesi tehlikesini (Polis Hukuku) veya işlenmesini (Ceza Muhakemesi Hukuku) beklemeksizin, ileride işlenebilecek suçların işlenmesini genel olarak önlemek ve bu suçlar işlendiğinde şüphelilere kısa bir sürede ulaşmak amacı ile, bu *kriminojen ortamda* bilgi toplanmasına, *ön alan araştırması* adı verilmektedir.³¹²² Örgütlü suçla mücadele etmek için başka çare de, hemen hemen yoktur.

Örgüt suçları söz konusu olduğu zaman, polis tarafından yapılan ön alan araştırmaları, değişik bir boyut kazanır. "Örgütü oluşturmak" başlı başına bir suçtur. Örgütün işlediği araç suçların araştırılması, C. savcısının görev alanındadır. Ancak, örgütün var olup olmadığının araştırılması, ön alan araştırması olarak, polisin görevine girer.

Kolluğun sahip bulunduğu idari yetkiler ile adli görevler açısından bakıldığında, ileride işlenebilecek olan suçların delillerinin önceden hazırlanması niteliğindeki *ön alan araştırmalarında*, (önleyici adli görev niteliği) bulunduğu görülür. Ön alan araştırmaları sırasında toplanan bilgiler, polisi ileride suç işlemek niyeti içindeki kişilere götürebilir. Ancak, ön alan araştırmaları fikri abartılacak olursa, toplumda yaşayan her birey hakkında önceden bilgi toplanması ve bu kişi ileride suç işlerse, suçunun ispatı için kullanılması amacı ile kişisel veri toplama tehlikesi ortaya çıkabilir.³¹²³

"Gri alan" bakımından hangi organın görevli olduğunu belirlerken, "yapılan araştırmaların ağırlık noktası" ölçütü kullanılır: somut olayda yapılan ön alan araştırmasının ağırlıklı amacı, "delil elde etmek" ise, adli görev söz konusu olur. Fakat, suç işleyen bir örgütün başka suçlar işlemesinin önlenmesi³¹²⁴ amacı ağırlık kazanıyorsa, Polis Hukuku uygulanır.

Ön alan araştırmalarının sorumlusunun kim olduğu, doğal olarak Ceza Muhakemesi Kanununda belli edilmemiştir. C. Savcısının sorumluluğu CMK 160/1 ile düzenlenmiştir. "Suç işlendiği izlenimi veren halden" önceki alan ise, kolluğun görev alanındadır. Ancak, ileride işlenebilecek suçların delillerini önceden tespit etmek söz konusu olduğunda, ön alan araştırmasının adli yönü ağır basar. Bu nedenle, ön alan araştırmaları açısından C. savcılığının görevli olması gerekir. Nitekim 4422 sayılı Kanun döneminde düzenlenmiş olan *projeli çalışma* bu anlama geliyordu ve C. savcısı yönetiminde yapılıyordu. Bugün de, kanunda açıklık olmamasına rağmen aynı yöntemin uygulandığı görülmektedir.

"Suç işlenmesi", toplum için bir tehlike yarattığından, belli fiiller suç haline getirilmiştir. "Tehlikeyi önlemek", yani suç işlenmesini önlemek, polisin görevidir. Suçun işlendiği, "bu izlenimi veren haller" mevcut olduğu (CMK 160/1) belli ise, yani başlangıç şüphesi oluşmuşsa, iş artık C. savcısının hakimiyeti altına girmiştir. Fakat, henüz suç işlendiğini gösteren "somut olgular" yok ise de, "suçun işlenmesi tehlikesi" varsa, bu tehlikeyi önlemek ve çıkabilecek olayları bastırmak polis görevi olduğu

³¹²¹ Erb, in LR, 26. Aufl. 5. Band, Vor § 158 Rn. 12a.

³¹²² Kühne, *Strafprozessrecht*, 8. Aufl. 234.

³¹²³ Roxin/Schünemann 2009, 289.

³¹²⁴ *Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im Beriech der polizeilichen Vorfeldermittlungen*; Arzt 1999, 2.

için, bu görevin polis tarafından, kendiliğinden yapılması, Polis Hukukundan kaynaklanan bir görevdir. Tehlikenin “somut bir tehlike” olması gerekir.³¹²⁵

Istihbarat, açık veya gizli kaynaklardan elde edilen kişisel verilerin ve olaylara ilişkin genel bilgilerin bilimsel yöntemlerle analiz edilmesi ve topluma veya Devlete yönelik tehlikeleri önceden algılayarak, tedbir alması için hükümete rapor verilmesi ile ilgili faaliyete verilen isimdir. Bu nedenle, ön alan araştırması ile istihbarat arasında da büyük farklar vardır. *İncelemenin* aksine, henüz ortaya hiç bir suç şüphesi çıkmadığı için, toplumda yaşayan her birey bu işlemlerin hedefi haline gelebilir. Bu nedenle bu kişilere “ilgili” denilmektedir.

Tehlikeyi önlemekle (*Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten*) kanunen görevli olan polis, herhangi bir suçun işlenmiş olduğu durumlarda, ileride işlenecek suçların önlenmesi açısından da görevlidir.³¹²⁶ Tehlikeyi önlerken, polisin iki ayrı görevi vardır: ileride işlenecek olan suçların muhakemesinde kullanılacak olan “delilleri önceden hazırlamak” ve ileride işlenecek olan suçların “işlenmesini önlemek”.³¹²⁷

Polis, “ön alan araştırmaları” kapsamında olarak, parmak izi almak, DNA bilgi bankası oluşturmak, bilgi toplama, gizli izleme, devriye görevi, genel arama-tarama, (X) ajan kullanma, sürekli görev yapmayan kolluk görevlileri kullanmak ve kişisel verilerin önleyici amaç ile kullanılması gibi yöntemler uygulamaktadır.

Ön alan araştırması kapsamında iletişimin denetlenmesi yetkisini veren Aşağı Saksonya Polis Kanunundaki düzenleme Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.³¹²⁸

³¹²⁹ Türk Hukukunda PVSK Ek 7 madde ile düzenlenen iletişimi denetleme yetkisi sadece CMK 250 de sayılan örgüt suçlarının işlenmesinin önlenmesi amacı ile verildiği ve ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamayacağı için, bizce *ön alan araştırması* kapsamında değildir.

Ön alan araştırmaları, suç öncesi polis araştırmalarını, yani suç fiili henüz oluşmadan önce yapılan araştırmaları kapsayan yeni bir kavramdır. Bu alan örgütlü suçlarda ceza soruşturması başlamadan önce yapılan araştırmaları³¹³⁰, yani kolluğun *istihbarat* yetkilerini (PVSK Ek 7) ifade eder. Ön alan araştırmaları gizlidir. Gelecekte işlenebilecek suçları önleyebilmek için (PVSK 2/1) alınan polis tedbirleri geliştirilerek *ön alan araştırmaları* kavramını doğurmuş³¹³¹ ve bilgi edinme, bilgileri saklama ve daha sonra da yapay zekadan da yararlanılarak bunları analiz etme uygulaması başlamıştır.

Ön alan araştırmaları, beyaz alanı oluşturan Polis Hukuku ile, siyah alanı oluşturan ve suç işlendikten sonra başlayan soruşturma ve kovuşturma evreleri arasında yer alan, *gri alandan*³¹³² oluşur.

³¹²⁵ *Konkrete Gefahr*: “Als Gefahr wird ein Zustand bezeichnet, der nach verständiger, auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhender Beurteilung in näherer Zeit bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens den Eintritt eines Schadens für die öffentliche Sicherheit und Ordnung erwarten lässt.”: (Württemberg/Heckmann/Riggert: Polizeirecht in Baden-Württemberg, Rn. 278; Artzt 1999, 10).

³¹²⁶ “Suçla, suçun işlenmesini önlemek için mücadele etme” kavramı, ilk defa Çerçeve Polis Kanununda (ME PolG 10/1) kullanılmıştı. Bu kavram daha sonra, Federal Suç Kolluğu Kanununda yer aldı (BKA § 5/1).

³¹²⁷ *Die vorbeugende Aufgabe besteht aus zwei Teilen: zum einen aus der Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten und zum anderen aus der Verhütung künftiger Straftaten*: Hoppe 1998, 25.

³¹²⁸ Bundesverfassungsgericht, Urteil des Ersten Senates vom 27. Juli 2005 -1 BvR 668/4. Almanya’da kolluğa sadece Baden-Württemberg Polis Kanununda (m. 23a) olduğu gibi, somut tehlikeleri önlemek amacı ile iletişimi denetlemek yetkisi verilmektedir.

³¹²⁹ *Yenisey, Feridun*, Baden-Württemberg Polis Kanunu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Ocak/Şubat 2010, sayı 65-66, sh. 222.

³¹³⁰ *Özbek* (2006, 159), soruşturma evresinin başlaması için, “başlangıç şüphesinin” varlığının gerektiğini, somut emarelerin bulunmasının şart olduğunu vurgulamakta ve “soruşturma öncesi araştırma evresi” veya “ön alan” adını verdiği bu aşamada, suçun önlenmesi ve gelecekte işlenecek suçların takibatı için önlem almak olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir.

³¹³¹ *Özbek*, Önalın Soruşturmaları, 9 Eylül HFD, Cilt 4, Sayı 2, 2002, sh. 61.

³¹³² *Artzt* 1999, 3.

Türk Hukukuna yetki olarak *iletişimin önleme amacı ile denetlemesi* ile giren ön alan araştırmaları, kişi hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendirdiği için, kolluğun bu alanda hangi yetkilerinin bulunduğu açıkça düzenlenmeli ve önlenecek olan tehlikeye nazaran ölçülü olmalıdır.

Bu alanın sorumlusunun kim olduğu, Ceza Muhakemesi Kanununda belli edilmemiştir. Cumhuriyet Savcısının sorumluluğu CMK 160/1 ile düzenlenmiştir. “Suç işlendiği izlenimi veren halden” önceki alan ise, polisin görev alanıdır. Ancak, örgüt suçları söz konusu olduğu zaman, polis tarafından yapılan ön alan araştırmaları, değişik bir boyut kazanır. *Örgütü oluşturmak* başlı başına bir suçtur. Örgütün işlediği araç suçların araştırılması, Cumhuriyet savcısının görev alanıdır. Ancak, örgütün var olup olmadığının araştırılması, ön alan araştırması olarak, polisin görevine girer. *Gri alan* bakımından hangi organın görevli olduğunu belirlerken, *yapılan araştırmaların ağırlık noktası* ölçütü kullanılır: somut olayda yapılan ön alan araştırmasının ağırlıklı amacı, *delil elde etmek* ise, adli görev söz konusu olur. Fakat, suç işleyen bir örgütün başka suçlar işlemesinin önlenmesi amacı ağırlık kazanıyorsa, Kolluk Hukuku uygulanır.

Polis, *ön alan araştırmaları* kapsamında olarak, aşağıdaki işlemleri yapar: Bilgi toplama, Gizli izleme, devriye görevi, genel arama-tarama, X ajan kullanma, sürekli görev yapmayan kolluk görevlileri kullanmak, kişisel verilerin önleyici amaç ile kullanılması.

Ön alan araştırmaları sırasında belli bir kişiden şüpheleniliyorsa, bu kişi henüz *şüpheli* hukuk durumuna girmemiştir; *kuşkulu* kişi durumundadır. *Suç işlediğinden şüphelenilen kişi* (mülga CMUK 94), suç işlediği *tahmin edilen*, fakat henüz hakkında *suç işlediği izlenimini veren bulgu* bulunmayan bir kişidir. *Suç işleme tahmini* de somut olgulara dayanan makul bir şüphe olmalıdır. Somut olguya dayanmayan bir tahmin, Devlete müdahale yetkisi vermez. “*Tahmin*”, somut delillere dayanmaksızın, suç fiilinin varlığını, hayat tecrübesi veya mesleki tecrübeye yani *kriminalistik verilere* dayanarak, kabul etmek demektir.³¹³³

Suç işlendiği izlenimi veren haller (CMK 160/1) bulunması, yani *zehap derecesinde şüphe*, ceza muhakemesinde araştırmaların başlaması için, bir ön koşuldur. Buna, *başlangıç şüphesi* adı verilir. Savcı bu durumda araştırma başlatır. *Resmi savaş ilanı* gibi, Devlet bir kişiden suç işlediği için şüphelendiğini ona açıklarsa, kişi artık *şüpheli* hukuk durumuna girer. Bunun öncesinde, *suç işlediği somut, fakat basit bulgulara dayanılarak kendisinden kuşkulanan bir kişi* söz konusudur. Bununla birlikte, *şüpheli* sıfatının ortaya çıkması için, daima resmi bir bildirim yapılması beklenirse, sanık haklarının kullanılmasının geciktirilmesi yolu açılabilirdi. Bu nedenle, AİHM kararları doğrultusunda, bildirim yapılmadan önce de Devletin saygı göstermesi gereken *kuşkulunun pasif hakları* bulunduğu kabul edilir.

Şüphenin kuvvet derecesinin belirlenmesi, bir *ihtimal değerlendirmesi* yapmak demektir. Alman Mahkemeleri *şüphe* kavramı hakkında bazı kararlar vermiş se³¹³⁴ de, Federal Yargıtay bu konuda henüz bir karar vermemiştir. Sübjektif olarak yapılan bir değerlendirmede, elde edilmiş bulunan bulgular objektif açıdan ele alınarak yarıdan fazla mahkûmiyet olasılığı varsa, başlangıç şüphesi olduğu kabul edilebilir.

II. Ön inceleme kavramı.

Ceza muhakemesinin ilk evresi olan soruşturma evresi, suç fiilinin Devletin kovuşturma makamı olan Cumhuriyet Savcılığı tarafından öğrenilmesi ve ilk araştırma işlemlerinin yapılması ile başlar. Fakat bazı durumlarda da suç fiilinin işlenip işlenmediği açıkça belli değildir. Bu gibi hallerde *ön inceleme* yapılması gerekir. Ancak, gelişen teknoloji, bireylerin toplumda sergiledikleri davranışları kayıt altına almak imkânı sunduğundan beri, ileride işlenebilecek suçların delillerini önceden tespit etmek şeklinde, *ön alan araştırması* yapmak yöntemlerini ortaya çıkarmıştır. Aşağıda bu kavramlar açıklanacaktır.

³¹³³ Als Vermutung bezeichnet man eine aus der Lebens- und Berufserfahrung heraus geschöpfte Annahme, es könne strafbares Handeln vorliegen, ohne jedoch diese Annahme durch konkrete Beweise stützen zu können. Der Zweifel kann hier noch überwiegen: Bauer: Moderne Verbrechensbekämpfung, Band 2, S. 37; nakleden: Artzt 1999, 108. Lohner (Erwin): “Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren”, Frankfurt a. M. 1994.

³¹³⁴ OLG Celle StV 1986, 392; BVerfGE, StV 1991, 290, Lohner 1994, 39.

Suç öncesi polis araştırmaları, yani suç fiili henüz oluşmadan önce yapılan araştırmalar, yeni bir kavramdır. Gelecekteki tehlikeler önleyebilmek için (PVSK 2/1) alınan polis tedbirleri (PVSK Ek 7), “ön alan araştırmaları” kavramını doğurmuştur.³¹³⁵ Bunun için bilgi edinme, bilgileri saklama ve daha sonra da analiz etme yetkileri doğmuştur. Türk Hukukuna yetki olarak *önleme dinlemesi* ile giren³¹³⁶ *ön alan araştırmaları*, kişi hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendirdiği için, kolluğun bu alanda hangi yetkilerinin bulunduğu açıkça düzenlenmeli (*bellilik ilkesi*) ve önlenecek olan tehlikeye nazaran ölçülü olmalıdır (*orantılılık ilkesi*).

Bu alan suç öncesi “beyaz” alan ile “gri” alanı kapsadığı için, gizlidir. Suç öncesi polis araştırmaları veya “soruşturma öncesi araştırma evresi”³¹³⁷, aynı zamanda kolluğun “istihbarat” yetkilerini de ifade eder.

III. Soruşturmaya Yer Olmadığı Kararı.

Yapılan ön inceleme sonucunda başlangıç şüphesinin mevcut bulunmadığı veya fiilin suç teşkil etmediği anlaşılırsa, ceza soruşturması başlatılmaz. Bu sonucu tespit eden karar *soruşturmaya yer olmadığı kararıdır* (No. 425-I).

414. BAŞLANGIÇ SORUŞTURMASININ FİİLİ ve KANUNİ DURUMU.

I. Terim.

Kovuşturma evresini hazırlamak için yapılan soruşturma evresi, ihtiyaçların zoru ile, hazırlık soruşturması ve ilksoruşturma diye ikiye ayrılmış, hazırlık soruşturması da yine ihtiyaçların zoru ile biri kamu dâvasının açılmasına yer olup olmadığını araştırmak, diğeri ilksoruşturma aşamasında soruşturma yapan hâkimlerin işini teminata fazla dokunmadan azaltmak suretiyle ilksoruşturmayı hazırlamak gayesi ile yapılan iki kısma bölünmüştü (No. 413). 1985 de ilksoruşturma kaldırılınca bizde ikinci gaye artık kovuşturmayı hazırlamak olmuş, değerini bilmediğimiz ilksoruşturma teminatlarından vazgeçilmiştir. Halen yürürlükte olan Kanun ise, bütün bu ayrımları bıraktı ve tek evreli soruşturmayı benimsedi ve başlangıç soruşturması kavramına yer vermedi.

Mücerret muhakeme şemasına (No. 407) göre soruşturmadan sonra ilksoruşturmaya geçilir. Soruşturma evresinin başında soruşturma açılmasına yer olup olmadığı araştırılmalıdır. İşte bizim “başlangıç soruşturması” dediğimiz şey, bu araştırma gayesi ile yapılan soruşturma işlemlerinin bütünüdür. Doğumdan önceki durum olan “soruşturma evresi” başlangıç soruşturması aşamasında “rüşeym” gibi şekilsizdir. Ancak isnattan, yani “kovuşturmanın” başlamasından sonra muhakemeye benzer bir şekil alacak, yani “cenin” olacaktır.

II. Başlangıç soruşturması ve kısa soruşturma.

Kanunumuz yaşayan realiteyi de ihmal edemediğinden *başlangıç soruşturmasını* ve *kısa soruşturmayı*, bunları adlandırmamakla beraber nazara almıştır. Ancak kanun bunları birbirinden ayırmamış, her ikisini soruşturma evresi, daha doğrusu kamu dâvasının hazırlanması adı altında toplamıştır. Bu sebeple bir normun bunlardan hangisine ilişkin olduğunu her zaman kolaylıkla anlamak mümkün değildir.^{25.1} Bunların içinde, ilk önce yapılan ve gayesi “kamu dâvası açılmasına yer olup olmadığını tayin etmek” olan “araştırma” da (CMK 160/1) vardır. İşte, bizim “başlangıç soruşturması” dediğimiz de bundan ibarettir. Bir kimseye ancak bu soruşturma sonunda bir suç isnat edileceğinden,

³¹³⁵ *Özbek*, Önalın Soruştırmaları, 9 Eylül HFD, Cilt 4, Sayı 2, 2002, sh. 61.

³¹³⁶ *Özbek* (2006, 173) de, PVSK Ek 7 nci maddede 2005 yılında 5397 sayılı Kanun ile eklenen istihbarat dinlemesine ilişkin fıkraların “ön alan soruşturması” olduğu görüşündedir.

³¹³⁷ *Özbek* (2006, 159), soruşturma evresinin başlaması için, “başlangıç şüphesinin” varlığının gerektiğini, somut emarelerin bulunmasının şart olduğunu vurgulamakta ve “soruşturma öncesi araştırma evresi” veya “ön alan” adını verdiği bu aşamada, suçun önlenmesi ve gelecekte işlenecek suçların takibatı için önlem almak olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir.

^{25.1} Mülga Kanunumuza göre, suç öğrenilmesinden kamu dâvasının açılmasına, yani mücerret muhakeme şemasına göre talepname ile ilksoruşturma açılması istenmesine kadar olan faaliyetler hazırlık soruşturması idi.

başlangıç soruşturmasında “şüpheli” vardır, ama “sanık” yoktur. Başlangıç soruşturması, “sanıksız soruşturma evresi” diye de tarif edilebilir. Sanıklı soruşturma evresine, *kısa soruşturma* diyeceğiz.

Kanunumuz kamu dâvasının açılmasına yer olup olmadığını tayin için yapılan araştırma faaliyetinden ne sonuçlar çıkarılacağını gösterdiği halde, bu araştırmanın kolluk tarafından nasıl yapılacağını tam bir şekilde düzenlememiştir. Kolluk kanunları da bu konuda Ceza Muhakemesi Kanununa atf yapmakla yetindiklerinden, boşluklar olduğu gibi kalmıştır.

III. Mukayeseli hukuk.

Başka memleketlerin kanunlarındaki durum da bizimkinden parlak değildir. Fransız Kanunu, 1959 yılına kadar, başlangıç soruşturmasını değil, hazırlık soruşturmasını bile tanımıyordu.³¹³⁸ Hazırlık soruşturmasını meydana getiren başlangıç soruşturmasını ve kısa soruşturmayı, birincisine “*istruzione preliminare*”, ikincisine “*istruzione sommaria*” adını vererek ayrı ayrı ve sistemli bir şekilde düzenleyen 1930 tarihli İtalyan Kanunudur. Almanlar Ceza Muhakemesi Hukukundaki reformları, kabahatleri idarî suça çevirip, yetkiyi idarî makamlara vererek; bizdeki ilk soruşturmanın, onlarda sorgu hâkimliğince yapılan, araştırma kısmını oluşturan ilksoruşturma bölümünü kaldırıp, hazırlık soruşturmasına katarak, fakat bizdeki ilksoruşturmanın sonuç çıkarma kısmını oluşturan ara soruşturmayı muhafaza ederek, mevcut numara çevresi içinde a’lı, b’li maddeler kabulü suretiyle gerçekleştirmiş iseler de, polis soruşturmasında kanunun durumu eskisi gibidir. Ancak, kanuna göre polisin acele tedbirleri alıp evrakı hemen savcılığa göndermesi gerekirken, uygulamada önemli dâvalar dışında polisin hemen bütün araştırmaları yaptıktan sonra dosyayı gönderdiği savcının denetiminde yapılan bir polis soruşturması lehine, kanundan ayrılmış olunduğu anlaşılmaktadır.³¹³⁹

415. BAŞLANGIÇ SORUŞTURMASININ GAYESİ ve GÖREVLERİ.

I. Gaye.

Başlangıç soruşturmasının gayesi, muhakeme şemasında kendisinden sonra gelen kısa soruşturmayı hazırlamaktır. Kısa soruşturma kamu dâvasının açılmasına yer olduğunun anlaşılması ile başladığına göre, başlangıç soruşturmasının gayesi “kamu dâvasının açılmasına yer olup olmadığını araştırmak” diye de ifade edilebilir (No. 406, 414). Diğer taraftan, kamu dâvasının açılmasına yer olduğunun anlaşılması ile, bizce *kovuşturma* başladığından (No. 98), başlangıç soruşturmasının gayesi, *kovuşturmaya* başlanıp başlanmayacağını anlaşılmasıdır da diyebiliriz.

II. Başlangıç soruşturmasındaki görevler.

Başlangıç soruşturmasının görevleri kendi çapında olmak üzere, bir aşaması olduğu soruşturma evresinin görevleridir. Soruşturma evresinin delilleri toplama, isnadı açıkça belirtme ve koruma görevleri, bu aşamada aşağıdaki şekillerde kendisini gösterir.

1. Bilgi edinme görevi.

Diğer görevlerin yapılabilmesi için ilk iş, suç işlendiği, bir diğer söyleyişle bir eylemin suç teşkil ettiği bilgisinin edinilmesidir.³¹⁴⁰ Bu yüzden, başlangıç soruşturmasının ilk görevi bilgi edinmedir (No. 419).

2. Araştırma görevi.

Bir olayın suç teşkil ettiği öğrenilince, sıra suçlunun öğrenilmesine gelir. Bir kimseye suçlu damgasını vurabilecek olan mahkeme ileride yargılama yaparken, dünü yaşatmak ve olayın nasıl olduğunu öğrenmek için, delillere başvuracaktır. Beyan, belge ve belirti şeklinde olan bu delillerin mahkemeye sunulabilmesi için delil kaynaklarının elde edilmesi ve bunun için de araştırılması

³¹³⁸ Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu *başlangıç soruşturması ve kısa soruşturma* ayrımını yapmıştır (CPFF 53, 75).

³¹³⁹ *Hünerfeld*: La Phase preparatoire du penal proces penal en RFA, AIDP 1985, n.I, s. 121-177.

³¹⁴⁰ Bilgi edinmenin önsoruşturma bakımından ayrı görev sayılmaması, bu görevin diğer görevlerin her birinde dahil bulunmasından, önsoruşturmanın daha genel olmasından ve görevlere daha yüksekte bakmağı gerektirmesinden ileri gelmektedir. Ancak başlangıç soruşturması gibi daha dar bir sahada görevler daha yakından incelenince, bilgi edinmenin ayrıca düzenlenmesi gerektirecek kadar önemli olduğu görülebilmektedir. İlk 4 basıda “öğrenme” demiştik, sonsoruşturma yerine kullanılan “*cognizione*” karşılığında öğrenme demeyi, burada “bilgi edinme” terimini kullanmağı tercih ettik.

gerekmektedir (No. 420).³¹⁴¹ Bu demektir ki, suç işlendiği yolunda bir bilgi edinmeden sonra kovuşturma makamının yapacağı ikinci görev *araştırmadır*. Bu görev o kadar önemlidir ki savcının araştırmaya başlaması, Alman kanununun ifadesiyle *harekete geçmesi* (StPO 152, II), soruşturmanın da başlangıcı gibi sayılmaktadır.³¹⁴²

3. Koruma görevi.

Başlangıç soruşturması sırasında da koruma tedbirlerinin (No. 359) uygulanması gerekebileceğine şüphe yoktur.

4. İsnat görevi.

Kamu dâvasını açmağa yer olduğunu görmek, henüz dâva açmak demek değildir, fakat şüphenin kuvvetlenip sanı haline gelmesi demek olduğu için, bir kimseye bir suç isnat etmek sonucunu doğurur. Dava açılmadan önce kamu dâvası açmağa yer görüldüğünü açıklayan, bir diğer söyleyişle isnadı gösteren belli bir işlem yoktur (No. 436). Ceza Muhakemesi Kanununu ise, *sanıklık* statüsünü *iddianamenin kabulü* anına kadar geciktirmiştir (CMK 175). Ancak, bazı işlemler vardır ki bir kimseye suç isnat edildiğini, ona sanık sıfatı verildiğini anlatır. Bunların başında sulh ceza hâkiminden “tutuklama kararı istenmesi” gelir. Bu isteme, şüpheli kimseye bir suç isnat edildiğini, tereddüde meydan vermeyecek şekilde gösterir. Soruşturma evresinin sonunda kamu davası açılınca, isnat açıkça belirtilecektir. Soruşturma evresinin birinci aşaması olan başlangıç soruşturmasında bu kadar ileri gidilemeyeceği açıktır. Bu aşamada bir kimseye ana hatları ile, kabataslak, bir suç isnat etmekle yetinilebilecektir.

III. Başlangıç şüphesi.

Soruşturma evresinin, kovuşturmaya başlanıp başlanmayacağını öğrenmek için yapılan ilk bölümü olan *başlangıç soruşturması*, savcı ile onun yardımcısı olan kolluğun suç işlendiği şüphesini veren bir hali öğrenerek *harekete geçmesi*, yani olayın aydınlatılması için ilk işlemi yapması ile başlar. Kamu dâvasının mecburî olduğu sistemlerde, soruşturma evresinin yapılması da mecburî olduğundan, bu mecburiyetin ne vakit ve hangi şartlarla başladığının belirtilmesi gerekir.

Devletin soruşturma evresini başlatabilmesi için, “başlangıç şüphesi” yani Kanunun deyimi ile, “suç işlendiği izlenimini veren bir hal” mevcut bulunması gerekir (CMK 160/1): somut bazı olguların kriminalistik bilimlerle³¹⁴³ açısından değerlendirilmesinden, bir suçun işlenmiş olduğu izlenimi ortaya çıkmış olmalıdır. Bu izlenim, makul ve orta zekalı, uzman olmayan bir kişinin izlenimi olup, objektif bir değerlendirmedir.

İşlenen bir suçtan sonra, bu suçun işlendiğini, *suç işlendiği izlenimi yaratacak yoğunlukta* öğrenen C. savcısı, ceza soruşturmasını başlatmak mecburiyetindedir (CMK 160/1). Bu konuda C. savcısına bir *takdir yetkisi* verilmemiş, fakat belli bir *değerlendirme yetkisi* tanınmıştır (Roxin/Schünemann 2009, 208). Ceza soruşturması başlatıldığı takdirde, gerektiğinde koruma tedbirlerine de başvurulur, C. savcısının emri ve denetimi altında *kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini öğrenmek üzere* bir araştırma yapılacaktır.³¹⁴⁴ Belli olgulara dayanılarak bir suçun işlendiği tahmin edilmekle birlikte, *suç işlendiği izlenimi "tatmin edici bir yoğunluğa ulaşmamış"* ise, aşağıda belirtilecek olan bir *ön inceleme* yapılması söz konusu olabilir.

Ön inceleme ve ön alan araştırması kavramlarını şöyle özetleyebiliriz: *Ön inceleme*: Ceza soruşturması başlatılmadan önce, somut olayda *başlangıç şüphesinin* mevcut bulunup bulunmadığını

³¹⁴¹ Bir suç işlendiğini, failerin bilinmediğini düşünelim. İlerde bazı kimseleri tanık diye mahkemede dinletmek için önce kimlerin olay hakkında bilgisi olduğunu tesbit etmek ve bunun için bilgisi olmayanların da ifadesini almak gerekecektir. Kimlerin ifadesinin alınacağı da ipuçlarına göre tayin edilecektir. Bütün bunlardan sonradır ki, bilgisi olanlar ayıklanacak ve dâva açıldığında mahkemeye “bu olayın tanıkları işte şu ve şu kimselerdir” denilebilecektir.

³¹⁴² *Yenisey*: I, n. 103.

³¹⁴³ *Yenisey*, Hazırlık Soruşturması ve Polis 1993. *Roxin/Schünemann* 2009, 208.

³¹⁴⁴ *Beulke*, in LR, 26. Aufl. 5. Band, § 152, Rn. 32.

incelemek gereken durumlarda yapılan faaliyete ön inceleme adı verilebilir.³¹⁴⁵ Ancak bu incelemede sanık hakları ihlal edilmemelidir. Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK 159) ön incelemenin yasal dayanağını oluşturmaktadır: Bir ölümün doğal nedenlerden meydana gelmediği kuşkusunu doğuracak bir durumun varlığı halinde kolluk görevlisinin durumu derhal Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmek yükümü bulunmaktadır. Faili meçhul olayın araştırılıp faille ulaşılması gerekir. Başlangıç şüphesi derecesine ulaşmamış bir “kuşku doğuran durum” varsa, bu incelenmeden olayın kapatılması kabul edilemez. Bu nedenle bir ön inceleme yapılacak, fakat ilgilinin temel haklarında kısıtlama yapılmayacaktır. Bilgi toplama (informativische Befragung) kapsamında ifade alınabilecek, fakat CMK 147 kapsamında hak hatırlanmamışsa, bu ifade delil olarak kullanılamayacaktır (Stam n. 10, 27). Ancak, mevcut “kuşku” başlangıç şüphesi derecesinde yoğunlaşırsa, CMK 158/6 uyarınca soruşturmaya başlama kararı verilecek ve CMK 160/1 uyarınca ceza soruşturması başlatılacaktır.

Ön alan araştırmaları: Ön alan araştırmalarında ise *kuşku* veya *başlangıç şüphesi* yoktur. İşlendiği konusunda herhangi bir duyum veya bilgi alınmış olmayan suçların, işlenmişse ortaya çıkarılması, işlenmemişse işlenmesini önlemek için ön alan araştırması yapılmaktadır. Özellikle örgütlü suçlar alanında etkin sonuçlar veren ön alan araştırmalarını, Alman doktrinindeki baskın görüş vergi suçları istisnası ile (AO 208/1) hukuka aykırı olarak kabul etmektedir. Ön alan araştırmaları kişisel veriler üzerindeki temel haklar kısıtlanarak yapıldığı için, bu yöntemin uygulanmasına izin veren kanuni düzenleme mevcut bulunmadığı hallerde hukuka aykırı olur. Suç işleme olasılığına dayanan ön alan araştırmaları, *karanlığa kurşun sıkmaya* benzetilmiştir.

CMK 160/1 anlamında “suç işlendiği izlenimini veren hal” varsa, yukarıda belirtildiği gibi, C. savcısının ceza soruşturmasını başlatarak, araştırma yapması veya yaptırması mecburidir. Suç işlendiği konusunda bir bilgi edinildiği zaman, önce bir *soruşturma numarası* verilerek, araştırmalara başlanır. Fakat bu aşamada bazen şüpheli bellidir (Js) veya suç neticesi ile ortadadır ama faili belli değildir (UJs).³¹⁴⁶ Faili belli olmayan bir suç ile ilgili araştırmalar, *gerçek bir ceza soruşturmasıdır*.³¹⁴⁷ “Suç”, neticesi ile meydana, fakat suçun kimin tarafından işlendiği henüz belli değilse, genel anlamı ile ceza soruşturmasını başlatmak mümkün ise de, teknik anlamda *şüpheli* yoktur. Bu gibi hallerde, ileride *şüpheli* durumuna girebilecek olan *ilgililer* vardır. Fakat Devlet bu kişiler hakkında ceza muhakemesinin öngördüğü araştırma veya koruma tedbirlerini, henüz uygulayamaz.

Suç işlendiği izlenimi “*tatmin edici bir yoğunluğa ulaşmamış*” ise, yani suçun işlenip işlenmediği henüz belli değilse, C. savcısının soruşturma evresini başlatması mümkün değildir. İşte, bu gibi hallerde *soruşturma öncesi araştırmalar*, yani *ön inceleme* gündeme gelir.³¹⁴⁸

Bu aşama *bilgi toplama* aşamasıdır. Ceza muhakemesinin henüz başlamadığı bu sırada, kolluk üçüncü kişilere veya ileride şüpheli konumuna gelebilecek olan *ilgililere*, konu hakkında çeşitli sorular sorarak bilgi toplamak yetkisini haizdir.

Teknik anlamda ceza soruşturması başlamış olmadığı için, bu aşamada henüz C. savcısı yoktur. Eğer kolluk *bilgi toplamanın* ötesine geçerek, soruşturmanın C. savcısı tarafından başlatılmasından önce *ön araştırma* yapacak olursa, bu hukuka aykırı olur. Bu şekilde elde edilen bilgiler ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamaz: ilgili ileride şüpheli durumuna gelecek olursa, hakları bildirilmeden ifadesi alınmış olduğu için, CMK 147 anlamında kanuna aykırı delil elde edilmiştir. Üçüncü kişilerin verdikleri bilgilerin *tanık beyanı* olarak da değerlendirilmesi mümkün değildir, zira görüşme yapılırken üçüncü şahsın hukuki durumu kendisine bildirilmemiştir.³¹⁴⁹

Ceza Muhakemesi Hukukunun temel ilkelerinden biri olan “re’sen araştırma ilkesi” soruşturma evresinin başlamasından önce dahi, (*ön araştırma* niteliği almaması gereken) bu tür bir *ön incelemenin*

³¹⁴⁵ Lange, Vorermittlungen, 1999 S. 34-69; in: Stam §, 10, n.26.

³¹⁴⁶ Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl. sh. 208, Roxin/Schünemann 2009, 288.

³¹⁴⁷ Beulke (LR, 26. Aufl. 5. Band, § 152, Rn. 33), faili belli olmayan suçlarla ilgili olarak yapılan araştırmaları, *ön inceleme* kapsamına almak isteyenleri eleştirmekte ve böyle bir usulün Ceza Muhakemesi Hukukunda mevcut bulunmadığını, haklı olarak belirtmektedir.

³¹⁴⁸ Roxin/Schünemann 2009, 288.

³¹⁴⁹ Roxin/Schünemann 2009, 289.

yapılmasını zorunlu kılar. Ancak, yapılan ön incelemenin sonunda soruşturma açılıp açılmayacağı belli değildir. Zira bu aşamada “somut olgulara dayanan, mevcut bir basit başlangıç şüphesi” henüz yoktur. Sadece, “araştırmaya değer nitelikte bir olay” (*untersuchungswürdiges Geschehen*), “şüpheli bir durum” vardır ve yapılacak ön inceleme neticesinde, olayın ayrıntıları öğrenilebilecektir.

Şüpheli bir durum, CMK 160’ın kabul ettiği şüphe kategorisi olan *suç işlendiği izlenimini veren hal* kapsamına girmediği için, ceza muhakemesinin soruşturma evresi başlamamıştır. Ancak, belli bir araştırmanın da yapılması gereklidir. Suç işlendikten sonra ortaya çıkan “başlangıç şüphesi”³¹⁵⁰ (CMK 160/1), bir otomobilin kontak anahtarının çevrilmesi gibi, soruşturma evresini başlatır. Ancak, “somut olgulara dayanan ve basit nitelikteki bir şüphe derecesinin” oluşmasından önce de yapılan “klasik” araştırma işlemleri vardır. Türk Hukuk uygulamasında bazen “ön inceleme” adı verilen bu tür “*soruşturma öncesi araştırmalar*” yapılarak³¹⁵¹, ceza soruşturması başlatılıp başlatılmamasına karar verilecektir. Bu araştırmalar yapılmadan, “başlangıç şüphesi” zaten oluşmaz. Örnek olarak, ihbar gösterilebilir. Savcılığa gelen isimsiz bir ihbar mektubu üzerine ön inceleme yapılması gerekir. Diğer bir örnek, kaza gibi görünen bir ölüm olayıdır.

Ceza soruşturmasının resmen başlatılmasından önce yapılagelen ve *ön inceleme* adı verilen bu *araştırmanın* hangi organ tarafından yapılacağı sorunu çıkar. Suçun işlenip işlenmediği henüz belli olmadığı için, C. savcısı prensip olarak devre dışıdır. Fakat, *kolluğun suçu önleme görevi* de söz konusu değildir, zira suçun işlendiği konusunda; “*tatmin edici bir yoğunluğa ulaşmamış suç işlendiği izlenimi*” vardır.

Hukukun düzenlemediği bu *gri alan* tehlikelerle doludur; her iki organ da bu alana tasarruf etmek isteyebilir.³¹⁵² Bizde C. savcısı tarafından ele alındığı görülmektedir.

“Suç işleme tahmini” de somut olgulara dayanan makul bir şüphe olmalıdır.³¹⁵³ Somut olguya dayanmayan bir tahmin, Devlete müdahale yetkisi vermez.³¹⁵⁴ *Tahmin*, somut delillere dayanmaksızın, suç fiilinin varlığını, hayat tecrübesi veya mesleki tecrübeye yani “kriminalistik verilere” dayanarak, kabul etmek demektir.³¹⁵⁵ Bununla birlikte, “şüpheli” sıfatının ortaya çıkması için, daima resmi bir bildirim yapılması beklenirse, sanık haklarının kullanılmasının geciktirilmesi yolu açılabilir.³¹⁵⁶ Bu nedenle, AİHM kararları doğrultusunda, bildirim yapılmadan önce de Devletin saygı göstermesi gereken *kuşkulunun pasif hakları* bulunduğu kabul edilir. Şüphenin kuvvet derecesinin belirlenmesi, bir

³¹⁵⁰ “Anfangsverdacht”; Artzt (Matthias): “Die verfahrensrechtliche Bedeutung polizeilicher Vorfelddermittlungen”, Frankfurt a. M. 1999. Başlangıç şüphesi, bizim 1993 yılında yayınladığımız Hazırlık Soruşturması ve Polis kitabımızda belirttiğimiz gibi, *kriminalistik verilere dayanan, somut, fakat basit, hafif bir şüphe derecesidir*. Açık bir sanı veya kabul için, yani CMK 160 anlamında “suç işlendiği izlenimini vermek” için yeterli sayılmayan izler, somut vakıalar, “başlangıç şüphesini oluşturabilirler (Özbek 2006, 160).

³¹⁵¹ *Vorermitteilungen*: Keller/Griesbaum: NStZ 1990, 417; Walder: ZStW 95, 1983, 869; *Vorfelddermittlungen*: SK-Wolter: vor § 151 Rn. 156; *Iniativermittlungen*: RiStBV, Anl.E Nr. 6, Schroeder, *Strafprozessrecht*, Rn. 84; Artzt 1999, 1.

³¹⁵² Roxin/Schünemann 2009, 288.

³¹⁵³ İnceleme yapılırken belli bir kişiden şüpheleniliyorsa, bu kişi henüz “şüpheli” hukuk durumuna girmemiştir; “kuşkulanan kişi” (*Verdächtige*) durumundadır. Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu bu konuyu düzenlemiş ve “suç işlediğinden şüphelenilen kişi” (mülga CMUK 94) terimini kullanmıştı; bu kişi, suç işlediği “tahmin edilen” (*Vermutung*), fakat henüz hakkında “suç işlediği izlenimini veren bulgu” (*zureichende tatsächliche Anhaltspunkte*) bulunmayan bir kişidir.

³¹⁵⁴ *Blosse Vermutungen reichen für eine Inculpation oder ein repressives Einschreiten nicht aus*; LR-Riess, § 152, Rn 22.

³¹⁵⁵ *Als Vermutung bezeichnet man eine aus der Lebens- und Berufserfahrung heraus geschöpfte Annahme, es könne strafbares Handeln vorliegen, ohne jedoch diese Annahme durch konkrete Beweise stützen zu können. Der Zweifel kann hier noch überwiegen*: Bauer: *Moderne Verbrechensbekämpfung*, Band 2, S. 37; nakleden: Artzt 1999, 108. Lohner (Erwin): “Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren”, Frankfurt a. M. 1994.

³¹⁵⁶ “Suç işlendiği izlenimini veren haller” (CMK 160/1) bulunması, yani “zehap derecesinde şüphe” (*zureichende tatsächliche Anhaltspunkte*): StPO 152/2, ceza muhakemesinde araştırmaların başlaması için, bir ön koşuldur. Buna, “başlangıç şüphesi” adı verilir. Savcı bu durumda araştırma başlatır. “Resmi savaş ilanı” gibi, Devlet bir kişiden suç işlediği için şüphelendiğini ona açıklarsa, kişi artık “şüpheli” (*Beschuldigter*) hukuk durumuna girer (Lohner 1994, 19). Bunun öncesinde, *suç işlediği somut, fakat basit bulgulara dayanılarak kendisinden kuşkulanan bir kişi (Verdächtiger)* söz konusudur.

ihhtimal değerlendirmesi yapmak demektir. Alman Mahkemeleri³¹⁵⁷ *şüphe* kavramı hakkında bazı kararlar vermişlerse de, Federal Yargıtay bu konuda henüz bir karar vermemiştir. Sübjektif olarak yapılan bir değerlendirmede, elde edilmiş bulunan bulgular objektif açıdan ele alınarak yarıdan fazla mahkûmiyet olasılığı varsa, başlangıç şüphesi olduğu kabul edilebilir.³¹⁵⁸

Kanunun (CMK 160) *bir suçun işlendiği izlenimi veren bir hal* diye açıkça tanımladığı *başlangıç şüphesi* (*Anfangsverdacht*) mevcut bulunmadan, başlangıç soruşturması yapılamaz. Başlangıç şüphesi varsa, araştırma yapmak mecburidir.³¹⁵⁹ Hakkındaki başlangıç şüphesi üzerine araştırma yapılan kişi *şüpheli* hukuk durumuna girer. şüphe kuvvetlenip, *yeterli şüphe* (CMK 170/2) haline gelir ve kişiye suç isnat edilirse, bu kişinin *sanık* durumuna geçtiği kabul edilmelidir. Kanun ise *sanıklık hukuk durumunun* başlaması için, iddianamenin kabul edilmesine (CMK 175) kadar beklemektedir.

IV. Başlangıç soruşturmasının bölümleri.

Başlangıç soruşturmasındaki dört görev, bu soruşturmanın dört bölümünü meydana getirir: 1) Bilgi edinme, 2) Araştırma (*inceleme* de denebilir), 3) Koruma, 4) Sonuç çıkarma, yani isnat konusunda bir hüküm verme. Bu dört bölüm, en zengin çeşitli muhakemeyi göz önünde tutarak çizilen mücerret muhakeme şemasının bölümleridir. Uygulamada bu bölümler her zaman kesin olarak birbirinden ayrılmayabilir ve birbirini takip etmeyebilir. Meselâ, bilgi edinmeden hemen sonra ve hatta onunla birlikte *koruma tedbiri* alınabilir. Bilgi edinme ve araştırma faaliyetleri de birlikte yapılabilir. Bu bölümlerden bazılarına ihtiyaç da duyulmayabilir. Meselâ, bilgi edinme o kadar tafsilatlı olur ki, araştırmaya lüzum kalmaz. Uygunluk prensibi gereğince lüzumu kalmayan bölümlerden vazgeçilir. Bu sebeplerdir ki, başlangıç soruşturmasının pek kısa sürmesi, bir iki muameleye inhisar etmesi mümkündür. Örneğin, ihbarın açıkça asılsız olduğu pek çabuk anlaşılırsa kovuşturmaya yer görülmez. Kovuşturmaya yer olduğu suç üstü halinde hemen anlaşıldığından, başlangıç soruşturmasından tutuklama istemi ile hemen kısa soruşturmaya geçilir.

416. BAŞLANGIÇ SORUŞTURMASININ ÖZELLİKLERİ.

Başlangıç soruşturmasının dört özelliği vardır: 1) Yazılılık, 2) Gizlilik, 3) Dağınıklık, 4) Gecikemezlik. Başlangıç soruşturması, önsoruşturmasının bir parçası olduğundan yazılılık, gizlilik ve dağınıklık özelliklerine (No. 411) sahiptir. Fazla olarak, başlangıç soruşturmasının “gecikemezlik” (*urgenza, urgence*) özelliği de vardır.³¹⁶⁰ Gerçekten, bu bölümdeki işlemlerin niteliği, onların gecikmeden yapılmalarını gerektirir.³¹⁶¹ Bunun içindir ki, birçok işlemlerin geciktirilmeden³¹⁶² yapılması tasrih edilmiştir.

³¹⁵⁷ OLG Celle StV 1986, 392; BVerfGE, StV 1991, 290, *Lohner* 1994, 39.

³¹⁵⁸ *Hoppe (Cornelius)*, “Vorfeldermitteilungen im Spannungsverhältnis von Rechtsstaat und der Bekämpfung Organisierter Kriminalität”, Frankfurt a. M. 1998.

³¹⁵⁹ Başlangıç soruşturması için aranan suç şüphesi, mülga kanunun *zehap* dediği (CMUK 153) yalın veya hafif diyebileceğimiz basit bir şüphedir. Ama zayıf denecek kadar da kuvvetsiz değildir. Az da olsa bir kuvveti vardır. Bu basit şüphenin belirli kişiler üzerinde birikmesi sonunda ortaya “şüpheli” çıkar, ama şüphe hâlâ basittir. Basit başlangıç şüphesinin “makul” (AramaY 6) olması gerekir. Bu şüphe biraz daha, yani kovuşturmayı gerektirecek derecede kuvvetlenince, bir kişiye suç isnat edilecek ve böylece kısa soruşturmaya geçilecektir. Demek ki soruşturma evresine başlamak için şüphenin basit olması yetmekte, kuvvetlice olması aranmamaktadır. Ancak, kanun soruşturma yapma mecburiyeti için basit şüpheyi başlı başına yeterli görmemiş, onun *tahmine* değil, *olaylara* dayanmasını aramıştır. Olaylara dayanmayan bir şüphe üzerine soruşturmaya başlanması, kanunî değil, keyfi bir davranıştır. Suç haberinin ciddiyetini takdir yetkisi, olaya dayanıp dayanmamanın değerlendirilmesi olarak anlaşılmalıdır.

³¹⁶⁰ *Foschini*, II, 45. *Gecikemezlik* yerine *acelecilik* denilmesi bizce doğru değildir. Acelecilik sadece zaman bakımından çabukluğu ifade eder. Gecikebilen bir iş de acele yapılabilir. Diğer taraftan acele yapılan işlerde bir miktar hata payı kabul olunur. Gecikemezlikte bu da yoktur. Gecikemezlik yerine kısıklık demek ve dolayısı ile bir an önce hâkim önüne götürmeden söz etmek (*Tosun*, II, 25) isabetli değildir. Zira gecikemezlik hem kısıklığı hem de fazla olarak onun gayesini belirtmektedir. Olsa olsa acillik denebilir. Zira acil, acele kökünden gelse de acil servis teriminde olduğu gibi, aceleden çok farklı bir anlamda kullanılmaktadır.

³¹⁶¹ *Foschini*, II, 43.

³¹⁶² Ceza Muhakemesi Kanunu “acele” hallerde bile, adli kolluğun kendiliğinden “araştırma” yapma yetkisini kaldırdı. Mülga Kanuna göre, bir suçu öğrenen kolluk, işin aydınlatılması için gereken acele (doğrusu: gecikemez) tedbirleri alacak ve düzenlediği evrakı hemen savcılığa gönderirdi (CMUK 156). Sadece *elkoyduğu olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan*

417. BAŞLANGIÇ SORUŞTURMASININ ORGANLARI.

I. Muhakeme dışı organlar.

Muhakeme realitesine hayat veren muhakeme-dışı realitelere. Bunun içindir ki muhakeme realitesi ile muhakeme-dışı realiteyi birbirinden kesinlikle ayırmak ve organlar bakımından bir ayrılık gözetmek kolay değildir. Muhakemenin ilk evresinin bu ilk aşamasında muhakeme faaliyeti ile muhakeme-dışı faaliyet birbirine girmiştir. Bu durum, başlangıç soruşturması aşaması faaliyetlerinde idarî makamlara, yani savcılığa ve adli kolluğa, hatta bunlar dışında kalan çeşitli idarî makamlara ve hatta memurlara yetkiler verilmesinin sebebini açıklamaktadır. Bu aşamada, hekim, ebe gibi meslek sahiplerine, hatta hiçbir resmî sıfatı olmayan kişilere, bazı muhakeme işlemleri yapmak yetkisinin verilmesinin sebebini de, muhakemenin başlangıcında muhakeme realitesi ile muhakeme-dışı arasındaki bağlantıda (No. 151), aramak lâzımdır.³¹⁶³ Başlangıç soruşturmasında muhakeme içi olaylar ve muhakeme dışı olaylar iç içe girmiştir. Başlangıç soruşturması aşamasında organların durumu eş değildir. Her organ her zaman her işlemi yapamaz. Belli organlar belli zamanlarda belli işlemleri yapabileceklerdir. Belli bir işlem bakımından da organların durumu farklı olabilir. Örneğin, *yakalama işlemi* kolluk memuru için mecburî ödev olduğu halde, fert için ihtiyarî ödevdir.

II. Savcılık.

Başlangıç soruşturması organlarının başında Cumhuriyet savcılığı (No. 108) gelir. Savcının görevi kaide olarak soruşturmayı idareden ve sonuç çıkarmadan ibarettir. Başlangıç soruşturmasının özünü teşkil eden bilgi edinme ve araştırma, ayrı tekniği gerektiren kolluk işidir. Bu itibarla, suç kolluğu (No. 418), başlangıç soruşturmasının başlıca organlarından biridir. Ancak kolluğu, muhakeme kanunlarında pek düzenlenmemiş olan bu faaliyetinde başı boş bırakma da doğru görülmediğinden, hemen her memlekette, kolluk soruşturmasını savcının “idare etmesi” kabul edilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu ise, soruşturma evresinin C. Savcısı tarafından *emrindeki* adli kolluğa yaptırılmasını kabul ederek, *yönetme* veya *idare*³¹⁶⁴ değil, *baştan sona yaptırma* sistemini benimsedi (CMK 161). Bütün kolluk makam ve memurları savcının adliyeye ilişkin emirlerini yapmağa mecburdur. Bu emirler kolluk âmirlerine yazılı olarak verilir. Geciktirilemeyen (acele) hallerde, hatta kolluk memurlarına sözle de verilebilir (CMK 161/3). CMUK döneminde savcı memurlara sözle emir verildiği zaman gecikmezlikten ve verdiği emirden kolluk âmirlerine de haber verirdi (CMUK 154/3).

Savcı, kolluğun yaptığı araştırma işlemlerini bizzat yapabilir. Ancak, savcı bizzat zor kullanamaz. Zor kullanma yetkisi sadece kolluğa verilmiştir. Adli kolluk, C. savcısının emri ile, soruşturma evresinin özünü teşkil eden *bilgi edinmeyi* ve *teknik araştırmaları* yapar. Fazla olarak, savcı sıfatı ile ancak kendisine tanınmış olan yetkileri de vardır. Kanunumuz soruşturma evresini *sanıksız* ve *sanıklı* diye, bir diğer söyleyişle *başlangıç soruşturması* ve *kısa soruşturma* olarak ikiye ayırmadığından, kısa soruşturmada yapabileceklerini (No. 442) başlangıç soruşturmasında da yapabilir.

III. Sulh ceza hâkimi.

Başlangıç soruşturması organları arasında belli işlemler bakımından hâkim de vardır. Bunlar evvelce sulh ve sorgu hâkimleri idi. 1985'ten beri sadece sulh hâkimidir. Başlangıç soruşturmasında görevlendirilen hâkim ya hâkim olarak ya savcı yerine geçerek hareket eder.

a) Sadece hâkim tarafından yapılabilen işlemler için kaide, sulh ceza hâkiminin yetkili olması ve savcının talep etmesidir (CMK 162). Savcının talebinin, yani talî dâvasının *isnat ifade etmemesi* de lâzımdır ki, hâlâ *başlangıç soruşturmasında* olduğumuzu söyleyebilelim. Meselâ, sanık olmadığı belli olan bir kimsenin soruşturma evresinde tanık olarak dinlenmesi için, sulh hâkimine başvurulmasında,

tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet Savcısına derhal bildirerek emir beklemek durumu yarattı (CMK 161/2). Bunu tenkit ediyoruz.

³¹⁶³ Eşik teorisi “*Schwellentheorie*” (No. 408) ile izah edilmek istenen husus budur: Haliç'in suyunun Marmara Denizindeki ile köprü altında karışmasında olduğu gibi, geçiş sürecini birbirinden kesin çizgilerle ayırmak mümkün değildir.

³¹⁶⁴ Savcının suç kolluğu tarafından yapılan soruşturmayı «idaresi», tatbikatta çok defa kağıt üzerinde kalmakta, savcılar soruşturmaları kolluğa havale ile yetinmekte ve sonunda gerekli sonucu çıkarmakta idi. Almanya'da, Fransa'da durum farksız olup, savcılar sadece polis araştırması ile yetinmektedirler (*Yenisey* I, n. 144).

şüphelinin evinin aranması için karar istenmesinde durum böyledir. Hâkim soruşturma evresinde kendiliğinden *araştırma* yapamaz.

b) Sulh ceza hakiminin savcı yerine geçmesi için suçun *suçüstü* olması veya *gecikmede sakınca* bulunması şarttır (CMK 163). Fazla olarak, hâkim tarafından ve yargılama kavramı içinde bir faaliyet olarak yapılması gerekmeyen bir işlem söz konusu olmalıdır.³¹⁶⁵ Keşif ayrı bir işlem tipi olduğu için, müdafî de bulundurarak keşif yapılabilir, ama hâkim soruşturma evresinde arama yapamaz.

Suçun meşhut olması veya gecikmede tehlike bulunması şartına bağlanan³¹⁶⁶ bu istisna, hâkim işleminin mahiyet değiştirmesiyle, yani savcı işlemi sayılmasıyla değil, fakat otomatik temyizde olduğu gibi, talî dâvanın açıldığını kanunun farz ve kabul etmesiyle izah olunmalıdır.³¹⁶⁷

IV. Savcının istediği bilgiyi vermek mecburiyeti.

Suçların soruşturulması ve kovuşturulması sırasında adli makamlar tarafından istenen bilgilerin on gün içinde verilmesi zorunludur.³¹⁶⁸ Aykırı davranış TCK 257'deki suçu oluşturur" (CMK 332). Kanundaki bu düzenleme çok muğlak olduğu için dar yorumlanmalıdır. Bireyler bakımından bu kadar geniş bir *bilgi vermek mecburiyeti* kabul edilmiş olamaz. Kanun, sır kapsamına girmeyen ve elde edilmesi için hâkimin karar vermesi gereken bilgileri saklı tutmuş olmalıdır. Özellikle *kişisel veriler* açısından *amaca bağlılık* ilkesi bulunduğundan, amaç dışı kullanıma yol açacak şekilde geniş uygulama yapılmamalıdır.

IV. Savcı dışı makamların incelemesi.

Başlangıç soruşturmasında bilgi edinme ve araştırma görevlerinin Devletin çeşitli daire ve memurlarına da verildiği vardır.³¹⁶⁹

V. Cumhuriyet Savcısı tarafından "bizzat" yapılan soruşturma.

Başlangıç soruşturmasının baştan aşağı savcılar tarafından yapılması, yani kolluğa bırakılmaması da bazen kabul edilmiştir.³¹⁷⁰ Küçüklerin işledikleri iddia edilen suçlarla, avukatlar ve adli görev yaparken silah kullanan kolluk memurlarının soruşturmaları C. Savcılar tarafından *bizzat* yapılır, kolluk yetkisizdir (AvK 58, ÇKK 15, CMK 161/5, PVSK Ek m. 9B).

VI. Kolluğun Ceza Kararnamesi.

Belirli kabahatlerde sonuç çıkarma işinin savcıya verilmeyip, kollukta bırakıldığı haller vardır (No. 424).

418. ADLİ KOLLUK.

I. Kolluk teşkilatı.

³¹⁶⁵ Ancak hâkim tarafından yapılabilecek işlemlerin istisna olarak, 1985'den beri sadece sulh hâkimi tarafından, hattâ talep olmaksızın yapılabilmesi kabul edilmişti (CMUK 158). Bunun içindir ki bu hallerde kolluk evrakı doğruca sulh hakimine gönderilebiliyordu (CMUK 156/2). Yeni Kanun CMUK 156'yı düzenlemedi.

³¹⁶⁶ Savcının bulunmadığı yerlerde CMUK ek 1 de yazılı suçların hazırlık soruşturmasını sulh hâkiminin yapacağı söylenmekle (CMUK Ek 3), gecikmede tehlike olacağı önceden kabul edilmiş ise de, Ek 3. maddenin birinci fıkrası 1985/3200 numaralı kanun ile yürürlükten kaldırılmış, ikinci fıkrası ise Anayasa mahkemesinin 7.4.1977, E. 5, K. 45 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

³¹⁶⁷ Nitekim bu hâkimin yaptığıının savcılık olmadığı kabul edilmiştir (No. 182).

³¹⁶⁸ Bir kısmı "geniş yetkili ağır ceza mahkemelerinin" görevine giren (CMUK 394a) Ek m. 1 de sayılı suçların 36-3005 numaralı kanuna göre yapılan hazırlık soruşturmasında savcı ve hâkimlerin istedikleri bilgileri 7 gün içinde vermeyenlere, imkânsızlığın sebebini ve vereceği tarihi bildirmeyenlere 6 aya kadar hapis cezası öngörülmekte idi (CMUK ek m. 4). Bu hüküm CMK ya da aktarıldı.

³¹⁶⁹ Meselâ belli vergi kaçaklıklarını öngören savcı ilgili vergi dairesine haber verir ve inceleme yapılmasını ister (VUK "82-2686" 367).

³¹⁷⁰ Meselâ kovuşturulması izne bağlı suçlarında avukat (AvK 58), adliyeyle ilişkin görev yaparken silah kullanmak zorunda kalan polis (PVSK 85-3233 ek m. 9. B) hakkında durumu böyledir. Bunun sebebi, sanırız ki, otoriter rejim etkisi (*Tosun*, II, 9) değil, savcının daha fazla güven vermesidir.

Kollama görevini yapan kuruluşa *kolluk* (zabıta) denir. Kolluk genel ve özel olarak iki çeşittir. *Genel kolluk* polis³¹⁷¹ ve jandarmadır. *Özel kolluk*, genel kolluk dışında kalan ve özel kanunlarına göre kurulup belli kolluk görevlerini yapan kuvvetlerdir. Belediye kolluğu, askeri kolluk (inzibat) trafik kolluğu, orman kolluğu, sınır ve sahiller sağlık kolluğu, sahil kolluğu³¹⁷² gibi. Özel kişilere ait kurum ve kuruluşların korunması için kurulan özel güvenlik teşkilatı da özel kolluk kuvvetidir. Özel kolluk kurulması, aksine bir açıklama olmadıkça, genel kolluğun yetkilerini daraltamaz.³¹⁷³ Genel kolluğun yardımcıları da vardır. Örneğin çarşı ve mahalle bekçileri, yerel kolluğun nezaretinde ve ona yardımcı olarak çalışır. Kır bekçileri jandarmanın nezaretinde genel kolluk görevi yapar.

II. Suçluluğun görünüm şekilleri.

Her insan topluluğu gibi canlı bir varlık olan Devletin bir bünyesi ve bu bünyenin görevleri vardır. Bu görevlerden biri de pislikleri boşaltmadır. Her çalışan bünye, çalışmadan meydana gelen pislikleri en uygun şekilde dışarı atıp bünyeyi onlardan temizlemek zorundadır. İnsan topluluğunun pisliklerini vücuttan dışarı atmak görevi kolluğa düşmektedir. Topluluk kalabalıklaştıkça pislik yani suçlu da çoğalır. Hızlı dönen motorun yağının daha sık değiştirilmesi gereğinin duyulmasında, yığınlar halindeki buğdayın daha çabuk kızıyıp bozulmasında olduğu gibi. Onun içindir ki, bir bakıma suçlulukla savaş demek olan kolluk görevinin yapılması, topluluğun kalabalıklığına göre değişir, köyde başka, küçük şehirde başka, büyük şehirde başka olur.³¹⁷⁴

III. Kolluğun suç öncesi ve suç sonrası görevleri.

Kolluğun kollama denilen görevi iki çeşit görevden oluşur: 1) Suç öncesi görev, 2) Suç sonrası görev. Suç öncesi görev de üçe ayrılır: a) Koruma, b) Önleme, c) Yardım. Suç sonrası görev ise suç ve suçluların araştırılmasıdır. Genel kolluk, görevin bu iki çeşidine uygun olarak: 1) Suç öncesi kolluk ve 2) Suç kolluğu (*police criminelle*) bölümlerine ayrılır.³¹⁷⁵

Kolluğun bu iki surette ikiye ayrılış, kuruluş bakımından değil çalışma yani görev bakımındandır. Bu ayırma bir iş bölümünden ileri gitmez ve gitmemeli ve suç kolluğu savcılığa bağlanmamalıdır.³¹⁷⁶

³¹⁷¹ Kanunlarımızda polis yerine emniyet veya güvenlik denildiği vardır.

³¹⁷² Askeri bir kuruluş olan fakat İçişleri Bakanlığına bağlı olan Sahil Güvenlik Komutanlığının (1982-2692) görevi, özel kolluk niteliğinde olduğu için, *sahil kolluğu* adını veriyoruz.

³¹⁷³ Çünkü gaye, kaide olarak, daraltmak değil, suçlulukla daha etkin bir şekilde savaşmaktır.

³¹⁷⁴ *Bertaux* (Pierre): On a la police qu'on mérite. La Nef. juin-septembre 1963, s. 95. *Öztürk/Ertem/Özbek* (1999, 388) «adli kolluk» olarak, insan haklarını, sorgu teknik ve taktiklerini, delil toplama ve değerlendirme tekniklerini bilen, kriminalistik bilimine vakıf nitelikli elemanları anlamaktadırlar. Bunun Adalet Bakanlığına bağlı olan veya adliyede bulunan kolluk demek olmadığını da, yerinde olarak eklemektedirler.

³¹⁷⁵ İlk dört basıda önleyici kolluğa *koruyucu kolluk* demiştik. Tehlike tedbiri genel nazariyesini 1968 de kurarken, yakın ve uzak tehlikeye göre koruma ve önleme farkını gördüğümüzden, 4. basıda koruma tedbiri ile önleme tedbiri arasında fark gözetmiştik. Terimlerde birliği sağlamak üzere, burada da suç tehlikesi yakınsa “koruma”, uzaksa “önleme” dediği, uygun bulduk. Ancak önleme, koruma ve yardım görevlerini ifade edecek genel bir terim bulamadığımızdan şimdilik “suç öncesi kolluk” diyeceğiz. Polisin suç öncesi görevi için Bkz. *Yenisey*: I, n. 410-451; *Sokullu-Akancı*: s. 165-266. Suç öncesi kolluğa, çok defa “önleyici kolluk” veya “idari kolluk”, suç kolluğuna da “adli kolluk” denilmektedir. Burada idarî sıfatının çok özel bir manada yani “extrajudiciaire” karşılığı olarak muhakeme-dışı manasına kullanıldığına ve adli sıfatının da “juridictionnel” karşılığı olmadığından, yargılama ile ilgili manasına değil, fakat yargılamayı da içine almak üzere, muhakeme ile ilgili manasına kullanıldığına dikkat edilmelidir. Suç muhakemesi söz konusu olduğundan suç Muhakemesi Kolluğu veya kısaca Suç kolluğu da denilebilir. Suç ve suçlular araştıran bu kolluğa “Organisation internationale de police criminelle”de olduğu gibi, “police judiciaire” yerine daha isabetli olarak “police criminelle” denilir. 1937.3201 numaralı Emniyet Teşkilâtı Kanununun (ETK), genel kolluğun bir çeşidi olan polisi 1) idarî, 2) siyasi, 3) adli diye üçe ayırması (“38-3452” m. 8), ilmî değil pratik düşünceye dayanmaktadır. Siyasi denilen polisi de idarî veya adli denilen görevden başka bir görev yapmamaktadır. İçişleri Bakanlığınca gerekli görülen il ve ilçelerde emniyet teşkilâtı içinde kurulan, kadroları içinde özel timler de bulunan polis çevik kuvvet birimleri (eski Toplum zabıtası) (ETK “82-2696” ek m. 9-15 ve g. m.), idarî kolluğun iş bölümü gayesi ile ayrılmış bir dalını teşkil etmektedir. Kolluğun adli görevini düzenleyen normlar için Bk. *Şekercioğlu*, Metin: Kolluğun yargısal (adli) görevleri hakkında kılavuz. Ankara, 1980, 728; *Yenisey* I, n. 452-534.

³¹⁷⁶ *Kunter*: Suç kolluğu ve reformlar (semp. I, 87); *Dönmezer*: Semp. I, 179, 186; *Erman*: Semp. I, 184; *Tosun*: Semp. I-18 *Yenisey*: I, n. 463. k-m: Erem, 237; *Özgen*: Semp. I, 185. 1961 Anayasası tasarısında, suç kolluğunun başlı başına bir varlık kazanmasının adalet işleri bakımından çok faydalı olacağı düşüncesi ile “Adli zabıta doğrudan doğruya adalet mercilerinin emrindedir” diye bir madde vardı (m. 138). Temsilciler Meclisi çok yerinde bir hareketle bu maddeyi kabul etmedi. Gerçekten kolluğa savcılar ve hâkimlerin emir verebileceğine şüphe yoktur. Maksud ayrı bir teşkilât yapmaksızın, bundan, sanıldığının

Savcılığa bağlamama, suç kolluğunun savcı kontrolü altında çalışmasına elbet engel değildir ve bu kontrol vatandaşlar için bir teminat olacaktır.³¹⁷⁷

IV. Adli kolluğun yapılanması.

Memleketimizde genel kolluğun polis çeşidi bakımından bir iş bölümü ayrılmasına rastlanmaktadır. Emniyet Teşkilâtı Kanununa göre, (m. 10) adli kolluk, polis teşkilâtının bir cüz'üdür ve asgari tam teşekküllü bir polis karakolu bulunan yerlerde adli işlerle uğraşmak üzere Genel Müdürlükçe kadrodan ayrılan bir kısımdır. Tam teşekküllü bir kadrodan daha az bir kuvvette olan polis teşekküllerinin tamamı veya bir kısmı adli kolluk olarak ayrılabilir.

Ceza muhakemesi işlerine, diğer bir söyleyişle suç işlerine, kanunun tabiri ile de adli işlere ilişkin araştırma ve soruşturma, adli makamlarının nezareti altında yapılır. Emniyet Teşkilâtı Kanunu (m. 12/1) adli otoritenin adli işlere müteallik soruşturmaları yalnız adli kolluğa yaptıracağını tasrih etmiştir. Ancak idarî denilen polisin de icabında adli denilen kolluk görevini yapabileceği hatırlanmalıdır. Gerçekten, idarî polis, icabında re'sen veya savcının talebi üzerine adli polise yardımla mükelleftir (m. 12/1). İdarî polis, suç polisinin görevini gerektiren bir durum karşısında kalırsa, bir taraftan adli kolluk görevini yapacak, diğer taraftan da suç polisini haberdar edecek ve adli kolluk gelince işi ona devreder.

Adli kolluk, toplu olarak veya mıntikalara ihtiyaç oranında dağıtılmış bir halde bulundurulur. Adli kolluk, adli soruşturma görevi dışındaki işlerde üstlerinin emrindedir (m. 10). Görülüyor ki Emniyet Teşkilâtı Kanunu, suç işleri ile uğraşacak polisi, görevini yapabilmesi için, idarî denilen polisten mümkün olduğu kadar ayırmağa çalışmaktadır. Adli kolluğun adli işlere müteallik soruşturmalarda adli makamların direktifleri altında çalışacağına belirtilmesi, idarî makamlarca araştırma ve soruşturma işlerinde yapılabilecek müdahaleleri ve bundan çıkacak uyuşmazlıkları önlemeğe matuftur.

V. Jandarmanın.

Polis teşkilâtı esastır. Jandarmanın teşkilâtının kabulü şartların zorlaması yüzündendir. Her yerde polis teşkilâtı kurulamayınca, ordudan faydalanılmak zorunda kalınmıştır. Silahlı askerî bir inzibat kuvveti olan genel kolluğun bir çeşidini teşkil eden jandarmanın, adli denilen suç kolluğu görevini de yapar (1983-2803 numaralı Jandarmanın Teşkilâtı Görev ve Yetkileri K. m. 7). Polisin görev ve yetkileri, polis kuruluşu olmayan yerlerde sadece il, ilçe ve buçak jandarmanın komutanları ile jandarmanın karakol komutanlarına verilmiştir (PVSK 25).

Polis teşkilâtı esastır. Zabitanın tevhidî önerileri uzun süreden beri gündemde ise de jandarmanın siyasi iktidardan daha az etkilenmesi bir avantaj olarak ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce, polis ve jandarmanın ayrımı muhafaza edilmeli, fakat görev ayırımına göre kolluğun bazı görevleri jandarmaya devredilmelidir. Daha çok uzmanlaşmayı gerektiren hususlar özellikle adli kolluk hizmetleri polisin uhdesinde kalabilir.³¹⁷⁸

aksine, muhakeme organları fayda değil, zarar görürler. Kolluğun görevi muhakeme-dışı realitelerden muhakeme realitesi için malzeme tedarik etmek, ana karnındaki cenine hayat vermek ve sonu doğuruncaya kadar beslemektir. Suç kolluğunun koruma kolluğundan ayrılması demek, muhakeme-dışı realiteden ayrılması, görevini hakkı ile yapamaması demek olur. Bu da bir ağacın köklerini topraktan ayırmağa benzer (*Foschini*, I, 341). Diğer taraftan suç kolluğunu savcıya bağlamak, onu muhakkak zayıflatacak ve bundan suçlular faydalanacaktır. Buna meydan verilmemelidir. İlâve edelim ki, İtalyan Anayasasının 109. maddesini maksadı da, apayrı bir suç kolluğu yaratmak değildir ve bugün dahi İtalya'da suç kolluğu idarî kolluğa bağlıdır, fakat savcı idarî âmirlere başvurmadan bu kolluğa emir verebilmektedir (*Manzini*: Istituzinoni, 127).

³¹⁷⁷ *Kunter*: Suç kolluğu ve reformlar (Semp, I, s. 89). *Tosun*, kontrolün artmasını istemekte, kolluk âmirlerini savcılarının izinsiz koşturmamasına eleştirmekte, daha sıkı bir kontrol için İtalya'yı örnek göstermektedir (II- 21). *Özbek* (Suç Kolluğu, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu sh. 594) İç güvenliğinin tek bir teşkilat halinde yapılanmasını ve savcılarının kolluk amirleri üzerinde denetim yetkisine sahip olmalarını önermektedir.

³¹⁷⁸ Polis memurlarının her bakımdan daha yeterli olması istenilirken, eğitimden geçmemiş olan jandarmanın erlerine polis memuru yetkileri verilmesi elbet doğru görülemez. Bu bakımdan jandarmanın teşkilâtının suç kolluğu görevini yapması için polis gibi eğitilmesi ve yetiştirilmesi gerekir. Ancak kolluğun birleştirilmesi gerçekleşse dahi, toplumsal bünyedeki farklılıklara uygun olarak, büyük şehirlerde, şehir ve kasabalarda ve nihayet köy ve kırlarda kollukların farklı kuruluşları olması gerekeceği de unutulmamalıdır. Hattâ son zamanlarda büyük şehirlerin etrafını kaplayan, apayrı toplumsal durumdaki gecekondu mıntikalarında kolluk işlerinin de farklı kuruluş istediği noktası üzerinde durulmuştur (*Bertaux*, 96). Özel kolluk kuruluşlarını da bu ihtiyaç doğurmuştur.

VI. Suç kolluğunun amir ve memurları.

Suç kolluğu teşkilatının amirleri ve memurları vardır. Bu ayırma çeşitli bakımlardandır. Kolluk amirlerinin işledikleri suçlardan dolayı yargılanmaları farklı kaidelere tabidir (No. 222). Muhakeme Hukuku bakımından yetki farklılıkları da vardır. Mesela amirin yakalamasında üçüncü şart aranmaz (No. 378 B). Bu farklar daha çoğalmalı ve önemli işlemleri ancak amirlerin yapabilmesi kabul edilmelidir.³¹⁷⁹

VII. Kolluğun mülki amirleri.

Genel kolluk kuruluşuna girmemekle beraber, bucak müdürleri, kaymakamlar ve valiler *kolluk amiri* sayılmışlardır.³¹⁸⁰

VIII. Suç kolluğu yetkisi kullanan makamlar.

Özel kolluk kuruluşu sayılmayan bazı kuruluş mensuplarına kolluk ve bu arada suç kolluğu yetkilerinin tamamen veya kısmen verildiği vardır. Mesela orman memurları, orman suçlarında delilleri tutanağa geçirmek, elkoyma ve yakalama işlemlerini yapmak yetkilerini haizdirler (OrmanK 79). Karayolları genel müdürlüğünün ilgili biriminin il ve ilçe kuruluşlarında görevli ve yetkili kılınmış personeline de yetki sınırları içinde trafik suçlarında suç ve ceza tutanakları düzenleme yetkisi verilmiştir (KTK 114). Gemi süvarileri gibi (TK 1472), uçak pilotları ile kolluk memurunun bulunmadığı trenlerin şefleri de kolluk yetkilerini haiz sayılmalıdır. Suç kolluğu yetkilerinin bazı kuruluşlara verilmesi, özel kolluğa verilmesinde olduğu gibi (No. 418), genel kolluğun yetkilerini daraltmaz.³¹⁸¹

IX. Uluslararası Kolluk Kuruluşları.

Ulaşımın gelişmesi, polis görevi bakımından milletlerarası iş birliğini gerektirmiş ve Interpol denilen Suç Polisi Milletlerarası Kuruluşu böylece ortaya çıkmıştır.³¹⁸²

419. BİLGİ EDİNME.

I. Bilgi edinme.

Bilgi edinme (*informazione*)³¹⁸³, başlangıç soruşturmasındaki araştırma, koruma ve sonuç çıkarma görevlerinin yapılabilmesi için ön şart olan *suç işlendiğinden bilgi edinme* görevi dolayısı ile yapılan faaliyetlerden meydana gelen bölümdür.

Bilgi edinme; 1) Suçu meydana çıkarma, 2) Haber alma olmak üzere iki çeşit faaliyeti gerektirir.

II. Suçu ortaya çıkarma.

Suçu meydana çıkarma görevi, kaide olarak kolluğa verilmiştir.³¹⁸⁴ Suçların meydana çıkarılması, bir diğer söyleyişle keşfedilmesi, kolluğun daima uyanık olması şeklinde özetleyebileceğimiz normal

³¹⁷⁹ Yetki bakımından kimlerin amir sayılacağını tayin etmek, bir kuruluş meselesidir. Muhakeme mercileri bakımından yapılan amir ve memur ayırımına uyması şart değildir. Yeni Fransız Kanunu kimlerin amir (officier) sayılacağını açıkça göstermiştir (CPPF 16).

³¹⁸⁰ 1949-5442 numaralı İl İdaresi Kanunu'na göre bucak müdürleri, savcı elkoyuncaya kadar kolluk amirlerinin yetkilerini haizdir (m. 45). Kaymakamlar, ilçe sınırları (m. 32), valiler, il sınırları içinde bulunan genel ve özel kolluk kuvvet ve teşkilatının amiridirler (m. 11).

³¹⁸¹ Bu sebeple, polis veya jandarma trafik tutanağı düzenleyebilir ve savcı iddianame ile dava açabilir (k-m: CGK 27/11/72 RKD 73, 9; 7. CD 15/6/67 RKD 99; 23/3/76 YKD 76, 1397). Ancak bu tutanaklar hakkında, Trafik Kanunu ile yetkili kılınanlarınkinden farklı olarak, kesinlik, para cezasının hemen tahsili, doğruca trafik mahkemesine gönderme gibi hususlar uygulanamaz.

³¹⁸² *Feraud et Schant*: La cooperation policiere internationale, RIDP 1974, 475.

³¹⁸³ *Foschini*, II, 46.

³¹⁸⁴ Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu bunu 156. maddesinde *zabıta makam ve memurları suçları aramakla... mükelleftir*, şeklinde ifade etmişti. Burada arama tabiri geçmekte ise de koruma tedbiri olan *perquisition* karşılığı kullanılan aramadan, keza *investigation* karşılığı olan araştırmadan ayırt etmek için *meydana çıkarma* tabirini tercih ettik.

kollama faaliyeti ile sağlanır. Kolluğun bir başka suç dolayısı ile yaptığı araştırma faaliyetleri de (No. 420), çok defa suçların keşfedilmesine yarar.

Başlangıç soruşturmasındaki araştırma, koruma ve sonuç çıkarma görevlerinin yapılabilmesi için ön şart olan, “suç işlendiğinden bilgi edinme”³¹⁸⁵, bu görev dolayısı ile yapılan faaliyetlerden meydana gelen bir bölümdür. Bilgi edinme; 1) “Araştırma” yaparak suçu meydana çıkarma, 2) Haber alma olmak üzere iki çeşit faaliyeti gerektirir.

Polisin kendi algılamaları ile suç işlendiğini öğrenmesi mümkündür.³¹⁸⁶ Devriye gezen polis memuru bir soyguncuyu suçüstü yakalarsa veya hali ile uygun olmayan eşya taşıyan bir kişiye rastlarsa, suça kendiliğinden elkoyabilir (PVSK Ek 6). Kanun bu yetkiyi korumuştur (CMK 161/2). Savcı da suç işlendiğini basından, suç tanıklarının veya herhangi bir vatandaşın açıklamalarından öğrenebilir.

III. Haber alma.

Haber alma bilgi edinme faaliyetinin ikinci çeşidi olup, haberlerin kabul edilmesi demektir. Haber alma faaliyeti, haber alma ve vermeyi birlikte ele alan çeşitli bölümlerle düzenlenmiştir:

1. Şikâyet.

Kovuşturması ve dolayısı ile muhakemesi şikâyete bağlı tutulan suçlarda³¹⁸⁷ kanunla konulan engeli suçtan zarar görenin kaldırması demek olan şikâyet, çok defa, zarar görenin bu belli suçlardan birini yetkili makama haber vermesi biçiminde gerçekleşmektedir (No. 47). Muhakemesi şikâyete bağlı suçlarda savcı kovuşturamama veya kovuşturmaya son verme kararnameyi yani *kovuşturmaya yer olmadığına dair karar* verdiğiğinde bunu *suçtan zarar gören* ile, önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye bildirecektir (CMK 174) (No. 426).

2. Şahsi dava.

Şahsi davayı kabul eden sistemlerde savcılık şahsi dava dilekçesi ile suç işlendiği iddiasını öğrenir (mülga CMUK 344) (No. 115).

3. İhbar.

Haber verme (*dénonciation, denuncia*), suç işlendiğinin, şikâyet biçimindeki bildirmeler dışında, açıkça bildirilmesidir. Şikâyete bağlı suçlarda kayıt ve şartlara uymayan şikâyetler veya şikâyete bağlı olmayan suçlarda şikâyet adı altında yapılan bildirmeler “şikâyet” sayılmadığından, ihbar niteliğindedir.

İhbar, Anayasada yer alan ve Kamu Hukuku ile ilgili olan *dilekçe hakkının* bir çeşididir (AY 74). Kanun herkese *haber verme* (ihbar) yetkisini vermiştir (CMK 158). Ancak, bu yetkinin kullanılması, kamu yararına yapılan görev olmakla beraber, fertlerin bundan çekindiklerini³¹⁸⁸ göz önünde tutan kanun koyucu ihbarı kaide olarak mecburî ödev saymamıştır. Ancak çekinmeyi bir ölçüde önlemek için

³¹⁸⁵ Foschini, II, 46.

³¹⁸⁶ Suçu re’sen öğrenen polis, görevde olmayan bir polis de olabilir. Polisin kendi haber kaynakları da vardır.

³¹⁸⁷ Şahsî dâva açılması da öğrenme yöntemlerindedir. Mülga Kanuna göre, kovuşturması şikâyete bağlı tutulan belli suçların bir kısmı hakkında ceza dâvası ya kamu dâvası ya da şahsî dâva biçiminde açılabilirdiğinden, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 344. maddesinde gösterilen bu suçlardan birinden zarar gören kişi doğrudan doğruya ceza dâvasını açarsa, yani şahsî dâvayı tercih ederse, yargılama makamına verdiği dilekçenin bir sureti savcılığa gönderilecek ve savcılık böylece, eğer daha önce öğrenmemişse, bu yolla da suçu öğrenebilecekti. Bu hüküm yeni Kanuna alınmadı.

³¹⁸⁸ Fertlerin ihbardan çekinmelerinin çeşitli sebepleri vardır. Bunların başında, ihbarın bazı toplumlarda kötü görülmesi gelir. İhbar edenin intikamdan, müfteri durumuna düşmekten korunmasını, muhakeme boyunca ifade vermek için rahatsız edilmekten, sanık ve müdafî tarafından hırpalanmaktan çekinmesini de kanun koyucu nazara alarak ihbarı mecburî kılmamıştır. İhbarın bazı toplumlarda kötü görülmesinin de çeşitli sebepleri vardır. Bir kere Polis Devletlerinin uygulamaları, ihbarların çoğunun iftira olması, iftiraların, çok defa makbul tutulması, insanları iftira olmayan ihbardan da soğutmuştur. Kötü insanların, bir ihtiyat tedbiri olarak, her türlü ihbarı fena göstermeğe çalışmaları da bunda rol oynamıştır. Gerçi dostu ele vermek ihanettir ve dostlar arasındaki dayanışma esasına aykırıdır. Dost gibi gözükmüş öğrendiğini polise yetiştirmek de iki yüzlülüktür. Ancak haber veren ile sanık arasında her zaman bir dostluk, bir dayanışma olduğu veya olması gerektiği elbet söylenemez. Keza her haber verenin dost olmasa da dost gibi gözükmüş olması da elbet bahis konusu değildir. İhbarın fena görülmesinde ihbar edenlerin başlarının derde girmesinden insanların ders alması da rol oynamaktadır. Nihayet yaradılışı icabı veya telkinler veya kötü davranışlar yüzünden bazı topluluklarca Devletin ve polisin sevilmemesi (*Delamour* (Georges): Le Policier, ce maleimé La Nef, juin-septembre 1963, s. 135) de Devlete ve polise yardım demek olan ihbarın kötü görülmesi sebepleri arasındadır.

bazı menfaatler sağlandığı (meselâ Gümrük k. 152/2), yahut işlenmekte olan suçtu bildirmemek gibi, ceza tehdidi altında istisnalar konduğu da (TCK 278)³¹⁸⁹ vardır.

Hemen her ihbarın altında kovuşturma isteği yatar. Fakat ihbar dilekçesi verenin, kamu dâvası açılmasını açıkça istemesi de mümkündür. Bu takdirde, kamu dâvası açılmadığında, savcı bunu “suçtan zarar görene” bildirecektir (CMK 172/1). Bu kişi, kamu dâvasını açtırmak için iki hafta içinde yargılama makamına başvurup kovuşturma dâvası açabilir (CMK 173/1) (No. 426). Mülga Kanunda yer alan “şikâyetçinin aynı zamanda suçtan zarar gören³¹⁹⁰ olması” koşulu, Ceza Muhakemesi Kanununa alınmamıştır.

Kanun “sözlü ve yazılı” ayırımını da kaldırmış ve sadece, “C. Başsavcılığına, kolluk makamlarına, valilik veya kaymakamlığa veya mahkemeye” (CMK 158), ihbar veya şikâyeti kabul etmiştir.³¹⁹¹ Özel kanunlara göre kovuşturma yapacak veya yaptıracak makamlara da ihbar yapılabilir (TCK 267, 269). İhbarı kabul eden makam, kovuşturma ile yetkili değilse yetkili makama gönderir (CMK 158/2).

4. Gizli haber verme.

İhbar edenin hüviyetini açıklaması, onu birçok sıkıntılara uğratar veya hayatını tehlikeye sokabilir. Bunun için haber verenler çok defa kendilerini gizlemek istedikleri için. Tanık Koruma Kanunu ile gerekli düzenlemeler yapılmıştır. Haberi telefonla, imzasız mektupla vermek gizli haber vermede başvurulan yolların en klâsikleridir. Gizli haberi kanunların desteklediği de vardır.³¹⁹² Meselâ kaçakçılık olaylarını haber verenlerin hüviyetleri rızaları olmadıkça veya hareket suç teşkil etmedikçe, açıklanamaz (Kaçakçılıkça Mücadele Kanunu 2007-5607 m. 19/4).³¹⁹³ Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu da para ödülü verilmesini düzenlemiştir (PVSK “85-3206” ek m. 9/4). Özel kanunlarla gizliliğin, hattâ ameliyatla görünümün değiştirilmesi sureti ile korunduğu vardır (Tanık Koruma Kanunu, 1988-3419 numaralı K. m. 2). Gizli haberciler bazen sadece kamu yararına hareket ederler, fakat içlerinde, intikam, kıskançlık, haset, şahsî çıkar gibi sübjektif duygularla hareket edenler de az değildir.³¹⁹⁴

³¹⁸⁹ Meselâ: a) Devletin şahsiyeti aleyhine belli suçların işlendiğini haber alan herkes Devlet memuruna haber vermek mecburiyetindedir (TCK 333/3), b) Devlet kuvvetleri aleyhine cürümleri öğrenen herkes, Hükumete haber vermeğe mecburdur (TCK 333/5), c) Mülga Kanuna göre, bir yaralıya veya ölüye benzer cesede tesadüf eden herkes, derhal Hükümet memurlarına haber vermeğe mecburdur (TCK 297, 476/2). Yeni Kanun, “yardım ve bildirim yükümlülüğü” başlığı altında ihbar mükellefiyeti getirdi (TCK 98/2). ç) 2009-5941 sayılı yeni Çek Kanunu (m. 4/1) bankaların bildirim yükümlülüğünü öngörmüştür: “Hamiline çek hesabı sahiplerinin açık kimlikleri, adresleri, vergi kimlik numaraları, bu hesaplardan ödeme yapılan kişilere ait bu bilgiler ile bu kişilere yapılan ödemelerin tutarları ve üzerinde vergi kimlik numarası bulunmayan çeklere ilişkin bilgiler, ilgili bankalar tarafından, dönemler itibarıyla, Gelir İdaresi Başkanlığına elektronik ortamda bildirilir. Bildirim dönemleri ve süreleri Türkiye Bankalar Birliği ve Türkiye Katılım Bankaları Birliğinin görüşleri alınarak Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından belirlenir.” Mülga Çek Kanununa göre, karşılıksız çeklerde ihtar üzerine 7 işgünü içinde çek karnesini geri vermeyenleri bankanın ihbar etmesi mecburi idi (mülga Çekle Ödeme K 1985-3167 “2003.4814” 13). Önlenebilmesi halen mümkün olan cürümlerin (TCK 1997 Tasarısı m. 442) ve 15 yaşını doldurmamış çocuğun kötü muameleye maruz kaldığı bilindiği halde ihbar edilmemesi (TCK 1997 Tasarısı m. 443) suç sayılacaktı. Yeni Türk Ceza Kanunu ile, işlenmekte olan bir suçtu bildirmemek ile, suçun sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün iken, bildirmemek; suç haline getirilmiştir (TCK 278).

³¹⁹⁰ Kamu dâvasının açılmadığını kendisini bildirilmesi üzerine yargılama makamına başvurabilme özelliği dolayısı ile suçtan zarar görenin haber vermesini, zarar görmeyenin haber vermesinden ayırmış ve geniş manada şikâyet diye adlandırmıştı. Şikâyetin anlaşılmasını güçleştirdiğini görerek bu ayırımından 5. basıda vazgeçtik.

³¹⁹¹ Mülga Kanun, tutanağa geçirilmek üzere ihbarın sözlü olmasını da kabul etmişti. İhbarı kabul ile yetkili makamlar savcılık, sulh hâkimliği, kolluk, valilik, kaymakamlık ve bucak müdürlüğü idi.

³¹⁹² İtalyan Kanununa göre hâkim, gizli haber verenin hüviyetini açıklamaya kolluk memurunu zorlayamaz. Ancak onun bildirdiklerini memur söylese de bunun nazara alınması butlan sebebi teşkil eder (CPPI 349).

³¹⁹³ Mülga Kaçakçılık K. “1959-7314”, 2/3; mülga Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 2003-4926 m. 16/son da aynı düzenlemeye yer vermişlerdi. Bu norm Anayasaya uygun bulunmuştur (AYM: 5/12/68 RG 11/6/69). “Muhbir araştırılıp bulunsun, muvafakati alındığı takdirde dinlensin, yoksa soruşturma noksandır” demek (7. CD 13/7/65, RKD 66 7, III/2, 59), hüviyetin açıklanması mânâsına geleceğinden isabetsizdir.

³¹⁹⁴ Polisin haber alma metotlarının başında, dünyanın her yerinde, özellikle suçlu ortamlardaki adamları vasıtası ile haber alma gelmektedir. Polisin “adam”larını çeşitli yollarla mükâfatlandırıldığı, hattâ çok defa mükâfat olarak onların suçlarına göz yumduğu bilinmektedir. Buna rağmen, bu adamlar olmazsa, suçlulukla savaşta polisin âciz kalacağı da söylenmektedir (Liberde (Jean): Défense et illustration des indicateurs. La Nef. Juin septembre, 1963, s. 115). Polisin haber almada kullandığı ve bizim “polislin adamı” dediğimiz (indicateur), çok defa muhbir denilmektedir (Sokullu-Akinci, s. 173; Yenisey: I, n. 144) İle

Kanunlar çok defa gizli haber vermeyi düzenlememiştir. “Gizli soruşturmacıyı” düzenleyen yeni CMK 139 gibi, mülga Çıkar Amaçlı Suçları Önleme Kanunu da sadece gizli görevliyi düzenlemiştir. Buna karşılık, belli bazı menfaatler karşılığında suç ihbarında bulunan veya duruşmada tanıklık etmeyi vaat eden “gizli tanıkların” durumu Ceza Muhakemesi Kanununun 158 inci maddesinde ve Tanık Koruma Kanununda düzenlenmiştir.

Ancak, suçları öğrenip suçluları araştırarak olan kolluk, gizli verilen haberleri ihmal edemez. Bunların çoğu akıl hastaları ve kötü şakacılar tarafından yapıldığı için asılsız çıkar. Fakat hiçbir polis memuru *gizli haber verme sayesinde hakikati öğrendiğim olmamıştır* da diyemez.³¹⁹⁵

5. Suç duyurucu rapor.

Kanunlar bazen belli bir kamu görevi yapan kimselere veya makamlara veya belli bir meslek mensuplarına bir suç işlendiğini öğrendikleri zaman bunu ilgili makamlara raporla bildirmek, bir diğer söyleyişle rapor etmek³¹⁹⁶ (suç duyurusunda bulunmak) mecburî ödevini de vermiştir.³¹⁹⁷ Suç duyurusu ile, haber verme birbirine yakın, fakat farklı iki kavramdır. Fark birincisinin mecburî, ikincisinin ihtiyarî olmasındadır.

6. Talep.

Suçlarda Devletin mahsus makamları tarafından yapılan ve savcılığı bağlayan şikâyet olan talep, Devletin iddia makamı olan savcılığa yapıldığından (No. 48) savcılık bu yolla da suçu öğrenir.

7. Müracaat.

Devletin mahsus makamlarının yaptıkları fakat savcılığı bağlamayan şikâyet ile yabancı Devletlerin keza savcılığı bağlamayan şikâyetin adı olan “müracaat” da (No. 48) sonunda dönüp geleceği savcılığın suçu öğrenmesini sağlar. Ancak müracaat kurumu TCK da bulunmamaktadır.

420. CEZA SORUŞTURMASININ BAŞLATILMASI ve ADLİ ARAŞTIRMALAR.

I. Ceza soruşturmasının başlatılması.

Suç haberinin öğrenilmesinden sonra, başlangıç şüphesi bulunan hallerde, ceza soruşturmasını başlatılması gerekir (No. ??). Başlangıç şüphesi eşiği aşılmamışsa, soruşturmaya yer olmadığı kararı (CMK 158/6) verilir (No. ??).

II. Şüphe sebeplerini araştırma.

bu sözcük kullanılacaksa, açıkça ihbar edenden ayırmak üzere hiç olmazsa “gizli muhbir” denilmelidir. Bu bile bizce yetmez. Zira “indicateur” her polise değil, bağlı olduğunu, adamı olduğu polise haber verir.

³¹⁹⁵ Encyclopédie Nationale de la Police, Paris, 1955, s. 158.

³¹⁹⁶ İtalyanlar suçun görev sırasında öğrenilmesi şart ise *referto*, değilse *rapporto* adını vererek iki ayrı müessese kabul etmişlerdir (CPPI 2 ve 4).

³¹⁹⁷ Meselâ: a) Mülga CMUK’ya göre, Kolluk memurları amirleri, görev sırasında olsun veya olmasın, bir suç öğrenince, gerekiyorsa acele tedbirleri aldıktan sonra, düzenleyecekleri evrakları hemen kaide olarak savcılığa gönderilirdi (CMUK 156). Kolluğun raporuna tatbikatta çok defa fezleke denilmektedir. Yeni Kanun bu maddeyi almadı ama, adli kolluk görevlilerine “olaylara elkoyma” ve “tedbir uygulama” yetkilerini verdi. Adli Kolluk elkoyduğu olayları ve uyguladığı tedbirleri “derhal” emrinde çalıştığı Cumhuriyet Savcısına bildirirken, bir “rapor” düzenleyecektir. Bu rapor eski “fezlekeden” farklıdır: kolluk artık sadece tek bir işlemin sonucunu bildirecektir. “Araştırmayı” kendiliğinden yapamayacağı için, bütün araştırmaların neticesini içeren “fezleke” artık yoktur. Kolluk bir ölümün tabii sebeplerden ileri gelmediği şüphesini verecek belirtiler varsa yahut meçhul bir şahsın cesedi bulunmuşsa durumu savcılığa veya sulh hakimine bildirirdi (CMUK 152). Yeni Kanun Sulh hakimini devreden çıkarttı (CMK 159) ve sadece Cumhuriyet Başsavcılığını yetkili kıldı; (CMK 152), b) Belediye memurları da ölümden şüphelendikleri zaman derhal savcılığa veya sulh hâkimliğine bildirirdi (CMUK 152). Yeni Kanun “belediye memurları” yerine, “sağlık veya cenaze işleriyle görevli kişiler” terimini kullandı (CMK 159/1). c) Sorgu hâkimi, talepnamele gösterilmemiş olan bir suçun işlendiğini ilksoruşturma sırasında öğrenirse, durumu savcılığa bildirirdi (CMUK 184), ç) Mülga Kanuna göre, mahkeme, duruşmada sanığın başka bir suç daha işlediğini anlarsa, muhakemeler derhal birleştirilemediği takdirde durumu savcılığa bildirirdi (CMUK 259), Yeni Kanun bu hükmü almadı. d) Memurlar, görevlerini yaptıkları sırada görevlerine mütealik olarak doğrudan doğruya kovuşturulabilen bir suçu öğrendikleri zaman ilgili daireye haber vermek mecburiyetindedirler (TCK 279, 280). Bu mecburiyet özellikle müfettişler bakımından kendisini gösterir, e) Köy muhtarları bir ölümden şüphelendikleri zaman derhal savcılığa (CMK 159), medenî nikâhı olmadan dinî nikâh yaptırılanları yetkili makama (TCK 230/6) bildireceklerdir. Sair suçları da haber vereceklerdir (Köy K 36).

Araştırma, ileride delil olabilecek şeylerin ve delil kaynaklarının bilgisinin toplanması ve araştırılması demektir. Bu şey ve kaynaklar ancak kovuşturma evresinde ispat konusunda karar verecek olan mahkeme için *vasıta*, yani *delil* olacak, ancak o zaman delilden söz edilebilecektir. Elde edilen belirti ve ifadeler, soruşturma evresinde *şüphe sebebi* olmaktan ileri gidemez. Suçlar çok defa gizli işlendiklerinden, araştırma yapanlar suçluyu bulmak için çeşitli tahminler yaparlar. Bu tahminlerin hepsi şüpheye dayanır. İşte, *inceleme* adı da verilen araştırma bu şüphelerin doğruluğunu tahkik için ileride delil olacak şeylerin bulunması gayesi ile yapılır. İleride delil olabilecek şeylerin araştırılması, ipuçlarını aramak, onlar vasıtası ile suçu işlediğinden hakikaten şüphelenilecek kimseyi bulmak demektir. Bu da adli kolluğun işidir. Araştırmanın adli kolluğun uzmanlık alanına girmesi, adli kolluğun araştırmasını idare eden (No. 417) Cumhuriyet savcısının aynı işlemleri bizzat yapabilmesine elbet engel değildir. Biz, araştırma işlemlerinin Cumhuriyet Savcısı tarafından *yönetilmesi* veya *idare edilmesinin* gerekli olduğuna inanıyor, fakat ikisini bütünleştirdiği için, Cumhuriyet Savcısının emrindeki adli kolluğu benimsemiyoruz.³¹⁹⁸

Araştırma tedbirleri, sadece meydana olan iz ve eserlerin, yani müstakbel delillerin kaybolmasını önlemek için uygulanmaz. Meydanda olmayan delillerin de gecikmeden meydana çıkarılması gerekir. Çünkü aradan zaman geçince bunlar büsbütün kaybolabilir veya değişebilir. Kanun, ihtisas bilgisini gerektiren bu araştırma görevini *adli kolluğa* vermiştir (CMK 161). Ancak, adli kolluğa *kendiliğinden araştırma yapma yetkisinin* verilmemesi büyük problemler doğurmaktadır.

421. DOĞRUDAN DOĞRUYA ARAŞTIRMA.

Araştırma işlemlerinin bir kısmı, kişilerin bilgilerine başvurma dışında kalır. Buna doğrudan doğruya araştırma (I) denilir. Doğrudan doğruya araştırma işlemleri beş çeşittir: 1. Göz-kulak olma, 2. Teftiş. 3. Arama, 4. Teknik bulgu elde etme. 5. Medya'da yer alan haberlerin ve internetin izlenmesi ile de suç haberi alınır.

I. Doğrudan doğruya araştırma işlemleri.

1. Göz-kulak olma

İşlendiği öğrenilen suç hakkındaki bilgilerin, hatta onların ipuçlarının âdeta havada yakalanması için kolluğun gözünü ve kulağını dört açması, “bilgi toplama” faaliyetidir. Zekânın kullanılmasını gerektiren bu faaliyeti yapma görevi kolluğa verilmiştir. Bu konuda en önemli mesele, bu faaliyetin hile halini almaması, Anayasa ile korunan haberleşme hürriyetine ve gizliliğe (AY 22) dokunmamasıdır. Bilgi toplama ve göz-kulak olma faaliyeti de üçe ayrılabilir: gözleme, gizli hizmetler ve istihbarat.

a) *Polisiye olaylara dikkat etme*: Gözleme, belki ilgi çekecek bir şey görülür diye dikkat edilmesidir.³¹⁹⁹

b) *Gizli hizmetler*: Casusluk, farklı derecede olmak üzere emniyeti kötüye kullanma gerektirmesi yüzünden gözlemeden ayrılır.³²⁰⁰ Casusluk faaliyeti de üç şekilde kendini gösterir: 1) Suçlunun kim olduğunu bildirene veya belli bir delili getirene yahut suçluyu yakalatacak ipucunu verene menfaat vaat

³¹⁹⁸ Mülga Kanunlar zamanında “suçüstü” hali ayrı bir muhakeme usulüne tabi idi. Meşhut suçlardaki araştırmalar, 1936-3005 numaralı *Mülga Meşhut Suçların Muhakemesi Kanununa* göre kolluk, ağır cezalı işlerde sadece *suç delil ve izlerinin* muhafazası için tedbir aldığı halde, ağır cezalı olmayan işlerde *maddi sübut vasıtalarını* elde edip aynı günde savcılığa teslim etmekle görevli idi (m. 4). Bundan maksat, delil kaynaklarını, meselâ beyanda bulunabilecek tanıkların hüviyetlerini tespit etmektir. Görülüyor ki, bu kanunun uygulandığı yer ve hallerde meşhut suç bakımından araştırma işi pek basitleşmiş ve kısalmıştı. Bunun da sebebi meşhut suçlarda her şeyin çok defa ortada olması, uzun uzadıya araştırmaya lüzum duyulmaması idi. Eğer uzun uzadıya araştırılacak bir nokta varsa, savcı bu kanunu uygulamayıyordu (m. 4).

³¹⁹⁹ Meselâ nokta, devriye veya refakatler hem önlemeye hem gözlemeye yarar. Kolluk memurlarının meselâ eğlence yerlerini sık sık kontrol etmeleri, maçlarda hazır bulunmaları da bu gayelerlemdir. Genel mahiyetteki gözleme, suçlular suç üstü yakalandığı için hem suçun keşfedilmesine hem delil olabilecek şeylerin elde edilmesine yarar. Suçu işlediğinden şüphelenilen kimselerin gizlice takip edilmesi veya özel memurlarla gözlenmesi ise daha araştırma faaliyeti olarak gözükmektedir.

³²⁰⁰ Bu türlü «gizli hizmetlerin» giderleri 1050 sayılı yasanın 77. maddesine tabi hizmetler faaliyetleri ile ilgili olarak a) örtülü ödenek, b)1.11.1983/2939 sayılı MİT Kanununun gerektirdiği giderler ve c) gizli haber alma giderleri vardır. (İçişleri Bakanlığının ve Sahil Güvenlik Komutanlığının İstihbarat, bilgi toplama hizmetleri için) yapılacak harcamalarda 1050 s.K. m. 77 uygulanır (1998 Bütçe Kanunu, R. Cetveli m. 830. RG. 27.12.1997, 23213 mük.).

edilir, 2) Gizli haberciler kullanılır, 3) Tahrikçiler vasıtası ile, örneğin *kontrollü teslimat* gibi suçüstü yakalama için tertipler alınır.³²⁰¹

c) *İletişimin denetlenmesi*: İletişimin denetlenmesi, haberleşmelerden gizlice bilgi edinme yoludur. Dünyanın her yerindeki uygulamada şu şekillere rastlanmaktadır: Haberleşme gizliliğine dokunulduğu, meselâ telefon konuşmalarının dinlendiği, postadaki mektubun açılıp okunduğu, gizli inceleme yöntemlerinin kullanıldığı görülmektedir (No. 396xq). Gizli dinleme ahlâka aykırıdır. Eğer gizli dinleme suç ise yani *aletle dinleme* veya *ses alma cihazı ile kayıt* söz konusu ise (TCK 133/1), bu aykırılığın müeyyidesi bahis konusu olur.³²⁰²

2. Teftiş.

Teftiş, delil olabilecek şeyleri arayıp bulmak için yapılan araştırmanın bir diğer çeşididir. *Göz-kulak olma* yaygın sahada yaygın olarak yapıldığı halde, *teftiş*³²⁰³, derinliğine yapılan bir araştırmadır. Bununla beraber teftiş, meydana olanların dikkatle incelenmesidir. Meydanda olmayanları meydana çıkarma muamelesine *arama* denilir (No. 386). Teftiş organları, savcı, adli kolluk âmir ve memurları ve teftiş ile yetkili kılınan kimseler, özellikle adli kolluk memurları yani müfettişlerdir.³²⁰⁴

Konusuna göre iki çeşit teftiş vardır: olay yeri inceleme ve beden muayenesi şeklinde insan vücudu inceleme (No. xq). Bazı hallerde ilgililerin şüpheli olmadığı belirlenmesi gerekebilir. Belli kişilerin yaşadığı bir yörede faili meçhul bir suç işlenmiş ve olay yerinde DNA izi, parmak izi, saç kılı kalmışsa, o yörede yaşayan herkes suç faili olabilecek ise *elme* (dışarda bırakma) yöntemi ile bir inceleme yapılması kabul edilmekte ve buna da “*screening*” adı verilmektedir.

Önemli bir suçun aydınlatılması açısından isteğe bağlı olarak analizler, tahliller yapılması kabul edilebilir. *Yer ve eşyanın teftişi*, yani *olay yeri inceleme*, belli bir yerin, belli bir eşyanın, özellikle suç yerinin ve orada bulunan eşyanın durumunun esaslı surette araştırılmasıdır. Teftiş sonuçları tutanağa geçirilir (No. 281, 422). Hâkim, hatta savcı olay yerine derhal gelip, “keşif” yapabilecekse, kolluk durumu olduğu gibi muhafaza etmekle yetinir. Eğer hâkim veya savcı gelinceye kadar muhafaza mümkün değilse, kolluk teftişini yapmalıdır, zira “olay yeri inceleme” (teftiş), bu takdirde, geciktirilemeyen tedbir niteliğini almıştır. Teftiş sonuçları tutanağa geçirilecektir (No. 281, 422).

İnsan ölmüş ise, önce kimliği belirlenir ve Cumhuriyet savcısının huzurunda ve bir hekim görevlendirilerek adli muayene yapılır (CMK 86). Otopsi ise, Cumhuriyet savcısının huzurunda ve biri adli tıpçı iki hekim görevlendirilerek gerçekleştirilir (CMK 97) (No. 399).

³²⁰¹ Kışkırtıcı (tahrikçi, *provocateur*), suçun işlenmesinde doğrudan doğruya menfaati bulunmadığı halde, suçlunun yakalatılması için bir kimseyi suç işlemeye sevk eden kimsedir. Kolluk memurlarının da tahrikçilik yaptıkları vardır. Suç işlemeği meslek haline getirdiğinden meselâ esrar sattığından şüphelenilen kimsenin suçüstü yakalanması için yapılan tahrikler ve tertipler, suçluyu meydana çıkarma faaliyeti olduklarından suç sayılmamalıdır (k-m: *Erem*, n. 112. B. Her ne kadar 6. basının 245. sayfasındaki f bendinin başlangıcında “Sorumsuzluğu benimseyen düşünceleri isabetli bulmaktayız” da denilmekte ise de bunun bir tertip hatası olduğu hem metne uymamasından hem de eski basılarla karşılaştırmadan anlaşılmalıdır). Buna karşılık, suç işlenmemiş ve suç işleme niyetinde olmayan kimselerin tuzağa düşürülerek suça sevk edilmiş olmaları halinde tahrikçiler, kolluk memuru da olsalar, cezalandırılmalıdır (*Sokullu-Akıncı*: s. 174; *Yenisey*: I, n. 481).

³²⁰² Örneğin, sanığın gizlice dinlenmesi sanığın sorguda cevap vermeme hakkının çiğnenmesi demek olur. Aynı şekilde, beyanda çekinme hakkı olan tanığın gizlice dinlenmesi de bu hakkın inkârından başka bir şey değildir. Bu yollarla elde edilen beyanlar, irade unsurunun bulunmadığı sebebine dayanılarak hukuk bakımından yok sayılmalıdır. Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin, açıkça yasaklanmış olmadıkça kabulden yana olan *Tosun* (I, 814), susma hakkının konuşmamak yönünde isteğe dayandığını, zorla konuşurmadığı önlediğini, zaten konuşmuş ise bunun banda alınmasının, tıpkı başkalarının duyulmasında olduğu gibi, hukuka uygun olduğu görüşündedir (İHFM “41”, 1976, 94). Bizce, konuşmayacağım diyen sanığın gizlice konuşur olup tanıklara dinletilmesi veya sesinin banda alınması hiledir ve hilenin zordan farkı yoktur. Kaldı ki hile söz konusu olmayan konuşma bantları dahi ikrara delil olarak dinlenemez. Zira kanunumuz sadece hâkim önündeki ikrara ait tutanakların delil olarak okunmasını kabul etmektedir.

³²⁰³ Hâkimin yaptığı keşif ile karışmaması için, bizim aslına ve lügat mânâsına uygun olarak kullandığımız “teftiş” yerine “belirleme” denilmesi (*Sokullu-Akıncı*: s. 184) uygun değildir. Belirleme bizce “*constatation*” karşılığı olmalıdır. O da deliller sayesinde şüphenin kalmadığını gösterdiği için ancak mahkeme bakımından söz konusu olabilir.

³²⁰⁴ Hâkimin delilleri değerlendirebilmesi için yaptığı teftiş, keşif adı altında ayrıca düzenlenmiştir. Savcının yaptığı teftiş de tatbikatta hattâ kanunlarda keşif dendiği vardır. Bunun sebebi 1) Savcı ile hâkim arasındaki makam farkına, 2) iki teftiş arasındaki gaye farkına dikkat edilmemesidir.

İnsan teftişi, beden muayenesi diye adlandırılmaktadır. Parmak izi alma ve fotoğraf çekme de muayene kavramına girer. Basit muayenede arama hükümleri (No. 389) kıyas yolu ile uygulanabilir. Bunun dışındaki muayeneler teknik ve ihtisas işi olduğundan, beden muayenesi bilirkişiye yaptırılacak ve bu işi de keşif hükümlerine göre hâkim yapacaktır (No. 333, 338). Ancak, zaruretler, muayene için hâkime başvurmaya çok defa imkân bırakmadığından, bilirkişiye de kanun tayin ettiğinden, muayenelerin savcı talebi ile yapılması kabul edilmiştir (CMK 66/6). Tatbikatta savcıya dahi başvurmaya çok defa imkân olmadığından, kolluk başlangıç soruşturmasında insan muayenesini *teknik bulgu elde etme* faaliyeti arasında yaptırmaktadır.

3. Arama.

Arama teftiştten farklı olarak, meydanda olmayanın, saklının araştırılmasıdır (No. 386). Beden muayenesinde (No. 403-29), kandaki alkol derecesini tayinde olduğu gibi, meydanda olmayanların meydana çıkarılması biçimlerinde, yani arama durumunda olanları da vardır. Bir koruma tedbiri olduğundan, gecikmede tehlike ve haklı görünüş ön şartlarına ihtiyaç vardır (No. 361).

4. Teknik bulgu elde etme.

Soruşturma evresindeki araştırma da bilim ve tekniğin ilerlemesi karşısında bugün zorunluk halini almış bir faaliyet çeşididir. Kaide hâkimin bilirkişiye tetkikler yaptırıp teknik bulguları elde etmesidir. Ancak ipuçlarını bulmak için çok defa teknik bulgulara ihtiyaç vardır. Teknik bulgular ya kolluk memurları yahut yardımcı şahıslar tarafından elde edilir. Teknik bulguları fotoğraf çekmek³²⁰⁵, izleri tespit etmek gibi metotlarla bizzat elde edebilmesi için, kolluğun özel surette yetiştirilmiş teknik elemanları kriminal laboratuvarları ve âletleri vardır. Kolluğun teknik bulgu konusunda yardımcı şahıslara başvurması gerekebilir. Bunlar da bir nevi bilirkişilerdir. Ancak hâkim tarafından tayin edilen hakikî bilirkişilerden farkı belirtmek üzere bunlara başka bir ad verilmelidir.³²⁰⁶ Diğer taraftan, bu şahısların yapacağı yardımın kanunla düzenlenmesi de bir ihtiyaçtır.³²⁰⁷ Hâkimler, kolluğun yardımcı şahıslara yaptırdığı incelemelerle yetinmemeli ve bu incelemelerin bilirkişi tetkikleri ve keşifler yerine geçemeyeceğini unutmamalıdır.³²⁰⁸ Hâkim ve savcının bilirkişi incelemesi yaptırabilmesi mümkün olan hallerde kolluk yardımcı şahıslara başvuramaz. Diğer taraftan kanunların resmî bilirkişi tayin ettikleri hallerde kolluğun kendi tayin edeceği yardımcılara başvurması da elbet mümkün değildir. Özellikle örgütlü suçlarla ilgili olarak delil toplanması söz konusu olduğunda, klasik metotların yeterli olmadığı görülmüş³²⁰⁹ ve son yıllarda sadece belli ağır suçlarda uygulanmak üzere iletişimin dinlenmesi ve gizli soruşturmacı kullanılması gibi yeni bir takım doğrudan doğruya araştırma metotları, yasalarla düzenlenmiştir.

II. Medya'dan suç haberi toplaması ve sanık hakları.

³²⁰⁵ Gözükmeyen veya objektif karşısında o anda bulunmayan insanların, ışık yerine harareten faydalanılarak, termografi sistemi ile fotoğrafının çekilmesi, bozuk çıkmış fotoğraflarının kompüter sayesinde netleştirilmesi mümkündür. Teknik bulguların değerlendirilmesi adli bilimlerde uzman olmayı gerektirir. Kriminalistik bilim dalının kuralları uyarınca materyal izleri şekil izleri baskı izleri, durum izleri aranmalıdır. Ayrıntılı bilgiler için bakınız *Öztürk, Uygulamalı, 320, Öztürk/Erdem/Özbek 1999, 458 vd.*

³²⁰⁶ İtalyan kanunu *personel edone* (elverişli kişiler) tabirini kullanmaktadır (CPPI 223). Bu kişiler, trafik suçlarında trafik polisinin rapor düzenlemesinde olduğu gibi, polis de olabilir. Bu rapor yine polis raporudur; hâkimin seçtiği bilirkişi raporu değildir, onun yerine tazminat dâvasında bile, geçemez (4. HD: 11/5/77 YKD 78, 1635).

³²⁰⁷ Kanun, kolluğun araştırılmasını idare eden savcıya, gecikmesinde tehlike olan hallerde bilirkişi tayin yetkisini vermekle bir ihtiyacı karşılamak istemiştir. Ancak taraf olan savcının seçtiğine de bilirkişi denmesi, hâkim ile savcı arasındaki farkın yine gözden kaçtığını göstermektedir. Bunun kötü sonucu olarak, tatbikatta çok defa savcılar kendilerini hâkim gibi görmekte, hâkime başvurup bilirkişi tayin ettirmek mümkün olan hallerde dahi bilirkişi tayin etmektedirler.

³²⁰⁸ Mülga Kanun zamanında kolluğun teknik bulgu konusunda yardımcı şahıslara başvurması, ancak gecikmede tehlike halinde bahis konusu olabiliyordu, zira kolluk ancak geciktirilemeyen tedbirleri kendiliğinden alabiliyordu (CMUK 156).

³²⁰⁹ Mesela Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 163d maddesinde “trol ağı metodu” diye tercüme edebileceğimiz bir usul geliştirilmiştir. Bilgisayarın yetenekleri söz konusu olduğunda kriminolojen özellik taşıyan fertlerin belirlenmesi veya aranan bir kişinin nerede olduğunun bulunabilmesi için bilgisayar verilerinden tarama yetkisi kabul edilmiştir (StPO 98c). Teknik araçların kullanılması (StPO 100c), gizli ajan görevlendirme (StPO 110a) gibi yeni metotlar konusunda Devlete yetkiler verilmiştir. *Cihan/Yenisey 1997, 209. Nuhoğlu: Hukuk ve Adalet, 2007/4, 201 vd.*

1. Basın özgürlüğü.

a) Basının haber toplama hakkı.

Özgürlükçü demokratik sistemlerde basın hürriyeti mutlaka gereklidir. Basın özgürlüğü geniş anlaşılmalıdır. Sadece yazılı basın değil, aynı zamanda geniş kitlelere hitap eden yayınlar, radyo, televizyon ve bilgisayar ağı ile yapılan bilgi akımı (internet) bu özgürlüğün kapsamı içindedir. Medya özgürlüğünün³²¹⁰ kapsamı geniştir. Önce bilgilendirme faaliyetinin kendisi korunmuştur (AY 28). İkinci olarak, kullanılan aletler ve basılı yazı gibi ürünler koruma altındadır ve nihayet medyayı oluşturan kişiler korunmuştur. Zira basın kamusal bir görev ifa eder. Normal vatandaşların sahip buldukları bilgi edinme hakkının ötesinde daha geniş bir yetki veren “haber toplama hakkı” herkesin elde edemeyeceği bazı kaynaklara ulaşmayı da kapsar.³²¹¹ Basının verdiği haberin gerçeği yansıtması gerekir. Bu amaçla özen gösterilmesi şarttır. Ayrıca verilen haberin dengeli, orantılı olması gerekir.³²¹² Basın yukarıdaki ölçüleri kullanarak vereceği haberleri bir denetimden geçirmelidir; önce doğruluk, gerçeklik hususu denetlenmelidir.

b) Soruşturma evresinde kimlik bilgilerinin gizliliği.

Soruşturma evresinde şüpheli veya sanığın kimliği gizli tutulmalıdır. Kovuşturma evresinde de kimliğin gizli tutulması gerekebilir. Bununla birlikte, polislin araştırma ve faili bulmak amacıyla “yayın yaptırması” mümkündür. Ancak bu da sınırlı bir yetkidir.³²¹³ Toplumun üstün bir değer olan bilgi edinme menfaatini tatmin için, yayın yapılabilir.

Şüpheli veya sanığın isminin gizli tutulmasını talep etme hakkı vardır. Şüpheli ve sanıklar kendileri hakkında bir gazetede haber verilirken, görülmekte olan dava açısından isminin açıklanmamasını talep etme hakkına sahiptirler. Kimliğini öğrenmek toplum açısından çok üstün bir menfaat olmadıkça, şüpheli ve sanığın kişilik hakkı korunmalıdır. Toplumun üstün menfaati açısından şu ölçü kabul edilebilir: Sanık topluma mal olmuş bir şahsiyet ise veya isnat edilen suçun önemi dolayısıyla toplumun çok büyük ilgi duyduğu bir kişi haline gelmişse, isim açıklanabilir. Bu ölçüler dışında, şüpheli veya sanığın resmi veya isminin yayımlanması hukuka aykırıdır. Bu hukuka aykırılıktan tazminat isteme hakkı doğar.

Medya'nın duruşma sırasındaki hakları Amerikan Hukukunda Federal düzeyde ve Eyaletlerde farklı düzenlenmiştir.³²¹⁴ Bizde de soruşturma evresinde şüphelilerin kimlikleri gizli tutulur. Adliye binası

³²¹⁰ Anayasamız düşünce özgürlüğünü iki ayrı madde halinde düzenler (m. 25 ve 26). İHAS ise tek maddede ele almıştır (m. 10). 2001'den bu yana yürütülen “uyum çabası” doğrultusunda, Anayasanın Başlangıç hükmündeki “her türlü düşünce ve muhafaza” terimi kaldırıldı ve “hiçbir faaliyetin” kelimesi eklendi, mülga TCK 159, TCK 426 2003'te değiştirildi ve Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesi yürürlükten kaldırıldı. Anayasamıza 2001'de eklenen 26/II madde doğrultusunda, “düşünceyi, açıklama ve yaymanın şekil, şart ve usullerini” gösteren kanunlar yayımlandı. Eski Basın Kanunu yürürlükten kaldırılmış ve yeni bir Basın Kanunu kabul edilmiştir (2004.5187) (*Kaboğlu: Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2002; *Can: Die Schranken der Meinungsäusserungsfreiheit nach türkischem Verfassungsrecht*, Aachen 2001).

³²¹¹ *Soehring* 1990, 2. *Pauli*: Der Schutz von Presse und Rundfunk vor dem Zugriff staatlicher Verfolgungsorgan, München 1988, 37.

³²¹² BVerfGE 37, 85; 91.

³²¹³ *Lampe* NJW 1973, 217. Yakalanan kişiler hakkında yapılan hazırlık soruşturmalarında, doktor raporu için hastaneye sevk sırasında basın mensupları ile röportaj yaptırılması ve arama ile baskınlar sırasında basının da birlikte götürülmesi üzerine, İçişleri Bakanlığı 16.2.1999 tarih ve 00024 numaralı Genelgeyi yayınlamıştır. Buna göre, hazırlık soruşturmasının gizliliğine riayet edilecek ve kolluk çalışmaları medyaya yansıtılmayacak, ifade ve deliller açıklanmayacaktır (Aynı Genelge ilgisiz nedeni ile, Cumhuriyet Başsavcılıklarına ve DGM Cumhuriyet Başsavcılıklarına da gönderilmiştir: Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 12.3.1999 tarihli genelgesi) Yargı Mevzuatı Bülteni 74, 6). xq

³²¹⁴ Federal Hukuk 1994 tarihli Ceza Muhakemesi Kanununda (*Federal Rules of Criminal Procedure*) düzenlenmiştir. Bu yasanın 53. maddesi, duruşma devam ederken salonda fotoğraf ve film çekilmesini yasaklamıştır: (... *taking of photographs in the court room during the process of judicial proceedings... shall not be permitted*). 1996 yılında toplanan Kurul (*Judicial Conference*) yaptığı yorumla bu maddenin uygulanmasını yumuşatmıştır. Her eyaletin üst mahkemesi, «temyiz davasındaki savunmanın» yayınlanmasına izin verip vermemekte serbest bırakılmışsa da Federal Mahkemelerin esas mahkemesi sıfatı ile baktığı davalarda kameralar duruşma salonuna alınmazlar. Kansas Eyaletindeki gelişme şöyledir:1981 yılına kadar hiçbir kamera duruşma salonuna alınmamıştır. *Chandler v. Florida* davasında verilen karar, eyaletleri duruşma salonuna *elektronik*

içinde ve duruşma sırasında resim çekilmesi (CMK 183) yasaklanmıştır. Alman Hukuku da aynı yöndedir: değil duruşma salonlarında, mahkeme binalarında dahi şüphelinin fotoğrafının ve filminin çekilmesini yasaklanmıştır.³²¹⁵

c) *Kişilik haklarının korunması.*

Basın hukukunda kişilik hakları ceza hükümleri ile korunmuştur. Devlete karşı işlenen suçlarda ve casuslukta Devletin dış ve iç güvenliğini tehlikeye düşüren yayınlar suçtur. Mesela, halkı cürüm işlemeye teşvik edecek şekilde, “mağazaları yakın” diye bir yayım yapılması, basın özgürlüğü çerçevesine girmez. Bununla birlikte basın özgürlüğü ve haber toplama özgürlüğü sınırsız değildir; gizlice eve girip bilgi toplanması, yani bir nevi arama yapılması hukuka aykırıdır.³²¹⁶ İftira da özgürlük kapsamında değildir.³²¹⁷ Basının haber verme hakkı kural olarak kişilerin özel hayatlarının gizli alanı için de geçerlidir. Güncel haberlerde, ilgilinin³²¹⁸ bu konuda rızası³²¹⁹ alınmışsa, yayım yapılabilir.³²²⁰

Tam aksi ihtimal ise, hükümetin basın sözcüleri tarafından yapılan resmî açıklamalardır. Bazı makamlar basına bilgi vermek mecburiyetindedirler. Ceza muhakemesi bakımından, savcı ve kolluğun suç teşkil eden olaylarla ilgili olarak, gözaltındaki kişinin ‘suçsuz sayılma hakkını’ ihlal edecek şekilde basın önüne çıkarılması ve soruşturma evrakının yayımlanmasına sebebiyet verilmesi yasaktır (YakalamaY 27).

Basın organlarının gittikçe büyük kuruluşlar haline gelmesi yeni problemler doğurmuş ve redaksiyon açısından bağımsız olan küçük gazetelerin ortadan kalkması yeni bir sorun yaratmıştır.³²²¹ Özellikle, radyo ve TV’nin özelleştirilmesi bakımından gelişme ilginçtir. İlk aşamada devletin TV tekeli ortadan kalkmaktadır. İkinci aşamada özel teşebbüsün kurduğu medya organları gittikçe güçlenmektedir. Neticede uluslararası alanda söz sahibi basın birlikleri meydana gelmektedir. Üçüncü aşamada, bu durum rahatsızlık yarattığından medya birliklerinin ortadan kaldırılması veya kamusal nitelikteki yayım organlarının kuvvetlendirilmesine gidildiği görülmektedir.

ç) *Sanık haklarının korunması.*

Sanık hakları medya alanında da korunmalıdır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6’ncı maddesi masumluk karinesi kabul etmiştir. Toplumun objektif ve olayı yansıtan haberleri alma hakkı vardır. Bununla birlikte, Devlet güvenliğini ilgilendiren hallerde yayım yasağı konulabilir ve halka bilgi

medyayı alıp almamak konusunda serbest bırakmıştır. 1988 yılında kabul edilen kanun (*Rule 1001*), 12 noktada kısıtlama getirerek, kameraların duruşma salonuna girmesine izin vermiştir.

³²¹⁵ Bu yasaklamanın gerekçesi olarak gösterilen konular şunlardır: a) duruşmanın televizyon yolu ile dünyaya nakledilmesi sanığın masum sayılma hakkının ihlalidir. Duruşmayı izleyen kitleler, kişi daha sonra beraat etse dahi, onu suçlu olarak hatırlayabilirler. b) İkinci gerekçe ise, bu tür yayınların işlenen suçun başkaları tarafından da işlenmesi konusunda toplumu özendirilebileceği, insanların meşhur olmak arzusuna kapılacakları gibi hususlardır. Buna mukabil, mahkeme binasını görmeğe gelen ziyaretçilerin bina içinde kendilerinin fotoğraflarını çekmelerinde veya ziyaret ettikleri savcı ile resim çekilmelerine engel bir hüküm yoktur.

³²¹⁶ *Damm* 1985, 67.

³²¹⁷ Dinlerin ve dünya görüşlerinin korunması amacı ile de basın özgürlüğü sınırlanabiliyordu (mülga TCK 175/5 ve 6). Türk Ceza Kanunu yayımlandıktan sonra basından gelen tepkiler üzerine, kamu barışına karşı işlenen suçların basın ve yayım yoluyla işlenmesi halinde, ceza artırımı korundu, diğer bazıları kaldırıldı; ancak, “haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağı”, açıkça belirtildi (TCK “2005.5377” 218). Hakaret suçu da (TCK 125) diğer bir sınırlamadır.

³²¹⁸ Alman Hukukunda “*Betroffene*” terimi kullanılmaktadır (*Soehring* NJW 1994, 16). Türk Medyası ise, suç haberi ile ilgili kişiyi, “hakkında iddia ortaya atılan muhatap”, olarak isimlendirmektedir.

³²¹⁹ Bazı hallerde izin alınması mecburiyeti de söz konusu olabiliyordu (CMUK 49/2). Kanun, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli bir olgu kabul etmediği için, “izni” kaldırdı ve sadece hâkimin bulunduğu ortamda tanık dinleme kabul etti (CMK 47/2).

³²²⁰ *Soehring* 1990, 11.

³²²¹ Kartelleşme engellenmelidir. Salje’nin yaptığı bir araştırmaya göre, basındaki kartelleşme büyük boyutlara ulaşmıştır (*Salje*, Elektronische Medien im Recht, Köln 1986, 148).

verilmez (GVG 174/2). Soruşturmanın gizliliği de haber alma hakkının sınırları arasındadır (CMK 157, TCK 285).

Ceza muhakemesinde sanığın kişilik hakları medyaya karşı korunmuştur. Sanığın şeref hakkı vardır. Mesela, adam öldürme suçundan sanık olan kişinin “katil” olarak tanımlanması ve tanıtılması, iftira suçunu oluşturabilir (TCK 267). Sanığın özel kişilik hakları gibi, resmi üzerindeki hakları da korunur. Ancak, toplumu yakından ilgilendiren önemli olaylarda, bu olayları yaşamış olan kişilerin resimlerinin yayınlanması için, izin almağa gerek yoktur. Görüldüğü gibi, sanığın resminin basılabilmesi için, onun toplum açısından çok önemli bir kişi olması gerekmektedir. Önemli bir kişi olmanın ölçüsü hakkında mutlak ve göreceli açılardan farklı görüşler ileri sürülebilir. Politikacılar, sinema sanatçıları genel olarak her zaman toplumun ilgisini çekerler. Buna karşılık, belli bir olay yaşandıktan sonra, o olayın kahramanı olan kişilerin önem kazandığı haller, göreceli bir şekilde şahısların önem kazandığı duruma örnek olarak gösterilebilir: mesela bir maden ocağı çökmüşse, oradan kurtarılan kişi o anda önem kazanmıştır ve resminin basılması için, izne ihtiyaç yoktur; bir bilim adamının yaptığı keşif dolayısıyla resminin yayınlanması da diğer bir örnektir. Eğer sanık topluma mal olmuş kişilerden biri ise resmi her zaman yayınlanabilir. Suç basit olsa bile kural böyledir.³²²²

Diğer sanıklar açısından ise, bir ayırım yapılmalıdır: İsnat edilen suç ve olay toplumu yakından ilgilendiriyorsa, sanığın resmi basılabilir.³²²³ Ancak bu gibi hallerde ‘orantılılık ilkesine’ de dikkat edilmelidir. Ceza soruşturması sırasında, sanığın ele geçirilmesi amacı ile resminin yayınlanması da mümkündür. Yukarıda belirtilen haller dışında, bir sanığın fotoğrafının basılması ve sanık olarak tanıtılması hukuka aykırıdır. Ayrıca Alman hukukunda bu fiile ceza verilmesi de öngörülmüştür (KVG 33). Önemli ve ağır suçlarda toplumun bilgi edinmedeki menfaatinin sanığın resminin ve isminin gizli kalmasındaki menfaati karşısında bir değerlendirilmesi yapılmalıdır.³²²⁴ Soruşturma evresi hakkında medyada yer alan haberler açısından, basın toplumu bilgilendirme hakkı ve adil yargılanma hakkı yarıdır. Bu konu AHİM tarafından birçok kararında tartışılmıştır: Kolluk veya savcılığın yetkisiz elemanları tarafından yapılan ve bir kişinin o suçun faili olduğu yolundaki açıklamalar, suçsuzluk karinesini ihlal eder.³²²⁵ Duruşma başlamadan önce yapılan yayınlar, sanığın duruşmasının “adil yargılanma hakkı” çerçevesinde yapılma şansını azaltabileceği için, bu konuda yapılan sınırlamalar Sözleşmenin 10. maddesine aykırı olmaz.³²²⁶

Soruşturma evresi sırasında basında yer alan kasıtlı olan veya kasıtlı olmayan görüşler, *sanığın adil yargılanma hakkını tehlikeye düşürecek* veya *kamunun adliye içinde mahkemelerin rolü konusundaki güvenini sarsacak* boyutlara ulaşırsa, basın özgürlüğünün sınırları aşılmış olur.³²²⁷ Kesin hükümlerle beraat eden bir kişi hakkında, onun suçsuzluğunu şüpheye düşürecek şekilde yayın yapılması da hukuka aykırıdır.³²²⁸ *Adil yargılanma hakkı* ile, *basın özgürlüğü* arasında uygun ve adil bir denge kurulmalıdır.³²²⁹

d) Basın açıklamaları.

³²²² Bornkamm, 1980, 249.

³²²³ Haft, Schutz der Intimsphäre 1970, 60; Franke, Bildberichterstattung. 1978, 92.

³²²⁴ OLG Frankfurt in; Schulze OLGZ Nr. 55; Wenzel, Wort und Bildberichterstattung, 1979, 273.

³²²⁵ ECHR *Allet de Ribemont v France* (1995), para. 41: (Unqualified public statements by the police or prosecution which refer to an individual as the perpetrator of an offence can infringe the presumption of innocence).

³²²⁶ ECHR *Hodgson, Woolf Productions and the NUJ v UK* (1987), para. 509: (Since pre-trial publicity can prejudice a defendant's prospects of a fair trial, it can be restricted without necessarily breaching Article 10 ECHR)

³²²⁷ ECHR *News Verlags GmbH and CoKG v Austria* (2000), para. 56: (The limits of permissible comments on pending criminal proceeding may not extend to statements which are likely to prejudice, whether intentionally or not, the chances of a person receiving a fair trial or to undermine the confidence of the public in the role of the courts in the administration of justice.

³²²⁸ ECHR *Rushiti v Austria* (2000), para. 31: (Following a final acquittal, even the voicing of suspicions regarding the accused's innocence is no longer admissible).

³²²⁹ ECHR *Worm v Austria* (1997), para. 50: (A proper balance between fair trial and press freedom must be maintained).

Görülmede olan ceza davalarına ilişkin olarak yapılan basın açıklamaları, sanığın kimliğini ortaya koyduğu anda, kişilik haklarını zedeler.³²³⁰ Gerçekten böyle bir yayın bir kişinin, suç dediğimiz ve toplum tarafından kabul edilmeyen bir davranışı gerçekleştirdiğinin tahmin edildiğini veya onun böyle bir hareketi gerçekten yaptığının topluma duyurulmasıdır.³²³¹ Diğer taraftan, ilgilinin ailesinin küçük düşürülmemesi de gerekir.

Müdafinin basın açıklaması yapması konusu da tartışmalıdır. Müdafinin sanığı müdafaa ederken söylediği sözlerden, bunların *gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması* koşuluyla, hakkın icrası nedeniyle ceza hukuku açısından sorumlu tutulmaması nedeniyle (TCK 128), basın açıklaması yapması da hukuka uygun sayılmalıdır.

2. Diğer kişilik haklarının korunması.

Sanığın korunması açısından önem kazanan diğer kişilik hakları aşağıda ele alınmıştır.

a) Genel şahsiyet hakları ve suçsuzluk karinesi, aleniyet.

İHAS 6 bir karine kabul etmiştir. Bu hak devlete karşı ileri sürülebilen bir haktır. Özel şahıslara karşı bu hakka dayanılmaz. Bir kişi diğerinin suçlu olduğunu düşünebilir. Ancak, bunu alenen söylese, suç işlemiş olabilir. Basın yolu ile yapılan açıklamalarda, toplumun bilgi edinme konusundaki üstün menfaatine bakılmalıdır. Şüpheli veya sanık masum sayılsa bile, bazı hallerde kişilerin haklarına hukuka uygun bir şekilde müdahale edilebilir. Mesela vücudun muayenesine tahammül etmelidir. Soruşturma evresinde gizlilik esastır. Kovuşturma evresindeki aleniyeti basın yolu ile genişlettiğimiz takdirde, bundan kişilik hakları zarar görür. Toplumun yakından ilgilendiren önemli olaylarda kimlik açıklanabilir. Örneğin bir terör sanığının yargılanmasında kimliğin açıklanması mümkündür. Terörle mücadelede görev yapanların hedef haline gelmemesi için, kamu görevlilerinin kimliklerinin gizlenmesi mecburidir.

3. Sınırlamalar.

İfade özgürlüğü demokrasilerde temel haklardan (İHAS 10). Medya hukukunun temeli de ifade özgürlüğündedir. Düşünce, kanaat sahibi olma, bilgi alma ve verme hakları açısından, kamu otoritesinin müdahale etmemesi, bu hakların sınır ötesi etkili olması³²³² ve istisnaların dar yorumlanması kuralı geçerlidir. Yorumda Sözleşmenin 10. maddesi genel kanun gibi ele alınır, 11. madde *özel kanun* sayılır. İfade özgürlüğünü sınırlayabilmek için üç şart birlikte gerçekleşmelidir. Şartlardan birincisi “sınırın kanunla gösterilmesidir”. Milli kanunkoyucu, sınırı kanunla gösterirken, Sözleşmede sınırlı sayıda gösterilmiş alanlarda düzenleme yapabilir. Bu nedenle, sınırlamanın ikinci şartı, sözleşmede gösterilmiş bulunan alanlardan birinin düzenlenmesidir.³²³³ Sınırlamada üçüncü şart, zorunluluktur. Burada zorunluluktan anlaşılan şey, başka türlü davranma imkânının mevcut bulunmayışıdır.

İfade özgürlüğünü sınırlandıran bir kanunda bulunması gereken özellikler şöyle sıralanabilir: 1) Kanunda sınırların tahdidi olarak gösterilmesi (*numerus clausus*), 2) Sınırlayan kanunun amacının (milli güvenlik, ülkenin bölünmezliği, adliyenin otoritesi, bağımsızlığı, gizli bilgilerin saklanması, suçun önlenmesi, sağlık ve ahlakın korunması, özel hayatın gizli alanı, şeref) belirtilmesi ve 3) kısıtlamanın zorunlu olması (*necessity test*).³²³⁴ Örneğin İngiltere’de 1993 yılında yürürlüğe giren *The ITC*

³²³⁰ Bornkamm 1980, 251.

³²³¹ BVerf GE 35, 22, 226; OLG Braunschweig NJW 1975; 651; Becker, OLG Frankfurt NJW 1980, 597; Wasserburg 1988, 175.

³²³² Dirk Voorhoof, Defamation and Libel Laws in Europe, Media, Law and Practice, Vol. 13, No. 4, 1992, 254.

³²³³ Sözleşmede gösterilen ve sınırlanabilen alanlar şunlardır: Milli Güvenlik, Ülkenin bölünmezliği, adliyenin otoritesi, yargıç bağımsızlığı, gizli bilgilerin saklanması ihtiyacı, suçun önlenmesi, sağlık ve genel ahlakın korunması, özel hayatın gizli alanı ve şerefin korunması (İHAS 10/2).

³²³⁴ Roth v. US.; Miller v. California (1973). Amerikan Anayasasının 1 numaralı ek maddesi Kongrenin ifade özgürlüğünü veya basın özgürlüğünü kısıtlayan kanun yapmasını yasaklamıştır. 1833 tarihli Barron v. Baltimore kararı bu yasağın sadece Federal hükümet açısından geçerli olduğunu içtihat ederek yasağı yumuşatmıştır (Heller 1987, 44). Fakat eyalet anayasalarında aynı yönde düzenleme vardı ve bugün halen de vardır. Bu nedenle, ifade özgürlüğüne ilişkin davalar Federal mahkemeye gelmiyordu. 1861-65 arasındaki iç savaş sırasında kısıtlayıcı düzenlemeler yapıldı ise de bunlar dava edilmedi. Birinci dünya savaşı çıkarılan kanunlar, savaş aleyhtarı yayınları cezalandırınca (Espionage Act 1917), bunların Anayasaya aykırı oldukları iddia edildi. Hâkim Holmes, Schenck v. US, 1919 davasında, kuralın istisnasız olmadığını, tiyatrodan, “yangın var”, diye

Programme Code 1993, Medya Hukukunu düzenlemektedir: Müstehcenlik, şiddet gibi, çocukların taklit edebileceği davranışlar yasaktır. Özel hayatın gizliliği ve bilgi toplanmanın sınırı yasa ile çizilmiştir. Aleni davranışların filmi çekilebilir. Davranış aleni olduğu sürece toplumun ilgisi varsa, rızaya gerek yoktur. Belli resmi kurum veya müessese içinde yapılan kayıtlarda, kişi ilgi odağı değilse rıza gerekir. Kimliği belli edilerek bir kişinin filmi yayınlanacaksa, rızası alınmaz. Hâkim kararı ile evde yapılan polis operasyonlarının mesela aramanın filmi çekiliyorsa, ilgililerden izin alınmalıdır. İzin vermezse çekim yapılamaz. Çekim yapılmışsa, yayınlanması için hâkim kararı lazımdır. Toplumun üstün bilgi alma menfaati varsa, hâkim yayın izni verir. Buna karşılık, olayı tekrar canlandıran yayınlarda, sanığı suçlayıcı kanaat oluşturuca bir aksan katılamaz. Gizli kamera ile kapalı yerde çekim yapmak hukuka aykırıdır. İstisnai hallede haberin doğruluğunu kanıtlamak için çekim yapılabilirse de yayın ilgilinin rızası veya hâkim kararı ile olur. Telefon konuşmasının banda kaydedilmesi için, muhataptan izin alınmalı, muhataba bilgi verilmelidir. Muhabir kendisini tanıtmalıdır. Rıza verilirse, kayıt yasaldır. Bu kuralın istisnası suç işleyen kişinin açtığı telefonun kaydedilmesidir (mesela çocuk kaçıran fidyeci).

Alman Hukukunda da gizlice banda kaydedilerek, hukuka aykırı bir şekilde dinlenen telefon konuşmasının yayınlanması suç (StGB 201) ise de konuşmanın içeriğinin öğrenilmesinde kamusal ve haklı bir menfaat varsa, yayınlama mümkündür.³²³⁵ Şüpheli, sanık veya suçlularla röportaj yapılması hukuka aykırı olabilir. Makul, orta zekalı bir kişiyi suç işlemeye tahrik edecek veya düzeni bozmaya yöneltecek röportaj yapılamaz. Terör örgütünün eylemlerinin filme alınarak gösterilmesi hâkimin özel iznine bağlıdır. Tutuklu bir örgüt mensubu röportaj yapılması yasaktır.³²³⁶ Bizde olduğu gibi (TMK 7), Almanya'da da terör örgütünün propagandasını yapmak suçtur (129a StGB).

Basın hukukunda suç ile ilgili haberlerin yansıtılmasında dikkat edilmesi gereken bir ayırım vardır. Mücerret olay iddiası (*Tatsachenbehauptung*) ile ifade özgürlüğünün kullanılması (*Meinungsäusserung*) birbirine karıştırılmamalıdır. Somut olay iddiasının doğru olup olmadığı, deliller araştırılarak tespit edilebilirken, kanaat açıklamasında *delil ile ispat* bir rol oynamaz, onun yerini inanç alır.³²³⁷ Gerçek olmayan olayların mücerret bir şekilde iddia edilmesi, ifade özgürlüğü kavramı ile korunmamıştır.

4. Basın özgürlüğünün sınırları ve adil yargılanma hakkı.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 10 uncu maddesine göre ifade özgürlüğü demokrasilerde önemli temel haklardan biridir.³²³⁸ Anayasamızın 28 inci maddesinde düzenlenmiş bulunan basın özgürlüğü de aslında ifade özgürlüğünün bir sonucudur. Gerçekten, düşündüğünü söylemek hakkı kadar, bilgi almak da temel haklardan biridir. İfade özgürlüğünün içeriğine³²³⁹ bakacak olursak; bu hakkın düşünce ve kanaat sahibi olma hakkını, bilgi alma ve verme hakkını içerdiğini ve kamu otoritesinin bu konuda müdahale etmemesi ve hakkın sınırlar ötesinde etkili olacak şekilde korunduğunu görürüz. Sınırsız hak olmadığı için, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 10. maddesinin 2. fıkrasında ifade özgürlüğünün sınırları yer alır. Bu istisnalar dar yorumlanacaktır.

bağırarak panik çıkaran kimsenin ifade özgürlüğünün korunamayacağını açıklamıştır. Yüksek mahkeme daha sonra verdiği kararlarda, hakaret müstehcenlik teşkil eden ve kavga çıkarmak için söylenen sözlerin 1 no.lu ek maddenin korunması altında olmadığını açıklamıştır. İfade özgürlüğü sadece hâkim kararı ile kısıtlanabilir. Serbestçe fikirlerin açıklanabilmesi, demokrasinin temel şartlarından. Azınlıkta kalanlar engellenmeden, barışçı yolları kullanarak fikirlerini açıklayabilirlerse, vatandaşları ikna edebilirler. Bu nedenle, toplum açısından yakın bir tehlike ortaya çıkmadığı (*clear and present danger*) sürece, siyasi görüşlerin açıklanmasında kısıtlama yapılamaz. Amacı şiddet kullanarak rejimi devirmek olan siyasi partilerin faaliyeti yasaklanmıştır. Söylenen sözlerden doğan tehlikenin yakın olması şartı da vardır. Burada bireysel menfaatle kanunun menfaatlerinin dengelenmesi söz konusudur.

³²³⁵ *Soehring* NJW 1994, 18

³²³⁶ *Northern Ireland Emergency Act 1975*.

³²³⁷ *Soehring*, NJW 1994, 17.

³²³⁸ *Danışman* 1991, 41.

³²³⁹ *Dirk Voorhoof*, Defamation and Libel Laws in Europe, Media Law and Practice, Vol. 13, No. 4, 1992, 254.

Sanıklara aleni yargılanma hakkı sağlanmıştır. Bunun yanı sıra demokrasinin bir gereği olarak da vatandaşlar demokrasinin kurumlarının işleyişine bu tür bilgileri alarak katkıda bulunacaklardır. Basının verdiği bilgiler, toplumun sağlıklı bir şekilde olayları izlemesine yardımcı olur.³²⁴⁰ Bununla birlikte basının haber alma ve toplumu aydınlatma görevi de sınırsız değildir. Devleti korumak amacıyla sınırlar getirilebileceği gibi, küçükleri korumak amacıyla da bilgi verme konusunda sınırlar getirilebileceği açıktır. Özellikle sanığın masum sayılma hakkı ile, adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesi için, soruşturmanın gizli olması kabul edilmiştir. Soruşturmanın gizliliğini ihlal ederek, sanığın masum sayılma hakkını ortadan kaldırır biçimde yayın yapılamaz. Sanığın rızası olmadıkça, televizyonlardan duruşmaların naklen yayınlanması da hukuka aykırıdır³²⁴¹ Bizde olduğu gibi, (CMK 183), Almanya’da da mahkeme binaları içerisinde resim ve televizyon filmi çekilmesi, kanunla yasaklanmıştır.

Basının yaptığı yayınlar hakimlerin tarafsızlığını tehdit eder boyutlara da ulaşabilir. Sanığın masum sayılma hakkı ile dürüst yargılanma haklarının garanti altına alınması amacıyla, mahkeme müdafiyeye taraflara, tanıklara ve hatta kovuşturma makamlarına yargılanmakta olan bir olayla ilgili bilgiler vermekten ve açıklamalar yapmaktan yasaklama getirebilir.³²⁴² Buna karşılık Amerikan Yüksek Mahkemesi *Nebraska Press* davasında verdiği kararda³²⁴³; aleni duruşmada söylenmiş olan sözlerin ve açıklanmış olan belgelerin basın yoluyla yayınlanmasına engel konulamayacağına karar vermiştir.

Duruşmada söylenmiş olmamakla birlikte medyanın başka kaynaklardan edindiği bilgileri duruşmanın devam ettiği sürece yayınlaması da önlenemez. Ancak bu bilgilerin haber niteliği taşıması (gerçeği yansıtması) şarttır.

422. İFADE ALMA VE TEŞHİS.

Kişilerin bilgilerine başvurma biçiminde yapılan araştırmaya dolayısı ile araştırma denilir. Bunun üç çeşidi vardır: İfade alma (No. 349), teşhis ve yüzleştirme (No. 403-10).

Cumhuriyet savcısının vereceği bir emir³²⁴⁴ ile yapılabilen ifade alma *dolayısı ile araştırmanın* birinci şeklidir. Devletin şüphelendiği kişiye, bu suç ile ilgili soru sorması, *ifade almadır*. Devletin şüphelenmediği kişiye soru sorması ise, *bilgi toplamadır*. Bireyin kendisini suçlamama hakkından doğan, *hak öğretme mecburiyeti* vardır. Hâkim şüpheli veya sanığa soru sorarsa, *sorgu* söz konusu olur.³²⁴⁵ Kanunlarımızın kabul ettiği sisteme göre, kolluğun kendiliğinden tanık dinleme³²⁴⁶ ve sanığı sorguya çekme yetkisi yoktur.³²⁴⁷ Bunlar gelmezlerse, zorla getirilemezler. Zira zorla getirme ancak

³²⁴⁰ *Richmond Newspapers, Inc. v. Va.* 1980.

³²⁴¹ *Estes v. Tex.* 1965.

³²⁴² *Sheppard v. Maxwell* 1966.

³²⁴³ *Nebraska Press Ass'n v. Stuart* 1976.

³²⁴⁴ Delillerin kararmasını önleyici tedbirleri aldıktan sonra, C. savcısına derhal bilgi vermesi gereken adli kolluğun, daha sonra C. savcısı tarafından adliyeye ilişkin olarak emir verildiği, daha doğrusu araştırma yapmak ile görevlendirildiğinde (CMK 161/2), yapacağı işlemlerin başında “ifade almak” gelir. Ceza Muhakemesi Kanunu, kolluğun kendiliğinden ifade almasını yasaklamıştır. Kolluk her seferinde C. savcısı tarafından verilecek ayrı adli emirler üzerine ifade alma yetkisi kazanmaktadır (CMK 161/1). Yakalama sonrası, haklarını öğrenen şüphelinin, kendiliğinden konuşması, bunun istisnasıdır. Kolluk “ifadesine lüzum gördüğü kimseleri” çağırır, lüzumlu şeyleri sorar (PVSK 15) (No. 285, 343, 349). Gelmemek kabahattir (KK 32).

³²⁴⁵ Kolluk veya C. savcılığı tarafından sorulan sorular, mülga Kanunda “ifade alma” olarak nitelendirilmiş, hâkimin sorduğu sorulara ise, “sorgu” denildiği, ilgili maddesinde açıkça söylenmişti (CMUK 135). Yeni Kanun kelime tasarrufu yaparken, bu açıklamayı da tanımlar maddesine aktarmıştır (CMK 2).

³²⁴⁶ Almanlar aktif ve pasif sūjeye bakmadan, beyan elde etme işlemi için, “dinleme” tabirini kullandıkları halde, biz, hâkim ve sanık söz konusu ise “sorgu”, hâkim ve sanıktan gayrisi söz konusu ise “dinleme”, diğer sūjeler bakımından ise “ifade alma” demişiz. Bu ayırım, farkları belirttiği için yararlıdır. Bu bakımdan 1985 değişikliğinde savcının sanığı sorguya çekmesinden, tanığı dinlemesinden söz edilmesi (CMUK “85-3206” 162/1) bizce isabetsiz olmuştur. *Demirbaş* (Timur, «Sanığın hazırlık soruşturmasında ifadesinin alınması», İzmir xq 1996, sh. 23), ifade alma kavramını etraflı bir şekilde açıklamış ve ifade alma sayılmayan «bilgi toplamayı» ayırmıştır. «Araştırma ifadesi» ve «doğrulatma ifadesi» şeklinde fonksiyonel bakımdan yapılan ayırım da dikkat çekicidir.

³²⁴⁷ Kolluk tarafından yapılan soruşturmada kelimenin teknik anlamı ile ‘tanık’ yoktur. Tanık, mahkeme önünde ifade veren kişidir. Bu nedenle ileride tanık olabilecek kişilerin belirlenmesi, bir ayıklama, eleme yapılması için soruşturma evresinde sırasında kişilerin ifadeleri alınır. Ayrıca hazırlıkta alınan kolluk ifadesinin amacı, ip ucu elde etmek ve bunu sürdürmektir. Başlangıç soruşturması sırasında bir kimseden şüphelenilmesi mümkündür. Ancak bu şüpheli, ifade verme bakımından, sadece

hâkimin veya savcının kararı ile uygulanabilen bir koruma tedbiridir.³²⁴⁸ Mülga Kanuna³²⁴⁹ göre C. savcısı tarafından çağırılan kişi kolluk eli ile getirilebiliyordu (CMUK 154/2). Ceza Muhakemesi Kanunu C. savcısının bu yetkisini genel suçlarda düzenlemedi, sadece örgüt suçlarında kabul etti (CMK 251/6).³²⁵⁰ Çağırılan kimseler ifade vermektan çekinebilirler. Zira *tanık dinleme* durumu yoktur. Kaldı ki tanıklıktan çekinme hakkı olanlara, “ifade vermektan” de çekinebilecekleri hatırlatılmalıdır.³²⁵¹ Zorlama tutuklaması da (CMK 62) mümkün değildir. İfade verenler, sadece hüviyetleri ile ilgili hususlara doğru cevap vermeğe mecburdur (KK 40).

423. KORUMA.

I. Koruma görevi.

Delil kaynaklarının yok olmasını veya şüphelinin kaçmasını önlemek için, başlangıç soruşturmasında “koruma tedbirlerine” başvurmak gerekebilir. Koruma tedbirlerinin şartları (No. 361) oluşmuşsa, bazı tedbirlere kolluk kendiliğinden başvurabilir. Önemli haklara kısıtlama getiren bazı koruma tedbirleri, savcı emri veya hâkim kararı ile uygulanabilir.

II. Koruma faaliyetleri.

Koruma faaliyetleri üç grupta toplanabilir: Şüphelinin kaçmasının önlenmesi veya hayatının korunması için, kimlik veya adres tespiti yetmiyorsa (ikametgaha raptan serbest bırakma), yakalama yoluna gidilir. Olay yeri olduğu gibi korunur, kolluğun ve savcının teftişine, hâkimin keşfine hazır tutulur. Suçta kullanılan eşya muhafaza altına alınır veya elkoyma işlemi yapılır.

Koruma faaliyetleri de üç grupta toplanabilir:

1) Şüphelinin şahsı bakımından koruma, şüphelinin kaçmamasını veya hayatının korunmasını sağlar. Bu konuda alınacak tedbirlerin başında hüviyetin ve ikametgahın tespiti gelir. Bu tedbir birçok kimse için kafidir. Tatbikatta buna ikametgaha raptan serbest bırakma denilmektedir. Bu tedbir yetmeyecekse, yakalama tedbirine (No. 376) başvurulur.

2) Eşyanın korunması bakımından ilk yapılacak iş, suç yerindeki durumun değiştirilmemesidir. Kolluğun veya savcının teftişine, hâkimin keşfine imkân bırakmak için, durum olduğu gibi muhafaza edilmelidir. Kolluğun alacağı geciktirilemeyen tedbirler (CMUK 156) arasında bu da vardı. Bundan sonra, suçta kullanılan veya suçtan meydana gelen eşya da muhafaza altına alınmalıdır. Bunun için de muhafaza ve emniyet altına alma (No. 390) ve elkoyma (No. 391) işlemlerine başvurulacaktır.

3) Belgeleme, saklanamayacak eşyanın durumunun belge ile tespiti demektir. Eşyanın olduğu gibi saklanması imkansızsa, tutanakta tarif ve tasvir edilerek yahut fotoğrafı çekilerek, resmi veya krokisi yapılarak, kalıbı veya ölçüsü alınarak, hülasa en uygun şekilde, ilerde faydalanılabilecek bir belge (No. 351) ile tespit cihetine gidilecektir.

ifadesine lüzum görülen kimsedir. Şikâyet edilen de henüz şüpheli veya sanık değil, ifadesine lüzum görülen kimsedir. Ancak kendisine, “şikâyet edilen kimse” olduğu da açıklanmalıdır. Kolluk ifadesi alınan kimseleri yeminsiz dinler.

³²⁴⁸ *Yenisey* de polis in ifade için çağırıldığı halde gelmeyen kişileri zorla getiremeyeceğini kabul etmekte (I, n. 498), “polis in bir kişiyi zorla getirmesi için önce çağırması gerekir” (n. 434) ve sanığa yapılan davette ifade vermek için gelmemesi halinde zorla getirileceği ihtarı yer almalıdır” demekte, bunun için de RiStBV. 44, II ye dayanmaktadır. Alman Hukuku da zorla getirmeyi hâkim in kararına bağlamıştır.

³²⁴⁹ Mülga Kanunda, Savcı tarafından yapılan hazırlık soruşturması aşamasında teknik anlamda tanık yoksa da savcılık “acele ve tutuklu işlerde” olayın tanık (ve sanıkların) yazılı emir verilerek zabıta eli ile getirtebiliyordu (CMUK 154/2). Hâkim kararının yerine getirilmesi amacıyla, usulü dairesine çağırılıp gelmeyen tanıklar (CMUK 46) zorla getirme yetkisi zabıtaya verilmişse de bu yetki zabıtanın bizzat araştırma yaparken başvurabileceği bir yetki değildi. Bu nedenle zabıtanın tanığı getirmek için re’sen zor kullanma yetkisi yoktu. Kovuşturma evresindeki durum farklıdır. Kanunun 45. maddesinin gerekçesine göre, tanıklar kamu görevi yaparlar.

³²⁵⁰ C. Savcısının veya yasada sayılan makamların emri üzerine, ifade almak üzere “yakalama” CMK 251/6 ile düzenlenmiştir; ancak Anayasal garantilerden yoksun olduğu için, hukuka aykırı bir normdur.

³²⁵¹ 1965 Alman reformunda da hatırlatma kabul edilmiştir (StPO 163a) (*Barosio*, 201).

424. SONUÇ ÇIKARMA.

I. Soruşturmadan sonuç çıkarma.

Başlangıç soruşturmasında yapılan en son iş, yapılan araştırma faaliyetlerinden isnat konusunda bir sonuç çıkarmadır. Sonuç bir *hüküm* olduğundan, başlangıç soruşturması sonunda bir hüküm verilecek demektir. Bu hüküm iki şekilde olabilecektir: Kamu dâvası açmaya ya yer vardır ya yoktur. Bu hükümler, muhakeme faaliyeti sonunda yargılama makamı tarafından verilmiş hüküm olmadıklarından, yargılama kararı niteliğinde olmayıp, yürütme organı olan savcılığın İdare Hukuku bakımından *icrai mahiyette* bir karardır. Muhakeme Hukukunda *karar* deyince, yargılama makamı kararı anlaşıldığından, karışıklığa meydan vermemek için savcılığın kararına *kararname* denilmelidir (No. 279).

Savcı kamu dâvası açmaya, yani kovuşturma yapmaya yer görmezse, Kanununun *kovuşturmaya yer olmadığına dair karar* verir (CMK 172). Suç isnadı yapılmayan ve suç isnadı yapılan halleri ayırmayan bu terim yerine, suç isnadı yapılmadan önce verilene *kovuşturama kararnamesi* ve isnat yapıldıktan sonra muhakemenin devam etmeyeceğini açıklayan karara da *kovuşturmaya son verme kararnamesi* denilmesi, bizce daha yerindedir.

II. Sonuç çıkaran savcı dışı makamlar.

Başlangıç soruşturmasında sonuç çıkarma görevi, kaide olarak, kovuşturma makamına, yani Cumhuriyet Başsavcılığına verilmiştir. Özel yargılama makamları nezdinde özel kovuşturma makamları varsa, bu görev onlara aittir. Genel yargılamada, istisna olarak, sonuç çıkarma görevinin sair idarî makamlara, hattâ hakimliklere verildiği de vardır (No. 428, 429, 431, 434). Ancak, başlangıç soruşturmasında sonuç çıkarma işi idarî olduğundan, hâkimlerin burada, yargılama makamı olarak değil, idarî makam gibi hareket edip idarî bir görev yaptıkları gözden kaçırılmamalıdır. Bu istisnalardan bir kısmının kabulüne sebep, mülga “sulh hâkiminin ceza kararnamesinde” olduğu gibi, mahkemelerin işini azaltmaktır. Büyük bir kısmının kabulüne sebep ise, savcılarının yükünü hafifletmek ihtiyacıdır.³²⁵² Gaye savcının yetkisini elinden almak olmadığından, savcının esas yetkisi devam eder.³²⁵³

III. Araştırmaların şüpheli lehine sonuçlanması.

Başlangıç soruşturması sonunda, suç haberinin maddî ve hukukî meseleler bakımından açıkça asılsız olduğu anlaşılabilir. İstisna olarak maslahata uygunluğun kabul edildiği hallerde savcının bu uygunluğu görmemesi de mümkündür. Savcı araştırmaları sonunda *basit başlangıç şüphesini*, iddianame düzenleyecek ve dâva açacak kadar kuvvetlendirmemiş de olabilir. Bu hallerde savcı *kovuşturmaya yer olmadığına dair karar* (CMK 172) (bize göre ise, *kovuşturama kararnamesi*) (No. 426) verecektir. Bu demektir ki, muhakeme doğmadan ölmüştür. Ancak, çocuk anasının rahminde bu aşamada rüşeym halinde olduğu için, ölü doğmaktan değil, çocuk düşürmeden bahsetmek daha doğru olur. Eğer kovuşturmaya başladıktan sonra, sıra ceza dâvasını açıp açmamağa gelseydi ve ceza davası açmamak, bir diğer söyleyişle kovuşturmaya son vermek bahis konusu olsaydı, ölü doğmadan bahsedebilecekti (No. 412, 444).

IV. Araştırmaların şüpheli aleyhine sonuçlanması.

Soruşturmanın sonunda kamu davası açmaya yer görülürse, kısa soruşturma aşamasına geçilir. Bu aşamanın atlanması mümkündür. Kısa soruşturma yapılmasına gerek kalmayacak kadar “yeterli şüphe” (CMK 170) elde edilmişse, doğrudan iddianame hazırlanarak, kamu davası açılabilir.³²⁵⁴ Başlangıç

³²⁵² Toplumun gelişmesi, insanlar arasındaki temasların ve dolayısı ile suçların gittikçe artması karşısında, bazı suçlarda kovuşturmanın başlaması ve hattâ dâvanın açılması bakımından savcıdan gayri makamlara yetki verip savcının yükünü hafifletme zaruret olmuştur. Bunun çeşitli şekilleri vardır: Başlangıç soruşturması yapan kolluk veya idare cezayı peşin olarak keser. Cezalı kendiliğinden bu cezayı öderse kovuşturma yapılmaz. Bu hususta savcının bir karar vermesine de lüzum kalmaz. Kolluk veya idare, düzenlediği tutanağı doğrudan doğruya mahkemeye gönderir, böylece ceza dâvası açılmış olur.

³²⁵³ k-m: 7. CD 19/11/65. “Ancak trafik polisinin tutanağı ile dâva açılır. İddianame ile açılmaz” diyen bu kararı *Gürelli*, haklı olarak yermektedir (AdD 67/1, 9).

³²⁵⁴ Isnat daha da kuvvetli ise, duruşma hazırlığı aşaması da atlanarak, 2005’de kaldırılan meşhut suçların muhakemesinde olduğu gibi, doğrudan duruşmaya geçilebiliyordu. Isnat çok kuvvetli ise, muhakemeye lüzum görülmeden idari bir kararlar (mülga ceza kararnamesi) ceza da verilebilir.

soruşturması sonunda kamu dâvası açmaya yer görülmüşse, en zengin bünyeye göre çizilmiş olan muhakeme şemasında başlangıç soruşturmasından sonra ilk gelen “kısa soruşturma aşamasına” geçilecektir. Ancak, bünyenin göreve uygunluğu prensibi (No. 407) gereğince, bazı evre veya bölümlerin atlanması da mümkündür. Gerçekten, başlangıç soruşturması sonunda yapılan isnat yeterli kuvvette olabilir ve bu sebeple bu çeşit kuvveti elde etmek üzere ileride yapılması gereken işlemlere ihtiyaç kalmayabilir.

Bu konuda çeşitli ihtimaller düşünülebilir. İlksoruşturmayı kabul eden sistemlerde talepname verilebilir.³²⁵⁵ Geri kalan olasılıklar şunlardır: Yapılan soruşturma, savcıya *çok kuvvetli* bir isnat yapmak imkânını da vermiş olabilir. Suç haberinin tamamen doğru olduğu kanısına varılması demek olan bu ihtimalde, yine morfolojik uygunluk prensibi gereğince muhakemeye lüzum görülmeyebilir. Bu durumda *uzlaştırma* (No. 431) veya *önödeme* (No. 432) yolu açılır.

Yapılmış olan başlangıç soruşturmasından çıkarılabilecek olan sonuç, muhakeme şemasına göre şu 7 çeşitten biri olacaktır: 1) Soruşturmama veya kovuşturmanın kararnamesi veya kovuşturmaya sor verme kararnamesi (No. 425), 2) Ceza kararnamesi (No. 427), 3) Yıldırım muhakemesi iddianamesi (No. 432-1), dava açan iddianame (No. 458-2), 5) İddianame yerine geçen belge (No. 458-2/III), 6) Talepname³²⁵⁶ düzenlenmesi (avukat, hakim veya üniversite öğretim üyesi hakkında kovuşturma yapılmasını isteyen *kovuşturmanın açılması kararı* türünde bir talepname) (No. 425), 7) Suç isnadı ile kısa soruşturmaya geçiş (mesela uzlaştırma teklif edilmesi, tutuklama kararı verilmesinin istenmesi) (No. 431).

³²⁵⁵ 1) Savcı kamu dâvasını talepname ile mi, iddianame ile mi açacağını, bir diğer söyleyişle kısa soruşturma ile iddianame verebilecek duruma gelebilip gelemeyeceğini tayin için bir araştırmaya ihtiyaç duymaktaydı. Bu takdirde, suç isnadı sureti ile kısa soruşturma aşamasına geçirdi. Bizde 1985 değişikliğine kadar bu ihtimale, sulhlük olmayan her işte rastlanabiliyordu. 2) Kanun koyucu işin önemli olduğunu ve uzunca süreceğini önceden kestirip ilksoruşturma yapılmasını yani dâvanın talepname ile açılmasını mecburî kılabiliyordu. Bu hallerde kısa soruşturma araştırmasına ihtiyaç kalmayacağından savcı, kısa soruşturma aşamasının araştırma bölümünü atlayacak ve kısa soruşturma aşaması sonunda çıkaracağı sonucu yani zayıf isnadı ihtiva eden ve savcının ilksoruşturma açılmasını yazılı olarak istemesi demek olan talepnameyi sorgu hâkimliğine hemen veriyordu. Savcının talepnameyi vermemesi ve kısa soruşturma yapması hem dâvaları uzatacağından hem de sanığı hâkim teminatından yoksun bırakacağından, bir çare olarak sanığın sorgu hâkimine başvurabilmesi ve ondan bu yolda bir karar isteme hakkı kabul edilmelidir. Nitekim İtalya’da böyle bir imkânın kanunda öngörülmemiş olması, Anayasa Mahkemesince 1968 de Anayasaya aykırı görülmüş ve 1969 da kanun değiştirilerek sanığın sorgu hâkimine başvurması ve onun vereceği kararla ilksoruşturma yapılabilmesi kabul edilmiştir (CPPI 389) (*Galati, A: La phase préparatoire du procès pénal dans le système italien. RIDP 1985, s. 158*). Bu ihtimale de 1985 değişikliğine kadar ilksoruşturmanın mecburî olduğu işlerde rastlamaktaydık. 3) İlksoruşturma ihtiyarı ise ve savcı başlangıç soruşturması sonunda ilksoruşturmayı gerekli görürse, yani kısa soruşturma ile kovuşturmaya geçemeyeceğini hemen anlarsa yine talepname veriyordu. Bu ihtimal de bizde artık söz konusu değildir. 4) Kanun koyucu, sulhlük işlerde olduğu gibi, işin fazla önemli olmadığını ve kısa süreceğini önceden kestirip, ilksoruşturma yapılmamasını, yani iddianame ile dâva açılmasını mecburî kılmışsa, savcı iddianame vermek zorunda idi. İddianame savcının kovuşturma açılmasını yazılı olarak istemesi demek olduğundan, savcının kovuşturma açılmasını isteyebilecek duruma gelmiş olması da lâzımdır. İlksoruşturma istemek için zayıf bir isnat yettiği halde, kovuşturma açılmasını istemek için “kuvvetlice” yani “orta kuvvette” bir isnada kanun ihtiyaç gösterdiğinden, savcı zayıf isnadı orta kuvvete çıkarmak için bir araştırma yapmağa ihtiyaç duyabilir. Bu takdirde, ilk isnattan sonra kısasoruşturma yapılacak demektir. Ancak, ilksoruşturma yapılmaması mecburî olan işlerin pek çoğunda savcı, başlangıç soruşturması sonunda, sadece zayıf isnadı değil, fakat fazla olarak kuvvetlice bir isnadı da yapabilecek durumdadır. Bu takdirde, kamu dâvasını açmaya yer görür görmez, iddianamesini düzenler ve mahkemeye verir. Orta kuvvette isnadı yapmanın idareye verildiği hallerde idarenin belgesi iddianame yerine geçerdi. 1985’ten sonra sorgu hâkimliği kalmadığından, artık savcılar sadece iddianame ile dâva açmaktadırlar. Bunun için de savcının kovuşturma evresine geçmeyi isteyebilecek yani kuvvetlice bir isnat yapabilecek duruma gelmiş olması şarttır, fakat yeterli değildir. Bizde, 2005 öncesinde Almanlardan farklı olarak, ara soruşturma bulunmadığından ve iddianame ile, kovuşturma açılması kararı varmışçasına mahkemeye gidileceğinden, ilksoruşturmada sorsoruşturma açılmasını haklı görecektir durum gelindikten sonra, fakat açma kararı verilmeden önce yapılan işlemler de savcı tarafından yapılmalı, yani *bütün* deliller toplanarak iş olgun bir hale getirildikten sonra iddianame düzenlenmeli idi. 5) Soruşturma savcıya *kuvvetli* bir isnat yapma imkânını verebilir. Bu takdirde, sadece arasoruşturma atlanmayacak, kovuşturma evresinin duruşma hazırlığı bölümüne de ihtiyaç kalmayacağından iddianame ile doğrudan doğruya duruşma bölümüne geçilecektir. Bu ihtimale mülga meşhut suçların muhakemesinde rastlıyorduk.

³²⁵⁶ Hatırlatalım ki bizde ilksoruşturma 1985 de kaldırıldığından beri, talepname verme sonucu artık söz konusu değildir. Bu sonuçların başlangıç soruşturmasını sona erdirmemesi mümkündür. Meselâ talepname “ilksoruşturma gerekmez” diye reddedilirse savcı, sonuç çıkarma bölümüne dönüp iddianame düzenliyordu.

425. SORUŞTURMAMA, KOVUŞTURMAMA ve KOVUŞTURMAYA SON VERME KARARNAMELERİ.

I. Soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar.

Ön inceleme (No. 413-II) başlangıç şüphesini belirlemek amacı ile yapılır.³²⁵⁷ Devletin soruşturma evresini başlatma yetkisini doğuran *başlangıç şüphesi* öncesinde, ön inceleme yapılabilmesi için, somut olgulardan yola çıkılarak *indikatör* seviyesinde bir tehlikenin varlığı gerekir. Suç işlendikten sonra ortaya çıkan *başlangıç şüphesi*³²⁵⁸ (CMK 160/1), bir otomobilin kontak anahtarının çevrilmesi gibi, soruşturma evresini başlatır. Ancak, *somut olgulara dayanan ve basit nitelikteki bir şüphe derecesinin* oluşmasından önce de C. savcılığı ve polis tarafından yapılan *klasik araştırma işlemleri* vardır. Bu araştırmalar yapılmadan, *başlangıç şüphesi* oluşmaz. Somut olayda başlangıç şüphesinin mevcut bulunup bulunmadığını değerlendirme yetkisi savcındır. Başlangıç şüphesinin henüz tam olarak ve belirgin bir şekilde ortaya çıkmadığı durumlarda savcı ön inceleme yaparak durumu netleştirebilir.³²⁵⁹

Başlangıç şüphesi yoksa, soruşturma yapılmayacağını açıklamak üzere soruşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Aşağıda SYOK ve benzeri kararlar açıklanacaktır.

1. CMK 158/6'daki SYOK düzenlemesi.

Türk Hukuk uygulamasında bazen *inceleme* adı verilen bir *ön inceleme* yapılarak³²⁶⁰, soruşturma başlatılıp başlatılmamasına karar verilir. Ceza Muhakemesi Hukukunun temel ilkelerinden biri olan *re'sen araştırma ilkesi*" soruşturma evresinin başlamasından önce dahi, bu tür bir incelemenin yapılmasını zorunlu kılar. Ancak, yapılan incelemenin sonunda soruşturma açılıp açılmayacağı belli değildir. Bu aşamada *somut olgulara dayanan, mevcut bir basit başlangıç şüphesi* henüz yoktur. Sadece, yapılacak inceleme ve araştırmalar neticesinde, temelleri oluşabilecek, *araştırmaya değer nitelikte bir olay, şüpheli bir durum* vardır. Bunların hiçbiri, CMK'nın kabul ettiği şüphe kategorilerine girmediği için, ceza muhakemesinin soruşturma evresi başlamamıştır. Ancak, belli bir araştırmanın da yapılması gereklidir. Bu nedenle, ortaya, bu araştırmaların hangi organ tarafından yapılacağı sorunu çıkar.

Suçun işlenmesi, toplum için bir tehlike yarattığından, belli fiiller suç haline getirilmiştir. *Tehlikeyi*, yani suçun işlenmesini önlemek, kolluğun görevidir. Suçun işlendiği, *bu izlenimi veren haller* mevcut olduğu (CMK 160/1) belli ise, yani başlangıç şüphesi oluşmuşsa, iş artık C. savcısının hakimiyeti altına girmiştir. Fakat, henüz suç işlendiğini gösteren "somut olgular" yoksa ve bunların araştırma yapılarak var olup olmadıkları tespit edilecekse, yani "suçun işlenmesi tehlikesi" varsa, bu tehlikeyi önlemek ve bastırmak polis görevi olduğu için, bu incelemelerin polis tarafından kendiliğinden yapılması, Polis Hukukundan kaynaklanan bir görevdir. Tehlikenin "somut bir tehlike" olması gerekir.³²⁶¹

2. 4482 sayılı Kanundaki düzenleme.

Kamu Görevlilerinin Kovuşturulması hakkındaki Kanundaki düzenelemeye göre ...

³²⁵⁷ Ön inceleme ile, örgüt suçlarını kapsayan *önalan araştırmaları* (No. 413-I) arasında fark vardır (Roxin/Schünemann, 2009, sh. 289).

³²⁵⁸ *Anfangsverdacht; Artzt (Matthias): "Die verfahrensrechtliche Bedeutung polizeilicher Vorfelddermittlungen"*, Frankfurt a. M. 1999. Başlangıç şüphesi, bizim 1993 yılında yayınladığımız Hazırlık Soruşturması ve Polis kitabımızda belirttiğimiz gibi, kriminalistik verilere dayanan, somut, fakat basit, hafif bir şüphe derecesidir. Açık bir sanı veya kabul için, yani CMK 160 anlamında "suç işlendiği izlenimini vermek" için yeterli sayılmayan izler, somut vakıalar, "başlangıç şüphesini oluşturabilir (Özbek 2006, 160).

³²⁵⁹ Alman Hukukunda *JS* (şüphelinin kimliğinin bilinmemesi), *UJS* (şüphelinin bilinmemesi) ve *AR-Aktenzeichen* (şüphelinin bilinmesi, fakat koruma tedbiri uygulamak için gereken şüphe derecesine henüz ulaşılamamış olması hali) kısaltmaları ile ifade edilen ön incelemeler yapılmaktadır (Roxin/Schünemann, 26. Aufl. 2009, sh. 288).

³²⁶⁰ *Vorermittlungen; Keller/Griesbaum: NStZ 1990, 417; Walder: ZStW 95, 1983, 869; Vorfelddermittlungen: SK-Wolter: vor § 151 Rn. 156; Initiativermittlungen: RiStBV, Anl.E Nr. 6, Schroeder, Strafprozessrecht, Rn. 84; Artzt 1999, 1.*

³²⁶¹ *Konkrete Gefahr: "Als Gefahr wird ein Zustand bezeichnet, der nach verständiger, auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhender Beurteilung in näherer Zeit bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwertenden Geschehens den Eintritt eines Schadens für die öffentliche Sicherheit und Ordnung erwarten lässt."*: (Württemberg/Heckmann/Riggert: Polizeirecht in Baden-Württemberg, Rn. 278; Artzt 1999, 10).

3. 2547 sayılı kanundaki düzenleme.

YÖK kanunundaki ..

4. Diğer Kanunlardaki düzenleme.

Yukarıda belirtilen Kanunlar dışında da düzenleme yapan Kanunlar vardır. örneğin ...

II. Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar.

1. KYOK'un niteliği.

Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar (CMK 172) kovuşturmaya yetkili makamın kovuşturmaya başlamayacağını, yani başlangıçta şüphelendiği kişiye hiç suç isnat etmeyeceğini bildiren yazılı işlemdir. Soruşturma evresi kovuşturmaya yer olmadığı kararı (CMK 172) verilmesine veya *iddianamenin kabul edilmesine* kadar (CMK 175) devam eder. Savcı soruşturma evresinin sonunda mütalaasını hazırlarken, dosyadaki olayın durumunu takdir etmek yetkisine sahiptir. Kamu dâvası açmağa yer olduğunu veya olmadığını bizde³²⁶² savcı tayin eder; Adalet Bakanı artık³²⁶³ bu konuda bir karar veremez.³²⁶⁴

Kamu dâvası açmaya yer olup olmadığına, bir başka söyleyişle kovuşturma yapıp yapmamaya karar vermek için yapılan başlangıç soruşturmasının sonunda, savcı kamu dâvasını açmaya yer olmadığını anlarsa, kamu dâvasının açılmasına yer olmadığına, bir diğer söyleyişle, *kovuşturmamaya* karar verecektir. Kısasını seçtiğimizden ve karar yerine kararname denilmesini uygun bulduğumuzdan (No. 424), başlangıç soruşturması sonunda verilen bu karara *kovuşturmamaya kararname* adını vermiştik.³²⁶⁵ Ceza Muhakemesi Kanunu ise, *soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar* (CMK 158/6) ve *kovuşturmaya yer olmadığına dair karar* (CMK 172) adı altında iki kararname düzenlemiştir.³²⁶⁶

Başlangıç soruşturmasının başlarında doğan şüphe ihtimalinin kuvvetlenip yeterli şüphe haline gelmesi halinde “kamu dâvası açmağa yer vardır” denilecek, aksi takdirde, *kamu dâvası açmak yersizdir* hükmüne varılacaktır.

³²⁶² Bazı memleketlerde kovuşturamama kararını savcının vermesi kabul edilmemiştir. Meselâ 1930 tarihli İtalyan Kanununun verdiği bu yetki, 1944 yılında faşizmin yıkılmasından sonra, savcının elinden alınmış ve bir teminat olmak üzere hâkime verilmiştir (*Frosali*, IV, 170). Asliyelik ve ağır cezalı işlerde savcının kovuşturamama kararı verilmesi talebini sorgu hâkimi kabul etmezse ilksoruşturma yapabilir. Sulhlük işlerde sulh hâkimi kendiliğinden kovuşturamama kararı verebilmektedir, fakat bu karar da savcıyı bağlamamaktadır (*Foschini*, II, 101). Kantatımızca bizdeki kovuşturma dâvası daha işler bir hale getirilirse, kovuşturma konusunda bir hâkim karar verdiğiinden, aynı teminat sağlanmış olacaktır.

³²⁶³ 2004 öncesinde “kamu dâvası açmağa yer vardır” hükmünü vermeğe, Adalet Bakanı da yetkili idi (No. 228). Bakan kovuşturma yapması için savcıya emir verebiliyordu. CMUK 148. maddede dâva açma için emir vermektен söz ediliyorsa da, dâva açmadan önce kısa soruşturma yapmak gerekebileceğinden, yani savcı önce kovuşturmaya başlayacağından, dâva açma emri aynı zamanda kovuşturma emri mahiyetinde idi. Üst savcı da nezaret ve murakabe yetkisine dayanarak, asliye savcısına dâva açma emri verebiliyordu (No. 234). Adalet Bakanının kovuşturma yapması için savcıya emir verme yetkisi (CMUK 148) 2004 yılında kaldırılmıştır. Bu yetki yeni CMK'ya da dahil edilmedi.

³²⁶⁴ Savcının takdir yetkisi üçe ayrılır: i) Soruşturma evresinde elde edilen şüphe sebeplerinin kamu davası açmak için *yeterli şüphe sebebi oluşturacak delil* olup olmadığını takdir, ii) Kamu davası açmada kamu yararı bulunup bulunmadığını takdir, iii) Soruşturma konusu olayda suç unsuru olup olmadığını takdir. Cumhuriyet savcısının takdiri *kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilemediği için iddianame düzenlenmeyeceği* yönünde ise, kovuşturmaya yer olmadığına karar verir (CMK 172/1).

³²⁶⁵ Mülga Kanunda savcının takibata yer olmadığına karar vereceğinden söz edilmekte (CMUK “1985-3206” 164) ise de, uygulamada, hatta doktrinde buna kısaca ademî takip kararı veya takipsizlik kararı yani kovuşturamama kararı denilmektedir. Kanunumuz, hazırlık soruşturmasını sanıklı veya sanıksız diye veya diğer söyleyişle başlangıç soruşturması ve kısa soruşturma olarak ikiye ayırmadığından, başlangıç soruşturması sonunda verilecek karar ile kısa soruşturma sonunda verilecek karar kanunda farklı değildir. Ancak kısa soruşturma sonundaki karara dâva açmama kararı yahut kovuşturmaya son verme kararı denilirse, arasındaki fark meydana çıkacaktır. 164. maddedeki karar, daha çok, kısa soruşturma sonunda verilen karardır, zira mehzada “takibata mahal olmadığına karar verilir” tabiri bulunmayıp “takibata son verilmesine karar verilir” denilmektedir. Bundan da, savcının evvelce yapmış olduğu isnadı terk ettiği manası çıkarılmaktadır (*Daguin*: Code, m. 168, not 4).

³²⁶⁶ Mülga Kanun, yeni Kanun gibi “kovuşturamama kararname” ve “kovuşturmaya son verme kararname” ayrımı yapmadan, ikisine de *takibata yer olmadığı kararı* demektedir (CMUK “1985.3206” 165). *Soruşturmaya yer olmadığı kararı* CMUK'ta hiç ele alınmamıştır. CMK'ya ise sonradan girdi.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararı *suçtan zarar gören ile önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye* bildirilir (CMK 172/1, cü.2).³²⁶⁷ Soruşturma evresinde *şüpheliye suç yükleyen bir işlem* yapılmış, mesela tutuklanması veya sorguya çekilmesi istenmiş, uzlaşma teklif edilmiş veya kamu davasının açılması ertelenmiş ise, bu işlem ile *kısa soruşturma* başladığı için, bu aşamadan sonra kamu davası açılmayacağı anlaşılırsa, bizce *kovuşturmaya son verme kararname* (No. 444) verilmelidir. Ceza Muhakemesi Kanunu *başlangıç soruşturması* ve *kısa soruşturma* ayrımı yapmadığı için, soruşturma evresinin sonunda verilen ve dava açılmasını kapsamayan bütün kararlara *kovuşturmaya yer olmadığı kararı* adını vermiştir (CMK 171).

2. Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilebilen haller.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararı (CMK 172/1), soruşturma sonunda kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi (a) veya (hukuki mesele bakımından işin takibe değer görülmemesi, ceza sorumsuzluğu, muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi veya davayı düşüren sebeplerin mevcut bulunması gibi hallerde) kovuşturma olanağının bulunmaması (b) hallerinde verilebilir. CMK 172 dışında da KYOK verilebilen haller vardır (c).

a) Kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi.

Kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilmemiş olduğu için iddianame düzenlenmeyeceği anlaşılırsa, Cumhuriyet savcısı *kovuşturmaya yer olmadığına* karar verir.³²⁶⁸ Kanun savcının kamu davası açmaması için iki temel neden göstermiştir: İlki maddi mesele bakımından yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi, ikincisi kovuşturma olanağının bulunmaması (CMK 172/1).

Failin meçhul kalması hali dışında kovuşturmaya yer olmadığı kararı; a) maddi mesele bakımından, b) hukuki mesele bakımından, c) kamu davasının takdiriliği sisteminin uygulandığı hallerde, ç) uzlaşma veya önödeme gerçekleştiğinde ve d) kovuşturmanın yabancı devlete aktarıldığı hallerde verilebilir.

Fiilin suç teşkil etmediği henüz soruşturma evresinde anlaşılabilir. Yetkili makamlara duyurulan suç haberinin asılsız olduğu anlaşılıp, başka bir deyişle “yeterli şüphe sebebi” bulunamamış olabilir.

b) Kovuşturma olanağının bulunmaması.

Hukuki mesele bakımından da KYOK verilebilir. Örneğin ceza muhakemesi şartının gerçekleşmemesi hukuki mesele bakımından KYOK verilebileceği hallerden biridir. Ceza muhakemesi şartının gerçekleşmeyeceği anlaşılırsa soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı “kovuşturmaya yer olmadığına dair karar” (CMK 172) verir. Muhakeme şartı gerçekleşmemişse kovuşturma yapılması açısından bir “engel” oluşmuştur. Bu engel kalıcı nitelikte ise mahkeme esas hakkında bir karar veremez. İddianamenin kabulü aşamasında mahkeme “iddianamenin iadesi kararı” (CMK 174) verilir. Bunun dışında fiilin suç olmaktan çıkması veya diğer düşme sebeplerinin (TCK 64 vd.) gerçekleşmesi de kovuşturma olanağını ortadan kaldıran nedenlerdir. Ayrıca Kanunun kamu davası açmada Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi verdiği hallerde (CMK 171/1 ve 2 vd.) ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi halinde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilebilir.

Uzlaşma sonucunda şüpheli edimini bir defada yerine getirirse hakkında *kovuşturmaya yer olmadığı kararı* (CMK 172) verilir (CMK 253/19). Yeni delil meydana çıkıp suçun hukuki tavsifi değişmedikçe, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz.

TCK 75/1 uyarınca ön ödemeye tabi suçlarda şüpheli Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligat üzerine belirlenen adli para cezasını on gün içinde öderse kamu davası açılmaz, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir.

³²⁶⁷ Önceki Kanun döneminde ise; takipsizlik kararı, evvelce sorguya çekilmiş veya tutuklama müzekkeri verilmiş sanığa, suçtan zarar gören şikayetçiye ve kamu davası açılması için dilekçe veren kimseye bildirilirdi (CMUK 164).

³²⁶⁸ Örneğin muhakeme şartının gerçekleşme imkânı bulunmadığı için kovuşturma olanağı bulunmadığı anlaşılırsa aynı karar verilir (CMK 172/1). Fakat tersi olur ve başlangıçtaki, şüphelinin *suç işlediği hakkındaki izlenim* (CMK 160) yapılan araştırmalarla desteklenir ve yoğunlaşırsa, sıra kamu davası açmak için iddianame düzenlemeye gelir.

Kovuşturmama kararnameşi verilmesinin sebebi, sadece *şüphenin kuvvetlenmemesi*, kanunun tabiri ile *kamu dâvasının açılması için yeterli delil*³²⁶⁹ bulunmaması değildir. Yargılanacak uyuşmazlığın maddî meselesinin yanında hukukî meselesi de vardır. Bu hukukî mesele bakımından da kovuşturmama gerekebilir. Ceza Muhakemesi Kanunu, *kovuşturma olanağının bulunmaması hali* demiştir (CMK 172/1).³²⁷⁰ Bu hallerin başında *ceza sorumsuzluğu* vardır. Suç hukukunca düzenlenen *suça tesir eden sebepler* ve *dâvayı düşüren sorumsuzluk sebepleri* ile Muhakeme Hukukunun düzenlediği *muhakeme şartlarının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması halleri* de diyebileceğimiz *dâvayı düşüren sebepler* de bu haller arasındadır.

c) Diğer KYOK halleri.

Uzlaşma (No. 431) sağlanması (CMK 253), önödemenin gerçekleşmesi (No. 432), kamu davasının açılmasının ertelendiği durumlarda da (No. 434), erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, *kovuşturmaya yer olmadığı kararı* verilir (CMK 171/4). Bu ve kolluğun ceza kararnameşinin ödenmesi hali gibi hallerde, *isnat yapılmış ve kovuşturma başlamış olduğundan*, bizce kovuşturmaya yer olmadığı değil, *kovuşturmaya son verme kararı* (No. 444) söz konusudur. Buna karşılık, başka bir Devletten kovuşturma yapmasını istemek için kovuşturma hakkından vazgeçilmesinde *kovuşturmama kararı* verilir.³²⁷¹

3. Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın “kesin hüküm” etkisi.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir, kesinleştikten sonra aynı fiilden dolayı kamu davası açılması yasaklanmıştır (CMK 172/2). Karara iki hafta içinde itiraz edilebilir (CMK 173/1) ve itiraz reddedilirse (CMK 173/6), bu sefer de yargılama makamının kesinleşmiş bir kararı bulunduğu için, aynı fiilden dolayı kamu davası açılması gene yasaktır.

Bu gibi hallerde kamu davası açılması yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilir ve bu hususta sulh ceza hakimliğince bir karar verilirse, ancak o zaman kamu davası açılabilir. Buna *muhakemenin dirilmesi* adını veriyoruz.

4. Yakalanan şüphelinin KYOK sonrası tazminat isteme hakkı.

Kanuna uygun yakalandıktan ve tutuklandıktan sonra mahkemece beraat ettirilen veya kovuşturma açılmayan kişi tazminat isteyebilir (CMK 141/1-e): Kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz süresinin dolması (CMK 172), itirazın reddedilmesi (CMK 173) halinde veya beraat kararının (CMK 223/2) kesinleşmesi durumunda, “kanuna uygun” olarak yakalanan veya tutuklanan kişi *bir gün* dahi olsa özgürlüğü kısıtlanmış olacağından, tazminata hak kazanır.

426. KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞINA DAİR KARARIN ORTADAN KALDIRILMASI.

I. Geri alma suretiyle ortadan kaldırma.

Cumhuriyet savcılığı ve savcının hukuki konumu adli-idari bir yapı olduğu için, kovuşturmaya yer olmadığı kararı *idari bir karar* olarak kabul eden bir sistemde savcı, ilgilinin isteği üzerine yahut kendiliğinden kararını geri alıp (No. 294) kovuşturma yapabilir ve sonunda kamu dâvası açabilir.³²⁷² Bu

³²⁶⁹ Burada da “delil” sözcüğü yersizdir. Çünkü önsoruşturmada delilden değil, *şüphe sebebinden* söz edilebilir. Nitekim Alman kanunu, delillerin değil, maddî olaya ilişkin araştırmaların kamu dâvasının açılması için yeterli olup olmamasına bakmaktadır (StPO § 170). Bizde de 1985 değişikliğine kadar yapılan hazırlık soruşturmasının kamu dâvasının açılmasını haklı göstermeğe yetip yetmediğine bakılıyordu.

³²⁷⁰ Mülga Kanun bunu *keyfiyetin takibe değer görülmemesi hali* diye ifade etmişti (CMUK 164).

³²⁷¹ Aktarma sözleşmesi yürürlüğe girdiğinden, onaylanan bir Devletten kovuşturma yapmasını istemek için suç isnat etmek yani kovuşturmaya karar vermek gerekecektir. Ancak bu karar verilir verilmez aktarma istendiğinden, kovuşturma ile ilgili hiçbir işlem yapılmadığından, kovuşturmanın henüz başlamadığı söylenebilecektir. Sözleşme de bu yolu tutmuştur (CMKAAS 3). Diğer taraftan, başka Devletten kovuşturma yapmasını istemek yetkisi Adalet Bakanlığına verildiğinden, kovuşturmama kararnameşi bakanlığın istemesinden sonra verilmelidir.

³²⁷² Müsnet emniyeti suiistimal suçundan açılmış bir dava ve kesinleşmiş bir hüküm bulunmadığı gözetilerek, yargılamaya devamlı sonucuna göre hüküm tesisi gerekirken, C. Başsavcılığının takipsizlik kararı esas alınarak kamu davasının reddi usul ve yasaya aykırıdır (11 CD. 17.11.2000, E. 2000/5091, K. 2000/5185).

sistem, CMUK 148'de yer bulmuştu: savcı takipsizlik kararını zamanaşımı doluncaya kadar kaldırıp soruşturmaya başlayabiliyordu. Bunun yanında, mülga Kanun dâva açılmasını isteme yetkisini Adalet Bakanına³²⁷³ ve valiye de vermişti. Ceza Muhakemesi Kanunu bu yolu kapatmıştır.

II. İptal suretiyle ortadan kaldırma.

Kanun, kovuşturma yapılmak gerekirken yapılmaması halinde, bu aykırılığı gidermek için, başka bir sùje tarafından aykırı işlemin ortadan kaldırılması demek olan *iptal* (No. 294) çaresini öngörmüştür. Kanunda açıkça iptalden söz edilmemiş olsa da savcıya *dava aç* diye emir verilmesi, kovuşturmaya yer olmadığı kararının iptal edildiğini dolaylı olarak göstermektedir. İptal iki yolla sağlanabilir: kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz (1.) ve halen bizde mevcut bulunmayan, Adalet Bakanına başvuru yolu (2.).

1. Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz (kovuşturma davası).

a) Terminoloji meselesi.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararının ortadan kaldırılması için iki hafta içinde itiraz edilebilir (CMK 173), yani *kovuşturma davası* açılabilir. Bu başvurma, bir uyuşmazlığın çözülmesi için yargılama makamına müracaat olduğundan, bir *dâvadır* ve talî ceza dâvalarından biridir. Ferde dava açma yetkisinin verilmesi, şüpheliye suç isnat etmesinin kabulü demektir. Bu nedenle, soruşturma evresinin şüphelisi bizce bu istem ile sanık durumuna girer (No. 98).

Bu dâvaya kanunumuz hatalı olarak *itiraz* adını vermiştir. İtiraz bir kanun yolu dâvasıdır, yani ikinci bir dâva olup daha önce bir yargılama makamının karar vermesini ve bunun için de birinci dâvanın açılmasını gerektirir. Hâlbuki burada, daha önce karar veren savcılık, yargılama makamı değildir. Daha önce aynı konuda bir başka dâva açılmamıştır. İlk defa yargılama makamına başvurulmaktadır. Bu nedenle, Kanunda “itiraz” adı verilen bu davaya “kovuşturma dâvası” adını verilmelidir. Ancak, Kanunda yer alan terminolojiyi göz ardı edemediğimizden, açıklamalarımızda *itiraz* kelimesini kullanacağız.

b) Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edilebilen ve itiraz edilemeyen haller.

Genel kurallara göre verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararına şüpheli itiraz edemez, bu yol suçtan zarar gören kişiye açıktır (CMK 173/1). Beraat kararını sanığın temyiz edememesi gibi, şüpheli de kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı da şüpheli itiraz edemez.³²⁷⁴ Mülga Kanuna göre, ceza dâvası açılması için savcılığa dilekçe vermiş olan kimse, aynı zamanda suçtan zarar gören kimse ise³²⁷⁵,

³²⁷³ *Adalet Bakanına başvurma*. Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda 2004 yılındaki değişikliğe kadar, kamu davası açılması için Adalet Bakanına başvurma (CMUK 148/3) mümkündü. Önce kovuşturma davası açılmış ve reddedilmişse, yargı bulunduğu için, Adalet Bakanına başvurulamazdı. Bu emrin verilebilmesi için, ortada yargı halini almış bir karar olmamalıdır. Bu demektir ki, önce kovuşturma dâvası açılmış ve reddedilmişse, artık bakana da başvurulamazdı. Kamu dâvasının açılmasını kendi illeri içindeki savcılardan isteyebilen valiler de, savcılar bu istekleri kabul etmedikleri zaman, gerekçe kendilerini tatmin etmemişse Adalet Bakanına başvurabilirlerdi (CMUK 148/4). Yeni kanun bu hükmü almadı.

³²⁷⁴ Ceza Genel Kurulu'nun 12.04.2011 tarih ve 54 sayılı kararında da bu görüş kabul edilmiştir.

³²⁷⁵ 1985 değişikliğinden önce kovuşturmama kararname, 164. madde uyarınca, bu konuda yani ceza dâvası açılın diye dilekçe vermiş olan kişiye bildiriliyor ve o da 165. madde uyarınca aynı zamanda suçtan zarar gören kişi ise bu “karar”a “itiraz” edebiliyor, daha doğrusu kovuşturma dâvası açabiliyordu. 1985 değişikliğinde bu kararnamenin sanığa bildirilmesinin kabulü isabetlidir. Sayılan iki hal dışında da sanık bulunabileceği, bunlara da bildirme gerekeceği gözden kaçmışsa da bunlar hem sayıca azdır, hem de bu boşluk akıllı bir uygulamayla doldurulabileceğinden üzerinde fazla durmağa değmez. Asıl önemli nokta şudur: Kanun şimdi, sanıktan başka, 1) suçtan zarar gören şikâyetçiye ve 2) dâva açılması talebi ile dilekçe veren kişiye de bildirmekten söz etmektedir (CMK “1985-3206” 164). Ancak itiraz yetkisi “aynı zamanda suçtan zarar gören şikâyetçi” tanınmıştır (CMK “1985-3206” 165/1). Bundan maksat nedir? Gerekçede yer alan “sadece şikâyet dilekçesi verenlere değil, suçtan zarar gören her şikâyetçiye itiraz hakkı tanınmak suretiyle hakkın kullanılmasına genişlik getirilmiştir” sözlerini anlamakta güçlük çektiğimizi itiraf edelim. Bir kere, şikâyetçinin suçtan zarar görmemiş olmasına imkân yoktur. Suçtan zarar görmeyenin dâva açılmasını istemek ancak “ihbar”ı oluşturur. Diğer taraftan, şikâyet dilekçesi verenden farklı olarak ele alınan “suçtan zarar gören her şikâyetçi” tâbiri ile şikâyet dilekçesi vermemiş fakat verebilecek durumda olan suçtan zarar görenin kasdedildiğini söylemeğe de imkân göremiyoruz. Çünkü böyle bir kişiye şikâyetçi denilemez. Son olarak, suçtan zarar görmediği için durumu haber verenden öteye geçmeyen “ceza dâvasının açılmasını dilekçe ile istemiş olan kişi”ye yani eski metindeki tâbirle “müstedî”ye, düne kadar tanınmış olan itiraz yetkisinin geri alınması ve bunun sadece şikâyetçiye tanınması için de haklı bir sebep göremiyoruz. Bu nedenledir ki 165. maddedeki “şikâyetçi” terimini, hem gerçekten şikâyet dilekçesi

kovuşturamama veya kovuşturamaya son verme kararnamesinin kendisine tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde bu kararı veren savcının mensup bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesinin başkanlığına başvurabiliyordu (CMUK 165/1). Ceza Muhakemesi Kanunu aynı hükmü korudu, ancak, “savcılığa dilekçe vermiş olma” koşulunu kaldırarak, mağdur haklarını güçlendirdi. Burada *zarar gören* terimi, suçların cezasız kalmaması için, geniş yorumlanmalıdır.

Ancak, *cezayı kaldıran şahsi sebep* olarak kabul edilen etkin pişmanlık³²⁷⁶ halleri ile *şahsi cezasızlık*³²⁷⁷ sebebinin varlığı halinde uygulanan *takdirilik sisteminin* geçerli olduğu halde verilen kovuşturamaya yer olmadığı kararına (CMK 171/1) suçtan zarar gören kişi de itiraz edemez (173/5).

Buna karşılık, takdirilik sistemi içinde verilmesine rağmen, *kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına* hem şüpheli hem de suçtan zarar gören kişi itiraz edebilir (CMK 171/2, cü.2). *Uzlaşmaya tabi suçlarda verilen kovuşturamaya yer olmadığı kararı* da itiraz edilebilen (CMK 253/19 ve 23) kararlardandır.³²⁷⁸

c) Dilekçenin içeriği ve inceleyecek makam.

Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde savcının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliğine verilecek olan dâva dilekçesinde, dâvanın dayanakları, yani dâvanın açılmasını haklı gösterecek sebepler beyan edilir, olaylar ve deliller belirtilir (CMK 173/2). Mülga Kanunda dilekçenin, o yerde avukat veya dâva vekili varsa, onlar tarafından imzalanması mecburiyeti vardı (CMUK 165/2);³²⁷⁹ bu yetki dâva gerekip gerekmediğini belirlemek üzere dosyanın incelenmesi amacı ile kabul edilmişti.³²⁸⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu bu hükmü almadı. Mülga Kanun masrafların ödenmemesi tehlikesinden korunmak için, davacıdan teminat istenebilmesi de kabul etmişti: Başkanın verdiği süre içinde teminat yatırılmazsa, dâva geri alınmış sayılırdı (CMUK 169). Ceza Muhakemesi Kanunu, haksız yere itiraz eden *giderlere mahkûm etmeyi* kabul etti ise de (CMUK 173/3), *teminat yatırmayı* almadı.

İtirazı inceleyecek olan yargılama makamı zaman için çok değişiklik görmüştür. Halen yürürlükte olan metinde, kovuşturamaya yer olmadığı kararını veren savcının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliği görevli kılınmışken, önceleri en yakın ağır ceza mahkemesinin başkanı görevli idi.

ç) İncelemenin yapılması.

Sulh ceza hâkimliği kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görürse hangi husus hakkında soruşturma yapılmasını istediğini açıkça bildirerek, o yer Cumhuriyet Başsavcılığından talepte bulunur. Duruşmasız yapılan inceleme sonunda sulh ceza hâkimliği istemi yerinde bulursa kararını ve

vermiş kişiyi hem de eski metinde olduğu gibi ceza dâvası açılıns diye ihbar dilekçesi vermiş kişiyi içine alacak şekilde, yani madde değişmemişesine yorumlamaktan başka çare göremiyoruz.

³²⁷⁶ Ceza Kanununda “*cezayı kaldıran şahsi sebep*” olarak kabul edilen etkin pişmanlık halleri şunlardır: organ ve doku ticareti suçu TCK 93, imar kirliliğine neden olma suçu TCK 184/2, uyuşturucu madde suçu TCK 192, sahtecilik suçları TCK 201, örgüt kurmak suçu TCK 221, rüşvet suçu TCK 254, yalan tanıklık suçu TCK 274.

³²⁷⁷ *Şahsi cezasızlık sebebi* öngörülen hükümler şunlardır: TCK 22/6, 167/1, 273/1, 281/1, 283/3 ve 284/4.

³²⁷⁸ Taksirle yaralama suçundan dolayı Karacabey C. Başsavcılığı kovuşturamaya yer olmadığı kararı vermiştir. Bu karara karşı yapılan itiraz üzerine, Yalova ağır ceza mahkemesi, “İlgili C. savcısı tarafından müştekinin kati raporunun alınması ve uzlaşma yoluna gidilmesi ve soruşturmanın genişletilmesi” gerekçeleri ile, itirazı kabul etmiştir (CMK 173/4). Kesin olan bu karara karşı Adalet Bakanlığı, soruşturmanın genişletilmesi gerektiğinde ağır ceza mahkemesi başkanının o yer sulh ceza hakimini görevlendirebileceği, soruşturmanın genişletilmesi gerekçesi ile, itirazın kabul edilemeyeceğini ileri sürerek, kanun yararına bozma (CMK 309) yoluna başvurmuştur. 9. CD, 13.5.2006 tarih ve 2246 karar numaralı kararında; uzlaşmaya tabi bir suçta uzlaşma denemesi yapılmadan kovuşturamaya yer olmadığı kararı verilemeyeceği gerekçesi ile, istemi kabul etmemiştir.

³²⁷⁹ *Erem*, n. 109; k-m: *Kantar*, 173. İstanbul Komisyonunun metnine göre, dilekçenin muhakkak avukat veya dâva vekili tarafından imzalanması gerekiyordu. Sonradan “varsa” kelimesinin ilâve edildiği görülmektedir. Bizce bundan maksadın, o mahalde avukat veya dâva vekili varsa demek olduğu açıktır. *Kantar*’ın kabul ettiği gibi, itiraz edenin avukatı yoksa kendisi imzalayacak, varsa ikisi beraber imzalayacaksa, avukata imzalatmanın mânâsı kalmaz. İtirazın ciddi olması için kanun adamına imzalatılması prensibinden, ancak o mahalde kanun adamı olmaması gibi zaruret halinde ayrılmağı kabul etmek bize daha mantikî gelmektedir.

³²⁸⁰ *Erem* bu yetkiyi şikâyetçiye kayıtsız şartsız tanımaktadır (n. 109).

dosyayı Cumhuriyet Başsavcılığına geri gönderir. Bu durumda ilgili Cumhuriyet savcısının iddianame düzenleyerek mahkemeye vermesi mecburidir (CMK 173/3-4).

Yargıtay'ı uzun süre uğraştıran bir sorun, incelemenin kapsamı olmuştur. Soruşturma evresinde eksik araştırma yapıldığı anlaşılırsa, bunun tamamlanması için savcıya geri gönderme mi, yoksa bizzat mı araştırma yapılması gerektiği konusu tartışılmıştır. Sulh ceza hakimliği dosyayı getirtebilir ve bir diyeceği varsa bildirmesi için bir süre tayin ederek dilekçeyi sanığa tebliğ edebilir.³²⁸¹ Başkan kararını vermek için soruşturma işlemlerine lüzum görürse, hangi husus hakkında soruşturma yapılmasını istediğini bildirerek, o yer sulh ceza hâkimini görevlendirebilir (CMK 173/3).³²⁸²

Soruşturmanın genişletilmesine gerek duyulması halinde, öncelikle bu eksik işlemler yaptırılıp sonucuna göre, itirazın kabulüne veya reddine karar verilmesi gerekir. İtirazın kabulü ile takipsizlik kararının kaldırılmasına karar verildikten sonra, soruşturmanın genişletilmesi için sulh ceza hâkimi görevlendirilemez.³²⁸³

d) Verilebilen kararlar.

Duruşmasız yapılan muhakeme sonunda kamu dâvasının açılması için yeter sebep bulunmazsa, başkan dâvayı reddeder ve keyfiyeti davacıya, savcıya ve şüpheliye bildirir (CMK 173/3). Bu ret kararı bir *yargı* niteliğindedir³²⁸⁴, zira yeni deliller ve yeni olaylar olmadıkça ve önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan ağır ceza mahkemesi başkanının bu hususta kararı yoksa (CMK 173/6), kamu dâvası açılmaz.

e) Cumhuriyet savcısının karar sonrası yapması gereken işlemler.

Başkan dâvayı haklı bulursa, kamu dâvasının açılmasına karar verir.³²⁸⁵ Savcı bu kararı yerine getirmeye, yani dâvayı açmaya mecburdur. Bu mecburiyet, iddianame vermekle yerine getirilir (CMK 173/4). Savcının mecburiyeti dâvayı açmakla sona erer. Bundan sonraki mütalâalarında serbest olacağı şüphesizdir.

“Başkanın istemi yerinde bulması”, artık “kamu davasının açılmasına karar vermesi” (CMUK 168) anlamını, taşımamaktadır. Eski Kanun döneminde, dilekçenin haklı ve varit bulunması halinde, kamu davası açılması kararı da verilmesi gerekiyordu. Vermeme bozma nedeni idi.³²⁸⁶ Ceza Muhakemesi Kanununun sisteminde iddianame düzenlendikten sonra esasa bakacak olan mahkemenin iddianamenin kabulü veya iadesi kararı verme hakkı vardır (CMK 175). Savcının mecburiyeti davayı açmakla sona erer. Ancak bundan sonraki mütalâalarında serbesttir. İtirazın kabulü kararı “kamu davasının açılması kararı” niteliği taşımaz. Cumhuriyet savcısı tarafından iddianame düzenlendikten sonra esasa bakacak olan mahkemenin iddianamenin kabulü veya iadesi kararı verme hakkı varsa da esas mahkemesi CMK 173/4 uyarınca hâkim kararı ile düzenlenmesi uygun görülen bir iddianameyi iade etmemeli, sulh ceza hâkimliğinin davanın açılması yönünde verdiği kararın *otoritesini* kabul etmelidir.

Esas mahkeme CMK 173 uyarınca yargı kararı ile açılması uygun görülen bir iddianameyi iade etmemelidir. Nasıl, en yakın ağır ceza mahkemesinin verdiği itirazın reddi kararından sonra, o mahkeme

³²⁸¹ Dosyanın otomatik olarak gönderilmesi yolundaki Peters'in önerisine (Yenisey: I, n. 59a) katılıyoruz. Diğer taraftan, diyeceğinin sanıktan sorulması da, eğer kamu dâvasının açılmasına karar verilecekse mecburî olmalıdır. Bu görüşte olan *Yenisey* Almanya'daki uygulamanın bu yolda olduğunu bildirmektedir (I, n. 580).

³²⁸² Yargıtay soruşturma eksikliklerinin Cumhuriyet Başsavcılığına tamamlattırılmasını, CMK 173/3 maddeye uygun bulmamakta, sulh ceza hakimine tamamlattırılmasını kabul etmektedir (8 CD 12.5.2008, K. 2008/5420. Aynı doğrultuda; 9 CD 9.6.2008, 2008/7456).

³²⁸³ 2. CD 18.12.2006, K. 2006/20391.

³²⁸⁴ k-m: *Erem*, n. 109.

³²⁸⁵ Buradaki “itiraz” kanun yolu olan itiraz olmadığından, mercii işin esasına da karar verecek değildir. Açma kararı vermek, açma demek değildir. Açma işi savcıya aittir (5. CD 1/6/65 *Çağlayan* “66” II- 121, 6. CD 15/7/70 *Çağlayan*, AdD 71/5, 265; 4. CD 22/4/74 YKD 75/7, 110).

³²⁸⁶ 8 CD. 17.1.2005 K. 3.

karar vermedikçe aynı konuda yeni bir dava açılmıyorsa, davanın açılması yönünde verdiği kararın da *otoritesi* kabul edilmelidir.

f) *KYOK itirazının reddi kararı.*

Yapılan incelemede kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa sulh ceza hâkimliği itirazı reddeder ve dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı itiraz edene ve şüpheliye bildirir (CMK 173/3). Bu ret kararı bir *yargı* niteliğindedir, zira kovuşturmayaya yer olmadığı kararına yapılan itiraz sulh ceza hâkimliğince reddedildikten sonra, aynı şüpheli hakkında aynı fiilden dolayı CMK 172/2'deki koşullar yoksa kamu davası açılması yasaktır (CMK 173/6).

g) *Aynı soruşturmanın tekrar açılmaması.*

İtiraz edilmediği veya itiraz reddedildiği takdirde, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı ilk verildiği andan itibaren kesin hüküm etkisine sahip olur, yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ve sulh ceza hâkimliğince kamu davası açılması kararı verilmedikçe, aynı fiilden dolayı aynı kişi hakkında kamu davası açılmaz (CMK 172/1).

“Kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara” ilişkin sulh ceza hâkimliğine yapılan itiraz reddedilirse aynı fiilden dolayı kamu davası açılabilmesi için 172/2. fıkrası uygulanacaktır (CMK 173/6). Buna göre sadece yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilir ve bu hususta sulh ceza hâkimliği tarafından karar verirse kamu davası açılabilir (CMK 172/2). Bu durumda ilk verilen KYOK ile itiraz edilen ve sulh ceza hâkimliği tarafından yerinde bulunan KYOK arasında fark kalmamıştır.

2. *Etkin soruşturma yapılmadan verilen KYOK.*

Kanun sadece kovuşturma evresindeki kesin hükümden sonra yeni delil veya olay çıkmasını düzenlemiş ve bu olağanüstü kanun yoluna “muhakemenin yenilenmesi” adını vermiştir. Soruşturma evresinde sona eren bir işin tekrar ele alınmasına biz “muhakemenin dirilmesi” adını veriyoruz.

Bu yol 2013 yılında 6459 sayılı Kanun ile CMK 172'ye eklenen 3. fıkra ile hukuk hayatımıza girmiştir. Etkin soruşturma yapılmadan verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararları üzerine, AİHM tarafından ihlal kararı verildiğinde yeniden soruşturma açılması sağlanmıştır: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin etkin soruşturma yapılmadığını tespit eden ihlal kararı verdiği hallerde, bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde talep edilmesi durumunda otomatik olarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararının kalkması hükme bağlanmıştır (CMK 172/3).³²⁸⁷

Etkin soruşturma yapılmadığı, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru sonunda anlaşılırsa Anayasa Mahkemesi de soruşturmanın yenilenmesine karar vermektedir. CMK 172/3 hükmüne Anayasa Mahkemesinin de eklenmesi yerinde olacaktır.

Ceza Muhakemesini ilgilendiren son değişiklik dostane çözüm kararı ve *tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilen hallerde* KYOK ile biten bir soruşturmanın yeniden açılması mecburiyeti ile kesin hükümlerle biten davalarda yargılamanın yenilenmesi yolunun açılmasıdır (CMK 172/3).³²⁸⁸

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZME USULLERİ

58. § CEZA KARARNAMESİ

426-1. Alternatif uyuşmazlık çözme usulleri. 427. Ceza kararnameleri. 428. Sulh hakiminin ceza kararnamesi. 429. İdari makamların ve kolluk memurlarının ceza kararnamesi. 430. Savcının ceza kararnamesi.

³²⁸⁷ AİHM Aksoy v. Turkey; Aydın v. Turkey; Kaya v. Turkey; Kurt v. Turkey; Osman v. UK.

³²⁸⁸ Değerlendirmemize göre teknik hukuk açısından bir boşluğu kapatan bu değişiklik yerinde olmakla birlikte hem OHAL'in kaldırılmasıyla bağlantılı olmaması hem de Türk Anayasa Mahkemesi'nin verdiği ihlal kararlarında sonra yasada bulunan boşluğun kapatılmasının düşünülmemesi yönüyle eksiktir.

426-1. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZME USULLERİ.

Alternatif uyuşmazlık çözme yöntemleri ile özel muhakeme usullerini (No. ???) ayrı incelemek gerekir. Bu bahiste sadece alternatif usuller ele alınacaktır.

I. Normal Usulden sapmanın nedenleri.

İnsanların ve suç sayılarının artması karşısında işlenen suçların sayısı da çığ gibi arttığından, mahkemelerin işi o kadar çoğalmıştır ki hemen her memlekette klasik diyebileceğimiz dört dörtlük muhakeme tipinden ufak tefek sayılabilecek suçlarda vazgeçmek ve ceza verme işini basitleştirmek bir zorunluluk olmuştur. Bu basitleştirme, önceleri yine bir ceza hakiminin duruşma yapmadan ceza vermesi yönünde kendisini göstermişken sonraları yine ihtiyacın zorlaması ile ceza verme yetkisi bazı kayıt ve şartlarla savcılara ve hatta idari makam ve memurlara bırakılmıştır.³²⁸⁹ Sadeliği, çabukluğu ve ucuzluğu sebebiyle devlet bakımından faydalı olan ceza kararnamesi kabul edeceği büyük bir ihtimalle umulan sanık bakımından da faydalıdır. Gerçekten sanığın duruşmaya gelip gitmesi zaman kaybına ve masraflara yol açar, diğer taraftan sanık, açık duruşmanın vereceği sıkıntıdan da kurtulmuş olur.³²⁹⁰ Bazı durumlarda önödeme imkân verilmesinin (No. 432) ve ceza davasının açılmamasının, açılmışsa düşürülmesinin faydaları ise daha büyüktür.

Mahkemelerin işini azaltmak için hemen her memlekette başvuru olan ve idarenin ceza tayini diye tarif edebileceğimiz *ceza kararnamesi* müessesesi, farklı adlar altında ve farklı şekillerde düzenlenmiştir. Duruşmadan vazgeçip, ceza kararnamesi ile ceza vermek, 2005'ten beri bizde kaldırılmış olmakla birlikte, mukayeseli hukukta önce, savcının istemesi şartı ile sulh hâkimi bakımından kabul edilmiştir. Toplumlar geliştikçe artan düzenlemelere aykırılıkların suç sayılması suç sayısını o kadar arttırmıştır ki bunların bir kısmının cezasını idarenin vermesi ile yetinilmek gerekmiştir. Bu iki halde (No. 428, 429) ilgili kabul ettiği takdirde ortada yine bir ceza ve onun yerine getirilmesi vardır. Daha sonra, bu da yetmemiş, savcıların, hatta suç tutanağı düzenleyen memurların eylemi değerlendirmeleri yani suç adını koymaları ile yetinilmek ihtiyacı duyulmuştur. *Önödeme* (No. 432) denilen durumu meydana getiren bu son iki halde belli bir miktar parayı ödeyenler hakkında kamu dâvasının açılmaması, açılmışsa düşürülmesi kabul edilmiş, önödeme, bir çeşit şartlı genel af gibi dâvayı düşüren sebeplerin biri olmuştur. Önceden ödenen paranın miktarı yine yetkili süjenin suç tavsifine göre tayin edildiğinden ve bu da kabule bağlı olduğundan, ortada, yine *ceza kararnamesi* niteliğinde bir işlem vardır. Ancak düzenlemede farklılık olduğundan, ceza kararnamesinin bir çeşidi söz konusudur. Kanaatimizce gerek mülga ceza kararnamesinde ve gerekse önödemede savcıya mükellefiyetler yükleme yetkisi de verilmelidir. Bu şekilde mağdurun suç ile zedelenen haklarına bir an önce kavuşması sağlanabilir. Yabancı hukuk sistemlerinde bunun örnekleri çoktur.³²⁹¹

Kanunlarımızda değişik adlar (mesela, önödeme) altında düzenlenmiş olan “idarenin ceza tayini”, davayı düşüren “şartlı af” gibi bir müessese halini almıştır. Sanığa mükellefiyetler yükleyerek kamu davasının açılmasının ertelenmesi (No. 343), mağdurun zararının giderilmesi açısından çok faydalı bir kurumdur. CMKT 2002 bu yöntemi seçmişti. Kanunlaşmaması yerinde olmamıştı. 2006 yılında yapılan değişiklikle Türk Hukukuna girmesi yerinde olmuştur (CMK 171).

³²⁸⁹ *Graven* (Jean): Preface a l'enquete internationale sur la condamnation sans debats, RIDP, 62, 390. Batı Almanya'da 1957-1960 arasında, yıllık ortalama rakamlar bunu açıkça göstermektedir. Savcının 60.000 iddianamesine karşılık, 60.000 savcı talebi ile sulh hakimine ceza kararnamesi (Strafbefehl) ve 1.000.000 idarenin talebi ile sulh hâkimi ceza kararnamesi (Strafverfügung) verilmiştir. İdarenin doğrudan verdiği ceza kararnameleri (Strafbescheid) bu hesaplarda dahil değildir (*Kleinknecht*: La procedure sommaire comme element de la repression d'actes illicites dans la RFA. RIDP 62,419). Daha sonraki istatistiklere göre, davaların yarısı sulh hakiminin ceza kararnamesi ile sonuçlanmakta, bunların % 20'sine karşı gelinmekte ve bunların da % 25'i geri alınmaktadır (*Herrmann*, 84). Yeni istatistikler de mahkemeye gelen işlerin azlığını gösteriyor. 1972'de Almanya'da savcının 355.000 iddianamesine karşılık 490.000 Strafbefehl ve 938.000 Strafverfügung verilmiştir (*Yenisey'den* nakil, Atatürk ilkeleri ve Ceza Hukuku Sempozyumu (15-18/12/81), İstanbul, 1938, s. 112).

³²⁹⁰ *Taner*, 416.

³²⁹¹ *Karagülmez* 59.

Biz ceza kararlamelerini verenler bakımından (mülga) sulh hâkiminin (No. 428), savcının (No. 430) ve idarenin kararlameleri (No. 429) olarak üç grupta toplayacağız. İdareninkileri de idarî makamların ve kolluk memurlarınıninkiler olmak üzere iki alt-grupta inceleyeceğiz.

II. Alternatif muhakeme usullerinin uygulanma sırası.

Seçenek muhakeme usullerinin uygulanma sırası belirlenmiş, önce uzlaştırma, sonra, daha sonra ön ödeme, kamu davasının ertelenmesi, seri muhakeme usulü ve nihayet basit yargılama usulü uygulanmasını gerektirecek şekilde yasal düzenlemeler yapılmıştır.³²⁹²

Genel hükümlere göre yapılan muhakeme dışında kalan muhakeme usullerinin her biri belirli bir suç grubu için özgülendirilmiştir: *Uzlaştırma* kapsamındaki suçlarda *önödeme* uygulanmaz (TCK 75). Bir suç hem önödeme, hem uzlaştırma kapsamında ise, *uzlaştırma* yolu açıktır. Ancak, taraflar yapılan müzakereler sonunda uzlaşırlar, fakat edim takside bağlanırsa, KADEK uygulanır (CMK 253/19).

Uzlaştırma ve önödeme kapsamındaki suçlarda KADEK uygulanmaz (CMK 171/2). Uzlaştırma veya önödeme ya da seri muhakemeye tabi suçlarda bu usullerin uygulanması mecburidir. Bunlar uygulanmadan düzenlenen iddianame iade edilir (CMK 174/1-c).

KDEK SERİM'den önce gelir, zira seri muhakemeye tabi bir suçta yeterli şüphe varsa iddianame düzenlenmez ama KDEK verilebilir.

Uzlaştırmalık suçta sadece uzlaştırma uygulanabilir. Uzlaşma olmazsa, diğer alternatifler uygulanamaz. Aynı kural önödeme için de geçerlidir. Benzer şekilde, bir suçta önce KDEK uygulandıktan sonra şüpheli koşullara uymazsa kamu davası açmak mecburi olduğu için (CMK 171/4) SERİM uygulanamaz ama basit yargılama usulü (CMK 251) uygulanabilir.

427. CEZA KARARNAMELERİ.

I. İdarî makamların ceza vermesi.

Yapılan başlangıç soruşturmasında elde edilen bilgiler, şüphenin tamamen doğru olduğunu, yani isnadın çok kuvvetli bir surette yapılabileceğini gösterebilir. Bu takdirde, hüküm verme kolaylığı ve dâva sonucunun az önemli oluşu gibi sebeplerle ve sanığın da verilecek cezayı büyük bir ihtimalle kabul edeceği düşünülerek, ihtiyaç duyulmayan müteakip bünyelerden, uygunluk prensibi (No. 407) gereğince vazgeçilip, muhakeme yapmadan idarî makamlarca ceza verilmesi istisna olarak kabul edilmiştir. Burada cezayı belirleyen, yargılama makamı değil, idare makamıdır. Hatta bir hâkim de belirlese, yargılama makamı olarak değil, bir idare makamı olarak hareket etmekte ve idarî mahiyette bir karar vermektedir.³²⁹³ Onun içindir ki buna ceza kararı değil, *ceza kararnamesi* denilmesi daha uygundur (No. 424).³²⁹⁴ Bu idarî karar, kendisine kararname ile suç isnat edildiği için, *sanık* sıfatını almış, fakat

³²⁹² Kabahatler Kanunu kabahatlerde de yürütmeye doğrudan idari yaptırım uygulama yetkisi tanımıştır. Bu konuda CMK'nın yer bakımından yetki kuralları uygulanır (KK 22/4). İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı en geç on beş gün içinde sulh ceza hâkimliğine başvurulabilir (KK 27). Sulh ceza hâkimliğinin verdiği son karara karşı CMK hükümleri uygulanarak itiraz edilebilir (KK 29).

³²⁹³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, ceza adaletinin basitleştirilmesi konusundaki R(87)18 numaralı tavsiye kararında, adli veya adî diyebileceğimiz suçlarla idarî suçları ayıran sistemlerde idarî suçlar için idarî makamlarca kabule bağlı bir ceza teklifi yapılması diye özetleyebileceğimiz ve "basit veya kısa muhakeme" diyebileceğimiz "*Procédure sommaire*" ile adli suçlarda adli makamların ceza kararnamesinde olduğu gibi ceza teklifi yapması diye özetleyebileceğimiz "basitleştirilmiş muhakeme" (*procédure simplifiée*) arasında bir ayırım yapmakta ise de, biz, idarî denilen suçların da geniş anlamda ceza gerektiren eylem yani suç olduğu gerekçesi ile bu ayırımı yapay bulmakta ve her iki durumda da önerilen cezayı içeren belgeyi "ceza kararnamesi" olarak adlandırmaya devam etmekte ve bunda tavsiyeye aykırılık görmemekteyiz. Zira sonuç bakımından fark yoktur. İkisinde de karşı gelme yani kabul etmeme durumunda mahkemeye gidilmekte, kabul edilip ceza yerine getirilirse ne bis in idem söz konusu olmaktadır. Birincilerin nitelik, ikincilerin koşullar bakımlarından az önemli sayılan suçlarda uygulanmasının ise temelde fark olarak kabul edilemeyeceği açıktır.

³²⁹⁴ İdarenin, bizim ceza kararnamesi adı altında ifade ettiğimiz ceza tâyin eden yazılı muamelesi, muhtelif kanunlarda çok defa adlandırılmamış, sadece idarenin ceza kesmesinden veya ceza vermesinden veya buna benzer bir faaliyetinden söz açılmıştır. Bu idarî kararın tebliğ edilen yazılı şekline ceza ihbarnamesi denildiği de vardır. Sulh hâkimlerinin idarî olarak ceza veren kararlarına ceza kararnamesi denilmiştir. Anayasa mahkemesi 28.12.1998 (E. 1998/16, K. 1998/88, RG 9.7.1999): Sürücü belgesi olmadan motorlu araç kullanılması suçundan açılan davada 2918 sayılı Kanunun değişik 36 ncı maddesine göre hükmedilecek para cezasının önödeme tabi olması nedeniyle Anayasaya aykırılık iddiası ileriye sürülmüş ancak mahkeme Anayasanın 7 nci maddesine göre yasa koyucunun ceza hukuku alanında yasal düzenlemeleri yaparken yaptırımın hürriyeti

kararname *kabulüne bağlı olduğu için* henüz hükümlü değil, hükümlü adayı, bir diğer söyleyişle “şarta bağlı cezalı” durumunda olan kişi tarafından, ya kabul edilir ya edilmez: Ceza kararnameleri kabul edilmezse, kim tarafından verilmiş olursa olsun, ortadan kalkar. Kabul edilirse, ceza kararnamelerini vermiş olana göre farklı bir düzenleme mümkündür.³²⁹⁵

Bizdeki 2005 öncesi durumu şöyle özetleyebiliriz: a) Bizde mülga sulh hâkiminin ceza kararnamesinin uygulandığı dönemlerde, karşı gelinmemekle, yani kabul edilmekle sulh mahkemesi tarafından verilmiş bir mahkûmiyet yargısına dönüşür (No. 428) ve sıra yargının kararın yenine getirilmesine gelirdi.³²⁹⁶ Keza idarenin çeşitli adlar altında verdiği ceza kararnameleri de kesinleşir ve özel kanunlarına göre gerine getirilirdi (No. 429). b) Ceza kararnamesini *önödeme* adı altında savcı veya (idari para yaptırımını olarak) kolluk memuru vermişse kabul edilip ödenirse kamu dâvası açılmaz veya açılmışsa dâva düşürülür. Önödeme (No. 432) için belli bir süre verilir. Bu süre içinde ödeme yapılmazsa kamu dâvası açılır, açılmış da süre beklemek için durdurulmuşsa kalındığı yerden devam olunur.

II. Ceza kararnameleri, muhakemesiz ceza olmaz prensibine uygundur.

Ceza kararnamesi ile ceza tayini; muhakeme yapmadan, çabucak ve kolayca karar verme gayesiyle kabul edildiğinden, her türlü muhakemeye ve bu arada yıldırım muhakemesine tabi işlerde (No. 432-1) de, aksinin istendiği anlaşılmadıkça mümkündür.³²⁹⁷

Başlangıç soruşturması sonunda muhakeme yapılmadan yani müdafaa ve yargılama söz konusu olmadan ceza verilmesi, ilk bakışta Muhakeme Hukukunun esaslarına, “muhakemesiz ceza olmaz”

bağlayıcı ceza mı yoksa para cezası mı olması gerekeceği konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu belirterek kuralı Anayasaya aykırı bulmamıştır.

³²⁹⁵ Ceza kararnamesine çok yakın bir kurum da “uzlaşma” (*transaction*) dır. Uzlaşmanın ceza kararnamesinden farkı, kanunların belirleyeceği makamların ilk önermelerinde, sanığın başvurusu üzerine onun lehine değişiklik yapılabilmesidir. AKBK, kanun önünde eşitliği sağlamak için, uzlaşma koşullarının ve ana hatları ile bareminin önceden ilan edilmesini aramaktadır (s.g. karar, § 11:b).

³²⁹⁶ Muhakeme yapmadan ceza vermeği kabul ediş, muhakemeden ve özellikle onun üç unsurundan biri olan yargılamada tasarruf içindir. Aslında yargılama yapılması gereken bir işte yani ceza vermede yargılama yapılmadığı halde kabul şartına bağlı olmak üzere yapılmış sayıldığına göre, verilen idarî kararı da kabul halinde ve bu andan itibaren yargı saymak gerekir. Ceza kararnamesi ile ceza verilmesinin idarî bir faaliyet olması, fakat sonradan yargılama (Kaza) faaliyeti gibi sayılması çok defa gözden kaçmıştır. Nitekim biz de ilk basıda, sonraki durumu göz önünde tutarak yargılama faaliyeti saymış, bu sebeple sulh hâkiminin değil, sulh mahkemesinin vermesi gerektiğini ileri sürmüştük. Ceza kararnamesinin mahiyetini daha iyi anladıktan sonra ikinci basıda idarî olduğunu belirttik. Muhakeme yapılmadığı ve idarenin ceza kararnamesi ile sulh hâkiminin ceza kararnamesi arasında fark olmadığı için bu değişikliği yaptığımızı da belirttik. Gerçekten, ceza kararnamesi verildiği anda ortada uyumsuzluk yoktur ki yargılamadan söz edilebilsin. Uyuşmazlığın mefruz olduğu da söylenemez. Öyle olsaydı müdafaaaya imkân verildi. Müdafaa olmayınca da yargılama da olmaz. Çünkü müdafaa olmayınca muhakeme olmaz, muhakeme olmayınca da yargılamadan söz edilemez. Burada müdafaa ancak kararnameden sonra mümkün olabilmektedir. Sulh hâkiminin ceza kararnamesinin “kaza” olmadığını gösteren bir diğer nokta da polisin ve idareninkiler gibi, şartlı ve geçici mahiyette oluşu, yani kabul edilmemekle ortadan kalkışıdır. Devletin hâkimiyetine dayanan yargılama faaliyeti, dâvalının keyfine bağlı tutulamaz. Sanığın kabul etmemesi ile verilmemiş hale gelen bir karar yargılama kararı olmaz. Bir yargılama kararı gerekiyorsa ancak başka yargılama kararı ile ortadan kaldırılabilir. Sulh hâkiminin ceza kararnamesini idareninkilerden ayırmada da isabet yoktur. Hâkim tarafından yapılması bir muameleye “kaza” vasfı vermeğe yetmez. Bir muamelenin mahiyetini tayin için yapana değil, yapılan muameleye bakılmalıdır. Diğer taraftan polisin ve idarenin ceza kararnamelerini idarî sayıp da, cezanın serbest tayin edilmesine, adli sicile geçirilmesine, tekrüre esas olmasına, yargı otoritesi bulunmasına bakarak hâkiminki saymamak (*Önder*, 9) da isabetli değildir. Sadece ceza vermek, yargılama değildir. Yargılamasız da ceza verilebilir. Hâkimin şahsî itimat telkin ettiği için, hadler arasında takdir yetkisini polise vermediğimiz halde hâkime vermemiz de ortada yargılama olduğunu göstermeğe yetmez. Adli sicile geçme, tekrüre esas olma da mahiyetle ilgili değildir. Tekrüre esas teşkil etmeyen muhakeme kararı vardır. Hafif mahkûmiyetlerin adli sicile geçirilmemesi mümkündür. Bunlar tekrürü veya adli sicil konularının düzenlenmesiyle ilgili meselelerdir. Yargı otoritesi tanıma ise, ancak sanığın kabulünden sonradır ve müdafaa unsuru da tamamlandı için muhakeme söz konusu olabildiğinden, ortada yargı olmadığı halde, yargı varmış gibi sayıldığını göstermektedir. Kaldı ki yargının çeşitli otoritelerini çeşitli şekilde düzenlemek ve bazı otoriteleri bazı kararlara tanımamak da pekâlâ mümkündür. Bu da yargının mahiyeti meselesi değil, tesirleri meselesidir. İdarenin çeşitli adlar altında verdiği ceza kararnameleri de kesinleşir ve özel kanunlarına göre yerine getirilir.

³²⁹⁷ 36-3005 numaralı kanunun doğrudan doğruya uygulandığı hallerde savcı ceza kararnamesi ile ceza verilmesini isteyemez, çünkü itiraz halinde mecburi olarak duruşma yapılacağı zaman, bu kanun uygulanamaz. Buna karşılık, suç meşhut olmadığı halde bu kanuna atıf yapılan hallerde kanunlar duruşmayı mecburi kılmamışsa ceza kararnamesi verilebilecek, aksi takdirde verilemeyecek, mecburen duruşma yapılacaktır.

prensibine aykırı gibi gözükür. Gerçekten, ceza kararlamaları ile verilen cezaların hemen yerine getirilmesi mecburî olursa, ceza kararlamasını kabul etmemek hakkı tanınmazsa, ceza kararlaması ile ceza vermek asla caiz görülemez. Sanığın müdafaa hakkını kullanmadan cezalandırılması, sanığın yokluğunda yapılan kovuşturmayı düzenleyen Taban Kurallara aykırı olduğu gibi³²⁹⁸, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin tanıdığı (İHAS 6) “ceza dâvalarına... bağımsız ve tarafsız mahkemenin bakması” esasının³²⁹⁹ ve Anayasamızda da kabul edilen savunma hakkının (AY 31) inkârı demek olur. Ancak, cezalandırılan kimse idarî mahiyette olan ceza kararlamasını kabul etmeyebilir ve ceza kararlaması ile ceza verilmemişesine mahkemeye gidilir ve duruşma yapılırsa, mesele kalmaz.³³⁰⁰ Bunun içindir ki ceza kararlaması ile ceza verilmesi, kabul şartına bağlıdır ve ceza kararlaması, verildiğinde *mahkûmiyet kararı* değil, *mahkûmiyet kararı tasarısıdır*.³³⁰¹ Anayasa, hürriyeti kısıtlayıcı cezaların mahkemelerce verilmesini aradığından (AY 19/2), idarenin ceza kararlaması ile hürriyeti kayıtlamayan ceza vermesi Anayasaya aykırı değildir.

Demek ki ceza kararlamaları ancak şu iki şartla kabul edilebilir: 1) Hâkimden gayrisinin ceza kararlaması ile verdiği ceza ancak para cezası ve müsadere cezası gibi hürriyeti kayıtlamayan bir ceza olabilecektir ve bu cezalar hapse çevrilemeyecektir. 2) Ceza kararlaması, onu kabul etmeyenler bakımından hiçbir hüküm ifade etmeyecek, bu takdirde cezayı yargılama makamları muhakeme yaparak yani duruşma sonunda³³⁰² tayin edecektir.

428. SULH HÂKİMİNİN CEZA KARARNAMESİ.

I. Giriş.

Yürürlükteki Kanuna alınmayan ceza kararlaması ile ceza vermede ilk uygulanan sistem, duruşma yapmadan karar vermesini savcının istemesi üzerine, bu yetkinin sulh hâkimine verilmesi idi (No. 427).

³²⁹⁸ *Kunter*: Sanığın yokluğunda yapılan soruşturmada uygulanacak Taban Kurallar. İHFM “43”, 1978, 352.

³²⁹⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), hafif suçlarda ceza verme yetkisinin mahkemelerden başkasına bırakılabileceğini, ancak bu durumda ilgiliye Sözleşmesinin 6. maddesinin tanıdığı garantileri sağlayacak biçimde mahkemeye başvurma hakkının verilmesi gerektiğini belirtmekte, mahkemenin de sadece hukukî denetim yapmasını yetersiz göyerek olayın belirlenmesindeki boşlukların doldurulması imkânının sağlanmamasını, sözleşmenin ihlâlî saymaktadır (Meselâ *Lutz* davası, 25/8/87, n. 57; *Öztürk* davası, 23/2/84, n. 58). AİHM, son olarak, cezayı veren Lozan Belediyesi Komisyonunu, tarafsızlığı şüphe uyandırdığı için mahkeme saymamış, kanton mahkemesi ile federal mahkemenin yaptığı denetimlerin de, işin esasına giremedikleri nedeniyle tam olmadığı gerekçesiyle İsviçre'nin Sözleşmeyi ihlâl ettiği sonucuna varmıştır (*Belilos* davası, 29/4/88, n. 68). Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (AKBK) de ceza adaletinin basitleştirilmesi konumunda tavsiye kararında R(87)18, n. II.a), koşullar bakımından az önemli işlerdeki basitleştirilmiş muhakemede para cezasından başka hak düşüren müeyyideler de uygulanabileceğini, ancak hürriyet kısıtlanmasının asla söz konusu olamayacağını, ceza kararlamalarının kabule bağlı olduğunu, kabul etmeme halinde kendiliğinden yok olacağını ve normal muhakeme yoluna gidileceğini vurgulamıştır. Bu kararda, ceza kararlamasından ayrıca, sanık asıl ceza yerine başka bir ceza verilmesini ister ve bu da iddia ve yargılama makamlarınca kabul edilirse, duruşma yapılmaması suretiyle muhakemenin basitleştirilmesinin de mümkün olacağı açıklanmıştır. Bütün bunlardan çıkan sonuç şu olmaktadır ki bazen rastlandığı üzere, idarenin verdiği cezaların kesin oluşu gibi karşı gelinerek mahkemeye gidildiğinde mahkemenin evrak üzerinde inceleme yapması (meselâ Orman Kanununun 83-2896 ile değişik 105. maddesi) veya bu tâbire, bu halde duruşma kastedilerek “zaruret görülmeyen hallerde” sözcüklerinin eklenmesi (meselâ yine Orman Kanununa 1988-3493 ile eklenen m. 111a), kısacası mahkemenin duruşma yapmaması, muhakeme hukukunun esaslarına ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine (İHAS 6) aykırıdır. Yapılacak duruşmada sulh mahkemesi söz konusu olduğundan savcı bulunmayacaktır. Hattâ sanık da isterse hazır bulunmayabilir ve isterse müdafî ile kendisini temsil ettirebilir. Ancak bunun için, gelme de duruşma yapılabileceği davetiyede açıklanmış olmalıdır (CMK 225).

³³⁰⁰ *Clerc* (F.): La procédure simplifiée en Suisse. RIDP, 62, 512. Alman mahkemeleri bu yolda karar vermişlerdir (*Kleinknecht*: RIDP, 62, s. 394, 402).

³³⁰¹ Bu tasarı, idarî karar bakımından değil, kazaî olan mahkûmiyet kararı bakımındandır. Mahkûmiyet kararı tasarısına benzetişimizin de sebebi, sanık karşı gelince, ceza kararlaması verilmemişesine hareket edilmesi, yani ortadan kalkması, karşı gelinmeyince ve ancak o zaman mahkûmiyet kararı gibi sayılmasıdır. Genel sistemde kanun yoluna gidilmekle hükmün kesinleşmediği doğrudur. Yanlış olan, ceza kararlamasına karşı gelmenin kanun yolu sanılması ve kesinleşme ile ortadan kalkma arasındaki farkın gözden kaçırılmasıdır (*Önder*, 7).

³³⁰² *Yurtcan* (Değişiklik, 103), duruşma yapılmamasını ceza kararlaması amaçlarına uygun bulmaktadır. Amaç, şartlara filân bakılmaksızın duruşmasız ceza vermek midir? Bunun ise İHAS 6 ile garanti edilen “hakkaniyete uygun ve alenî yargılanma hakkı” ile bağdaşmayacağı açık değil midir? 6. maddenin amacının ve konusunun sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı olduğuna ve bundan ancak serbest idare ile vazgeçilebileceğini kabul edegelen AİHM (*Colozza* davası, 12/285, n. 27 ve 28), duruşmanın hiç yapılmamasını evleviyetle Sözleşmenin ihlâlî sayacaktır.

Böylece, daha ağır olan suçların savcı tarafından hafif gösterilip para cezası ile işin örtbas edilmesi de önlenmişti.

Başlangıç soruşturması sonunda savcılık, ceza kararname ile ceza verilecek kadar çok kuvvetli bir isnat yapacak durum görürse, işi mahkemeye götürmeğe lüzum görmeyip, cezalandırılan kimsenin kabulü şartına bağlı tutulan bir ceza kararname verilmesini sulh hâkiminden isteyebilirdi.³³⁰³ Sulh hâkimi de duruşma yapmadan ceza vermeği mahzurlu görmüyorsa (CMUK 387)³³⁰⁴, duruşma yapmadan ceza kararname³³⁰⁵ ile ceza verirdi (CMUK 386).

Sulh ceza hâkiminin ceza kararname verebileceği haller, suç ve kararnamenin muhtevası bakımından sınırlı idi (CMUK 386).³³⁰⁶ Ceza kararname kabule bağlı idi. Kabul etmeme, “karşı gelme” (*opposition, Einspruch*) ile anlaşılır. Kanun karşı gelmeye de itiraz demışti.³³⁰⁷

³³⁰³ Önder (s. 64), kamu dâvası veya kovuşturma açılmasını haklı gösteren bir isnat ile yetinmekte ise de, tamamen aydınlanmaktan ve suç unsurlarının tespitinden de bahsetmekle çok kuvvetli isnat durumuna gelmiş olmaktadır.

³³⁰⁴ Bu mahzur kanunî de olabilir, yani kanun duruşmayı mecburî kılmış olabilir. Sulh hâkimi duruşma yapmadan ceza vermeği mahzurlu görüyorsa, kendisine yapılmış olan müracaatı, iddianame gibi sayı, duruşma yapar. Ancak duruşmaya başlamış olan Sulh Hâkimi, artık ceza kararname ile ceza veremez (2. CD 17/3/44, TK 44, 110). Gaipiler hakkında duruşma yapılabilen hallerde, duruşmayı dahi yapmadan ceza kararname vermeğe mâni yoktur (Önder, 265; k-m: Schwarz, 708; Tosun, II, 59).

³³⁰⁵ Ceza kararnamesinin mahiyetini daha iyi anladıktan ve meselâ Gümrük İdaresinin ceza tâyini ile Sulh Hâkiminin ceza tâyini arasında mahiyet farkı olmadığını ve ikisinde de “itiraz”ın üzerine işin mahkemeye gittiğini gördükten sonra, dâva açılmadan verilen bu kararnamenin muhakeme sonunda verilen son karar olduğu, mahkeme tarafından verildiği görüşünü ikinci basıda terkettilik.

³³⁰⁶ Ancak sulh mahkemesinin madde yönünden yetkili olduğu suçlardan dolayı ceza kararnamesi verilebilir. 1981 de ağır para cezasının da verilmesi kabul edildiğinden, sadece kabahatlerden dolayı ceza kararnamesi verilmesi sisteminden ayrılmıştır (CMUK 386). Almanya’da kabahatler idarî suç sayılarak idarece cezalandırıldığından, hâkimin ceza kararnamesi bugün artık cürümlerde söz konusudur (StPO § 407). Ceza kararnamesi ile verilebilecek ceza ancak ağır veya hafif para cezası veya en fazla üç aya kadar hafif hapis veya bir meslek ve sanatın tatili veya müsadere yahut bunlardan birkaçı veya hepsi olabilir.

³³⁰⁷ Kanun yolu olan itirazdan (*Beschwerde*) ayırmak için biz “karşı gelme” denmelidir. İtirazdan ayırmanın faydası şu ki, kanun koyucu bile itirazı görünce, kanun yolu itiraz sanabiliyor ve 1973 de olduğu gibi işi kanun yolu itiraz merciine gönderip itiraz incelemesi yaptırabiliyor. Aynı bir ad verilmiş olsaydı belki bu hata işlenmezdi. Karşı gelmenin amacı, sadece kabul etmemek değil, duruşmalı muhakeme istemektir. Onun için karşı gelme yerine “duruşma isteği” de denilebilir. İlk dört basıda “itiraz” yerine “duruşma isteği” demıştik. “*Opposition*” terimi Milletlerarası Hukukta yaygınlaştığından, tam bir karşılığını bulma ihtiyacı ile, 5. basıda “karşı gelmeyi” önerdik. Tosun (II, 200) ve Yurtcan (s. 543), “karşı koyma”yı tercih etti. Bizce kabul etmemekten fazla bir şey yapmağı belirttiği için karşı gelme daha uygundur. Çünkü sisteme göre, karşı gelme üzerine, ceza kararnamesi otomatik olarak kaldırılıp duruşma yapılır. Duruşma sonunda da genel hükümlere göre bir sonkarar verilir. 1973 değişikliği sistemi altüst etmiştir. Hafif hapis yerine CİK ile para cezası veren kararnameye “itiraz” üzerine duruşma yapılması kabul edilmekle (4. CD 7/12/73 İBD 74, 381) buradaki sistemsizlik, başka bir sistemsizlik sayesinde biraz giderilmiştir. Keza, özel kanun gereği doğrudan doğruya mahkemeye intikal eden işlerde verilen ceza kararnamelerine yapılan “itiraz” üzerine duruşma yapılmasının kabulü ile de (mülga TCK “1981-2370” 119/6) yanlışlık bir ölçüde düzeltilmiştir. Yeni şekle göre, karşı gelme (kanundaki hatalı tâbirle itiraz) üzerine iki yol tutulmaktadır: 1) Hafif hapis cezası verilmişse, eskisi gibi, yani sisteme uygun olarak, sulh mahkemesi duruşma yapacaktır. 2) Hafif hapisten başka ceza verilmişse, asliye mahkemesi başkanı sanki hakikî itiraz söz konusu imiş gibi, inceleme yapacaktır (mülga CMUK 390/3). Sonuç cezaya bakmayıp mülga CİK 4/4 ile çevirmeden önceki cezaya bakmak (CGK 17/5/85 YKD 85/9 1361) esaslara aykırı idiyse de, hapisten başka cezalarda duruşma yapılmaması sonucunu doğuran gerek itiraz yolunun 1973 de kabul edilmiş olmasının yanlışlığı bir dereceye kadar giderdiği için neticede isabetli idi. Yanlışlık kanunla düzeltilerek sonuç-cezaya bakma sistemine dönüldüğünden, karşigelme üzerine iki yol tutulmasını birazcık olsun haklı gösterebilecek bir sebep artık kalmamıştır. Bu değişiklik bizce çok isabetsizdir: Sulh hâkiminin ceza kararnamesi de, diğer ceza kararnameleri gibi, şarta bağlıdır. Bu da kabul edilmeyince ortadan kalkması ve duruşma yapması şartıdır. Bu norm, bu şartı aramadığından bu konudaki Taban Kurallara da aykırı düştüğü gibi, muhakemesiz ceza olmaz esasına da aykırıdır. Kunter: Sanığın yokluğunda yapılan kovuşturmada uygulanacak Taban Kurallar. İHFM “43”, 78, 352. İşin itiraz merciine gitmesi meseleyi çözmektedir. Çünkü itiraz yargılaması duruşmasıdır. CMUK 390/3 meselâ para cezası veren ceza kararnamesine itirazda asliye hâkiminin CMUK 301, 302 ve 303 uygulayacağı açıklamaktadır. Bu demektir ki merci gerekli incelemeleri yaparak veya yaptırarak itirazı varit görece veya görmeyecek, varit görürse esas, yani itiraz konusu mesele hakkında karar verecektir. Bundan çıkan sonuç itirazın duruşma yapılmadan varit görülmemiş olması halinde ceza kararnamesinin kesinleşmesi ve sanığın duruşma yapılmadan mahkûm olmasıdır ki ceza kararnamesinin kabule bağlı olması şartına ters düştüğü açıktır. Kaldı ki itirazın varit görülmesi halinde duruşmanın, hafif hapis cezası veren kararnameye itirazda olduğundan farklı olarak sulh mahkemesinde yapılmaması için haklı bir sebep olmadığından mülga 302. maddenin uygulanmasından söz edilmesi de isabetsizdir. Kanun değiştirilinceye kadar onun hatalarını gidermek için itiraz mercileri, her itiraza bir neden bulup, varit görmeli ve duruşmanın sulh mahkemesinde yapılmasına karar vermelidir (9. CD 17/10/88 YKD 88/12 1711) (Daire bu kararını, yeni bir tetkik gerektiren

Ceza kararname ile özgürlüğü kısıtlayan bir yaptırım uygulanırsa, karşı gelme üzerine açılan normal muhakeme usulünde aleni duruşma yapılmalıdır. Buna izin vermeyen CMUK 390'a karşı Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmıştı. Anayasa Mahkemesi 30.6.2004 tarih ve 2001/481 sayılı kararı ile (RG. 22.10.2004/25621), CMUK 390/3'ü iptal etmiştir.³³⁰⁸

Ceza kararnameine sanık karşı gelebiliyordu.³³⁰⁹ Duruşmanın yapılabilmesi için, duruşmadan önce sanık karşı gelmeyi geri almamış olması gerekiyordu (CMUK 390).³³¹¹ Karşı gelme üzerine

işlerde 302/2 uygulanamaz gerekçesine dayamıştır. Bu karar, normal itiraz bakımından değilse de ceza kararnameine karşı gelmenin normal itiraz gibi düzenlenmesi hatasını kısmen, yani sadece varit görmeme halinde giderdiği için sonuçta isabetli sayılabilir). Sanığın arzusuna rağmen duruşmasız yargılama sonucunu doğurduğu için de bu değişiklik, Muhakeme Hukukunun esaslarına, hattâ duruşmanın gizli yapılmasını bile sınırlayan Anayasanın belli bir maddesine değilse bile ruhuna ve her halde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine (İHAS 6) ters düşer. Derhal değiştirilmeli idi.

³³⁰⁸ Anayasa Mahkemesi bu önemli kararının gerekçesinde şöyle demektedir: “Anayasa'nın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında, niza yahut suçlamanın aleni surette dinlenilmesi, yani davanın tarafların huzurunda yapılacak açık duruşma ile görülmesi kurula bağlanmış, üçüncü fıkrasında da yargılamada sanığa tanınması gereken asgari haklar belirtilerek adil yargılanma hakkının kapsamı belirlenmiştir. Değişen ve gelişen toplum koşulları nedeniyle çağdaş devletlerde, basit suçlarda, cezanın hafif ve ispatın kolay olduğu bazı hallerde ceza kararname veya benzeri adlarla hakimlerin ve hatta idarenin ceza vermesinin ve bunu kabul etmeyen kişinin de yargıya başvurmasına olanak sağlanmasının gittikçe yaygınlaşan bir suç ve ceza politikası haline geldiği görülmektedir. Ceza kararnameine itiraz edilmesi halinde ise, duruşma yapılması ve o duruşmada sanığın da hazır bulunabilmesi veya bir müdafî gönderilebilmesi, adil yargılanma ve savunma hakkının doğal sonucudur. Olağan yasa yolu olan itiraz, mahkemelerin son karar niteliğinde olmayan ve temyiz edilemeyen kararlarına karşı kabul edilmiş bir yasa yoludur. İtiraz üzerine inceleme, kural olarak evrak üzerinde ve duruşmasız yapılır. Ancak, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 390. maddesinde ceza kararnamelerinin özelliği gereği farklı bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Bu maddenin birinci fıkrasında, ceza kararname ile hafif hapis cezasına hükmedilmişse itiraz üzerine duruşma yapılacağı öngörülmüştür. Bu durumda genel usul kurallarının uygulanacağı açıktır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise, diğer ceza ve yaptırımlar yönünden bu olanak ortadan kaldırılarak itirazın duruşma yapılmaksızın evrak üzerinden karara bağlanması kabul edilmiştir. Bu düzenlemeden, ceza kararnamesiyle hükmedilebilecek hafif hapis dışındaki ceza ve yaptırımların, özgürlüğü bağlayıcı ceza kadar önemli görülmediği anlaşılmakta ise de, para cezalarının ödenmemesi halinde hapis cezasına çevrilmesi, ayrıca, bunlara cezalandırma amacıyla hükmedilmesi, bu ceza ve yaptırımlara muhatap olan ve bunu kabul etmeyerek itiraz hakkını kullanan sanıklara hafif hapis cezasını içeren ceza kararnamelerinde olduğu gibi duruşma açılarak adil yargılanma ve savunma hakkının tanınmasını zorunlu kılmaktadır”.

³³⁰⁹ Kanunda açık bir hüküm yoksa da müdafii, kanunî temsilcinin, kocanın, gaip yakınlarının, hülâsa son kararı temyiz etme yetkisi olan şahısların da karşı gelebileceklerini kabul etmek gerekir. Zira bunu kabul etmemek, karşı gelme üzerine kararname ortadan kalkacağına ve mahkeme duruşma yaparak bir hüküm vereceğine göre, mahkûmiyet kararı verilirse temyiz etme hakkı olanların bu hakkını önceden ellerinden almak mânâsına gelecektir. Savcı, karşı gelip duruşma isteyemez (k-m: Önder, 145). Bizce savcıya, kendi talebi esas itibarıyla kabul edildiği için ve basit işi uzatmamak maksadıyla, itiraz hakkı tanınmaması mümkündür. Durum, duruşma sonunda temyiz edilebilecek yakınlarındaki farklıdır (k-m: Önder, 147), zira yakınları ceza kararnamesi verilmesini istemiş değildir. Ceza kararnamesi başka makamın isteği üzerine verilmiş olsa da bu makam yetkili ise, işleri uzatmamak için, yine savcı itiraz edememelidir (k-m: CGK 8/11/65, İKİD 66, 4390). Zira sulh hâkimi ancak o savcı isterse ceza kararnamesi verebilmektedir. Sulh mahkemesinin duruşma yapmadan ceza kararnamesi ile ceza vermesi de bir ihtiyaçtır. Bunlara savcı karşı gelebilmelidir.

³³¹⁰ 1975 Alman reformunda, karşı taraf razı olursa hükme kadar geri alma kabul edildi (Grauhan, 400).

³³¹¹ Sanık mazereti olmadan duruşmaya gelmez ve bir müdafî de göndermezse, karşı gelmesini geri almış sayılır ve karşı gelmesi (kanunun tâbiri ile itirazı) reddolunur. Almanya'da bugün duruşmada geri alma, kanun yollarında olduğu gibi, savcının kabulüne bağlıdır (§ 411/3) ve sanığın gelmemesi halinde de, yokluğunda duruşma yapılabilecekse, duruşmaya devam olunur (StPO § 412). Bu değişikliği, sanık aleyhine sonuçlanabilme esasına dayandığından isabetli bulmuyoruz. Duruşma terimini ilk oturum diye anlamalıdır. Tatbikatta da her oturuma gelmek aranmamaktadır (3. CD 23/12/52, Çağlayan, “66” III, 465). Bu ret kararına karşı, bir kereye mahsus olmak üzere (CMUK 391/2), eski hale getirme istenebilir. İlk dört basıda, bir kanun yoluna ihtiyaç duyarak, itirazı mümkün görmüştük. 5. basıdan beri, sanığın yokluğunda yargılanması üzerine Avrupa Konseyindeki çalışmalarımız sayesinde, meseleye başka bir açıdan bakabiliyor ve eski hale getirmeyi mümkün görüyoruz. Bengü bu kararların temyiz edilebileceği kanaatindedir (s.g.m., 183). Önder (s. 178) ise süresiz olduğu için adı itirazı kabul etmemekte, acele olmasını istemekte, kanuna göre temyizi mümkün görmekte. Temyizi kabul etmeyen (2. CD 16/4/55, Çağlayan “66” III, 468), eden (3. CD 2/5/52, Çağlayan “66” III, 468) ve kesin sayan (CGK 14/5/51, Çağlayan “66” III, 468) kararlar vardır. Almanya'da 1975 den beri birden fazla eski hale getirme mümkündür (Grauhan, 400). Süresi içinde karşıgelinmeyen ceza kararnamesi kesinleşir, yani yargı halini alır. Önder (s. 248), kesinleşmeden sadece kanun yolu olmamasını ve infaz edilebilmesini anlamaktadır. Bizce, muhakeme yapılp hüküm verilmişçesine, yargının her türlü otoritesini kabul etmek prensip meselesidir. Diğer taraftan, ceza kararnamesini idarî mahiyette kabul etmek, yargı otoritesi kabulüne, sanıldığı gibi (Önder, 221) engel değildir. Ceza kararnamesi verildiğinde idarî mahiyettedir, sonradan, kabul edilince, kazaî mahiyet aldığı kabul edilmektedir. Bu itibarla ceza kararnamesi, duruşma sonunda verilen hüküm gibi yazılmalıdır. Kanun, ceza kararnamesinde nelerin bulunması gerektiğini belirtmiştir. Bunlar arasında, kararnamenin tebliği tarihinden itibaren 8 gün içinde “itiraz”

duruşma yapıldıktan sonra sulh mahkemesi hükmünü verirken ceza kararname ile bağlı değildi (CMUK 390). Zira ceza kararname duruşma isteği üzerine ortadan kalkıyordu. Ancak sonuç-ceza hükmünde artırılmıyordu.³³¹²

429. İDARENİN VE KOLLUK MEMURLARININ CEZA KARARNAMELERİ.

I. Kavram.

Suçların çoğalmas ve hâkimlerin hepsine yetişememesi gibi pratik zorunluklar, bir kısım hafif suçların cezalarını, *ilgulinin kabulü şartına bağlı olarak*, idarenin (meselâ maliyenin, gümrük idaresinin, belediyenin) tâyin etmesini gerektirmiş ve “idarenin ceza kararname” adlı kurumu doğurmuştur. Bizde bu cezanın, hürriyeti kısıtlamayan bir ceza olması Anayasa gereğidir (AY 19/2) (No. 427). Bu suç ve cezalara çok defa “idarî suç” ve “idarî para cezası”³³¹³ adı verilmiş, hattâ bunların klâsik anlamda ceza değil, “idarî müeyyide”, klâsik anlamda suç değil, “idarî müeyyideyi gerektiren fiil” oldukları söylenmiştir.³³¹⁴ Biz, çeşitli adların hepsini teknik adları ile, yani *ceza kararname* terimiyle ifade edeceğiz. Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Avrupa Sözleşmesinin III numaralı ekinde de Türk

olunabileceği, aksi takdirde ceza kararname infaz edileceği de vardır (CMUK 388). Ceza kararname, şarta bağlı ve taslak halinde bir hüküm mahiyetinde olduğundan, şarta bağlı olmayan hükümlerden farklı olarak, temyiz edilemez. (7. CD 9/6/64 *Çağlayan*, “66” III, 465). Karşı gelinmemesi kabul edildiğini gösterir. Görülüyor ki temyiz bir sebep mevcut değildir. Ceza Kararname karşı gelinmemesi kabul edildiğinden, aksine bir hüküm olmayan hallerde hükmün sonuçlarını doğurur. Meselâ zamanaşımını keser veya muhakemenin yenilenmesini mümkün kılar. Ancak, temyiz edilemediğinden, tekrere esas olamaz (CMUK 305). CMK 386 ve devamı maddeleri uyarınca verilen ceza kararnamelerine itiraz üzerine itiraz merciinin vermiş olduğu kararlar kesin olup temyiz olanağı bulunmadığından, yerel mahkeme tarafından temyiz isteğinin reddine karar verilmesinde isabetsizlik yoktur (8 CD. 17.5.2000, E. 2000/3288, K. 2000/8933). Sulh hâkimleri yargı halini alan ceza kararnamelerini doğrudan doğruya infaz edebiliyordu (CMUK 34).

³³¹² *Bengü*: s.g.m. 200; 2. CD 8/11/35 *Alicanoğlu*, 797; 24/5/53 *Çağlayan* “66” III, 4666; CGK 17/5/85 YKD 85/9 1361; k-m: *Kantar*, 472; *Önder*, 203. Biz yedinci basıda görüşümüzü değiştirdik. Kanun yolu söz konusu olmamasına, kararname ortadan kalkmış ve mahkemenin kararname ile bağlı olmadığı belirtilmiş bulunmasına rağmen, eski sonuç-cezanın artırılmayacağını yorum yolu ile kabulü uygun olacaktır. Aksi takdirde suçlu olmadığı halde pek çok kişi karşı gelmeye cesaret edemeyecektir. Almanya’da mümkün görülmekle beraber artırma cihetine pek nadir ve ancak yeni olaylar çıkararak daha ağır suç işlendiğinin anlaşılması hallerinde gidildiği, aleyhine sonuçlanacağından korkan sanığın karşı gelmesini geri almasına da savcılarının muvafakat edip güçlük çıkarmadıkları anlaşılmaktadır (*Herrmann*, 83). *Karagülmez*’in naklettiği (sh. 38) Yargıtay kararlarına nazaran (CGK 22.4.85, E. 8-389, K. 227; YKD 9, 1985, 1364 ve CGK 17.5.82, E-2-198, K.230; YKD1985, 1361), cezanın ağırlaştırılması «kazanılmış hakkın ihlali» olarak nitelendirilmektedir. *Karagülmez* CMK 390/2 karşısında, ceza kararnamesindeki ceza ile bağlılığı kabul etmemekte ve aleyhe değiştirmenin mümkün olması gerektiğini düşünmektedir.

³³¹³ Bu terimi meselâ Çevre Kanunu’nda açıkça görmekteydik (1983-2872 m. 25). Vergi Usul Kanunu, vergi kaçakçılığının, istisna olarak sadece 359. maddede belirtilen kaçakçılık suçunu savcılığa bildirecek, “adli suç” diyebileceğimiz nitelik sayıp kanunda düzenlenen diğer suçları ayrı bir rejime tâbi tutup kendisi cezalandırmak yoluna gittiğine ve kabul etmeyenlerin vergi mahkemesine başvurmasını mümkün kıldığına göre, bunları, adını koymadan, idarî suç niteliğinde saymış demektir (VUK “1998.4369”, m.359). Ancak kaçakçılıkların hepsinin bir arada sayılmış olması, adli suçun aynı zamanda idarî suç oluşturduğu gibi bir anlama gelmekte idi: Ancak 22.7.1998 tarih ve 4369 numaralı Kanun ile 213 numaralı Kanunun 359. maddesi değiştirildi: “Kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanması 344. maddede yazılı vergi ziyai cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez”. Bir diğer misal de “idarî nitelikteki cezalar diğer kanunlarda yazılı cezaların uygulanmasına engel olmaz” diyen Çevre Kanunu’nun 27. maddesidir. Öyle sanıyoruz ki bu durum bu suçların “idarileştirilmesi” sırasında bu saymanın sonuçlarının gereği gibi düşünülmemesi yüzünden ortaya çıkmıştır. Gerçi böyle ikili durum disiplin suçları ile hakikî suçlar arasında vardır. Fakat idarî suçlarla adli suçlar arasında da böyle bir durum yaratılması, adli suçun idarî suça dönüştürülmesi amacı ile bağdaşmadığı için bize ters gelmektedir. Bunlara 3/11/88 tarihli ve 1988-3493 numaralı kanun ile suç ve cezaların adlilikten çıkarılıp idarileştirilmesi yolunda daha esaslı adımlar atıldığını da eklemeli ve idarî suçların UMK’ya göre ceza uyumsuzluğunu değil, hukuk uyumsuzluğunu meydana getirdiği, idarî ceza uygulamasının idareye sübjektif hak olarak tanındığı diye özetleyebileceğimiz Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Kurulu (UMG) görüşüne katılmadığımızı hatırlatmalıyız.

³³¹⁴ Almanya’da 1952 tarihli özel bir kanundan beri, sadece para cezasını gerektiren ve idarî emirlere aykırılık niteliğindeki suçlara “*Ordnungswidrigkeit*” denilmekte, suç tâbiri kullanılmamakta, fakat bunların yine de geniş mânâda Ceza Hukuku müessesesi olduğu kabul edilmektedir. Türkçeye idarî suç diye çevrilebilir. Özel Kanunun sistemi 1968 de, “Düzene aykırılıklar kanunu” diye tercüme edilen (İHFM 71 (36), 439) genel bir kanuna konu olmuştur. Bu sistem “hakikî suç olmaktan çıkarma” (*décriminalisation*) adı altında dünyaya yayılmaktadır. Bizce idarî suç denilen de suçtur, idarî ceza denilen de cezadır. Mesele, hepsine hâkim yetiştirememekten doğmuştur. Şu veya bu makamın karar vermesi onların niteliğine tesir etmez. Hepsî suçtur ama, kimisini hâkim şu usulle, kimisini idare bu usulle cezalandırır. Gerçi terminoloji meselesi ama, hâkimin ve idarenin verdiği ortak tarafını belirten ve haksız fiil ile tazminatından ayıran bir terime de ihtiyaç vardır. Bu da bizce “ceza” terimidir.

idarî makamlarının verdikleri cezaları ihtiva eden bütün kararların “ceza kararnamesi” tabirine girdiği belirtilmiştir.³³¹⁵

Bizde mevcut ceza kararnamelerini, daha doğrusu bu nitelikte bulduğumuz idarî işlemleri, önce kabul edilmemeleri halinde (1) ceza mahkemelerine, (2) idare mahkemelerine ve (3) iş mahkemelerine³³¹⁶ gidilebilenler diye üç grupta toplayabileceğimizi düşünüyoruz. “Hiçbir mahkemeye gidilemez, kesindir” denilenler de varsa da ceza ve muhakeme hukuku esaslarına ters düşen, İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olan bu kanunların bir an önce değişmesini istediğimizden onları ayrı bir grup saymağa imkân göremiyoruz. İdarî mahkemelere gidilebilenleri de dar manada idare mahkemesi veya vergi mahkemesi söz konusu oluşuna göre iki alt grupta toplayabileceğimizi görüyoruz. Ceza kararnamelerini, verenler bakımından da sınıflandırıp (1) sulh hâkiminin (No. 428), (2) savcının (No. 430), 3) idarî makamların ve (4) kolluk memurlarının ceza kararnameleri olarak dört grupta toplayabiliriz.

İdarenin cezalandırdığı suçlar, Almanya’da olduğu gibi bizde de sistemli olarak ele alınmalı ve bu cezaları kabul etmeyenlerin teminatlı bir mahkemeye gidebilmeleri sağlanmalıdır. 2005 yılında yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu, kabahatlerin genel hükümlerini, yetersiz de olsa, usulünü ve kabahat sayılan fiilleri göstererek, önemli bir yenilik yaratmıştır. Ancak, muhakeme kuralları detaylı düzenlenmediği için, halen önemli sorunlar yaşanmaktadır.

II. Kabahatlerde idarî makamların düzenlediği ceza kararnameleri.

İdarî makamların ceza kararnamesi genel adı altında topladığımız çeşitli kararları ile ceza vermelerinin bizde sayıları gittikçe artan çeşitli uygulamaları vardır. Misal olarak en büyük mülkiye

³³¹⁵ Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Avrupa Sözleşmesi tercümesi. İHFM 70 “36”, s. 421.

³³¹⁶ Meselâ Sosyal Sigortalar Kanununun 1987-3395 numaralı kanunla değişik 140. maddesinde Kurumca verilen para cezasına karşı itiraz mercii olarak gösterilen “yetkili mahkemenin” iş mahkemesi olduğuna karar verilmişti (9. CD 16/6/88 YKD 88/8 1165): Sosyal Sigortalar Kanununun 140 ncı maddesi 1993-3910 numaralı Kanun ile değiştirildi. İdari para cezalarının kapsamı ve idari müeyyideye tabi suçların sayısı arttırıldı. İdari para cezaları tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde kuruma ödenir veya aynı süre içinde kurumun ilgili ünitesine itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde yetkili suç mahkemesine başvurabilirler. Mahkemeye başvurulması cezanın takip ve tahsilini durdurmaz. İdari para cezalarının tahakkuk ve tahsilatında 10 yıllık zaman aşımı uygulanır. Benzer durumda Bağ-kur il müdürü tarafından verilen cezaya karşı sulh ceza mahkemesine gidilmesi kabul edildiğinden (1983-2926 numaralı kanunun 7 ve 88-3493 numaralı kanunla değişik 61. maddesi), 140. maddedeki yetkili mahkemeyi sulh ceza olarak anlamak kanun koyucunun az çok belirlenen sistemine uygun olacaktır. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi de bu yolda karar vermiş ve görev yönünden yetkisizlik kararı veren sulh ceza mahkemesinin kararını kaldırmıştır (UM “HB”: 12/7/88 RG 26/10/88).

âmirliklerini³³¹⁷, gümrük komisyon veya idarelerini³³¹⁸, belediye makamlarını³³¹⁹ ve orman işletme şefliklerini³³²⁰ gösterebiliriz.

İdarî makamların ceza kararnamelerine karşı genellikle sulh ceza mahkemesine gidilmekte idi. İdare mahkemelerinin bir çeşidi olan vergi mahkemelerine gidildiği vardır. Kabahatler Kanunu ise, diğer kanunlarda aksine düzenleme varsa, ilgili kanundaki “kanun yolu hükmünün” uygulanmasını, aksi takdirde, Kabahatler Kanunu uyarınca sulh ceza mahkemesine (KK 27) başvurulmasını benimsedi (KK “2006-5560“ 3).³³²¹ İnsan Hakları Avrupa sözleşmesinin 6. maddesini ihlâl etmiş durumuna

³³¹⁷ Meselâ 1995-4077 numaralı kanun ile mülga 3198-3489 numaralı “Pazarlıksız satış mecburiyetine dair kanun”un 9. maddesinde gösterilen cezaları belediye encümeni verirdi. Bu cezalara karşı o yerin en büyük mülkiye âmirine “itiraz” olunabilirdi. İtiraz üzerine bu âmir bir karar verecekti. Âmirin bu faaliyetini 8. basıya kadar idarî yargılama niteliğinde saymış, Anayasaya aykırı bulmamıştık. Artık İHAS 6 gereğince mahkemeye gitmek mecburiyetini kabul ettiğimizden, mülki âmirin ceza veren kararını (itirazı reddetse de ceza veriyor demektir) ceza kararnamesi saymaktayız. Gerekli olan mahkeme denetimini bizce sulh ceza mahkemesi yapacaktır. Âmirin bu kararları 1961 Anayasasına göre idarî nitelikte sayılıp onları kesin sayan normlar Anayasa Mahkemesince 4/11/63 tarihli kararla iptal edildi. Bu denetimin nasıl yapılacağı yolunda bir düzenleme yapılmamıştı. 9. basıda bu denetleme, idare mahkemeleri ile vergi mahkemelerinin alanına girmediğinden (BİİKM 5 ve 6), âmirin kararı kabul edilmez, yani para cezası ödenmezse, istisna kalmayınca kaideye dönülmesi gerektiğinden ve özel kanunlarda yazılı kabahatler sulh ceza mahkemesinin yetkisine girdiğinden, dosya savcılığa gönderilip sulh ceza mahkemesinde dâva açılması yoluna gidilmelidir, görüşünü açıklamıştık. 23.2.1995 tarihinde yürürlüğe giren 4077 numaralı “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun” 3489 sayılı Pazarlık Satış Mecburiyetine Dair Kanunu yürürlükten kaldırmıştır. 95-4077 numaralı kanun Tüketici Mahkemelerini kurmuş (m. 23), satışa sunulan bir seri malın ayıplı olması durumunda Bakanlık veya tüketici örgütlerinin üretim ve satışın durdurulması ve toplatılması için dava açılabilmesini kabul etmiştir (m. 24). Aynı yasanın 25. maddesinde ceza hükümlerine yer verilmiş, 26 ncı maddesinde ise, belediye encümenlerine, bakanlığa ve yerel mülki amirlere idarî para cezası düzenleme yetkisini vermiştir. Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç 7 gün içerisinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilecektir. İtiraz üzerine zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinden inceleme yapılır ve verilen kararlar kesindir. Oldukça yeni bir misale de Orman Kanunu’nda rastlıyoruz. 83-2896 numaralı kanunla değişik 105. maddeye göre, bu maddedeki suçun para cezası, kabule bağlı olmak (kanunun tâbiri ile -sulh mahkemesine- itiraz edebilmek) kaydı ile vali veya kaymakam tarafından verilebilmekte idi. Ülke çapında meydana gelen orman yangınları üzerine yasada 1995 yılında 4114 numaralı kanun ile değişiklik yapıldı. Öncelikle 105 inci maddede düzenlenen orman yangınını söndürmeye gitmekten imtina, gidip de çalışmama suçu için mahallin en büyük mülki amiri tarafından uygulanabilen para cezası artırıldı. Ancak bu cezaya tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde ilgililer tarafından mahalli suç ceza mahkemesine itiraz edilebileceği hükmü muhafaza edildi.

³³¹⁸ Meselâ mülga 1918 numaralı Kaçakçılık Kanununa göre, gümrük kaçakçılığı suçlarının çoğunun dâvası doğrudan ceza mahkemesinde açıldığı halde nisbeten hafif olanlarında iş önce gümrük memurlarından oluşan komisyonlara gitmekte ve bu komisyonların verdikleri kararlara karşı sulh ceza mahkemesine “itiraz” olunabilmekte, itiraz olunmayanlar kesinleşmekte idi (1932-1918 “85-3215” m. 55, 56). Kaçakçılık dışında kalan gümrük suçlarında ise para cezasını önce Gümrük İdaresi bir kararla vermekte ve buna “itiraz” olunmakta idi. Bu itiraz, ceza miktarına göre Gümrükler Baş- veya Genel Müdürlüğünce karara bağlanmakta idi. Bunların kararlarına karşı da yetkili mahkemeye, yani ceza mahkemesine “itiraz” olunabilmekte idi (Gümrük Kanunu 1972-1615 m. 158). Bu kanunlarda sözü geçen itiraz, kabul etmeme anlamına olduğundan, genel sistemdeki gibi karşı koyma diye adlandırılmalı idi.

³³¹⁹ Meselâ “Umuru belediyeye müteallik ahkâmı cezaiye hakkındaki 16/4/1340 (1924) tarihli, 486 numaralı kanunun bazı maddelerini değiştiren 1930-1608 numaralı kanuna göre, belediye meclisleri ile encümenlerinin kararlarına aykırı hareketlerin maktu (sabit) para cezaları rıza ile ödenmezse veya ceza gayrimaktu (değişik hadler arasında) ise zabıt varakası tanzim edilmekte, ilgili bunlara karşı belediye idarelerine veya encümene müracaat edebilmekte, haklı görülmezse, tâyin edilen cezayı gösteren ceza kararları kendisine tebliğ olunmakta idi. Bu kararlara karşı “mahsus hâkimlere” ve onların bulunmadığı yerlerde sulh hâkimlerine itiraz olunabilmekte ve bu itiraz cezanın yerine getirilmesini durdurmakta idi. İtiraz üzerine verilen kararlara karşı olağan kanun yolu tanınmamıştı. Uyuşmazlık Mahkemesi de “itiraz” merciinin adli mahkeme olduğuna karar vermiş ve Muş Sulh Ceza Mahkemesinin görev yönünden yetkisizlik kararını kaldırmıştı (UM”HB”: 12/7/88 RG 26/10/88).

³³²⁰ Meselâ 1956-6831 numaralı Orman Kanunu’na 1988-3493 numaralı kanunla eklenen 111 a maddesine göre bu kanunda mercii belirtilmemiştir. İdarî para cezaları orman işletme şefleri tarafından verilir. Karar kendisine tebliğ olunan kişi kabul etmezse sulh ceza mahkemesine itiraz edebilir. İtiraz zaruret, görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak sonuçlandırılır. İdarî para cezaları kamu alacakları kanununa göre tahsil olunur.

³³²¹ Meselâ vergi, harç ve benzeri malî yükümlere ilişkin olarak verilen cezaları kabul etmeyenler vergi mahkemelerine gidebilmektedir (İYK 27:8). Dar mânâda idare mahkemesine gidildiği de vardır. Meselâ çevre suçlarının idarî nitelikte olanlarına en büyük mülki âmir(liğın), denizlerde sahil güvenlik komutanlıkları ile büyük şehir belediye başkanlıklarının verdiği cezaları kabul etmeyenler idare mahkemesine “itiraz” edebilmekte, fakat bu itiraz cezanın yerin getirilmesini durdurmamaktadır (1983-2872 “1986-3301” m. 24, 25). Bunun anlamı, itiraz tanınmanın hiçe sayılması, onun sonucunu beklemeden kamu alacağı olarak tahsil edilmesi, bir diğer söyleyişle kesin olmayan ve olmaması gereken bir cezanın yerine getirilmesidir ki esaslara çok ters düşmektedir. İtiraz denilen karşı gelmenin sonucu ceza kararnamesinin ortadan kalkması olduğuna göre Almanların İdarî Ceza Kanununda olduğu üzere (m. 66, İHFM 71 (36), s. 439) ceza, itiraz süresi geçmeden kesinleşmiş sayılamaz ve yerine getirilemez.

düşmememiz için bu ceza kararlarının hiç biri kesin olmamalı, kesinleşmeden yerine getirilmemeli, kabul etmeyenler bir mahkemeye başvurabilmeli, mahkeme de muhakkak duruşma yaparak gerekirse işin esasını da denetleyebilmelidir (No. 427 III).

III. Karayolları Trafik Kanunu gereğince uygulanan idari para cezaları.

Duruşma yapmadan, kabule bağlı ceza verme yetkisini sulh hâkiminden ve idarenin belli makamlarından başka bazı hallerde, suç tutanağı düzenleyen kolluk memurlarına veya tutanak düzenlemeyle yetkili kılınan belli memurlara³³²² (meselâ trafik suçlarında ceza tutanağı düzenleyebilenlere) vermek ihtiyacı da duyulmuş, kabule bağlı olduğu için bunda bir sakınca da görülmemiştir.

Kanunlarımızda ceza kararnamesi adı geçmemektedir. Fakat “ceza tutanağı”, ceza kararnamesi niteliğindedir. Zira kolluk memurunun idarî bir işlemle verdiği ceza, tekrar edelim, kabule bağlıdır ve kabul edilmezse yani karşı konulursa mahkemeye gidileceğinden, ceza tutanağının *ceza kararnamesi niteliği* ortadan kalkacak, yerini mahkemenin kararı alacaktır. Kabul edilir de ödenirse, bu ödeme, önödemenin sonuçlarını doğuracak, yani kamu dâvası açılmayacak, açılmışsa düşürülecektir (No. 41, 427, 430).

Kanunlarımızda kolluk memurlarının ceza kararnamesinin sistemsiz, hattâ sisteme aykırı düzenlendiği vardır. Meselâ 1953-6085 numaralı Karayolları Trafik Kanununun 58. maddesine göre, belli trafik suçlarında düzenlenen tutanaktaki suçun cezasının aşağı haddini kabul edip ödeyen hakkında kovuşturma yapılmamaktaydı. 57 inci madde de sabit para cezalarında derhal veya 3 gün içinde ödenirse kovuşturma yapılmayacağını belirtmekteydi. Ancak, kabul etmeyenlerin mahkemeye başvurma hakkı kabul edilmemesi esaslara aykırı idi. 1983-2918 numaralı yeni KTK da aynı hatayı yapmıştır ve yapmağa devam etmektedir. 1988-3493 numaralı kanunla değişik 114’üncü maddeye göre “yargı” yetkisine giren adlî diyebileceğimiz suçlarda³³²³ düzenlenen suç tutanağı mahkemeye gönderilmekte, idarî para cezası ise sözle istendiğinde derhal ödenmemesi halinde ceza tutanağını düzenlenmektedir. Ceza tutanağına “itiraz” ise sadece 116 ıncı maddede öngörülen istisnaî halde mümkündür. İlgilinin cezayı kabul etmeyip mahkemeye gitmesi demek olan ve bizim karşı gelme denmesini uygun bulduğumuz (No. 428) “itiraz” ise, 116 ıncı maddede, ancak sürücünün tespit edilemediği durumlarda plâkaya göre tutanak düzenlenmesi halinde kabul edilmiştir. Bu demektir ki tutanak sürücü adına düzenlenmişse -ki en çok rastlanan da budur- mahkemeye gidilemeyecektir. Böyle olunca da plâkaya göre tutanak düzenlemesi istisnaî durumu dışında, yani kaide olarak, trafik suçlarındaki para cezalarında

³³²² Trafik kolluğuna ceza kesme yetkisi verilmesi, mahkemelerin yetkisini sınırlamak değil, onların işini azaltmak gayesini güttüğünden, mahkemeler bu suçlardan dolayı da ceza verebilirler. Aksi görüş (7. CD 20/12/65, Sİ 66, 285), vasıf değişmesi halinde mahkemenin, “ben ceza veremem, polis verebilir” diye yetkisizlik kararı vermesine yol açar ki bunun mahkeme ve muhakeme anlayışı ile bağdaşamayacağı açıktır. Nitekim Alman Düzene Aykırılıklar Kanununa göre, ceza muhakemesinde bir eylemin idarî suç olarak nitelenmesi halinde kovuşturma yetkisi savcıya aittir (OWiG § 40). Savcı kovuşturmayı üzerine aldıktan sonra, iş mahkemeye gitmediği sürece idarî makama devredilebilir, yani mahkemeye gittikten sonra idareye devredilemez.

³³²³ Kanunda hangi suçların yargılama yetkisine girdiği açıkça gösterilmiş değildir, 114. maddesi para cezası tutanakları ile ayrı bir rejim öngörüldüğüne göre para cezası ile hafif para cezası arasında bir ayırım yapıldığı, para cezası ile idarî ceza kastedildiği ve ondan başka ceza gerektiren trafik suçlarında mahkemeye gidileceği sonucunu çıkarmaktayız. CGK 6.10.1998 (E. 1998/7-22, 1998/298, YKD1999/236):2918 sayılı Kanunun 114’üncü maddesinde bu kanunda yazılı trafik suçlarını işleyenler hakkında görevli personelce suç tutanağı düzenleneceği belirtilmiş, 121 inci madde de ise tutanağın şeklinin yönetmelikte gösterileceği, bastırılıp dağıtılacağı düzenlenmiştir. Trafik suçları ile ilgili tutanağın hükme dayanak alınabilmesi için yasa ve yönetmelikte belirtilen esaslara uygun düzenlenmesi gerekir. Kamu davasının dayanağını oluşturan iddianamede nelerin yer alması gerektiği vurgulanırken aynı sonucu doğuran trafik suç tutanaklarının da belirli şekil ve usul şartlarına uygun olması şarttır. Suç tutanakları iddianame yerine geçen belgedir ve iddianame gibi belli hususları içermelidir. CGK 30.6.1998, E. 1998/7-203, K. 1998/260 (YKD 1998, 1374): “Yerel Mahkeme ile özel daire arasında uyumsuzluk trafik suçları ile ilgili tutanağın hükme dayanak olabilmesi için, 2918 sayılı Kanun ve Yönetmeliğinde belirtilen esaslara uygun şekilde düzenlenmesinin gerekip gerekmediği yönündedir. Trafik suç tutanağının şekil ve kullanma esaslarının yasa ve yönetmelikle ayrıntılı olarak düzenlenmesindeki amaç, 2918 sayılı kanunun 118 nci maddesindeki ceza puanı uygulaması, 36/2 maddede belirtilen mükerrer suç işleyenlerin belirlenmesi ve bu suçların yargı mercilerine hüküm kurulmasına yeterli biçimde intikal ettirilmesine yönelik olduğu; CMUK 163 uyarınca kamu davasının dayanağını oluşturan iddianamede nelerin yer alması gerektiği vurgulanırken aynı sonucu doğuracak trafik tutanaklarında şekil şartlarının aranması gerekeceğinde kuşku yoktur. Bu nedenle yasaya uygun şekil ve esaslara uygun olarak düzenlenmeyen suç tutanağı ile yargılanmaya devamla hüküm kurulması yerinde değildir.”

ne ceza kararnamesinden ne de onun bir sonucu olan önödemededen söz edilemeyecektir, zira kabul etmeyene mahkemeye gitme hakkı tanınmamıştır. Ceza kararnamesinin kabule bağılılık esasına ve Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Avrupa Sözleşmesine ters düşen, iddia ve müdafaa hakkını çiğneyen, duruşmayı önleyen ve bu yüzden Anayasaya olduğu kadar (AY 36, 141), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine de (İHAS 6) aykırı olan bu ve varsa benzeri düzenlemeler bir an önce değiştirilmeli, yargılamasız verilen cezayı kabul etmeyenler bağımsız mahkemelere başvurarak duruşmalı yargılanma haklarını kullanabilmelidir.

IV. Kabahat dolayısıyla idari yaptırım kararı verilmesi ve başvuru yolu.

1. Kabahat dolayısıyla idari yaptırım kararı verilmesi.

Kabahatler Kanununun ve diğer kanunların düzenlediği çeşitli kabahatleri (KK 32 ila 43) işlediği iddia edilen kişiler hakkında, ilgili Kanunda açıkça gösterilen yer bakımından yetkili idari kurul³³²⁴, makam veya kamu görevlisi tarafından bir “idari yaptırım kararı” verilir (KK 22/1). Kabahatler Kanunu ilk yürürlüğe girdiğinde bu Kanundaki genel hükümler diğer kanunlarda da düzenlenmiş olan idari yaptırımı (KK 2) gerektiren kabahatler hakkında da uygulanıyordu (KK 3, istisna KK 19). 2006 yılında 5560 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte, Kabahatler Kanununun genel hükümlerinin “*idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümler diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, diğer genel hükümler idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanması*” kabul edilmiştir.

Kanunda açıkça hüküm bulunuyorsa, C. savcısı da idari yaptırım kararı verebilir (KK 23/1). Suç soruşturması sırasında öğrenilen kabahatten dolayı, C. savcısı da (KK 23/2); ve hatta kovuşturma sırasındaki tavsif değişikliğinde, mahkeme bile (KK 24) yetkili kılınmıştır.

İdari yaptırım kararı, kabahat fiili ile ilgili olarak, işlendiği yeri ve zamanı gösteren, delillerine de yer veren bir tutanak düzenlenerek verilir (KK 25).

İdari yaptırım kararı tebliğ, huzurda düzenlenmişse, tefhim edilir ve ilginin imzası alınır (KK 26). Buna karşı başvurabileceği yollar da öğretilir.

2. Başvuru yolu.

İdari yaptırım olarak, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi söz konusu ise, bu karara karşı tebliğ veya tefhim tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde “sulh ceza mahkemesine” “başvuru yolu” (KK 27) açıktır.

Kabahatler Kanunu “istinaftan da ileri” bir düzenleme yaparak, başvuru dilekçesinde, bu karara karşı ileri sürülen delillerin açık bir şekilde gösterilmesini şart koşmuştur (KK 27/4). Sulh ceza mahkemesi “ön inceleme” yaparak, başvurunun reddi veya “usulden kabulü kararı” verir (KK 28/1). Başvuru, süresi içinde yapılmazsa, idari yaptırım kararı kesinleşir.

Başvuru usulden kabul edilirse, dilekçesi ilgili kamu kurum veya kuruluşuna tebliğ edilir (KK 28/2). Bunun cevabı da başvuruda bulunan kişiye tebliğ edilir. Mahkeme talep üzerine veya re’sen tarafları belli bir gün ve saatte dinleyebilir (KK 28/4) ve “duruşma benzeri” bir işlem yaparak, “son kararını” verir (KK 28/7). Mahkeme “son karar” olarak, a) idari yaptırım kararının hukuka uygun olması nedeniyle, “başvurunun reddine”, veya b) hukuka aykırı ise, “idari yaptırım kararının kaldırılmasına” karar verir (KK 28/8). İkibin Türk Lirası dahil idari para cezalarına karşı başvuru üzerine verilen kararlar kesindir (KK 28/9).

³³²⁴ Meran (Necati): Açıklamalı Kabahatler Kanunu ve Kabahat İçeren Kanunlar; Ankara 2006. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki kabahatler suç niteliğinden çıkarılarak ihlali halinde idari yaptırımların uygulandığı düzene aykırılıklar haline getirilmişlerdir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 3. maddesine göre, kanun tüm kabahatler hakkında genel ilkeleri belirler. Bir fiilin kabahat olarak belirlenebilmesi için ikili bir sistem kanun koyucu tarafından öngörülmüştür. Buna göre ya kanunun kendisi açık bir şekilde kabahat olan fiili tanımlar; ya da kanunun belirlediği çerçeve içinde genel düzenleyici işlemlerle idare kabahati düzenler”. Yurtcan: Kabahatler Kanunu ve Yorumu, İstanbul 2005. Kabahatler özelliği suçlara oranla ikinci derecede önemli olmasıdır. Adliyenin iş yükünü azaltmak amacıyla kanun koyucu kabahatlere ilişkin olarak suçlardan farklı bir karar alma süreci, kararlara karşı başvuru yolları ve infaz rejimi düzenlemiştir. İdare yönetmelik ya da tüzükle kabahat düzenleyebilecektir ancak kabahatin yaptırımı mutlaka kanunla düzenlenmelidir.

3. İtiraz yolu.

Sulh ceza mahkemesinin verdiği son karara karşı, ağır ceza mahkemesine yedi gün içinde itiraz edilebilir (KK 29/1). İtirazla ilgili karar dosya üzerinden incelenerek, “itirazın kabulüne” veya “itirazın reddine” karar verilir (KK 29/2). İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir (CMK 271/4).

4. Kanun yararına bozma.

Hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen karar veya hükümlere karşı Adalet Bakanı (CMK 309) veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı (CMK 310) kanun yararına bozma istemi ile “olağanüstü kanun yoluna” başvurabilir. “Kanun yararına bozma” yolu, itiraz edilmeden kesinleşen, sulh ceza mahkemesinin başvuru yolu üzerine verdiği “son kararlar” (KK 28/8) ile; itiraz üzerine ağır ceza mahkemesince verilen kararlar (KK 29/3) bakımından da geçerli sayılmalıdır. Bu yol açılmadığı takdirde, kabahatlerde içtihat birliği sağlanamaz.

430. Savcının ceza kararnamesi.

Suçların çoğalmas ve mahkemelerin altından kalkamaz hale gelmesi üzerine ortaya çıkan ceza kararnamesi ile kabule bağlı olmak şartı ile ceza vermek ihtiyacı, sulh hakimine, idareye ve kolluk memurlarına yetki vermekle giderilememiştir. Her işte hâkime gitmeye imkân yoktur. Her para cezası veya her para cezasına çevrilecek bir ceza ile cezalandırılan suç da idari suç saymak mümkün değildir. İş hâkime bırakmaya nazaran daha az teminatlı olmasına rağmen, savcıya da yetki tanınması zorunlu hale gelmiştir. Ancak, sulh hakiminin veya idarenin verdiği cezayı ödemek, hakiki cezayı ödemek sayıldığı halde, burada kolluk memurlarının ceza kararnamelerinde olduğu gibi, dava açılmasını önleyen, açılmışsa düşürülmesini sağlayan bir *önödeme* durumu kabul edilmiştir (No. 41).

Kanunlarımızda *savcının ceza kararnamesi* diye bir terim yoktur. Fakat savcının yaptığı, ceza kararnamesi niteliğinde işlem vardır. Gerçekten, önödeme bahsinde tafsilatı ile göreceğimiz gibi (No. 432), savcı para cezasının ödenmesi için tebligat yapar. Bu tebligat bir önermeyi içerir. İlgili kabul edip öderse kamu davası açılmaz, kabul etmezse, yani ödemezse dava açılır. Bu ödemede savcının hukuki tavsifi esas alındığından ödeme de kabule bağlı tutulduğundan, savcının ödeme hususunda yaptığı tebligatın *ceza kararnamesinin tebliği* niteliğinde olduğu görülmektedir.

59. § UZLAŞTIRMA

431. UZLAŞTIRMA.

Basit suçların sayıca olağanüstü derecede artması karşısında, bu suçlar için usulün basitleştirilmesi, bütün dünyada kaçınılmaz olmuştur. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “ceza adaletinin basitleştirilmesi” konusundaki R(87)18 numaralı Tavsiye Kararı ile 15 Eylül 1999 tarihli R(99)19 numaralı Tavsiye Kararında, basit suçlarda adli makamların ceza teklifi yapması ve uyuşmazlığın mahkeme dışında uzlaşma (*mediation*) yolu ile halledilmesi kabul edilmiştir. Bu doğrultuda olmak üzere bizde de vergi cezalarında rastlanan uzlaşma, genişletilerek CMK 253 ile düzenlenmiştir.³³²⁵ Türk Ceza kanununda yer alan kovuşturulması şikâyete bağlı suçların³³²⁶ sayısı artırılmış, bu suçlar ile diğer bazı suçlarda uzlaşma öngörmüştür. Sanığın ve mağdurun kabulüne bağlı olan uzlaşma gerçekleşirse, mağdurun zararı giderilmektedir. Mağdurun zararının giderilmesi yolunu açtukları için, bazı nitelikleri açısından uzlaşmaya benzeyen kurumlar vardır. Mesela, adli kontrol ve etkin pişmanlık; özellikle “mal aleyhinde işlenen suçlardaki” etkin pişmanlık (TCK 168) mağdurun zararını gidermede rol oynamaktadır. Uzlaşmanın ceza kararnamesinden farkı, kanunların belirleyeceği makamların ilk önermelerinde, sanığın başvurusu üzerinde onun lehinde değişiklik yapılabilmesidir.

³³²⁵ Türk Ceza Kanunu ilk yürürlüğe girdiği sırada (m. 73/8) düşme sebepleri arasında “uzlaşma” adı altında bir kurum kabul etmişti. Bu kural Aralık 2006 da 5560 sayılı Kanun ile kaldırıldı.

³³²⁶ Kolluğun uzlaşmaya tabi olan suçların şikâyete bağlı olanlarında, yakalama yetkisi yoktur (CMK 90/3). Bu suçlarda şikâyet şartı gerçekleşirse ve C. savcısı emir verirse, kolluk ifade alabilir (CMK 147, 160). Kolluk Savcının emri ile araştırma ve soruşturma yapar (CMUK 156 kaldırıldığı için). İfade almadan önce uzlaşma hakkını bildirmelidir (CMK 90/2).

I. Uzlaştırma kavramı.

1. Ceza muhakemesi yolunda çıkarma.

Ceza davasının konusunu oluşturan bazı uyuşmazlıkların mahkemeye gitmeden fakat adalet sistemi içinde çözülmesi Türk Hukukunun birçok alanında kabul görmüş olan bir yöntemdir. Ceza Muhakemesi Kanununun “uzlaştırma” adı altında kabul ettiği bu kurum, hukuk muhakemesindeki arabuluculuk gibi kamu denetçiliği (ombudsmanlık), Vergi Usul Kanunu, Avukatlık Kanunu, Futbolda Tahkim Kanunu ve Tüketicinin Korunması Kanunu ile de uzlaştırma benzeri kurumlar kabul edilmiştir.

Suç işleyenlere "uygun oldukça" ve "ceza adaleti mekanizmasını halkın gözünden düşürmemesi" ve "kamu yararının ceza muhakemesini gerektirmemesi" şartları ile ceza yerine, ceza niteliğinde olmayan müeyyideler uygulanmasına “uzlaştırma”, yani “ceza yargılaması yolundan çıkarma” (*diversion* veya *déjudiciarisation*) denilmektedir. Bu kavram sanık veya şüphelinin sosyal, politik, kültürel, ekonomik ve kanunî kavram ve geleneklere uygun düşmek şartı ile ceza adaleti mekanizmasına girmemesini ve ceza-dışı çarelere başvurulmasını ifade etmektedir. Ceza hükmü yolundan çıkarma bir bakıma *resmî olan ve olmayan* diye ikiye ayrılmaktadır.

Çeşitler bir diğer bakımdan da ceza yargılaması yolundan “basit çıkarma”, “katılnalı çıkarma” ve “arabuluculuk” diye sayılmaktadır. *Basit çıkarmada* resmî makamların tek taraflı olarak araştırmaya, kovuşturmaya veya yargılamaya son vermesinde olduğu gibi sanığın rolü yoktur. *Katılnalı çıkarmada* örneğin tedavi edici veya terbiye edici tedbirlerde veya zararın ödettilmesinde olduğu gibi ceza-dışı vasıtalarla ilgili unsurlar da katılmakta ve ceza-dışı çarelere başvurulmaktadır. *Uzlaştırmada* ise bütün ilgililer arasında uzlaşma sağlanması amacına yönelik bir faaliyet vardır. Uzlaşma bizce ceza yargılaması yolundan çıkarma terimine girmektedir. Ayrıca mağdurun durumunu kuvvetlendirmek ve tüzel kişilerin ceza hukukundaki sorumlulukları yeni ceza hukukunu şekillendirmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “ceza adaletinin basitleştirilmesi” konusundaki R(87)18 numaralı Tavsiye Kararında ve 15 Eylül 1999 tarihli R(99)19 numaralı Tavsiye Kararında basit suçlarda adli makamların ceza teklifi yapması ve uyuşmazlığın mahkeme dışında uzlaştırma (*mediation*) yolu ile halledilmesi kabul edilmiştir.

2. CMK 253'teki uzlaştırma sistemi.

CMK 253 uyarınca maddede sayılan suçlar³³²⁷ söz konusu ise, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması halinde uzlaştırma girişiminde bulunulur. Bu suçlar yanında, mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda da uzlaştırma yoluna başvurulur.

Diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak ise, suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olduğu takdirde uzlaştırma yoluna gidilebilir; suç şikâyete bağlı değil ise, uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için kanunda açık hüküm bulunması gerekir.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile uzlaştırma yoluna gidilemez. 2022 yılında TCK'ya şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlenen ısrarlı takip suçu da (TCK 123/A) uzlaştırma dışında tutuldu (CMK 253/3).

Uzlaştırma soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan, ağır olmayan suçlarda, toplumun suç ile bozulan kamu düzenini “tarafkların barışması” yolu ile yeniden ihdas eden, mağdurun zararını da giderilmesi suretiyle adaleti yerine getiren, yeni bir yaptırım benzeri kurumdur.³³²⁸

³³²⁷ 2019-7188 sK m. 26 ile yapılan değişiklikle; CMK 253 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin mevcut (4), (5) ve (6) numaralı alt bentlerinden sonra gelmek üzere sırasıyla aşağıdaki alt bentler eklenmiş ve bent numaraları buna göre teselsül ettirilmiş, üçüncü fıkrasına “birlikte” ibaresinden sonra gelmek üzere “aynı mağdura karşı” ibaresi eklenmiş, onikinci fıkrasında yer alan “en çok yirmi gün daha” ibaresi “her defasında yirmi günü geçmemek üzere en fazla iki kez” şeklinde değiştirilmiştir. “5. İş ve çalışma hürriyetinin ihlali (madde 117, birinci fıkra; madde 119, birinci fıkra (c) bendi),” “7. Güveni kötüye kullanma (madde 155),” “9. Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (madde 165),”

³³²⁸ Genel olarak uzlaştırma için bkz. CGK, 11.10.2022, E. 2022/15, K. 2022/627.

Türk Ceza Kanunu'nda artık açıkça yazılmasa bile uzlaştırma Devletin ceza verme hakkını ortadan kaldıran sebeplerdendir. 2006-5560 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmadan önce uzlaştırmaya “şikâyet şartının gerçekleşmemesine” bağlanan sonuçların bağlanacağı kabul edilmiş idi (TCK 73/8). Ancak bu fıkra 2006-5560 ile yürürlükten kaldırılarak uzlaştırma kurumu sadece CMK 253 vd. maddelerde düzenlense de uzlaştırmanın gerçekleşmesi halinde Cumhuriyet savcısının iddianame düzenlemesinin yolu kapandığı için (CMK 253/19) kamu davasının mecburiliğini kabul eden bir sistem içinde uzlaştırmanın “Devletin ceza verme hakkını ortadan kaldıran bir sebep” olduğu kabul edilmelidir. Uzlaştırmanın maddi ceza hukuku yönünün TCK da düzenlenmesi yerinde idi.

Uzlaştırmanın maddi ceza hukukunu ilgilendiren yönü bulunduğu kabul edildiği için lehe kanun uygulanmasında uzlaştırma hükümlerinin de nazara alınması gerekir. Yargıtay'ın bu konuda verdiği çok sayıda karar vardır. Bu konu 2016-6763 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile yeni eklenen suçlar bakımından önem taşımaktadır. Tehdit, hırsızlık ve dolandırıcılığın uzlaştırma kapsamına alınması ile lehe kanun uygulanması gündeme gelmiştir.

Uzlaştırma maddi ceza hukuku açısından davayı düşüren sebeplerden sayıldığı için şikâyetten vazgeçmenin doğurduğu sonuçları doğurduğu kabul edilmelidir. Uzlaştırmaya “dava açılmasını engelleyen” muhakeme şartlarındandır. Uzlaştırmaya tabi olan suçlarda, uzlaştırma yolu denenip, olumsuz bir sonuç alınmadan iddianame düzenlenemez. Bu nedenle uzlaştırmanın denenmesi yeni bir “ceza muhakemesi şartı” olmuştur. Uzlaştırma teklif edilmemesi iddianamenin iadesi sebebidir (CMK 174).

Uzlaştırma yargılama benzeri bir görevdir. Uzlaştırma ceza muhakemesi hukuku açısından incelendiğinde uzlaştırmacının yaptığı fonksiyonu, “iddia görevi” olmadığı görülür. Uzlaştırmacı “müdafaa görevi” de yapmaz. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın “edime” dayanan parasal ve maddi yönünü uzlaştırdığı için “yargılama benzeri bir görev” yaptığı söylenebilir. Fakat uyuşmazlığın esasına girmesi, maddi gerçeği araştırması söz konusu olmadığı için tam bir “yargı görevi” de değildir.

Uzlaştırmaya benzeyen kurumlar vardır: Mağdurun suçtan doğan zararının giderilmesini amaçlayan adli kontrol ve denetimli serbestlik kurumları ile özellikle mal aleyhinde işlenen suçlardaki etkin pişmanlık, zararın giderilmesi fikrine dayanırlar. Uzlaştırmanın temel amacı “barışmadır”.

Uzlaştırma uygulanması zor, fakat mahkemelerin iş yükünü azaltmak ve mağdurun ve toplumun zararının giderilmesi açısından faydalı bir müessesedir. Ancak yapılması gereken ayrıntılı işlemler mevcut olduğu için uzlaştırmayı kabul edip uygulayan ülkelerde muhakemenin ağırlık noktası soruşturma evresine kaymıştır.

Uzlaştırma yolu öncelikle şikâyete bağlı suçlarda kabul edildiği için önce şikâyet şartının gerçekleşmiş olması gereklidir. Uzlaştırmaya tabi diğer suçlarda (CMK 253) ise şikâyet koşulu aranmaz.

Uzlaştırmaya tabi bir suça ilişkin bilgi edinildiği zaman geleneksel araştırma ve soruşturma işlemleri yapılır. Uzlaştırma soruşturma yapılmasını, delil toplanmasını ve koruma tedbirlerinin uygulanmasını engellemez (CMK 253/8).

Şüpheliye uzlaştırma teklif edilmesi için “yeterli şüphe” mevcut bulunmalı yani yürütülen soruşturmanın sonunda kamu davası açmaya yetecek kadar delil (CMK 170) elde edilmiş bulunmalıdır. Cumhuriyet savcısının uzlaştırma muhakemesini başlatabilmesi için 2016-6763 sayılı Kanun ile değişen CMK 253/1 kapsamına giren bir suça ilişkin yeterli şüphe bulunması gerekir. CMK 170 anlamında yeterli şüphe varsa savcı iddianame düzenlemeden önce şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması için dosyayı uzlaştırma bürosuna gönderir. Uzlaştırma teklif edilmeden dava açılması iddianamenin iadesi nedenidir.³³²⁹

Uzlaştırma girişimi büro tarafından görevlendirilen uzlaştırmacı tarafından yapılır (CMK 253/4). Bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından veya Cumhuriyet savcısı adli kolluk görevlisine talimat vererek kolluk aracılığı ile şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaştırma teklifinde bulunma sistemi 2016-6763 değişikliği ile terk edilmiştir.

Şüpheliye uzlaşmayı kabul edip etmediğinin sorulması, bir anlamda failin “sorumluluğunu kabul etmesi” ve “suçu ikrar etmesi” demektir. Ancak uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar

³³²⁹ CGK, 12.11.2020, E. 2017/294, K. 2020/456; 2. CD 29.9.2005 K. 2005-19963.

herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz (CMK 253/20). Kanunun şimdiki düzenlemesi öncekinden farklıdır: 2006-5560 değişikliğinden önce “belgeler” bakımından tarafların iradelerine bakılıyor, izin verilerse daha sonra açıklanabiliyordu; olay veya suç ikrarı davada aleyhine delil olarak kullanılmıyordu (CMK 253/6).

Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır. Şüphelinin küçük olması durumunda uzlaşma teklifinin CMK 253/4 uyarınca kanuni temsilciye yapılmaması bozma nedenidir.³³³⁰

Uzlaştırmanın ileri aşamalarına geçebilmesi için şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin de uzlaştırmayı kabul etmesi gerekir (CMK 253/9). Şikâyete bağlı suçlardaki uzlaşmaya “zararının giderilmesi koşulu ile şikâyetten vazgeçme” de denebilir.

Kanunda uzlaştırma teklif edilmesine ilişkin düzenlemelere ayrıntılı bir şekilde yer verilmişken teklifin kabulü konusunda bir düzenleme artık yoktur. Kabul konusu 2006-5560 sayılı Kanun ile değişen CMK 253/9 hükmünde yer alıyordu. Ancak 2016-6763 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle savcının uzlaştırma yapmasına ilişkin düzenlemenin kanundan çıkarılması sırasında fıkranın tamamı yürürlükten kaldırılmıştır.

Uzlaştırmanın ileri aşamalara geçebilmesi için şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin de uzlaşmayı kabul etmesi gerekir. Aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanır (CMK 255). Ancak suçun birden fazla mağdur veya suçtan zarar göreni varsa uzlaşmayı hepsinin birden kabul etmeleri gerekir (CMK 253/7).

3. Uzlaştırmadaki haklar.

a) Şüphelinin uzlaştırmadaki hakları.

Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukuki sonuçları anlatılır (CMK 253/5).

Uzlaştırmanın mahiyeti uyuşmazlık konusundaki kararın, hâkim veya savcı tarafından değil, uyuşmazlığın tarafları olan mağdur ve şüpheli tarafından verileceğidir. Bu hususun her iki tarafa da anlayabilecekleri şekilde bildirilmesi gerekir.

Anayasanın “aydınlatılmış irade” bulunmasını öngören 40. maddesi doğrultusunda CMK’nın şüpheliye ve mağdura uzlaştırmanın hukuki mahiyetini ve sonuçlarını anlatmayı düzenlemesi yerinde olmuştur.

Uzlaştırma sonucunda şüpheli edimini bir defada yerine getirirse hakkında “kovuşturmaya yer olmadığı kararı” (CMK 172) verilir (CMK 253/19). Yeni delil meydana çıkıp suçun hukuki tavsifi değişmedikçe aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz.

Şüpheli ve mağdur uzlaşmayı kabul edince müzakereler başlar, fakat neticede uzlaşma olmayıp, iş davaya giderse “uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz” (CMK 253/20).

Şüpheli edimi taksitle de ifa edebilir. Bu halde CMK 171’deki şartlar aranmaksızın “kamu davasının açılmasının ertelenmesine” karar verilir. Şüpheli uzlaşmasına rağmen edimini yerine getirmese uzlaşma raporu ilam gibi hüküm ifade eder (İİK 38).

Uzlaştırma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak CMK’da öngörülen kanun yolları açıktır (CMK 253/23).

Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde şüpheli uzlaştırmacının giderini ve masraflarını ödemez, bunlar Devlet Hazinesi tarafından karşılanır (CMK 253/22). Uzlaşma olmazsa bunlar “yargılama gideri” sayılır.³³³¹ Suç tarihinde 18 yaşından küçük sanığa uzlaşma giderlerini ödemesi için süre verildiği, sanığın parayı yatırmak istediğini belirtmesine karşın yatırmadığı gerekçesiyle uzlaşma hükümleri

³³³⁰ 15. CD 6.2.2012, K. 2012-7048.

³³³¹ 6. CD, 28.1.2010, K. 2010/670.

uygulanmamış ise de 5271 sayılı Yasa'nın 253/22 maddesi hükmü değerlendirilerek taraflara yöntemine uygun uzlaşma önerisinde bulunulmalıdır.

b) Mağdurun uzlaştırmadaki hakları.

Uzlaştırmadan sağlanması halinde mağdur soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası da açabilir (CMK 253/19).³³³² Ancak mağdur suç işlendikten sonra fakat uzlaştırma neticelenmeden önce, hukuk mahkemesinde tazminat davası açmış ise sonradan uzlaştırma gerçekleştiği durumlarda mağdur hukuk davasındaki vekili için yaptığı ödemeyi de uzlaşma edimine dahil edebilir.

Şüpheli uzlaşmasına rağmen edimini yerine getirmezse uzlaşma raporu ilam gibi hüküm ifade eder (CMK 253/19).

II. Uzlaşmaya tabi olan ve olmayan suçlar.

1. Uzlaştırmaya tabi olan suçlar.

a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar uzlaştırmaya tabidir. Suçun kovuşturulması şikâyete bağlı suç olması ve uzlaştırmaya tabi olması sanığın lehine düzenlemelerdir.

TCK ve CMK ilk yürürlüğe girdiği sırada, sadece şikâyete bağlı suçlarda uzlaştırma yolu açılmış ve uzlaşma davayı düşüren nedenler arasında TCK da düzenlenmişti. Bu düzenlemenin gerekçesi olarak da uzlaştırmadan şikâyete bağlı küçük ihtilaflarda denetlenmesinin sağlanması belirtilmişti. 2006 yılında 5560 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile katalog suç sayma yöntemi ile uzlaştırma genişletildi ve TCK'daki hüküm kanundan çıkarıldı. Böylece uzlaşma halinde kamu davası açılmamasının veya düşme kararı verilmesinin maddi ceza hukuku açısından temeli de ortadan kaldırılmış oldu.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda uzlaştırma kurumunun uygulanması şikâyetten vazgeçme ile çelişmektedir. Mağdur doğrudan doğruya şikâyetten vazgeçtiği takdirde, uzlaştırma yolu kendiliğinden kapanmakta, açılması için mağdurun önce şikâyette bulunması gerekmektedir. CMK 158/6 uyarınca, kovuşturma evresine geçtikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde mağdurun açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam edileceği için bu gibi hallerde mahkeme tarafından uzlaştırma işlemleri yapılacaktır (CMK 254/1).

Şikâyete bağlı suçlarda etkin pişmanlık hükmü öngörülmüş olsa bile artık uzlaştırma yapılabilmektedir. 2016-6763 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlarda, soruşturulma ve kovuşturulma şikâyete bağlı olsa bile uzlaştırma yoluna gidilemiyordu (CMK 253/3). 2016 değişikliği ile etkin pişmanlık suçları ibaresi üçüncü fıkradan çıkartıldığı için, uygulama alanı genişlemiş oldu.

b) TCK'da yer alan uzlaştırmaya tabi suçlar.

Şikâyete bağlı olduğu için uzlaştırma kapsamına giren ve CMK 253'teki listeye alındığı için uzlaştırma uygulanacak olan suçlar şöyle sıralanabilir:³³³³ 1. Kasten Yaralama Suçu (TCK 86/1, 2), Kasten Yaralamanın İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK 88), 2. Taksirle Yaralama Suçu (TCK 89/1, 2, 3, 4), 3. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit (TCK 106/1, bir ve ikinci cümle), 4. Konut ve İşyeri Dokunulmazlığını İhlal Suçu (TCK 116/1, 2, 4), 5. İş ve çalışma hürriyetinin ihlali (madde 117, birinci fıkra; madde 119, birinci fıkra (c) bendi), 6. Hırsızlık (TCK 141), 7. Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma (TCK 123/1), 8. Hakaret Suçu (TCK 125/1, 2, 3-b, c), 9. Kişinin Hatırasına Hakaret Suçu (TCK 130/1, 2), 10. Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu (TCK 132/1, 2, 3), 11. Konuşmaları Dinleme ve Kayda Alma Suçu (TCK 133/1, 2, 3), 12. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (TCK 134/1, 2), 13. Hırsızlık suçları TCK 141/1, 144/1-a, b, 146/1), 14.

³³³² Anayasa Mahkemesinin 2023 yılında verdiği iptal kararına kadar, mağdur tazminat davası açamıyor ve açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılıyordu.

³³³³ Bu liste Adalet Bakanlığı Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan listedir (Bkz. <http://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/>)

Mala Zarar Verme (TCK 151/1, 2), 15. Hakkı Olmayan Yere Tecavüz Suçu³³³⁴ (TCK 154/1), 16. Güveni Kötüye Kullanma (TCK 155), 17. Bedelsiz Senedi Kullanma Suçu (TCK 156/1), 18. Dolandırıcılık (TCK 157/1), 19. Dolandırıcılığın daha az cezayı gerektiren hali (TCK 159/1), 20. Kayıp veya Ele Geçen Eşyayı Tasarruf Suçu (TCK 160/1), 21. Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi³³³⁵ (TCK 165), 22. Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu (TCK 209/1), 23. Aile Hukuku Yükümlülüğünün İhlali Suçu (TCK 233/1), 24. Çocuğun alıkonulması (TCK 234/1, 2, 3), 25. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, TCK 239/1, 2, 3).

c) Çocuklar bakımından uzlaştırmaya tabi suçlar.

CMK 253/1-c bendi uyarınca mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda uzlaştırma mümkündür. Bu bakımdan yukarıda belirtilen suçlara ek olarak çocuklar tarafından işlendiğinde, diğer koşullarında bulunması halinde aşağıda belirtilen suçlarda da uzlaştırma mümkün olacaktır: 1. Kasten yaralama (TCK m. 86/3), 2. İnsan üzerinde deney suçu (TCK m. 90/1), 3. Organ ve doku ticareti suçu (TCK 91/2, 6), 4. Terk (TCK 97/1), 5. Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (TCK m. 98/1, 2), 6. Kısırlaştırma (TCK m. 101/2), 7. Şantaj (TCK m. 107/1, 2), 8. Cebir (TCK 108/1; TCK 86/2 ve 86/3 ile birleşmesi halinde), 9. Siyasi hakların kullanılmasını engelleme (TCK m. 114/1), 10. İnanç düşünce kanaat hürriyetini engelleme (TCK m. 115/1, 2, 3), 11. İş ve Çalışma Hürriyetini İhlal (TCK 117/2, 3, 4), 12. Sendikal hakların kullanılmasını engelleme (TCK m. 118/1, 2), 13. Nefret ve ayrımcılık (TCK m. 122/1), 14. Haberleşmenin engellenmesi (TCK m. 124/1), 15. Kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK m. 135/1), 16. Verileri yok etmeme (TCK m. 138/1), 17. Paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde veya bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla hırsızlık (TCK m. 143), 18. Taksirli iflas (TCK m. 162/1), 19. Karşılıksız yararlanma (TCK m. 163/1, 2, 3), 20. Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (TCK m. 165/1), 21. Bilgi vermeme (TCK 166/1), 22. Çocuğun soybağını değiştirme (TCK m. 231/1), 23. Kötü muamele (TCK m. 232/1, 2), 24. Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali (TCK m. 233/2, 3), 25. Çocuğun kaçırılması alıkonulması (TCK m. 234/1, 2), 26. Bilişim sistemine girme (TCK m. 243/1, 3, 4), 27. Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme (TCK m. 244/2), 28. Kişilerin malları üzerinde usulsüz tasarruf (TCK m. 261/1), 29. Görevi yaptırmamak için direnme (TCK m. 265/1), 30. Genital muayene (TCK m. 287/1), 31. Hak kullanımı ve beslenmeyi engelleme (TCK m. 298/1, 2). Bu suçlarda cezanın üst sınırı üç yıl olduğundan teorik olarak uzlaştırma uygulanması mümkündür.

ç) Özel kanunlarda uzlaştırmaya tabi suçlar.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253/2. fıkrasına göre soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için kanunda açık hüküm bulunması gerekir. Diğer kanunlarda yer alan şikâyete bağlı suçlarda uzlaştırma yoluna gidilebilecektir. Bu bakımdan; 1. 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu (m.16/1), 2. 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (m. 331/1, 2, 3, 4), 332/1, 2, 333a/1, 2, 334, 337/a/1, 338/1, 345/a),³³³⁶ 3. 3573 sayılı Zeytinciliğin İslahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun (m. 14/3), 4. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (m. 71, 72/1), 5. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (m. 62/1-a, b, c, d), 6. 5042 sayılı Yeni Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun (m. 66/1-a, b), 7. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (m. 30/1, 2, 3), 8. 5941 sayılı Çek Kanunu (m. 7/4, 5), 9. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu (m. 25).

2. Uzlaştırmaya tabi olmayan suçlar.

Uzlaştırmanın uygulanması mümkün olmayan suçları temel olarak beş gruba ayırmak mümkündür.

³³³⁴ 2019-7188 değişikliği öncesinde şikâyete bağlı olan birinci fıkra uzlaştırma kapsamında iken, bu yasa ile maddenin tümü uzlaştırmaya tabi tutulmuştur.

³³³⁵ 2019-7188 değişikliği ile eklenmiştir.

³³³⁶ 2004 sayılı İİK m. 345a sermaye şirketinin iflasını istememe uzlaştırma kapsamındadır (CGK, 14.03.2017, 2017/19-7, 2017/137).

a) Uzlaştırma uygulanamayan önödeme tabi suçlar.

Kanun önödeme (TCK 75/1) uygulanabilmesi için "uzlaşma kapsamında olmama" koşulunu öngördüğünden önödemelik suçlarda uzlaşma yoluna gidilemez.

b) Uzlaştırma uygulanamayan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda (TCK 102/1, 104/1, 105/1), bunların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile uzlaştırma yolu kapalıdır. Bunun gibi TCK 123/A maddesinde ısrarlı takip suçunda da uzlaştırma hükümleri uygulanmayacaktır (CMK 253/3).³³³⁷

c) Uzlaştırma uygulanamayan bağlantılı suçlar.

Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmiş olması hâlinde de uzlaştırma hükümleri uygulanmaz (CMK 253/3). Bununla birlikte Yargıtay; hırsızlık suçu ile birlikte işlenen geceleyin işyeri dokunulmazlığını ihlal (TCK 116) suçundan CMK 253 ve 254 maddeleri uyarınca işlem yapılmamasını³³³⁸ veya nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüs ve geceleyin konut dokunulmazlığını ihlal suçlarından yapılan yargılamada, şikâyete bağlı olan konut dokunulmazlığını ihlal suçu açısından; suçun uzlaşma kapsamında kalması ve uzlaşmanın bir kovuşturma şartı olması nedeniyle, öncelikle uzlaşma işlemlerinin yapılmamasını³³³⁹ bozma nedeni yapmaktadır. Uzlaştırma kapsamında olmayan çocuğun cinsel istismarı suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığını ihlal suçunun işlenmiş olduğu anlaşılacakla bozmaya karar verilmiştir.³³⁴⁰ Neticede içtihatla birlik sağlandı ve uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsamda olmayan bir suç ile birlikte işlendiği hallerde uzlaştırma yolu kapatıldı.

Bizce bu hükmü “aynı kişiye karşı işlenen eş zamanlı suçlar” olarak anlamak ve böyle uygulamak daha yerinde olur. Aynı sanığın farklı zamanlarda ve farklı kişilere karşı işlediği uzlaştırma kapsamında olmayan suçlar, uzlaştırma kapsamındaki bir başka suçundan dolayı yapılacak olan uzlaştırma yolunu kapatmamalıdır. Nitekim Kanun koyucu da aynı yönde hareket ederek 7188-2019 sayılı Kanunla CMK 253/3. fıkraya “birlikte” ibaresinden sonra gelmek üzere “aynı mağdura karşı” ibaresi ekledi.

Uzlaştırmaya tabi olan suç ile uzlaştırmaya tabi olmayan ve aynı mağdura karşı işlenen suçlar arasında fikri içtima (TCK 44) hükümleri uygulanarak, uzlaştırmaya tabi olan suçtan hüküm kurmak gerektiği hallerde uzlaştırma uygulanmalıdır.³³⁴¹

Bunun gibi kovuşturma aşamasında sanık hakkında uzlaşmaya tabi olmayan suçtan beraat hükmü verildiği ve kesinleştiği hallerde CMK'nin 253/3. maddesinin uygulanma koşullarının ortadan kalktığından, sanığın mahkumiyetine karar verilen diğer suç uzlaşmaya tabi hale gelir.³³⁴²

ç) Uzlaştırma uygulanamayan, mağduru kamu tüzel kişisi olan suçlar.

Kanun (CMK 253/1) uzlaştırmının gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri arasında uygulanmasını kabul ettiği için mağdurunun ve suçtan zarar görenin kamu tüzel kişisi olan, şikâyete bağlı suçlarda (TCK 341, 342) uzlaştırma yolu kapalıdır. Zira CMK 253/1'de uzlaşmanın yalnızca şüpheli, mağdur veya suçtan

³³³⁷ 5. CD, 16.11.2009, K. 12459: Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında yer alan cinsel taciz suçunun uzlaşma kapsamında olmadığı nazara alınarak itirazın kabulü yerine yazılı biçimde reddine karar verilmesi kanuna aykırıdır.

³³³⁸ 6 CD 18.11.2008, K. 2008-20743.

³³³⁹ 5 CD 23.9.2008, K. 2008-7933.

³³⁴⁰ 5. CD 16.9.2008, K. 2008-7795.

³³⁴¹ 12. CD 24.03.2021, E. 2019/5470, K. 2021/3094: Sanık hakkında uzlaştırma kapsamına giren haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun, bu kapsama girmeyen sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçu ile birlikte işlendiği iddiasıyla kamu davası açılmasından dolayı soruşturma evresinde usulüne uygun olarak uzlaştırma yoluna gidilmediği; ancak, sanığın bir fiili ile sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme ve haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarını işlediği kabul edilip, TCK'nın 44. maddesi gözetilerek, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçundan ceza tayinine yer olmadığına karar verilmesi ve CMK'nın 253/3. madde ve fıkrası koşullarının oluşmaması karşısında, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ile ilgili olarak CMK'nın uzlaşma başlıklı 253 ve 254. madde hükümleri uygulanmak suretiyle sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, uzlaştırma işlemleri tamamlanmadan yargılamaya devamlı yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması

³³⁴² 1. CD, 18.10.2022, E. 2022/7532, K. 2022/8077.

gören sıfatlarının özel hukukun gerçek veya tüzel kişileri tarafından taşınması halinde uygulanabileceği açıkça belirtilmiştir (CMK 253/1).³³⁴³

Suçtan zarar görenin özel hukuk tüzel kişisi olması halinde uzlaştırma hükümlerinin uygulanabileceği gözetilmelidir. Vakıflar Bankası'nın kamu hukuku tüzel kişisi mi, yoksa özel hukuk tüzel kişisi mi olduğu belirlenmeden, uzlaştırma nedeni ile kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi, bozmayı gerektirir.³³⁴⁴

III. Uzlaştırmacı.

1. Uzlaştırmacının Tarafsızlığı

Tarafsızlık kuralı ve gizlilik kuralı uzlaştırmacının temel ilkelerini oluşturur. Uzlaştırmacı maddi gerçeği araştıramaz; tanık dinleyemez, bilirkişi incelemesi yaptırılmaz, tarafların getirdikleri delillerle bağlıdır.

Uzlaştırmacı "tarafsız bir üçüncü kişidir". Uzlaştırmacının tarafsızlığı davranışlarına da yansımalıdır.³³⁴⁵ Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören kişi uzlaştırma teklifini kabul ederlerse Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebiliyordu (CMK mülga 253/9). Bu yöntem sakıncalı olduğu için kaldırılması yerinde olmuştur. Zira Cumhuriyet savcısının "uzlaştırmacılık" yaptığı hallerdeki hukuki konumu tartışmaya değer: Kanun, uzlaştırmacının görevlendirilmesi sırasında, uzlaştırmacı hakkında "hakimin davaya bakamayacağı haller" ile "reddi sebeplerinin" göz önünde bulundurulmasını emretmektedir (CMK 253/10). O halde Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi yaparsa aynı davaya Cumhuriyet savcısı olarak devam edemeyecek (CMK 22/1-g) veya soruşturma evresinde uzlaştırma yaptı ise kovuşturma evresinde duruşma savcısı olamayacaktır (CMK 23/2). Bu kurala uymama halinde hukuka kesin aykırılık oluşabilir (CMK 289/1-b). Cumhuriyet savcısı gibi hâkim de uzlaştırmacı olamaz.

2. Uzlaştırma bürosunca görevlendirilen uzlaştırmacı avukat.

Bir avukatın "uzlaştırmacı" olarak görevlendirilebilmesi için baroya kayıtlı olması, Yönetmelikteki koşulları taşıması, uzlaştırma eğitimini tamamlayarak sınavda başarılı olup uzlaştırmacı siciline kaydolması gerekir. Bu koşulları yerine getiren avukat yetki kazanır. Yeni sisteme göre Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde "Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı" kurulmuştur. Bu Başkanlığın görevleri arasında önödeme, uzlaştırma ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi gibi alternatif usullerin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere çalışmalar yapmak, uzlaştırmacı temel eğitiminin esaslarını ve sınav esaslarını belirlemek, sınavları yapmak, uzlaştırmacı siciline kayıt ve sicilden çıkarma işlemlerini gerçekleştirmek, sicile kayıtlı uzlaştırmacıları görev yapacakları Cumhuriyet Başsavcılıklarına göre listelemek, uzlaştırmacılara tevzi edilecek dosyaların aylık azami sayısını belirlemek ve uzlaştırmacı asgari ücret tarifelerini belirlemek vardır (2992 sK, 9).

Bununla bağlantılı olarak CMK 253/24 değiştirilerek her Cumhuriyet Başsavcılığı bünyesinde uzlaştırma bürosu kurulmuş ve yeterince Cumhuriyet savcısı görevlendirilmiştir. Avukat veya hukuk öğrenimi görmüş bir kişi olan uzlaştırmacı artık büro tarafından listeden görevlendirmektedir.

Bizce bağımsız ve tarafsız bir süje olması gereken uzlaştırmacıların Adalet Bakanlığına bağlı Daire Başkanlığı tarafından bu denli denetim altına alınması uzlaştırma bürolarında görev yapmaları ve Baroların tamamen devre dışı bırakılmış olmaları, yürütmenin yargı üzerindeki etkisini sınırları zorlayacak şekilde genişletmiştir. Bilirkişilikte de benzer bir yapılanma görülmesi korkutucudur.

3. Hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirilmesi.

³³⁴³ Yargıtay 11. CD'si bir kararında (02.03.2017, E. 2017/140, K. 2017/1517), "belgede sahtecilik suçlarının mağduru toplumu oluşturan bireylerin tamamı, yani kamu olduğundan, eylemin belirli bir kişinin zararına işlenmesi durumunda bu kişinin mağdur değil, suçtan zarar gören olacağını" belirtmiştir.

³³⁴⁴ 6. CD, 10.4.2008, K. 2008/9259.

³³⁴⁵ Ancak uzlaştırma usulünün ihtiyarılığı nedeniyle, hâkimin tarafsızlığı ile uzlaştırmacının tarafsızlığı arasında fark olmalıdır.

Hukuk öğrenimi görmüş kişilerin uzlaştırmacı olabilmeleri imkanı 2016-6763 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle de korunmuştur (CMK 253/24). Ancak bu kişilerin de Adalet Bakanlığınca yetkilendirilen üniversiteler veya kurumlarda uzlaştırmacı eğitime katılmaları, yapılan sınavda başarılı olmaları ve uzlaştırmacı koşullarını taşımaları gerekir. Konunun ayrıntıları Adalet Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle³³⁴⁶ düzenlenmiştir (Yön. 47 vd.)

Uzlaştırmacı listesine kayıtlı olan uzlaştırmacılar kayıtlı buldukları ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı tarafından yargı çevresi içinde görevlendirilir. Ancak yargı çevresinde yeteri kadar uzlaştırmacı bulunmaması halinde, en yakın ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı listesinden görevlendirme yapılabilir. (Yön. 12)

Uzlaştırmacı, kamusal bir görev olan yargı görevine katılması için yasal makam olan Cumhuriyet savcısı tarafından görevlendirildiğinden, TCK 6/1-c maddesi anlamında kamu görevlisi sayılır.

4. Uzlaştırmacıya Ödenen Ücret

Başlangıçta uzlaştırmacının ücreti Cumhuriyet savcısı tarafından takdir ediliyordu. 2016-6763 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Adalet Bakanlığı tarafından tarife belirlenmesi sistemi getirildi (CMK 253/22).³³⁴⁷ Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri ayrı olarak ele alınmalıdır. Uygulamada daima sıkıntı yaratan hususlardan biri ücret meselesidir. Zorunlu müdafilikte olduğu gibi uzlaştırmada da avukatları ücret açısından Cumhuriyet savcısına bağımlı tutmak yerinde değildir. Ücretin belirlenmesinin Adalet Bakanlığına bağlı tutulması daha da sorunlu olmuştur.

IV. Uzlaştırma muhakemesinin yürüyüşü.

1. İşin uzlaştırma konusu olduğunun belirlenmesi.

Uzlaştırma kapsamındaki suçlarda CMK 160/1 kapsamında başlangıç şüphesinin mevcut bulunduğu hallerde eksiksiz bir araştırma ve soruşturma yapılması gerekir. Bu araştırma işlemleri sırasında Cumhuriyet savcısının adli kolluğa emir vermesi mümkündür, fakat kolluğun uzlaştırma muhakemesindeki görevleri 2016-6763 sayılı Kanunla tamamen kaldırılmıştır. Bununla birlikte şikayet gerçekleşirse kolluk ifade alabilir. İfade almadan önce uzlaştırma hakkını bildirmelidir. Şikayete bağlı suçlarda yakalama yetkisi yoktur (CMK 90/3).

Yapılan araştırma işlemlerinin sonunda toplanan deliler suçun işlendiği hususunda “yeterli şüphe” oluşturuyorsa yani iddianame düzenlenecek duruma gelindiğinde önce uzlaştırma yolu denir. Zira “uzlaştırma” ile “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” arasında bir sıralama vardı: uzlaştırmacının başarılı olmaması halinde iddianame düzenlenmesi veya kamu davasının açılmasının ertelenmesi yoluna sıra gelirdi³³⁴⁸. Ancak 171. maddede 7188-2019 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle uzlaştırma kapsamındaki suçlarda kamu davasının açılmasının ertelenmesi yolu kapatılmıştır.

2. Soruşturmanın uzlaştırma bürosuna devredilmesi.

Uzlaştırma muhakemesinde büro tarafından görevlendirilen uzlaştırmacı şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görene uzlaştırma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde uzlaştırma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır. Uzlaştırmacı uzlaştırma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaştırma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmedeği takdirde teklifi reddetmiş sayılır (CMK 253/4).

³³⁴⁶ RG.05.08.2017/ 30145

³³⁴⁷ 2022 Uzlaştırmacılık ücret tarifesine göre; a) Uzlaştırma sürecinin teklif aşamasında olumsuz sonuçlanması hâlinde; 200-300 TL, b) Uzlaştırma sürecinin olumlu sonuçlanması halinde; 1) 2-3 kişinin uzlaştırılması durumunda 601-803 TL, 2) 4-6 kişinin uzlaştırılması durumunda 803-1003 TL, 3) 7-9 kişinin uzlaştırılması durumunda 1003-1203 TL, 4) 10 ve daha fazla kişinin uzlaştırılması durumunda 1203-1404 TL, c) Uzlaştırma sürecinin olumsuz sonuçlanması hâlinde; 1) 2-3 kişinin taraf olması durumunda 300-400 TL, 2) 4-6 kişinin taraf olması durumunda 400-500 TL, 3) 7-9 kişinin taraf olması durumunda 500-601 TL, 4) 10 ve daha fazla kişinin taraf olması durumunda 601-700 TL, arasında ücret ödenir (RG 31.12.2021).

³³⁴⁸ 2. CD 20.4.2006, K. 7997.

Sadece mağdura uzlaştırma isteyip istemediğini sorulması ve mağdurun veya sanığın "uzlaştırmayı kabul etmiyorum" şeklinde beyanda bulunması üzerine iddianame ile kamu davası açılması bozmayı gerektirmiştir.³³⁴⁹

Uzlaştırma teklifinde bulunulması halinde kişiye uzlaştırmının mahiyeti ve uzlaştırmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçları anlatılır (CMK 253/5). Uzlaştırma ve sonuçları taraflara ayrı ayrı anlatılıp uyarı yapıldıktan sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekir.³³⁵⁰

Hakkında beraat kararı verilmesi mümkün olan bir şüpheli hakkında uzlaştırma muhakemesi uygulanmamalıdır. Yargıtay ise tam aksi görüşü benimseyerek 2005 sonrası lehe kanun uygulanması yapılırken, beraat eden sanık hakkında uzlaştırma uygulanmadığı gerekçesi ile hükmü bozmuştur.³³⁵¹

Failin çağırılması (CMK 146/1), gelmezse zorla getirilmesi mümkündür. Fail gelmezse uzlaştırma usulü başlamaz.

Failin suçu ve zararı gidermeyi özgür iradesi ile kabul etmesi, mağdurun da uzlaşmayı kabul etmesi gerekir ancak failin ve mağdurun bizzat gelmesi şart değildir; Cumhuriyet savcısı uzlaşma teklifini her ikisine de *açıklamalı tebligat veya istinabe* suretiyle de yapabilir.

Aralık 2006 sonraki sistemde Barolara fazla iş bırakılmamıştı. Sadece Cumhuriyet savcısının istemi üzerine bir avukatın uzlaştırmacı olarak görevlendirme yetkisi bulunduğu için (CMK mülga 253/9) barolar uzlaştırmacı avukatların eğitimini yapıyorlardı. Uzlaştırma dosyaları evvelce Baroda arşivleniyordu. Ancak 2006 sonrası yapılan düzenlemeye göre uzlaştırmacıların müzakereler sonunda kendisine verilen belge örnekleri ile birlikte, raporunu Cumhuriyet savcısına vermesi öngörülmüştü (CMK 253/15). 24 Kasım 2016 tarihinde 6763 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle barolar tamamen sistem dışında tutuldu, sadece Türkiye Barolar Birliği'nin Uzlaştırmacı eğitimi verebileceği düzenlendi.

3. Süreler.

Uzlaştırmacıya dosya içindeki uygun görülen belgelerden örnek verildikten sonra başlayan uzlaştırma süresi, en fazla 30 gündür. Uzlaştırma bürosu bu süreyi en çok 20 gün uzatabiliyordu. 2019-7188 sayılı Kanun ile süre uzatıldı: süre her defasında yirmi günü geçmemek üzere en fazla iki kez uzatılabilecektir (CMK 253/12).

Sonuçsuz kalan uzlaştırmadan sonra tekrar uzlaşma yoluna gidilemez. Uzlaştırmının sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemeyeceği gözetilmeden kovuşturma aşamasında taraflara yeniden uzlaşma teklifinde bulunulması bozmayı gerektirmiştir.³³⁵²

Bununla birlikte taraflar en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar haricen uzlaştıklarını gösteren bir belge düzenleyerek Cumhuriyet savcısına başvurabilecekleri için (CMK 253/16), sürenin kendiliğinden uzadığı söylenebilir.

4. Uzlaştırma oturumu öncesi yapılan hazırlık evresi.

Bu evrede uzlaştırmacı yöntem belirleyici çalışmalar yapar ve uzlaştırmaya bizzat tarafların mı yoksa avukatlarının mı geleceğini öğrenir. Zararın tespiti için araştırmalar yapabilir.

Uzlaştırmacıya dosyadan Cumhuriyet savcısının uygun göreceği belgelerden örnek verilmesi kabul edilmiştir (CMK 253/11). Ancak soruşturmanın gizliliği (CMK 157) devam ettiği için uzlaştırmacı bunları şüpheli ve mağdur ile paylaşamaz. Uzlaştırma bürosu uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır (CMK 253/11, cü. 2).

Maddi gerçeği arayan bir usul olmayan uzlaştırmada amaç tarafları bir edim etrafında anlaştırmaktır. Kanunun dosyadan belge verilmesini kabul etmesi yerinde değildir. Bu yeni düzenleme uzlaştırmacıya adeta bir araştırmacı fonksiyonu da verdiği için sanki uzman görüşü de alabilecek intibai uyanmaktadır.

³³⁴⁹ 2. CD, 29.9.2005, K. 2005/19965; 2. CD, 9.11.2005, K. 2005/24468; 6. CD, 20.6.2013, K. 2013/14087.

³³⁵⁰ 6. CD, 14.4.2009, K. 2009/7062; 6. CD, 25.10.2011, K. 2011/44637.

³³⁵¹ 11. CD 10.12.2007, 651-9073.

³³⁵² 2. CD, 17.12.2013, E. 2012/19099, K. 2013/30174.

Fakat yeni yaratılan, bize mahsus özellikler verilen, uygulamacılardan gelen istekler doğrultusunda sistemsiz bir şekilde değiştirilen bir müessese ile ilgili olarak hukuki cevaplar vermek oldukça zordur.

Olması gereken hukuk açısından vereceğimiz cevap bellidir: Uzlaştırıcı tarafsız ve bağımsızdır, görevi maddi meseleyi halletmek değildir, bu nedenle de dosyayı hiç bilmemesi gerekirdi.

5. Uzlaştırma müzakereleri aşaması.

Bu aşama “tanışma” ile başlar. Daha sonra uzlaştırmanın niteliği açıklanır. Gizli kalacak bilgi ve belgeler belirlenir. Daha sonra tarafların kendi iddialarını ortaya koydukları olay anlatma aşaması (doğrudan soru) başlar. Konuşanın sözü kesilmeden dinlenir, itiraz edilemez. Süre sınırlaması konulamaz. Dinlemesini bilmek gerekir.

a) Tanışma ve uzlaştırıcının giriş konuşması.

Önce uzlaştırıcı kendini tanıtır ve taraflarla tanışır. Bundan sonra taraflara yapılacak olan süreci, haklarını, uzlaştırmanın hukuki sonuçlarını anlatır. Ancak açılış konuşmasının, tarafları sıkacak derecede uzun tutulmamasına özen gösterilmelidir. Uzlaştırıcı kendisini tanıtırma kısmını da kısa tutmalıdır ki taraflar bunun uzlaştırıcıyla değil, kendileri ile ilgili bir süreç olduğunu anlayabilsinler. Uzlaştırıcı tarafların arasındaki uyumsuzluğu küçümseyecek nitelikte söylemlerde bulunmamalıdır. Örneğin kendisinin tecrübeli bir uzlaştırıcı olduğunu ve problemin kolayca çözülebilecek bir problem olduğuna inandığını söylemesi durumunda; bunu tarafların uyumsuzluğunu küçümser şekilde yapmadığından emin olmalıdır.

Uzlaştırıcı taraflara bu aşamada (a) *uzlaştırma sürecinin gizliliği*, (b) *uzlaştırıcının tarafsız olduğu*, (c) *karar veren bir merci gibi hareket etmeyeceği*, ve (ç) *uzlaşma sürecinde yapılan açıklamaların ileride açılacak bir davada delil olarak kullanılmayacağı* (CMK 253/20) gibi hususlar açıklanmalıdır.

b) Anlattırıcı sorular sorarak bilgi toplama aşaması.

Uzlaştırıcı tarafları dinlerken prensip olarak ucu açık, anlattırıcı sorular sormalıdır. Bu aşamada uzlaştırıcı ve taraflar birbirlerine soru sorarlar. Amaç tarafların kendi hikayelerini anlatmalarının sağlanması ve kişi olarak birbirlerini tanımalarıdır. Böylece taraflarda güven duygusu oluşur ve uzlaştırma görüşmelerinde kullanılacak olan bilgiler öğrenilir. Uzlaştırıcı bu aşamada “aktif bir dinleyici olmalıdır”. “Aktif dinleme” demek anlatanın söylemek istediği ana fikri kavramaya çalışmaktır. Bunun için söylediği cümlede kullandığı bazı özgün kelimeleri de kullanarak soru sormak ve uzlaştırıcının söylediğini anladığını teyit ettirmesi tavsiye edilmektedir. Bu nedenle uzlaştırıcı, tarafları dinlerken onlarla göz teması kurmalı ve vücut dilini iyi kullanmalıdır. Uzlaştırıcı tarafların konuşmalarından pozitif ve işe yarar olduğunu düşündüğü noktaları seçerek, bunları diplomatik bir dille tekrar etmelidir. Buna uzlaştırıcının “yansıma” veya “ayna görevi yapma” özelliği denir. Böylece uzlaştırıcı karşı tarafın özellikle duymasında fayda bulunan hususların vurgulanmasına yardımcı olur.

Uzlaştırıcı, tarafların anlattıkları hikayeleri dinledikten sonra bunları özetlemelidir. Uzlaştırıcı “empati” yaparak kendisini tarafların yerine koymaya çalışmalıdır.

c) Halledilmesi gereken problemleri sınırlama ve daraltma evresi.

Uzlaştırıcı tarafların üzerinde anlaşılmadıkları noktaları belirler ve bunların sayısını azaltır. Bu aşamada uzlaştırıcı, taraflarla ayrı ayrı toplanabilir. Bu aşamada tarafların çözüm önerilerine doğru harekete geçirilmesi gerekir.

Ulaşılmak istenen *hedefler* şunlardır: Tarafları geçmiş yerine geleceğe yöneltmek; karar vermeden önce beyin fırtınası yapılmasının sağlanması; olgusal olarak yanlış olan varsayımları bertaraf etmek; seçeneklerin değerlendirilmesi ve uzlaştırıcının, tarafların çözüm önerileri üretmelerine yardımcı olmasının sağlanması.

Uzlaştırıcı hedeflerin belirlenmesine yardımcı olurken şu *hususlara dikkat* etmelidir: Müzakereye açık olan hususlar tanımlanmalıdır. Bu hususların çerçevesi tarafsız bir dille çizilmelidir. Taraflardan, karşı tarafın çıkarlarını tanımlamaları istenmelidir. Ortak çıkarlar belirlenmelidir.

Ancak uzlaştırıcı kendisi çözüm üretmemeli, tarafların çözüm üretmesine yardımcı olmalıdır.

ç) Ayrı yerlerde toplanma.

Yakın bir süre önce uyuşmazlık yaşamış olan tarafların aynı odada buluşturulmaları, yeni uyuşmazlıklar doğuracağı için, sakıncalı olabilir. Bu nedenle gerekli hallerde uzlaştırmacının taraflarla ayrı ayrı odalarda görüşmesi de mümkündür. Ayrı görüşmenin amacı tarafların daha özel, kişisel veya diğer tarafın varlığında söyleyemeyecekleri bilgilerinin öğrenilmesi, her bir tarafın, uzlaştırmacıya karşı, diğer taraf varken olabileceğinden daha açık sözlü olmasının sağlanmasıdır.

Ayrı görüşme yapılarak bir tarafın verdiği uyarı sinyallerinin araştırılması mümkün olabileceği gibi tarafların değişen koşullar karşısında alacakları pozisyonları netleştirmek de imkân dahiline girer.

Uzlaştırmacı taraflarla ayrı ayrı görüşürse tarafsızlığını kaybetmemek için şu hususlara dikkat etmelidir: Taraflardan yalnızca biriyle değil, her ikisiyle de ayrı görüşme yapılmalıdır. Ayrı görüşme yapmak için geçerli bir sebep bulunmalıdır. Taraflardan birinin ayrı görüşme oturumunda dile getirdiği hususların, kendisinin rıza vermesi durumunda karşı tarafa iletebileceği hatırlatılmalıdır.

d) Tarafların tekliflerini belirleme evresi.

Bu evrede karmaşık olaylardaki uyuşmazlık noktaları sıralanabilir.

e) Müzakere aşaması

Bu aşamada her iki tarafın da kazançlı çıkacağı "win win" sonuçlara ulaşmak amacı ile müzakere yapılır, yanlış anlaşılmanın engellenmesi sağlanır. Detayların çözümsüz bırakılmamasına dikkat edilmelidir.

6. Uzlaştırma sureti ve edim.

a) Uzlaştırma ve edimin belirlenmesi aşamasında dikkat edilecek hususlar.

Bu aşama uzlaştırmının sonu demektir. Taraflar bir suretle uzlaşır ve bir edim üzerinde anlaşılırsa sözleşme biçiminde bir metin hazırlanır. Uzlaşma olmazsa önceki evrelere dönülebilir. Sözleşme imzalandıktan sonra dönme olmaz.

Uzlaştırma raporunda tarafların ne suretle uzlaştıklarının ayrıntılı olarak açıklanması gerekir. Tarafların yapılan anlaşmadaki hükümleri doğru anladığından emin olunmalıdır. Tarafların bir arada buldukları son oturum bu olduğu için ve tekrar bir araya gelmeleri kolay olmayacağı için her ayrıntı bu aşamada açıklığa kavuşturulmalıdır.

b) Edim.

Uzlaştırmının temel amacı fail ile mağdurun birbirlerini tanımaları ve sonuçta barışmalarıdır. Bu nedenle Kanunda uzlaştırmının tarafların özgür iradelerine dayanması ve edimin hukuka uygun olması koşul olarak belirtilmiş fakat uzlaştırmının konusu tanımlanmamıştır. Uzlaştırmacının hazırlayacağı ve tarafların imzalarını da içeren raporda ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanacak (CMK 253/15) ve şüphelinin defaten yerine getirmesi gereken bir edim belirlenecektir (CMK 253/19).

Edim olarak mağdurun zararının giderilmesi ön plandadır. Zira uzlaşma sağlandığı ve edim defaten yerine getirildiği takdirde mağdur soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açamayacak ve açılmış bir dava varsa bundan feragat etmiş sayılacaktır (CMK 253/19). Zarar olarak mağdurun uğradığı maddi zarar ve manevi zarar gündeme gelir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK 171) ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK 231) kurumlarından farklı olarak gönüllülük esasına dayanan uzlaştırmada, Kanunun ilk yürürlüğe girdiği dönemde aranan "zararın tamamen giderilmesi" koşulu, 5560 değişikliği sonrasında artık bulunmadığı için her iki tarafın üzerinde anlaştıkları herhangi bir edimin ifası söz konusu olur. Yönetmelikte de (m. 20/1-a), yerinde olarak maddi veya manevi zararın tamamen veya kısmen tazmin edilmesi veya eski hale getirme, edimin konusu olarak belirtilmiştir. Fakat buradaki "tamamen" giderme ifadesi tarafların üzerinde anlaştıkları edimin, zararın tamamını veya bir kısmını kapsadığını belirten bir tanımlamadır, yoksa eskiden olduğu gibi zararın tamamen giderilmesi istenmemiştir. Uzlaştırmada taraflar aralarında manevi zararı da kapsayacak şekilde uzlaşmada serbesttirler (Uzlaştırma Yönetmeliği 20).

Edim zararın giderilmesi dışında bir konuda anlaşmayı da kapsayabilir. Örneğin failin mağdurdan özür dilemeyi kabul etmesi de bir edim olarak sözleşmeye esas teşkil edebilir (Uzlaştırma Yönetmeliği 20/1-d).

7. Raporun düzenlenmesi aşaması.

Tarafların bir edim üzerinde anlaşmaları halinde uzlaştırma tamamlanmıştır. Uzlaştırmacının hazırlayacağı ve tarafların imzalarını da içeren raporda "ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanacak" (CMK 253/15) ve şüphelinin defaten yerine getirmesi gereken bir "edim" belirlenecektir (CMK 253/19).

Uzlaştırmacı tarafların ne surette anlaşıklarını, etraflı bir şekilde anlatan rapor düzenler. Raporu ve anlaşmayı taraflar ve uzlaştırmacı imzalar. Uzlaştırmacı kendisine verilen belge örnekleri ile birlikte raporunu uzlaştırma bürosuna verir.

Uzlaştırma bürosu soruşturma dosyasını, raporu ve varsa yazılı anlaşmayı soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısına gönderir (CMK 253/15).

8. Haricen uzlaşma.

Kanun uzlaştırma teklifinin reddedilmesine rağmen soruşturma evresinde haricen uzlaşmayı da kabul etmiştir (CMK 253/16). Haricen uzlaşma belgesi iddianame düzenleninceye kadar verilebilir. Cumhuriyet savcısı bunun özgür iradeye dayandığını ve edimin uygun olduğunu takdir etmek yetkisine sahiptir. Uygun bulursa rapor aşaması bitmiş sayılmaktadır (CMK 253/17).

Kovuşturma evresinde haricen uzlaştırmaya cevaz veren yönetmelik hükmü yerinde olarak Kanuna aykırı olduğu için iptal edilmiştir.³³⁵³

9. Edimin ifa edilmesi ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi.

Tarafların üzerinde uzlaştıkları edim defaten ödenirse kovuşturmaya yer olmadığına dair karar (CMK 172) verilir.

Uzlaşma vuku bulmakla birlikte edimin ifasında gecikme varsa CMK 171'deki koşullar aranmaksızın şüpheli hakkında "kamu davasının açılmasının ertelenmesi" kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Erteleme kararından sonra uzlaşmanın gerekleri yerine getirilmezse CMK 171/4'teki koşullar aranmadan, kamu davası açılır (CMK 253/19).

10. Hukuk davası açılması ile ilgili hususlar.

a) Uzlaşmama durumunda tazminat davası açma sorunu.

Taraflar uzlaşma muhakemesinde uzlaşamazlarsa, mağdurun tazminat davası açma hakkı vardır. Ancak, uzlaşmanın gerçekleşmesine ve mağdurun zararının giderilmesine rağmen aynı konuda hukuk davası açılması da mümkündür. Kanun yürürlüğe girdiği sırada uzlaştırmacının sağlanması halinde soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmıyor, açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılıyordu (CMK 253/mülga 19. fıkra). Anayasa Mahkemesi hukuk davası açılmaması kuralını 2023 yılında iptal etti.

b) Uzlaşmaya rağmen edimin yerine getirilmemesi.

Şüpheli uzlaşmasına rağmen edimini yerine getirmezse uzlaştırma raporu ilam gibi hüküm ifade eder (CMK 253/19, İİK 38).

c) Hukuk davalarının zamanaşımı.

CMK 253/19, edimin taksidinde bağlandığı durumlarda "ceza zamanaşımının" işlemeyeceğini kabul etmiştir. "Ceza dava zamanaşımı" da kanunda düzenlenmiş ve ilk uzlaşma teklifinin yapıldığı tarihten, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç uzlaştırmacının raporunu Cumhuriyet savcısına verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresinin işlemeyeceği, hükme bağlanmıştır (CMK 253/21).

Kanaatimizce hukuk sistemimizi bir "hukuk labirenti" haline getiren bazı yeni düzenlemeleri, yıllar içinde ya kaldıracamız ya da Yargıtay kararları ile uyumlu hale getireceğiz.

³³⁵³ Danıştay 13. D, 20.06.2011, 2007/6843, 2011/2365.

11. Mahkeme tarafından uzlaştırma.

Kamu davası açıldıktan sonra işin uzlaştırmaya tabi bir suç olarak tavsif edilmesi durumunda uzlaştırmayı mahkeme CMK 253'teki hükümlere göre yürütür (CMK 254/1). Yargıtay “uzlaştırmanın” da bir kovuşturma şartı olduğunu kabul etmektedir; bu şart yerine getirilmeden düzenlenen iddianamelerin iade edilmesi gerekir (CMK 174). Şikâyete bağlı suçlarda (sarkıntılık! ve sövme) verilen kesin hükmün yani Ceza Kanununa uyarlama muhakemesinde, uzlaştırma işlemi yapılmadan karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir. Yargıtay bu kararında “uzlaştırmanın bir kovuşturma şartı” olduğunu vurgulamıştır.³³⁵⁴ Yargıtay’ın aynı dairesi diğer bir kararında 1 Haziran 2005’ten önce tarihinden önce kesinleşen takibi şikâyete bağlı suçlarda, kesinleşen önceki hükümde değişiklik yapılabilmesi için duruşma açılması ve uzlaşma yolunun denenmesi gerektiği görüşleri ile bozma kararı verilmiştir.³³⁵⁵

Uzlaşma kapsamında kalan bir suç hakkında esas mahkemesi hüküm kurmuş olsa dahi Yargıtay, suçun uzlaştırmaya tabi olması nedeni ile bozma kararı vermektedir.³³⁵⁶ Kavgada korkutmak için silahla ateş etmek suçundan (mülga TCK 465/2) mahkum olan suça sürüklenen çocuk hakkında yeni Ceza Kanununa uygulama muhakemesi yapılırken, mülga Kanundaki cezanın (değişik) ÇKK 24'deki “uzlaşma” kapsamına girdiği görülmüş ve uzlaştırma işlemleri yapılmadan “hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararı” verilmesi bozmayı gerektirmiştir.³³⁵⁷

Mülga Kanuna göre şahsi davalık olan suçlardan dolayı verilmiş olan kesin hükümlerin yeni Ceza Kanununa uygulama muhakemesinde, uzlaştırma yolunun denenmesi mecburiyeti bulunduğu için bu yola gidilmeden verilen infaz hükümlerinde bozma kararı verilmektedir.³³⁵⁸

Duruşmada uzlaştırma olur ve edim defaten yerine getirilirse “düşme kararı” verilir. Edimin ifasında gecikme varsa CMK 231'deki koşullara aranmaksızın sanık hakkında “hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı” verilir (CMK 254/2).

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasından sonra uzlaştırma gerekleri yerine getirilmezse CMK 231/11'deki şartlar aranmadan hüküm açıklanır (CMK 254/2). Kovuşturma aşamasında mağdur ile sanık müdafisinin dilekçe ve beyanları ile uzlaştıklarını bildirmeleri karşısında uzlaşma nedeniyle atılı suçtan açılan kamu davasının düşmesine karar verilmesi gerekir.³³⁵⁹

V. Çocuk hukukundaki uzlaştırma.

2006 yılında 5560 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe kadar çocuk hukukuna özgü kurallar vardı. Bunlar hatalı olarak yürürlükten kaldırıldı ve Ceza Muhakemesi Kanununun uzlaştırmaya ilişkin hükümlerinin uygulanması kabul edildi (ÇKK 24).³³⁶⁰ Kanun suça sürüklendiği iddia edilen çocuklar

³³⁵⁴ 5. CD 7.3.2006, K. 1460.

³³⁵⁵ 5. CD 10.7.2006, K. 6502.

³³⁵⁶ 2. CD 11.9.2006, K. 1403.

³³⁵⁷ 2. CD 16.10.2006, K. 16830.

³³⁵⁸ 4. CD 24.4.2006, K. 9856.

³³⁵⁹ 12. CD, 12.11.2012, K. 2012/23667.

³³⁶⁰ Suç tarihinde 15-18 yaş grubunda olduğu anlaşılan suça sürüklenen çocuk hakkında; 5271 sayılı CMK'nın 253 ve 254. maddelerini değiştiren 5560 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihinden önce kasten işlenen ve alt sınırı iki yılı aşmayan hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar yönünden suça sürüklenen çocuklarla ilgili uzlaşma mümkün bulunduğu halde, uygulama olanağı bulunan 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 24. maddesine göre ve 5560 sayılı Kanun'un 25. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 254. maddesi uyarınca aynı Kanun'un 253. maddesindeki yöntem izlenerek uzlaşma girişiminde bulunulması gerektiği gözetilip, hırsızlık ve iş yeri dokunulmazlığının ihlali suçlarından 5271 sayılı CMK'nın 253 ve 254. maddelerinde öngörülen yöntemlere uygun olarak hükümlü ve mağdura uzlaşma önerisinde bulunulup, uzlaşmanın sağlanması halinde 5237 sayılı TCK hükümlerinin hükümlü lehine sonuç doğuracağı, ancak uzlaşmanın sağlanamaması halinde hükümlünün eylemine uyan 5237 sayılı TCK'nın 142/1-b, 143/1, 31/3 (suç tarihlerinde 15 yaşını bitirip 18 yaşını ikmal etmediği anlaşılan hükümlü hakkında tayin olunan cezadan, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihi ile aynı Kanunda 5377 sayılı Kanun ile değişiklik yapıldığı 08.07.2005 tarihleri arasında 5237 sayılı TCK'nın 31/3. maddesindeki indirim oranının 1/2 olduğu gözetilmek suretiyle), 116/2-4, 31/3. maddeleri uyarınca verilmesi gereken cezalar ayrı ayrı tespit edilerek sonuç cezalar karşılaştırılıp sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, eksik inceleme ve hatalı değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi, Bozmayı gerektirmiştir (2. CD. 10.2.2015, E. 2014/37191, K. 2015/2192).

bakımından uzlaştırmanın uygulanabileceği suçları üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis ve adli para cezasını gerektirenleri kapsayacak şekilde genişletti (No. 432-II/1-c). Çocuk hukukuna ilişkin açıklamalar için güvenlik tedbirleri bahsine bakınız (No. 488).

60. § ÖNÖDEME

432. ÖNÖDEME.

I. Kavram.

1. Önödeme uygulanabilen suçlar.

Yalnız para cezası gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı 6 ayı aşmayan suçlar ile, TCK 98/1, 171, 182/1, 264/1, 278/ ve 2, Orman Kanunu m. 108/1, Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu m. 74/2, cü.1 ve Dernekler Kanunu 32/1-d maddelerdeki suçların faili Cumhuriyet savcılığınca belirlenen adli para cezasını yapılan tebliğ üzerine öderse, hakkında kamu davası açılmaz (TCK 75). Böylece hem mahkemelerinin işi azaltılmış olmakta hem de cezalandırılmış olmasına rağmen sanık suçlu olarak damgalanmamaktadır. Ön ödeme fail konumundaki şüphelinin kabulüne bağlıdır; kabul edilmediği takdirde genel hükümler uyarınca iddianame düzenlenerek kamu davası açılır.³³⁶¹

Uzlaştırma kapsamına giren suçlarda önödeme uygulanamaz. Mevzuatta önödemenin kabul edilmediği başka suçlar da vardır.³³⁶² Örneğin, 2009-5941 numaralı Çek Kanununun 5/11 maddesinde karşılıksız çek keşidesi suçunda sadece para cezası öngörülmesine rağmen, önödeme yolu kapatılmıştır.

Ön ödeme kurumu Cumhuriyet savcılığının kontrol ve yönetimi altındadır. TCK 75/1-a,b,c bentlerinde belirtilen usul kapsamında Cumhuriyet başsavcılığınca adli para cezası belirlenir ve tebligat üzerinde 10 gün içerisinde ödenmesi istenir. Cumhuriyet savcısı failin 10 gün içinde talep etmesi halinde birer ay ara ile 3 eşit taksitte ödenmesine karar verebilir. Taksitlerin zamanında ödenmemesi ön ödeme hükümsüz kılar ve soruşturma genel hükümlere göre devam eder.

Suçların çoğalmasında ve mahkemelerin altından kalkamaz hale gelmesi üzerine ortaya çıkan ceza kararname ile kabule bağlı olmak şartı ile ceza vermek ihtiyacı, sulh hâkimine, idareye ve kolluk memurlarına yetki vermekle giderilememiştir. Her işte hâkime gitmeğe imkân yoktur. Her para cezası veya para cezasına çevrilebilecek bir ceza ile cezalandırılan suçlu da idarî suç saymak mümkün değildir. İş hâkime bırakmaya nazaran daha az teminatlı olmasına rağmen, savcıya da yetki tanınması zorunlu hale gelmiştir. Ancak, sulh hâkiminin veya idarenin verdiği cezayı ödemek, hakikî cezayı ödemek sayıldığı halde, burada kolluk memurlarının ceza kararnamelelerinde olduğu gibi, dâva açılmasını önleyen, açılmışsa düşürülmesini sağlayan bir önödeme³³⁶³ durumu kabul edilmiştir.³³⁶⁴

2. Önödemenin hukuki niteliği.

³³⁶¹ 2016-6763 sayılı Kanun ön ödemeye tabi suçlar genişletti. Ayrıca Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 74/2 ve Dernekler Kanunu'nun 32/1-d maddelerinde yer alan suçlar da ön ödeme kapsamına alındı.

³³⁶² Meselâ İİK 352a.

³³⁶³ Kanunlarımızda "savcının ceza kararname" diye bir terim yoktur. Fakat savcının yaptığı, ceza kararname niteliğinde işlem vardır. Gerçekten, aşağıda önödeme bahsinde tafsilâtı ile göreceğimiz gibi, savcı para cezasının ödenmesi için tebligat yapar. Bu tebligat bir önermeyi içerir. İlgili kabul edip öderse kamu dâvası açılmaz, kabul etmezse, yani ödemezse dâva açılır. Bu ödemede savcının hukukî tavsifi esas alındığından ödeme de kabule bağlı tutulduğundan, savcının ödeme hususunda yaptığı tebligatın "ceza kararname"nin tebliği niteliğinde olduğu görülmektedir.

³³⁶⁴ *Yurtcan* (s. 547), savcı ceza vermediğine göre onun uyuşma teklifine ceza kararname denemeyeceği görüşündedir. Ceza kararname sayılması önödeme durumunun kabulüne engel değil ki, Ceza kararnamesini ceza kararname yapan, yargılamadan verilmiş olması ve kabul edilmeyince yargılama yapılmasıdır. Ceza kararnamesindeki ceza da kabule bağlı olduğundan nihayet bir teklif niteliğinde değil mi? Bir kısım ceza kararnamesinde kabulden sonra ödeme ile yargılama kararı yerine getirilmiş sayılmasına karşı bir kısmında da ceza dâvasının açılmasını önleyen, açılanı düşüren önödemenin kabul edilmesi neden mümkün olmasın.

Önödeme kanunlarımıza 1926 da mülga Türk Ceza Kanunu'nun 119. maddesiyle girmiştir.³³⁶⁵ Türk Ceza Kanunu ceza kararname ve şahsi davayı kabul etmemesine rağmen, önödeme kurumunu korumuştur (TCK 75).

Önödeme Türk Ceza Kanunu'nda dava ve cezanın düşürülmesi bölümünde yer alan bir kurumdur. Fail ile Devlet arasındaki ceza hukuku ilişkisini sona erdiren nedenlerden biri olduğu için, maddi ceza hukuku yönü de bulunan bir muhakeme hukuku kurumudur.

Önödeme dava açılmasını engellediği veya dâvayı düşürdüğü için şartlı genel affa benzetilebilir. Bununla birlikte, doktrinde genellikle hapis cezasının sakıncalarını gidermeye yönelik kurumlar arasında yer verilmektedir.³³⁶⁶

Savcının önödeme için gerekli bildiriği yapması sanığın kabulüne bağlı olduğu için, önödemenin bir tür *uzlaşma* olduğu da söylenebilir.

Önödeme, uzlaştırma veya seri muhakemeye tabi bir suçun iddianamesi, bu usul uygulanmadan düzenlenirse, iddianamenin iade edilmesine rağmen (CMK 174/1-c), bizce önödeme bir *muhakeme şartı* değildir.

Önödeme “*muhakemesiz ceza olmaz*” prensibine şu şartlarla uygundur. Hâkimden gayrısının önödeme ile verdiği ceza ancak hürriyeti kayıtlamayan bir ceza (para cezası, müsadere) olur ve paraya çevrilemezse; onu kabul etmeyen bakımdan hüküm doğurmaz ve karşı gelme üzerine yapılacak duruşma sonunda ceza tayin edilirse, Sözleşmeye ve Anayasamıza (İHAS 6, AY 19/2) aykırılık söz konusu olmaz.

3. Önödemenin ceza kararname, uzlaştırma ve seri muhakemeden farkı.

Önödeme ile ceza kararname farklı kavramlardır.³³⁶⁷ Önödemede hâkim kararı yoktur. Para cezasını hâkimden başka bir sùje, yani Cumhuriyet savcısı önermektedir. Kovuşturma evresinde TCK 75/2 ve 3 uyarınca yapılan önödeme türlerinde de iddianame, ceza kararname yerine geçmekte ve sanık iddianamedeki tavsife göre para cezasını ödemektedir. Uzlaştırmada da hâkimin verdiği bir karar yoktur. Kararı taraflar uzlaşarak vermektedir. Seri muhakemede iş mahkemeye intikal etmekte ise de iddianame yoktur.

4. Önödemenin türleri.

Önödemenin üç çeşidi vardır: 1) Dâva açılmadan önce yapılan ve dâva açılmasını önleyen önödeme. 2) Dâva açıldıktan sonra, fakat duruşmada yapılan ve açılmış dâvayı düşürten önödeme. 3) Tavsif

³³⁶⁵ İlk şeklinde sadece kabahatlerde ve dâva açılmadan önceki ödeme öngörülmüştü. Suç karşılığı para cezasının yukarı haddi ödeniyordu. 1936 değişikliğinde kabahatlerde uygulanışa dokunulmadı ancak ödemenin dâva açılmasından sonra duruşmadan önce yapılması da kabul edildi. Yine para cezasının yukarı haddi ödeniyordu. 1973 de 1696 numaralı kanunla ön ödeme alanı, Ceza Muhakemesi Kanununa eklenen 5-9. maddelerle genişletildi. Cürümlerde de uygulanır oldu. Asgari haddin ödenmesi sistemine geçildi. Artık önödemenin iki çeşidi vardı: Dâvadan önce ve sonraki önödeme. Ancak dâvadan sonraki önödemenin duruşma başında sanığın sorgusundan önce yapılması şarttı. 1983 de, önödeme ile ilgili hükümler bir arada yer alsın diye, yani hükümlerde değişiklikler yapılmadan, Ceza Muhakemesi Kanununun ek maddelerindeki hükümler de Ceza Kanununa aktararak 2370 numaralı kanunla 119. maddeye yeni bir şekil verildi. 1988-3506 numaralı kanunla son kez yapılan değişiklikle ise yukarı sınırı 3 ayı geçmeyen hapis cezasını gerektiren cürümlerde de önödeme kabul edildi.

³³⁶⁶ Dülger 2023, 954; Artuk/Gökçen 2023, 927. Önödeme hakkında ayrıntılı bilgi için: *Karagülmez* (Ali): Türk hukukunda ceza kararname ve önödeme, Adalet yayınevi, Ankara 1999, sh. 199.

³³⁶⁷ Aralarındaki ilişki şudur: Para cezasını önermek bakımından ikisinin de temeli aynıdır. Yani ikisinin de kabul mecburiyeti yoktur. Bu bakımdan önödemeyi ceza kararnameinin bir çeşidi saymak mümkündür. Buna karşılık, her ceza kararname kamu dâvasının açılmasını önleme veya açılmışsa düşürülmesini gerektirmez. Bu sonuç sadece hâkimden başka sùjelerin önermesine uygulanmaktadır. Çünkü maksat, hâkimlerin yüklerini, yani yargılama işlerini azaltmaktır. Hâkim bakımından durumun farklı düzenlenmesinin sebebi de şudur: Hâkim yargılama yaparsa kendi tavsifine göre hareket edecektir ki bu takdirde dâvanın düşmesi için artık sebep kalmamıştır. Hâkim kendi tavsifine göre duruşmayı sona erdirip para cezası verecektir. Ortada normal bir mahkûmiyet kararı vardır. Hâkim, sulh hakiminin ceza kararnameinde olduğu gibi yine kendi tavsifine göre yargılama yapmadan idari nitelikte bir kararla para cezası verebilir. Bu da bir önermedir. Ama bu önermenin sonucu, önermeyi yapan sulh hâkimi olduğundan, diğer ceza kararnameinden farklı düzenlenmiştir: Kabul edilemezse sulh mahkemesi duruşma yapacak ve sonuca göre normal kararı verecektir. Kabul edilir ve ödenirse, mahkemenin verdiği bir ceza mahkûmiyeti yerine getiriliyormuş gibi sayılacaktır.

değişikliği ile uygulanabilen önödeme. Bu üçüncü çeşit bir içtihat birleştirme kararı ile, sisteme ters düşen bir şekilde sisteme girmiştir.

5. Önödemenin şartları.

a) Kuvvetli suç şüphesinin bulunması.

Önödeme sanık hakkındaki isnadın çok kuvvetlendiği durumlarda uygulanabilir. Ancak, yasal düzenlemede savcının suça ilişkin herhangi bir araştırma işlemi yapması öngörülmediği gibi, yeterli şüphe incelemesi yapılmasından da söz edilmiş değildir.³³⁶⁸ Bizce, ceza kararnamesi niteliğindeki ödeme önermeleri ile şüpheliye suç isnat edilmiş yani kovuşturma başlamış olduğundan, kovuşturmanın değil, *kovuşturmayla sonverme kararnamesi* verilmeli ve bu da yargılama makamlarınca denetlenebilmelidir.³³⁶⁹

b) Yaptırıma ilişkin koşullar.

Sanığın eylemi; sadece adli para cezasını gerektiren bir suç ise veya üç ayı geçmeyen hapis cezası gerektiren bir suç ise, “kamu davasının açılmasını engelleyen” önödeme uygulanabilir. Adli para cezası ile birlikte hapis cezası hükmedilebilecekse, önödeme gene mümkündür.

Savcı, yukarıda belirtilen suçlarda dava açmadan önce, her suç için ayrıca belli edilecek bir miktar para cezasını soruşturma giderleri ile birlikte, 10 gün içinde öderse, kamu davası açmayacağını, ödemezse açacağını ve suçu sabit görüldüğü takdirde mahkemece tayin edilecek cezanın, yukarı haddini geçmemek üzere, yarı nisbetinde artırılacağını, sanığa bildirir.

Sanık süresi içinde para cezasını ve soruşturma giderlerini öderse kamu davası açılmaz. Ödemezse kamu davası açılır.

II. Kamu davasının açılmasını önleyen önödeme.

Önödemenin birinci çeşidi şöyle düzenlenmiştir.³³⁷⁰ Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını gerektiren veya yukarı sınırı üç ayı aşmayan suçların faili, savcı iddianame ile

³³⁶⁸ Bunun dışında soruşturma evresinde gerçekleşen ön ödeme işlemleri açısından kanun hâkimin herhangi bir kontrol veya denetimini öngörmüş değildir. Özel kanun hükümleri gereğince işin doğrudan mahkemeye intikal ettiği halleri düzenleyen ikinci fıkrada hâkimin sadece ödenecek adli para cezası miktarını ve yargılama giderlerini belirlemesini öngörmekte, herhangi bir yargılama faaliyetinden söz etmemektedir.

³³⁶⁹ 5. ve 6. basılarda, uzlaşma ile bağdaşamayacağını sanarak, koşuşturmayla sonverme kararnamesi verilirse gerilabilir diye, dosya kapatma adlı bir yeni işlem önermiştik. Uzlaşmanın kanuna uygunluk ve yeni delil veya olay çıkmama şartları ile yapıldığını kabul etmek için hiçbir engel olmadığını görerek, artık koşuşturmayla sonverme kararı verilmesinden yanayız.

³³⁷⁰ *Mülga TCK 119'deki düzenleme şöyle idi.* Önödemenin kamu davasının açılmasını önleyen çeşidi, sanığın eylemi: a) Sadece hafif veya ağır olabilen fakat nisbî olmaması aranan (mülga TCK 119/9) para cezası veya para cezası ile birlikte olabilen ve yukarı haddi 3 ayı geçmeyen hürriyeti bağlayıcı ceza (yani hafif hapsi veya hapsi) gerektiren bir suç olması halinde mümkündür. Nisbî olmamasının aranması, her halde, aşağı had olmadığı için istenecek para cezasının miktarını tâyindeki güçlük yüzündendir. Aşağı hadle kurtarmak sanık lehinedir ama, aşağı had yok diye önödeme imkânı tanımamak hiç de sanık lehine değildir. Sabit cezada da durum aynıdır. Bunlarda da önödeme kabul edilmeli, nisbî veya sabit ceza ne ise onun ödemesi istenmelidir. Maddede ayrıca bir meslek veya sanat faaliyetinin durdurulması (tatili) cezası da bulunabilecekti (mülga TCK 119/8). Bu imkân trafik suçlarında tanınmamıştı (KTK “1983-2918” m. 112/10). Savcının ödemesini isteyeceği para cezasının miktarı soruşturma giderleriyle birlikte: a) Sadece para cezası öngörülmüşse veya hürriyeti bağlayıcı ceza da öngörülmekle beraber sadece biri uygulanabilecekse, para cezasının aşağı haddi. Sadece yukarı sınır gösterilmesi halinde aşağı sınır, genel sınırdır (7. CD 13/2/74 YKD 76/2, 278). b) Sadece, hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüşse, aşağı haddin her günü için, para cezasını çevirmede belirtilen aşağı had (yani mülga CİK “1999-4421” 4/1:1 uyarınca, ilerde katsayı sistemi ile artırılınca kadar kabahatlerde beher gün karşılığı birmilyon ila ikimilyon lira hafif, cürümlerde ikimilyon ila üçmilyon lira hesabıyla ağır para cezası) hesabı ile bulunacak miktar, c) Para cezası ile hürriyeti bağlayıcı ceza birlikte uygulanacaksa, her ikisine göre hesaplanacak miktarların toplamı idi (mülga TCK “1988-3506” 119. f. 1 ve 2). Ödenecek para, her suç için ayrı ayrı gösterilirdi. Birden fazla suçun cezaları toplanmamalı, sanık hiç olmazsa bazılarının cezasını ödeyebilmelidir (9. CD 29/4/77 YKD 77, 1040; CGK 9/5/77 YKD, 78, 1880; 9. CD 4/2/86 YKD 86/6 916). Birden fazla önödemeye tabi suç söz konusu ise, isnat edilen suçların kanunda öngörülen asgari para cezaları miktarlarının ayrı ayrı gösterilmesi suretile ön ödeme çağrısı yapılmalıdır. Para cezalarının toplamı üzerinden işlem yapılması bozmayı gerektirir (5. CD. 3.12.92, E. 98/3958, K. 98/4641; YKD Ocak 1999, 119). Savcı, önödeme imkânını ve sonucunu sanığa bildirmeğe mecburdu. Artırılacağı bildirilmemişse, ceza artırılmazdı (7. CD 25/11/75 YKD 76/4, 584).

dâva açmadan önce, belli bir miktar para cezasını soruşturma giderleriyle birlikte 10 gün içinde öderse³³⁷¹ hakkında kamu davası açılmaz.³³⁷²

Önödeme teklif edilirken, sanığa CMK 147 haklarının bildirilmesi gerekmez.³³⁷³ Cumhuriyet savcılığınca yapılacak ön ödeme tebliğinde; a) adli para cezası maktu ise, bu miktarı, değilse aşağı sınırını; b) hapis cezasının aşağı sınırının karşılığı olarak her gün için yirmi Türk Lirası üzerinden bulunacak miktarı; c) hapis cezası ile birlikte adli para cezası da öngörülmüş ise, hapis cezası için bu fıkranın (b) bendine göre belirlenecek miktar ile adli para cezasının aşağı sınırını, soruşturma giderleri ile birlikte on gün içinde ödemesi ihtar olunur (TCK 75/1). Suçla ilgili kanun maddesinde yukarı sınırı üç ayı aşmayan hapis cezası veya adli para cezasından yalnız birinin uygulanabileceği hallerde ödenmesi gereken miktar, TCK 75'e göre adli para cezası esas alınarak belirlenir (TCK 75/4).

Dâvadan önce önödeme istemek, ceza kararlarının hepsinde olduğu gibi, isnadın çok kuvvetlenmesi şartına bağlıdır. Bundan çıkan sonuç şu olmaktadır ki, savcılar soruşturmayı derinleştirip isnadı çok kuvvetli hale getirmelidirler.

Sanık süresi içinde para cezasını ve soruşturma giderlerini ödemezse kamu dâvası açılır³³⁷⁴, öderse³³⁷⁵ açılmaz. Fakat bu açılmamadan, önödemenin yapılmamasının muhakeme şartı olduğu sonucu çıkarılmamalıdır.³³⁷⁶ Keza savcının gerekli bildiriği yapması da muhakeme şartı değildir.³³⁷⁷

Önödemenin birinci çeşidi, kolluk memurlarının ceza kararlarında de söz konusu olmaktadır.

III. Kamu davası açıldıktan sonra uygulanan önödeme.

Önödemenin mahkemede hâkim tarafından uygulanan bir ikinci çeşidi (TCK 75/2 ve 3) daha vardır. Dâva iddianame ile açılmıştır. Duruşmada³³⁷⁸ sanık, iddianamedeki tavsife göre belirlenen para cezasını ve yargılama masraflarını kabul edip öderse dâva düşürülür, kabul etmezse mahkeme duruşmaya devam

³³⁷¹ Sanık ödeyemeyeceğim dediği için 10 gün dolmadan açılan dâvada Yargıtay “belki öderdi” diye ceza artırmayı kabul etmemektedir (CGK 9/5/77 YKD 78, 1880).

³³⁷² Mülga TCK 119'a göre ise, kamu dâvası açmayacağını, ödemezse açacağını ve suçu sabit görüldüğü takdirde mahkemece tâyin edilecek cezanın, yukarıda haddi geçmemek üzere yarı nisbetinde artırılarak hükmolunacağını sanığa bildirirdi. Bu artırma hafifhapse ayrı, para cezasında ayrı yapılır (2. CD 28/10/81 YKD 82/7 1005). Cezanın artırılmasının ilkelere ters düştüğü, zira kendisine tanınan imkânı kullanmadı diye ceza arttırıldığı (Yurtcan, 549) görüşüne katılmıyoruz. Bu sistem para cezasının yarı yarıya artması, önödeme yapanlara üçte bir indirme yapılması şeklinde açıklanabilir. Bizce artırmanın sakıncası, belli suçlara hasredilmemesi, dâvadan sonraki önödeme yapmayanların cezasının artırılmamasıdır. Onları da arttırsak bütün para cezaları yarı yarıya artmış olacaktır. Her suçta artırma gerektiği söylenebilir mi? Bunun çaresi bizce dâvadan önceki önedemede meselâ % 10 indirme yapılmasıdır. Bu ceza, en sonda meselâ mülga TCK 59 ile indirme sonunda (9. CD 9/11/77 YKD 78 144) verilen sonuç-ceza değil, suç karşılığında kanunda gösterilen aşağı ve yukarı hadler arasında tâyin edilecek temel-cezadır. Zira peşin ödenmesi istenilen suç karşılığı cezanın aşağı haddidir ve kanunkoyucunun bunu arttırmak istemesi akla daha yakındır.

³³⁷³ TCK 119 maddesi “sorgu yapılmadan” önödeme önerisini öngördüğünden öneriyi kabul eden sanıkların CMUK'nun 135. maddedeki yasal haklarının hatırlanmaması yasaya aykırılık oluşturmaz (CGK 7.11.2000, E. 2000/211 K. 2000/217).

³³⁷⁴ Bu durumda ceza kararname ile ceza verilmesini istemeğe bir engel yoktur (Yurtcan: s. 648), hattâ çabukluk sağlayacağından tercih edilmelidir.

³³⁷⁵ Ödemeyeceğim dese de süre geçmemişse ödeyebilir (8. CD 17/3/77 YKD 77, 886). Diğer taraftan bildirmeye rağmen süre bitmeden açılan dâvayı kabul etmek (8. CD 25/5/77 YKD 77, 1330) bildirmeyi anlamsız kılmaktadır.

³³⁷⁶ Önödeme yapılmazsa ceza dâvası açılmaz denilmesine bakılarak önödemenin yapılmamasını bir muhakeme şartı saymak isabetli değildir. Önödeme bir çeşit uzlaşma olup suçlunun cezalandırılmamasını sağlayan, Suç ve Ceza Hukukuna ilişkin bir kurumdur.

³³⁷⁷ Savcının önödeme yapması için sanığa gerekli bildiriği yapması da “dâva açılması şartı”, daha genel bir tâbirle “muhakeme şartı” değildir. Zira dâva veya muhakeme şartı denilirken, dâva açılmasını veya muhakeme faaliyeti yapılmasını gerekli kılan “sebebi” (ve dolayısı ile sebebi oluşturan şartları) değil, sebepten farklı olan ve sözü geçen işlemlerin yapılabilmesi için gerçekleşmesi ayrıca aranan “şart” kasdolunur. Hele muhakeme şartı oluşun sonuçları bağlanmayacak, sadece bildiri yapılmadan açılan dâva üzerine mahkûmiyet kararı verilmesi hukuka aykırı görülecekse (9. CD 6/4/83 İKİD 84/1, s. 2322) sebep ile şartı birbirine karıştırma anlamına gelecek olan dâva açma şartından söz edilmemelidir.

³³⁷⁸ Mülga Kanun sorgudan önce olmasını arıyordu.

eder. Burada da savcının tavsifine bakıldığı ve cezayı kabul mecburî olmadığı için, savcının ceza kararnamesinden söz edilebilecektir.

Burada iddianame bir çeşit ceza kararnamesi yerine geçmekte ve önödeme dâvayı³³⁷⁹ düşürmektedir.³³⁸⁰

Savcının önödeme teklif etme mecburiyetine rağmen kamu davası açtığı hallerde, mahkeme iddianameyi bir çeşit ceza kararnamesi gibi kabul ederek, tayin edeceği para cezasını ve muhakeme giderlerini ödemesini sanığa teklif eder.

Sanık önödeme kabul edip ödemeyi yaparsa dava düşer, aksi halde davaya devam olunur (TCK 75/3).

Dâvayı düşüren önödemede, dâvayı önleyen önödemedeki esaslara göre tâyin edilen para cezasından³³⁸¹ fazla olarak, işin mahkemeye intikalinden sonrakiler de dahil, giderleri de faile ödettiler (TCK 75/2). Bizce, savcının mecburiyete rağmen tebligat yapmadan dâva açması halinde de önödeme mümkün olmalı, ancak bu halde muhakeme giderlerinin soruşturma giderlerinden fazlası sanığa yüklenmemeli³³⁸² ve savcının kusurunun cezasını sanık çekmemelidir. Hattâ süresinde ödenmediği için açılan kamu dâvası da önödeme ile düşürülebilmelidir.³³⁸³

TCK özel Kanun hükümleri gereğince doğrudan mahkemeye intikal eden işlerde, hakim tarafından bildirim kabul etti (TCK 75/2) ve ayrıca C. savcısının önödeme işlemi yapmadan dava açtığı veya duruşmada tavsif değişikliği nedeni ile (V) ön ödemelik suç şekline dönüşenlerde de mahkemece teklif edilen önödeme kabul etti (TCK 75/3).³³⁸⁴

³³⁷⁹ Kanunda kamu dâvası denmekte ise de şahsî dâva da kıyasla düşmeli idi.

³³⁸⁰ Mülga TCK 119 da, 1981 değişikliğinde dahi “dâvanın ortadan kaldırılması”ndan söz edilmesi isabetsizdir. Muhakeme Hukukunda sadece düşme vardır. 253. maddenin 1973 de değişmesinden sonra ortadan kaldırmaların düşme olduğu unutulmamalıdır.

³³⁸¹ Mahkeme yanlışlıkla fazla para cezası ödetmişse, bu yanlışlık yargıtayca islâh edilebilir (4. CD 5/4/84 İKİD 87/4 4815).

³³⁸² K-m: 9. CD 3/12/79 YKD 80, 320 (1981 e kadar, önödemenin birinci çeşidinde kanuna göre hiç bir gider ödettilerlemezdi).

³³⁸³ Bunu mümkün görmemek, hâkimlerin yükünü azaltmak amacına ters düşer (*Yurtcan*: Değişiklikler 116). Cezanın artırılması başka şey, önödeme yine başka şeydir. Kaldı ki bu durumda ödenecek ceza, artırılmış ceza olacaktır.

³³⁸⁴ Mülga TCK zamanında, 1981 değişikliğinden sonra dâvayı düşüren önödeme, daha önce açılmış dâvalar bakımından geçici madde ile tanınan istisna dışında, hatalı olarak, sadece özel kanun hükümleri gereğince işin doğrudan doğruya mahkemeye intikal etmesi haline hasredilmiş (mülga TCK “1981-2370” 119/5 ve 6) ise de, kasdî olmadığını sandığımız bu hata 11/4/83 tarihli İçtihat Birleştirme Kararı ile (YKD 83/7, 945), savcının mecburiyete rağmen, önödeme tebligatı yapmadan dâva açması halinde de iddianamedeki tavsife göre önödeme yapılabileceği kabul edilerek düzeltilmiştir. *Yurtcan* bu İçtihat Birleştirme Kararının, önödemenin ikinci çeşidini, mahkemeye genel kanunlara uygun olarak doğruca gelen işlerde de kabul etmesinin, kanunkoyucunun güttüğü mahkemelerin önödeme alanını daraltmak amacı ile bağdaşmadığı, önödemenin yargılamasız ceza olma istisnasının yorumla genişletilemeyeceği görüşünde idi (İçtihadı Birleştirme Kararı dolayısı ile önödeme üzerine düşünceler, YD 84/3 224). Biz ise bu kabulü isabetli bulmuştuk. Gerçekten mecburiyete rağmen savcının önödeme önermemesi imkânsız olmadığına göre, dâva açılmasından sonraki önödeme her zaman mümkün olmalı idi. 1981 de özel kanunlar gereğince işin doğruca mahkemeye intikali dışında, bundan vazgeçilmesi çok isabetsiz olmuştu. Kaldı ki bu vazgeçme kasdî de değildi. Hükümet, sadece ikinci çeşit önödeme birinciye uydurmak istemişti. Adalet Komisyonu, 6/1/81 tarihli raporunda da belirttiği üzere, ikisi bir arada olsun diye 119. maddeye yeni şeklini verdi. Ancak bu arada, herhalde, “savcıdan geçen işlerde 1. çeşit uygulanıyor. 2. çeşit olsa olsa savcıdan geçmeyen işlerde uygulanır” düşüncesiyle özel kanun sözleri maddeye sokulmuştu. Önödemenin ikinci çeşidini özel kanunlar gereği mahkemeye doğruca gelen işlere hasretmenin haklı bir gerçekçesi yoktu. Ancak, İçBK önödemenin üçüncü çeşidi üzerinde durduğundan, ikinci çeşit yönünden getirdiği değişikliğin gerekçesini belirtmek gereğini duymamıştır. *Yurtcan* da artık genel kanun- özel kanun ayrımı üzerinde durmamaktadır (s. 549). İlâve edelim ki 1981 değişikliği ile doğrudan doğruya mahkemeye intikal edip ceza kararnamesiyle sonuçlanmış bir işte itiraz denilemeyen karşılama yapılrken de önödemenin mümkün kılınmasının (mülga TCK 119 “1981-2370” 119/6) haklı bir sebebinin görememekte, üstelik, hâkimin ceza kararnamesinden sonra savcı kararnamesini ödeme niteliğindeki önödeme dönülmesini sisteme aykırı bulmaktayız. Ancak bu karar daha da ileri gitmiş ve önödemenin aşağıda göreceğimiz bir üçüncü çeşidini ortaya çıkarmış ve savcının mülga TCK 119’a girdiğini gördüğü halde tebligat yapmaması halini de ona benzeterek sorgudan sonra onun da yapılabilmesini kabul etmişti. Burada tavsif değişikliği olmadığına savcının tavsifi esas alınacağına göre, benzetmeyi isabetli bulmuyorduk. (20) Mülga TCK zamanında, 1981 değişikliğinden sonra dâvayı düşüren önödeme, daha önce açılmış dâvalar bakımından geçici madde ile tanınan istisna dışında, hatalı olarak, sadece özel kanun hükümleri gereğince işin doğrudan doğruya mahkemeye intikal etmesi haline hasredilmiş

Mahkeme sorgudan önce sanığa 10 günlük süre verecek ve sanık süre içinde muhakeme giderleri ile birlikte para cezasını öderse dâva düşürülecektir. Aksi takdirde, mahkûmiyet halinde cezanın artırılması hükmü mülga TCK'ya göre uygulanıyordu. TCK artırmayı kaldırdı.

Görülüyor ki bu önödeme için süre vermek istekle bağlı değildir. Mahkeme hukukî imkân olan her halde duruşmada sorgudan önce sanığa bu konuda süre verecek ve ödenecek para cezası ile muhakeme giderinin miktarını bildirecektir.³³⁸⁵ Bu bildirmenin ve süre vermenin duruşma hazırlığında da yapılması hem mümkündür hem daha uygundur. Bu takdirde önödeme imkânı sanığa celpname ile birlikte hatırlatılmalı ve ödeyeceği miktar bildirilmelidir.

IV. Duruşmada suçun vasfının değişmesi halinde önödeme.

11/4/1983 tarihli İçtihat Birleştirme Kararı³³⁸⁶ önödemenin bir üçüncü çeşidini ortaya çıkarmıştı.³³⁸⁷ TCK da bu kararı kanun hükmü haline getirildi (TCK 75/3).

(mülga TCK “1981-2370” 119/5 ve 6) ise de, kasdı olmadığını sandığımız bu hata 11/4/83 tarihli İçtihat Birleştirme Kararı ile (YKD 83/7, 945), savcının mecburiyete rağmen, önödeme tebligatı yapmadan dâva açması halinde de iddianamedeki tavsife göre önödeme yapılabileceği kabul edilerek düzeltilmiştir. *Yurtcan* bu İçtihat Birleştirme Kararının, önödemenin ikinci çeşidini, mahkemeye genel kanunlara uygun olarak doğruca gelen işlerde de kabul etmesinin, kanunkoyucunun göttüğü mahkemelerin önödeme alanını daraltmak amacı ile bağdaşmadığı, önödenmenin yargılamasız ceza olma istisnasının yorumla genişletilemeyeceği görüşünde idi (İçtihadı Birleştirme Kararı dolayısı ile önödeme üzerine düşünceler, YD 84/3 224). Biz ise bu kabulü isabetli bulmuştuk. Gerçekten mecburiyete rağmen savcının önödeme önermemesi imkânsız olmadığına göre, dâva açılmasından sonraki önödeme her zaman mümkün olmalı idi. 1981 de özel kanunlar gereğince işin doğruca mahkemeye intikali dışında, bundan vazgeçilmesi çok isabetsiz olmuştur. Kaldı ki bu vazgeçme kasdı de değildi. Hükümet, sadece ikinci çeşit önödeme birinciye uydurmak istemişti. Adalet Komisyonu, 6/1/81 tarihli raporunda da belirtildiği üzere, ikisi bir arada olsun diye 119. maddeye yeni şeklini verdi. Ancak bu arada, herhalde, “savcıdan geçen işlerde 1. çeşit uygulanıyor. 2. çeşit olsa olsa savcıdan geçmeyen işlerde uygulanır” düşüncesiyle özel kanun sözleri maddeye sokulmuştu. Önödemenin ikinci çeşidini özel kanunlar gereği mahkemeye doğruca gelen işlere hasretmenin haklı bir gerçekçesi yoktu. Ancak, İçBK önödemenin üçüncü çeşidi üzerinde durduğundan, ikinci çeşit yönünden getirdiği değişikliğin gerekçesini belirtmek gereğini duymamıştır. *Yurtcan* da artık genel kanun- özel kanun ayırımı üzerinde durmamaktadır (s. 549). İlâve edelim ki 1981 değişikliği ile doğrudan doğruya mahkemeye intikal edip ceza kararnameyle sonuçlanmış bir işte itiraz denilegelen karşıgelme üzerine duruşma yapılırken de önödemenin mümkün kılınmasının (mülga TCK 119 “81-2370” 119/6) haklı bir sebebini görememekte, üstelik, hâkimin ceza kararnamesinden sonra savcı kararnameyi ödeme niteliğindeki önödeme dönülmesini sisteme aykırı bulmaktayız. Ancak bu karar daha da ileri gitmiş ve önödemenin aşağıda göreceğimiz bir üçüncü çeşidini ortaya çıkarmış ve savcının mülga TCK 119'a girdiğini gördüğü halde tebligat yapmaması halini de ona benzeterek sorgudan sonra onun da yapılabilmemesini kabul etmişti. Burada tavsif değişikliği olmadığına savcının tavsifi esas alınacağına göre, benzetmeyi isabetli bulmuyorduk.

³³⁸⁵ Bildirmeyi mecburî saymamak (9. CD 14/12/78 YKD 79, 451), düşebilecek dâvalarla mahkemeleri uğraştırmak olur ve bu da amaca ters düşer.

³³⁸⁶ Duruşmada vasıf değişir de mahkeme suçun CK 119'a girdiğini görürse, ödeme önerisini kendisini yapardı. 10 günlük süre verirdi. Para cezası, yargılama giderleriyle birlikte ödenirse mahkeme dâvayı düşürür”dü. Görülüyor ki bu karardan sonra artık önödeme duruşmada sorgudan sonra da yapılabilmekteydi. Bir sınır konmadığına göre mahkûmiyet kararı verinceye kadar mümkün olabilecek demektir. Artık savcının değil, duruşmada tavsif değişmesinden anlaşıldığına göre, hâkimin, daha doğrusu mahkemenin tavsifi esas tutulacaktı. Biz kararın bu kısmını isabetli bulmamakta ve bir an önce değişmesini temenni etmiştik. Söylenilecek çok şey varsa da, görüşümüzün özellikle şu gerekçelere dayandığını belirtebiliriz: 1) Vasıf değişmesi duruşmanın sonlarında bile mümkün olduğuna göre, önödemenin ilk ve sonsoruşturma yapılmadan, yani yargılama makamları işe koyulmadan yapılması demek olan “ön”lüğü kalkmamakta, önödemenin temeli yıkılmaktadır. *Yurtcan*, kararın bu kısmını daha çok, önödemenin yargılamasız cezalandırma olmasına dayanarak eleştirmektedir (Önödeme üzerinde düşünceler, YD 84/3 231). 2) Önödemenin temelinde iddianın tavsifine bakılması da yatmaktadır. Bundan da ayrılını mı, artık önödemenin söz edilememek gerekir. 3) Hâkimin tavsifine bakılması yönünden bu üçüncü çeşidin sulh hâkiminin ceza kararnameye benzetilebileceği akla gelebilirse de, sulh hakiminin bu kararnameyi duruşma yapmadan verdiği hatırlanırsa bunun da imkânsız olduğu anlaşılır. 4) Duruşma boyunca tavsif, delillerin ortaya konuşuna göre bir kaç kere değişebilir. Bunlardan bir tanesi suçu mülga mülga TCK 119 (TCK 73)'e sokan da mahkeme sonunda başka bir tavsifte karar kılabilir. Bu durumda baştaki veya ortadaki bir tavsife, cankurtaran gibi sarılıp dâvayı düşürüvermek mahkemelerin işini gerçi azaltır ama, yargılamanın mecburiliği ve devamlılığı esaslarına da ters düşer. Duruşma başlamışsa sonuna kadar götürülüp gerekli karar ne ise verilmelidir. 5) Duruşmada önödeme, ancak sorgudan önce yani istisna olarak kabul edilmiştir. Sorgudan sonra da yapılabilmemesi istisnasının yorumla genişletilmesi demek olur ki buna da yorum ilkeleri elvermez. Kararda bu tezi çürütmek için “istisna durumları düzenleyen hukuk kurallarının boşluk gösteren durumlarında genel kuralların uygulanmasında bir sakınca yoktur. Sanık lehine olan genel kuralların uygulanması gerekir” denilmiştir. Bir kere, istisna-kural, kaide-kural bakımından kabul edildiğine göre, istisnanın olmadığı yerde kaide-kural vardır, yani boşluk asla söz konusu olamaz. Diğer taraftan, sanık lehine yorum diye bir yorum kuralı da yoktur.

³³⁸⁷ YKD 83/7/945.

Kanaatimizce, sisteme uygun olmıyan İctihadı Birleştirme Kararını, kanun maddesi olarak yeni Ceza Kanununa yerleştirmek (TCK 75/3), yerinde olmamıştır.

V. Önödeme suçun tekrar işlenmesi.

Hakkında önödeme uygulanan bir suçun tekrar işlenmesi halinde bazı suçlarda ceza artırılmakta, bazı suçlarda ise, önödeme yolu kapanmaktadır: TCK 75/1 ile düzenlenen genel önödeme suçlarında aynı suçun KYOK veya düşme kararının verildiği tarihten itibaren beş yıl içinde tekrar tekrar işlenmesi halinde teklif edilecek önödeme miktarı yarı oranda artırılır.

Buna karşılık, TCK 75/6'da liste halinde sayılan suçlarda uygulanan önödemededen sonra aynı suçun beş yıl içinde tekrar işlenmesi halinde önödeme hükümleri uygulanamaz.

432-1. SUÇÜSTÜ MUHALEMESİ.

I. Kavram.

Şüphelinin suçüstü yakalanması, ispat bakımından büyük kolaylıklar sağlar. Onun için İnsanların ve suç sayılarının artması karşısında işlenen suçların sayısı da çığ gibi arttığından, mahkemelerin işi o kadar çoğalmıştır ki, hemen her memlekette klâsik diyebileceğimiz dört dörtlük muhakeme tipinden ufak tefek sayılabilecek suçlarda vazgeçmek ve bazı devre ve bölümlerin atlanması mümkündür (No. 407). Yıldırım hızı ile yapılan bu muhakemeye, halk *yıldırım muhakemesi* adını haklı olarak vermiştir.

Suçüstü hallerinde bazı evrelerin atlanması İngiltere'de 1750'den beri uygulanmıştır. Suçüstü hallerinde çabuk muhakeme sistemini İngilizler uygularken ve çok ağır olmayan bazı suçların sanıklarını, kollukça yakalanır yakalanmaz, jürisiz mahkemelerde yargılamışlardır. Fransa 1863'te bir çeşit yıldırım muhakemesi kabul etmiştir. 1930 tarihli İtalyan Kanunu da "*Giudizio direttissimo*" (ekspres muhakeme) adı altında yıldırım muhakemesini düzenlemiştir.³³⁸⁸

Almanya'da da bulunan bu usul, Türk Hukukunda 1939 yılında yürürlüğe giren 3005 numaralı "Meşhut Suçların Muhakemesi Hakkında Kanun" ve yönetmeliği ile düzenlenmişti. Ceza Muhakemesi Kanununda *suçüstü* tanımı yapılmasına rağmen (CMK 2), *Meşhut Suçların Muhakemesi Usulü Kanunu* 2005 yılında 5320 numaralı Kanunun 18. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

II. Mülga Meşhut Suçların Muhakemesi Kanunu.

1936 yılında kabul edilen 3005 numaralı 1938 yılında tâdil edilerek, bazı kayıtlar altında olmak üzere, ağır cezalı cürümlere de teşmil edilmişti.³³⁸⁹ Meşhut suç başka şeydir, suçüstü yakalanma başka şeydir.³³⁹⁰ Başlangıç soruşturması sonunda duruşma aşamasına geçmeyi mümkün kılan *Yıldırım*

³³⁸⁸ Jean Pradel (*Dönmezer*), Çağdaş sistemlerde Karşılaştırılmalı Ceza Usulü, Beta, İstanbul 2000, sh. 185.

³³⁸⁹ *Karaoğlan*, (Fahrettin): Meşhut Suçlar Kanunu üzerinde bir inceleme, Adliye Çeridesi, 1936, s. 1645; *Türel* (Ali Rıza): Adli hayatımızda bir yenilik. Adliye Çeridesi, s. 1418; *Taner*: Ağır cezalı olmayan Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Kanunu Lâyihası Hakkında, İHF 1936, s. 1. *Çolak* (Haluk): "Suçüstü Yargılaması", Doktora Tezi, İ. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1996. Medenî Muhakemede de bazı talî dâvalarda "seri (hızlı) muhakeme" (HMK 501) veya "basit muhakeme" (HMK 507), "sözlü muhakeme" (HMK 473) sistemleri vardır. Fakat bunun sebebi, işin olgunluğu olmayıp, fazla önemli görülmemesi veya sonucun çabuk alınması gerektirmesidir.

³³⁹⁰ Meşhut suç "şahitli (tanıklı) suç" demek olduğundan, taraflardan olmıyan ve suçun fert olarak belli bir kişi tarafından işlendiğine tanıklık edebilecek bir kişinin varlığını gerektirir. Meşhut suçun iki çeşidi vardı (CMUK 127): 1) Meşhut olan suç, 2) Meşhut sayılan suç. 1) Meşhut olan suç'a, kanunumuz sadece meşhut suç demekte ve onu işlenmekte olan suç diye tarif etmekte idi. 2) Meşhut sayılan suç, mülga kanunumuza göre üç çeşitti: a) Henüz işlenmiş olan suç, b) İşlenmesinden hemen sonra kovalanarak yakalanan kimsenin işlediği suç, c) Suçun pek az önce işlendiğini gösteren eşya ve izlerle yakalanan kimsenin işlediği suç. Kanunlarımız, çok defa meşhut olan suç ile meşhut sayılan suç arasındaki farka dikkat etmeden hepsine meşhut suç demekte idi. Böylece geniş mânâda meşhut suç'un dört çeşidi olmakta ve suçun meşhut olması için ilk ikisinde failin suçüstü yakalanması şartı bulunmadığı halde son ikisinde böyle bir şart aranmakta idi.

Muhakemesi Kanunu'nun uygulanabilmesi için dört şart gerçekleşmesi gerekiyordu. Yıldırım muhakemesi³³⁹¹ hükümlerinin bu şartlar olmadan da uygulanmasının kabul edildiği vardı:³³⁹²

(1) Suç meşhut olarak işlenmelidir (m. 1). Burada meşhut suç tâbiri geniş mânâdadır ve dört çeşidi de ihtiva etmektedir.

(2) Şüpheli suçu işlediği sırada veya pek az sonra yakalanmalıdır (m. 6). Kanun, “suçu işlediği sırada yakalanmak” sözleri ile meşhut olan suçlarda da failin yakalanmasını istemiştir. Pek az evvel yakalanma sözleri ile de meşhut sayılan suçların birinci çeşidini göz önünde tutmuştur. Meşhut sayılan suçların ikinci ve üçüncü çeşitlerinde yakalanmadan bahsetmeğe lüzum yoktu. Zira bu suçlarda yakalanma, zaten suçun meşhut sayılması için şart koşulmuştur. Bu son iki çeşitte yakalama süresi hemen sonra ve pek az önce tâbirleri ile tâyin ve tahdit edilmiştir (CMUK 127). Meşhut suç olmak için yakalanmayı şart koşmayan meşhut olan suç ile meşhut sayılan suçların birinci çeşidi için yakalanmayı şart sayan 3005 numaralı Kanun işlendiği sırada ve pek az sonra tâbirlerini kullandığından, bu kanun hakkındaki yönetmelikte, yakalanma konusunda günlerden bahsedilmesi (m. 3), kanuna aykırıdır. Şart olan sanığın yakalanması olup mahkeme boyunca nezaret altında veya tutuk olması değildir. Anayasaya göre, en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç, yakalanan kimsenin yakalanmadan itibaren 48 saat içinde hâkim önüne sevk edilmesi ve sorgunun yapılması gerektiğinden ağır cezalı bir işte savcı bu süre içinde dâva açamayacak ve sorguyu yaptıramayacaksa, yakalanan kimseyi sulh hâkimi tutma kararı vermese dahi, diğer şartlar varsa yıldırım muhakemesi yapılabilecektir.

(3) Suç bakımından aranan şartlar da gerçekleşmelidir: a) Suç kanunda belirtilen suçlardan biri olmamalıdır. Bu kanunun hangi suçlarda uygulanmayacağı 3. maddede belirtilmiştir: Suçun siyasi olmaması, özel muhakeme hükümlerine tâbi bulunmaması, muhakemenin izne bağlı olmaması lâzımdır. b) Suç cürüm olmalı veya Ceza Kanununun belli maddelerinde yazılı kabahatlerden olmalıdır.³³⁹³ Kanun cürümler arasında ağırlık bakımından bir fark gözetmemekte idi.³³⁹⁴

(4) Muhakemenin şikâyete bağlı olup olmamasının önemi yoktur. Elverir ki bu suçlarda suçtan zarar gören kolluk memuruna sözle şikâyet etsin ve bu şikâyet tutanağa geçerek yazılı şikâyet şartı gerçekleşmiş olsun (m. 2).

³³⁹¹ Yıldırım muhakemesini haklı gösteren sebep, suçun meşhut olması, failin yakalanması, delillerin hemen toplanıvermesi bir kelime ile şüpheye pek az yer bırakması ve böylece duruşma hazırlığı dahi atlanarak duruşmaya geçilmesi imkânıdır. Bu şartlar olmayınca Yıldırım Muhakemesi Kanununun uygulanması haklı görülmez. Kaldı ki uygulama her zaman mümkün değildir. Bu nedenle meselâ normal suçüstü yakalamadakinin aksine, burada savcı tarafından sorguya çekilme aranmaz. Keza duruşma yapılmadığı da vardır.

³³⁹² Meselâ 1932-1918 “1956-6329” 58/1; 1963-222 “1983-2917” m. 58; CMK “9173-1006” EK 1/4; OHK 24/2. Bu hallerde, CMK Ek 1 gerekçesinde de belirtildiği üzere, delilleri kısa zamanda toplamak, soruşturmaya delil toplama işi bırakmayıp duruşmayı çabuklaştırmak amacı güdülmüştür. Yorumlar bu amaca uygun düşmelidir. Meselâ savcının normal suçüstü hallerinde olduğu gibi sanığı soruya çekmesi aranmamalıdır (9. CD 16/3/77 YKD 77, 1034; 29/3/77 YKD 77, 887), sanık hazır olmadan duruşma yapılan hallerde de duruşma yapılabilmeli (k-m: 7. CD 5/5/76 YKD 77/2, 294) dir. Buna karşılık, yer ve zaman kaydı aranmadan 3005 uygulanır demek, sanık hazır olmadan duruşma yapılır anlamına gelmez. Zira hazır olmayan sanığın yargılanması çok istisnaîdir ve istisnalar yorumla genişletilemez. Diğer taraftan, Ek m. 1 de sadece askerî mahkemelerin yetkisi saklı tutulduğundan, özel mahkemelerden diğerlerine mesesâ memur muhakemesine giren işlerde de bu madde uygulanmalıdır (Kunter: Üniversite ilksoruşturması ve memur muhakemesi sistemimiz, İHFM 77/43, sayı 1-2; k-m: 4. CD 29/3/77, 2331-1971).

³³⁹³ Bunlar mülga TCK 529, 534, 536, 537, 539, 540/2, 545, 548, 551, 565, 567, 568, 571-576 da yazılı kabahatler idi (3005 “1980-2349” m. 1 B.

³³⁹⁴ Yıldırım muhakemesinin ağır cezalı işlerde kabulü müdafaa hazırlıklarına imkân bırakmadığından isabetli değildi. *Tosun*, 327; *Tosun*, II, 50. İsteyene bu imkân verilmelidir (İHAS 6, 3, b). Kabahatler hakkında da bu kanunun uygulanması her zaman faydalı olmayıp bazen mahzurludur. Sarhoş ve kumarbazların itiyat ve iptilâsının araştırılmasına lüzüm hasil olabilir. Diğer taraftan bu kanun, sanığın yakalanarak mahkemeye sevkini gerektirmektedir. Kabahat gibi hafif suçlarda yakalama gibi ağır bir muameleye başvurulması doğru değildir (*Taner*, 327). Bu kanun savcının tanıkları zorla getirmesinden bahsetmiş ise de bu hüküm Anayasa tarafından zımnen ilga edilmiştir. 4) Suçun belli yerlerde işlenmesi lâzımdır: a) Ağır cezalı cürümlerin ağırceza mahkemesinin faaliyette bulunduğu yerdeki, yani şehir ve kasabadaki, belediye sınırları içinde işlenmiş olması gerekmektedir (Bu ayırım eşitliğine aykırı değildir (AYM: 19/6/69 RG 18/5/70). b) Sair suçların da asliye teşkilâtı olan yerlerdeki belediye sınırları içinde veya panayirlarda işlenmiş olması lâzımdır (m. 1). Panayır, asliye teşkilâtı olan yerlerde belediye sınırları dışında olsa da bu kanun uygulanabilecektir. Asliye teşkilâtı olmayan şehir, kasaba ve köylerde kurulan panayirlarda işlenen suçlarda bu kanun uygulanmıyordu (*Karaoğlan*: a.g.m., s. 1647; k-m: *Taner*, 322).

Mülga Yıldırım Muhakemesi Kanunu, *başlangıç soruşturmasını*, yani savcının dâva açmaya yer görmesine kadar olan hazırlık soruşturmasını suçun ağır cezalı olup olmamasına göre, farklı şekilde düzenlemiştir.³³⁹⁵ Savcı, başlangıç soruşturması sonunda dâva açmaya yer görmekle, yani şüpheli kimseye suç isnat edip; onu sanık haline getirmekle beraber, başka araştırma işlemlerine de ihtiyaç duyarsa, bir kısasoruşturma yapar, ondan sonra işi yine iddianame ile duruşma aşamasına getirirdi. Bu kısasoruşturma, ağır cezalı olmayanlarda “aynı gün”, ağır cezalı suçlarda “üç gün” içinde tamamlanırdı (m. 4).

Çalışma saati sona ermişse veya tatil günü ise, mahkeme derhal çalışmaya davet edilirdi. Ancak, mahkemeye gönderme ertesi güne de bırakılabilirdi (m. 8). Mahkeme başka işlere tercih ederek derhal duruşmaya başlar ve bir oturumda bitirirdi. Buna imkân yoksa, eksiklerin en çabuk şekilde tamamlanması için başka bir güne bırakılabilirdi. Ağır cezalı işlerde mahkeme, ilksoruşturma yapılmasını gerekli bulursa dosyanın savcılığa verilmesine karar verirdi (m. 9).³³⁹⁶ Bu karar, dâvanın (veya iddianamenin) kabule şayan olmadığı kararı niteliğinde idi. Bu sebeple, işin başında verilirdi.

Mahkeme duruşma işin 1936-3005 numaralı kanuna girmediğini görürse, duruşmaya genel hükümlere göre devam ederdi. Edemiyorsa³³⁹⁷ dosyayı savcılığa geri verirdi (m. 10). Burada sonsoruşturma yapılmaya başladığından, soruşturma evresine dönülemezdi.

Yıldırım muhakemesi kanunu, sanığa müdafaasını hazırlama imkânını vermediği için, adil yargılanma hakkı (İHAS, 6) açısından sakıncalı idi. Meğerki sanık suç teşkil ettiği iddia olunan eylemi inkâr etmesin veya müdafaasını hazırlamak için isteyeceği süre kabul edilsin.³³⁹⁸

³³⁹⁵ a) Ağır cezalı olmayan işlerde, kolluk şüpheliyi yakaladıktan sonra, “maddî sübut vasıtalarını” toplayarak, evrakı ve maddî delilleri, vakit geçirmeksizin, aynı günde savcılığa teslim ederdi. Bunun için, yakalanan kimse, hiçbir karakola, merkeze uğratılmadan doğrudan savcılığa sevk edilecektir. Saat 20’den sonra yakalananların teslimi ertesi günü saat 7’ye kadar bekletilecektir (Yönetmelik, m. 15). Meşhut suçlarda bilhassa tanık beyanı delili mühimdir. Tanık bildiğini hâkime anlatacağından, kolluk ileride tanıklık edecekleri dinleyecek değildir, sadece kimlerin ileride tanıklık edebileceğini tesbit edecektir. Bu itibarla kolluk bu kimselerin isimlerini ve adreslerini tespit edilecektir. Kolluk, suçta kullanılan ve suçtan husule gelen eşyaya ve suçun işlendiğini gösteren diğer maddî delillere elkoyarak muhafaza altına alır. Kolluk derhal toplanabilecek maddî delilleri toplayabilir, uzun boylu tetkikata lüzum gösteren işleri yapamaz. Kolluk tanzim edeceği meşhut suç tutanağında, yakalanan şahsın kim olduğunu, delil olacak maddelerin ve izlerin nelerden ibaret bulunduğunu ve tanıkların hüviyetlerini belirtmekle yetinecektir (m. 4). Suçun kovuşturması şikâyete bağlı ise, şikâyete hakkı olan kimsenin sözlü şikâyeti de zapta geçirilerek yazılı hale getirilecek ve şikâyetçiye imzalatılacaktır (m. 4/3). Suçun mahiyeti, işlendiği yer, zaman, tarih ve saat da gösterilecektir. Kolluk 18 yaşını bitirmemiş veya 65 yaşını geçmiş olduklarını söyleyen sanıkların nüfus tezkerelerinin ve pasaportlarının asıllarını veya suretlerini de sür’atle hazırlayacaktır (Yönetmelik, m. 15). Yönetmelikte 21 yaşını bitirmemiş deniliyorsa da Ceza Kanunu sonradan değiştirilip 18 yaşından yukarıda olanların cezalarından indirme yapılması kabul edilmediğinden, 18 yaşını bitirdiğini söyleyenler bakımından nüfus tezkeresi sureti hazırlamak mecburiyeti kalmamıştır. Görülüyor ki kolluk yakalananı sorguya çekmeyecek tanıkların ifadelerini alamayacaktır (Yönetmelik, m. 16). Savcı yakalanıp getirilen kimseyi derhal sorguya çeker. Ağır cezalı olmayan işlerde 1936-3005 numaralı kanuna göre savcının yapacağı araştırma işlemleri bundan ibarettir. Tanıklar ve bilirkişiler mahkemede dinlenecektir. Savcı, suçun 1936-3005 numaralı kanuna girdiğini görüyorsa ve başka araştırmaya lüzum duymuyorsa, aynı gün iddianame ile sanığı yetkili mahkemeye sevk ederdi (m. 4). Görülüyor ki, bu halde başlangıç soruşturmasından doğrudan duruşmaya geçilmiş, yani mücerret mahkeme şemasındaki kısasoruşturma, ilksoruşturma ve duruşma hazırlığı aşamaları atlanmıştır. b) Ağırcezalı işlerde, delil tesbitine ait görev de savcıya verildiğinden kolluk sadece olay yerinde suç “delil ve izlerinin” muhafazası gibi acele tedbirleri alır. Savcı olay yerinde delil olabilecek şeyleri bizzat araştırır, mahkemede tanık olarak beyanda bulunabilecek kimselerin ifadelerini alır. Meşhut suçlarda savcılara istisna olarak yeminle tanık dinleme yetkisi verilmiş olmasına rağmen, bu kanun asliyelik işlerde hattâ yeminsiz dinlemeyi kabul etmediğine ve ağırcezalı işlerde de yeminden bahsetmeyip ifade zaptetmek tâbirini kullandığına göre, yemin verilmemesi tercih edilmiş demektir. Yakalanan kimseyi sorguya çeker ve dâva açmağa yer görürse, genel hükümlere göre koğuşturma yapılmasını gerektirecek sebepler olmadığı takdirde, duruşma yapılmak üzere iddianame ile sanığı o gün yetkili mahkemeye gönderir (m. 4). Bu ihtimalde de savcı dâva açmaya yer görür görmez, yani başlangıç soruşturması biter bitmez, iddianame ile işi hemen duruşma aşamasına getirmekte ve mücerret muhakeme şemasındaki kısasoruşturmayı, ilksoruşturmayı ve duruşma hazırlığını atlamaktadır.

³³⁹⁶ Kanunda genel hükümlere göre koğuşturma yapma gereğinden bahsedilmekte ise de bundan maksat, ilksoruşturmadan geçmek idi. Çünkü ağırcezalı işlerde ilksoruşturma o zaman mecburî idi. Bugün de kanunu maksada göre yorumlamak gerekir.

³³⁹⁷ Devam edememe sebeplerine misâl olarak Adalet Komisyonu gerekçesinde madde itibarıyla yetkisizlik, izin veya şikâyet bulunmaması gösterilmiştir. Bu hallerde dosyayı gerivermek kararı yerine gerekli kararlar (meselâ madde itibarıyla yetkisizlik, durma veya düşme kararı) verilmelidir.

³³⁹⁸ 1936-3005 numaralı Kanununun 12. maddesi “maznunun isteği üzerine mahkeme müdafaasını hazırlamak üzere en çok üç günlük mühlet verir” şeklinde bir düzenleme içermekteydi. Anayasa Mahkemesi savunma hakkı açısından yaptığı değerlendirmede, üç günlük süre sınırlamasının Anayasanın 13. maddesinin 2. fıkrasında yazılı “demokratik toplum düzeninin

3005 sayılı Kanun dışında, mülga Ceza Kanununda umumî âdâp ve aile nizamı aleyhindeki cürümleri içeren 8. babın 1. fıslındaki 426, 427 ve 428. maddelerde düzenlenmiş olan suçların dâvaları en geç 2 ay içinde sonuçlandırılıyordu (Mülga TCK “1988-3445” 428/2).

61. § KAMU DAVASI AÇMADA TAKDİR YETKİSİ VE KAMU DAVASININ AÇILMASININ ERTELENMESİ.

433. Cumhuriyet savcısının kamu davası açmada takdir yetkisi. 434. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi.

433. CUMHURİYET SAVCISININ KAMU DAVASI AÇMADA TAKDİR YETKİSİ.

I. Mecburilik sisteminin istisnaları.

Bazı hallerde yeterli şüphe bulunmasına rağmen, kamu davası açılması ve işin aleni duruşmada tartışılması suçtan doğan kamu zararından daha büyük zararlar doğmasına neden olabilir. Bu gibi hallerde kamu davası açmama konusunda Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınabilir. Kamu davasının mecburiliği ilkesinin, yasa ile düzenlenen sınırlamaları ve şikâyet veya izne bağlı suçlarda olduğu gibi istisnaları vardır. Örneğin kamu davasının açılmasının ertelenmesi, cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebi olarak öngörülmüştür (CMK 171/1). Diğer istisna grubu ise, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumudur (CMK 171/2). Uzlaştırma (CMK 253) ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK 231, ÇKK 23) kurumları da bu ilkeye istisnalar getirmiştir.

Kanun iki yönlü takdir yetkisi öngörmektedir: önce CMK 171/1 ile sadece, *cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık* ve *şahsi cezasızlık* olmak üzere iki halde uygulanabilen *takdirilik sistemi* kabul edilmiş, sonra CMK 171/2 ile *kamu davasının açılmasının ertelenmesi* sistemi getirilmiştir.

II. Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmadaki Takdir Yetkisinin kapsamı.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kamu davası açmak üzere iddianame düzenlemek bakımından Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmıştır. CMK 171/1 uyarınca savcı cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren hallerin veya şahsi cezasızlık sebebinin bulunması halinde iddianame düzenlemeyerek kamu davasının açılmasını engelleyebilir. TCK şahsi sebep olarak etkin pişmanlık ve şahsi cezasızlık sebepleri oldukça fazladır. Örneğin, şahsi sebep olarak etkin pişmanlığı düzenleyen maddeler TCK 93,167,184/5,192,201,221,254,274 iken şahsi cezasızlığı düzenleyen maddeler ise TCK 22/6 ve 273'tür.³³⁹⁹ (s.615)

CMK 174/1 hükmü ile Türk hukukunda Cumhuriyet Savcısına yargısal denetime tabii olmayan bir kovuşturmayaya yer olmadığı yetkisi tanınmıştır. Zira CMK 171/1 uyarınca verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı itiraz yoluna gidilemez. İdari denetim yolu açıksa da Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması konusunda takdir yetkisini kullandığı hallerde kanun koyucu itiraz yolunu kapatmıştır (CMK 173/5). Buna karşılık kamu davasının ertelenmesi kararı ile CMK 172'e göre verilecek olan kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı itiraz yolu açıktır.³⁴⁰⁰

Ceza Muhakemesi Kanunu katı bir şekilde mecburilik sistemini benimsemiş ve sadece iki halde tam anlamı ile takdirilik veya maslahata uygunluk ilkesine yer vermiştir. Bu iki hal, *cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık* ve *şahsi cezasızlık* sebebidir (CMK 171/1).

gereklerine aykırı olduğu” sonucuna vararak, bu hükmü iptal etmiştir (Anayasa Mahkemesinin 16.6.1992 tarih ve E. 92/8, K. 92/39 sayılı kararı).

³³⁹⁹ Bahri Öztürk (ed.), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 17. Bası, Seçkin, Ankara 2023, 615.

³⁴⁰⁰ Öztürk 2023, 617.

1. Cezayı kaldıran şahsi sebep olarak kabul edilen etkin pişmanlık halleri.

Ceza Kanununda “*cezayı kaldıran şahsi sebep*” olarak kabul edilen etkin pişmanlık halleri şunlardır: Organ ve doku ticareti suçu açısından TCK 93, imar kirliliğine neden olma suçu açısından TCK 184/2, uyuşturucu madde suçu açısından TCK 192, sahtecilik suçları açısından TCK 201, örgüt kurmak suçu açısından TCK 221, rüşvet suçu açısından TCK 254, yalan tanıklık suçu açısından TCK 274.

TCK 221/5 uygulanarak Cumhuriyet savcısının CMK 171/1 uyarınca kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesinde bir sorun ortaya çıkmaktadır. Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verirse, denetimli serbestlik uygulanması mecburiyeti karşısında, kendisini aşan bir karar verme durumuna girmektedir. Zira hak kısıtlaması getiren denetimli serbestlik ancak hâkim tarafından karara bağlanabilir. Savcı bu kararı da veremeyeceği için TCK 221/5 nedeni ile örgütlü suçlarda CMK 171/1 uygulanamayacaktır. Türkiye’deki uygulamada “teslim olan örgüt mensupları” hakkında büyük önemi olan bu maddenin, mahkeme tarafından tatbik edilebileceğine dikkat çekmek isteriz.

2. Şahsi cezasızlık sebebi.

Kamu davası açmada Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi verilen ikinci hal, *şahsi cezasızlık sebebinin varlığıdır*. Türk Ceza Kanunu’nda şahsi cezasızlık sebebi öngörülen suçlar şunlardır: TCK 22/6, TCK 167/1, TCK 221, TCK 273/1, TCK 281/1, TCK 283/3 ve TCK 284/4.

3. Cumhuriyet savcısının kamu davası açmada takdir yetkisini kullanması.

Kapsama giren suçlarda Cumhuriyet savcısının etkin bir soruşturma yapması ve yeterli şüphe derecesine ulaştığı hallerde de kamu davası açmak üzere iddianame düzenleme aşamasına geldiği zaman, takdir yetkisini kullanması gerekir. Ancak, takdir yetkisinin kriterleri Kanunda gösterilmediği için, savcının kıyas yolu ile CMK 171/3’teki ölçütlere başvurması gerekecektir. Kovuşturmaya yer olmadığı kararı sanık lehine bir karar olduğu için, yapılacak kıyasta tüm koşulların birlikte aranmaması gerektiğini düşünüyor ve sadece *kamu davası açmamanın şüpheli ve toplum açısından daha yararlı olup olmadığının* takdir edilmesi gerektiğini kabul ediyoruz.

Savcının “takdir yetkisini” kullanarak verdiği kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı itiraz edilemez (CMK 173/5).

III. Mukayeseli hukukta uygulanan takdir yetkisine örnekler.

Alman hukuku xq

434. KAMU DAVASININ AÇILMASININ ERTELENMESİ.

I. Kamu davasının ertelenmesi kavramı.

1. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kavramı.

a) Tanım.

Uzlaştırma ve önödeme kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere Cumhuriyet savcısı, üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süre ile ertelenmesine karar verebilir. Suçtan zarar gören veya şüpheli, bu karara 173. madde hükümlerine göre itiraz edebilir (CMK 171/2).

b) Geçirdiği evrim.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu 2001 Dönmezer CMK tasarısında “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” başlığı altında 164. Maddede düzenlenmişti. Fiil için kanunda öngörülen şahsi hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı 3 aydan fazla ve 2 yıla kadar (2 yıl dahil) ise şüpheli hakkında açılacak kamu davası maddedeki koşulların varlığı halinde kabahatlerde 1 yıl cürümlerde ise 3 yıl süre ile ertelenebilecekti. Bu süre zarfında suç işlenmediği takdirde Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığına yönelik karar verecekti. Ancak Dönmezer tasarısı, ertelenme kararının uygulanması için bu kararı asli ceza hakimliği tarafından onanmasını şart koşmuştu. Asli ceza hakiminin bu husustaki kararını 5 gün içerisinde vermesi gerekiyordu, ancak bu düzenleme TBMM Adalet Alt Komisyonunda yapılan tartışmalar esnasında halen yürürlükte olan CMK’ya önce alınmamıştır. CMK’ya alınmamakla birlikte Çocuk Koruma Kanununa eklenen bir düzenleme ile 19. maddesinde suça sürüklenen suçtan

dolayı kamu davasının açılmasının ertelenmesi kabul edilmiş, daha sonra da CMK yürürlüğe girdikten sonra 5660 kanunla yetişkinler için de kabul edilmiş ve 171. maddeye eklenmiştir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun kapsamı 2019 yılında 7188 sayılı Kanun ile genişletilmiştir.³⁴⁰¹ Böylece hapis cezasını uygulanma sınırı yükseltılarak müessesin daha işler hale gelmesi sağlanmış fakat maddenin 6. fıkrasına eklenen düzenleme ile örgüt suçlarında, kamu görevlisi tarafına görevi sebebiyle veya kamu görevlisine karşı kamudan dolayı işlenen suçlar, asker tarafından işlenen askeri suçlar ve cinsel dokunulmazlığa karşı ilenen suçlar hakkında uygulanması yasaklanmıştır.

Dönmezer tasarısında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının geçerlilik koşulu olarak asli ceza hâkimi tarafından onaylanmasını öngörmüştü, oysa bugün halen yürürlükte olan hukukumuzda göre savcının kullanabildiği takdir yetkisi ne CMK 171/1 ne de CMK 171/2 kapsamında doğrudan denetlenmemektedir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumuna itiraz yolu açık olduğu için, itiraz edildiği taktirde dolaylı bir denetim söz konusu olduğu halde CMK 171/2 kapsamındaki savcı kararları denetim dışı kalmıştır. Reform çalışmalarında bu konunun hukuk devleti ilkeleri açısından uygun hale getirilmesi düşünülebilir.

c) Terminoloji.

Kanundaki terim ‘kamu davasının açılmasının ertelenmesi’ olmasına rağmen, kamu davasını savcı değil, iddianamenin kabulü kararı ile mahkeme açtığından, doktrinde ‘iddianamenin düzenlemesinin ertelenmesi’ denmesinin daha yerinde olacağı ileri sürülmüştür.³⁴⁰²

ç) Hukuki nitelik.

KADEK aslında yargılama makamlarının iş yükünü azaltan bir *muhakeme hukuku kurumu* olmasına rağmen, sonuçta faile ceza verilmediği, fakat zararın giderilmesini sağlayarak onarıcı adalet fikrine hizmet ettiği için, *maddi ceza hukuku* bakımından da ele alınmalıdır. Suç işlendiğinde Devletin cezalandırma yetkisinden (ius puniendi) kaynaklanan hukuk ilişkileri oluşur. Durgun suya düşen bir taş örneğinde olduğu gibi, ilk hukuk ilişkisi dikey bir hukuk ilişkisi olup, Devletin kamu düzenini bozan taşı atan faili ortaya çıkarmak ve cezalandırmak görevi doğar. Bu dikey hukuk ilişkisi asıl ceza davasını doğurur. Suya atılan taşın halkalar şeklinde ilerleyen dalgaları sudaki cisimleri harekete geçirdiğinde yatay hukuk ilişkileri oluşur. Bunlar da tali ceza davalının özünü oluşturacaktır. Devletin cezalandırma yetkisini kullanmaması için, maddi ceza hukukunda buna izin veren bir hukuk kuralının varlığı aranır. Ceza Kanununda yer alan ve dava ve cezanın düşürülmesine olanak sağlayan kurallar bunun için yaratılmıştır (TCK 64-75). Kamu davası açılmasının ertelenmesinin ‘şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması koşulu’, işlendiği iddia edilen *fiilin haksızlık içeriğini* de yakından ilgilendirmektedir: Fiilin haksızlık içeriği, suçtan doğan zararın karşılanması ile dengelenebiliyorsa, faile ayrıca ceza verilmesine gerek kalmayacaktır.

KADEK’in konusu olan fiil suç teşkil eden bir fiildir. Suçun temel unsurlarından olan kusur hiç araştırılmamakta, koşullar arasında failin kusurundan hiç söz edilmemektedir. Zararın giderilmesi bir türlü yaptırım ise, fail hakkında bir ‘şüphe cezası’ uygulanmaktadır.³⁴⁰³

Kanun Cumhuriyet savcısına iki türlü takdir yetkisi vermiştir: İlk takdir yetkisi yukarıda gördüğümüz ve CMK 171/1 ile kabul edilmiş olan, *gerçek takdirilik sistemi* kapsamındaki takdir yetkisidir. İkinci takdir yetkisi ise, CMK 171/2 ile düzenlenen *kamu davasının açılmasının ertelenmesi* şeklindeki takdir yetkisidir. Buna göre, Cumhuriyet savcısı belli bir suç grubunda iddianameyi düzenlemeyi erteleyebilmekte ve koşulları gerçekleşirse de kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilmektedir (CMK 171/2).

³⁴⁰¹ Mülga düzenlemeye göre, kamu davasının açılmasının ertelenmesinde, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan ve üst sınırı bir yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, iddianame düzenlemek için yeterli şüphenin varlığına rağmen, Cumhuriyet savcısı takdir yetkisini kullanarak, kamu davasının açılmasının beş yıl süre ile erteleyebiliyordu (CMK 171/2 vd).

³⁴⁰² Yılmaz 2022, 257; Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Bası, Beta, İstanbul 2022, 597; Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20 Bası, Cilt III, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, 1613.

³⁴⁰³ Ercan ??

KADEK suçtan doğan zararın tamamen giderilmesini sağladığı için alternatif muhakeme usullerindedir.³⁴⁰⁴

d) *Takdir yetkisi savcındır, yargısal denetim yoktur.*

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu Cumhuriyet savcısının takdir yetkisine tabidir. Kanun koyucu hâkim tarafından herhangi bir inceleme veya denetleme öngörmemiştir.

e) *Şüphelinin iradesine itibar edilmiş, mağdurun iradesi dikkate alınmamıştır.*

Şüphelinin zararı gidermesi, kamu davasının açılmasının ertelenmesinin koşullarından biri olduğu için, zararı gidermeyi kabul etmeyen şüpheli bu yolun uygulanmasını kabul etmemiş demektir.³⁴⁰⁵ Bu nedenle, kamu davasının açılmasının ertelenmesinin rızaya bağlı kurumlar arasında yer aldığı söylenebilir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi seçeneğinde mağdurun (veya kamunun) uğradığı zararın tamamen giderilmesi öngörülerek mağdurun korunması açısından bir adım atılmışsa da Cumhuriyet savcısının erteleme kararı verirken mağdurunda bunu kabul etmesi koşulu öngörülmemiştir. Suçtan zarar gören kişi sadece kamu davasının açılmasının 5 yıl süreyle ertelenmesine karar verildiğinde buna CMK 173 kapsamında itiraz edebilmektedir.

f) *Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararlarının sisteme kaydedilmesi.*

Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir (CMK 171/5).

g) *Zamanaşımının işlememesi.*

Erteleme süresince zamanaşımı işlemez (CMK 171/4).

h) *Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına itiraz*

Savcının *takdir yetkisini* kullanarak verdiği bu karara karşı (CMK 171/1 uyarınca verdiği kararın aksine), suçtan zarar gören CMK 173 hükümleri uyarınca iki hafta içinde *itiraz*³⁴⁰⁶ yoluna gidebilir (CMK 171/2). Bu itirazın sulh ceza hâkimliğine yöneltilmesi gerekmektedir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına karşı şüpheli de CMK 173 kapsamında itiraz edebilir.

II. Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin koşulları ve verilen kararlar.

1. Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin koşulları.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hepsinin birlikte gerçekleşmesi gereken sıkı koşullara bağlıdır (CMK 171/3). Kanunda açıkça yazılmış olmamasına rağmen, şüphelinin kabul iradesinin bulunması temel koşullardan biridir. Bu konuyu aşağıda *zararın tamamen giderilmesi* bahsinde ele alacağız. Açıkça yazılmayan diğer bir koşul, *Cumhuriyet savcısının takdirinin bu yönde kullanması* koşuludur. Tüm koşullar mevcut olsa bile, savcı takdir yetkisini kamu davasını açma yönünde kullanabilir. Seri muhakemenin koşulları varsa, bu yolu uygulamak mecburi iken, KADEK'te savcıya takdir yetkisi verilmiştir.³⁴⁰⁷ Bu konuya da aşağıda *kamu yararı* bahsinde değineceğiz.

a) *Suçun uzlaştırma ve ön ödeme kapsamına girmemesi koşulu.*

Önödeme ve uzlaştırmaya tabi olan suçlar arasında da şikâyete bağlı olanlar bulunduğu için Kanun önödeme ve uzlaştırmaya öncelik tanımış ve bu kapsamdaki suçlarda sadece önödeme veya suçuna göre uzlaştırma uygulanmasını istemiş, kamu davasının açılmasının ertelenmesi yolunu da kapamıştır.

³⁴⁰⁴ Ercan??

³⁴⁰⁵ Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunda şüpheliye suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi ve erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlememe hükmü öngörülmüşse de Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı vermesi için şüphelinin kabulü koşulu öngörülmemiştir.

³⁴⁰⁶ Buradaki itirazın da teknik anlamda kanun yolu olan *itiraz* değil, *karşı gelme* olduğuna dikkat edilmelidir.

³⁴⁰⁷ Yılmaz 2022, 260.

Kanun koyucu alternatif usullere tabi olan suçların tek bir yöntem üzerinden ele alınması için özel bir gayret göstermiş olmasına rağmen, KADEK ile SERİM'e tabi olan ve cezasının üst sınırı üç yıldan fazla olan suçlarda üst üste gelmeyi engelleyememiştir. Bu suçlarda doğrudan SERİM uygulanacaktır.³⁴⁰⁸

Önödeme tabi bir suçta şüpheliye önödeme teklifi yapılmış, fakat kabul edilmemişse, bu sefer dönüp KDEK uygulanamayacaktır. Aynı husus uzlaştırma için de geçerlidir. Fakat uzlaştırmada edimin taksitlendirilmesi halinde KDEK uygulanabilir.

Diğer taraftan, suçun *uzlaştırma, önödeme veya seri muhakeme kapsamında olmamasının* bir ceza muhakemesi şartı olduğu da söylenmelidir (No. 67-1).³⁴⁰⁹

b) Suçun kamu davasının açılmasının ertelenmesine uygun bir suç olması koşulu.

KADEK uygulanabilen suçlar kanunda gösterilen cezaya bakılarak belirlenmiştir. Buna göre, sadece hapis cezasını gerektiren suçlarda KADEK uygulanabilmekte ve suçun üst sınırı üç yıl (çocuklarda beş yıl; ÇKK 19/2) veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlardan³⁴¹⁰ olması gerekmektedir.

Adli para cezasının miktarı ne olursa olsun, KADEK uygulanmasının yolu kapalıdır.³⁴¹¹ Bu suçlar ön ödeme için ayrılmıştır. Adli para cezası ödenmediği için hapis cezasını çevrilirse, burada asıl mahkûmiyet para cezası olarak varlığını devam ettirmekte olduğu için, tazyik hapsi bakımından KADEK uygulanamaz. Buna karşılık, hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrildiği hallerde ise, asıl ceza hapis cezası olduğu için, KADEK uygulanması mümkündür.³⁴¹²

Diğer bir olasılık, hapis cezası ile birlikte adli para cezası öngörülmesi veya adli para cezasının seçimlik ceza olarak düzenlenmiş olmasıdır. Bu gibi hallerde hangi usulün uygulanacağı Kanunda belirtilmemiştir. Daha ağır bir ceza olan hapiste uygulanabilen KADEK'in daha hafif olan adli para cezasında öncelikle uygulanması gerektiğine işaret edilmiştir.³⁴¹³

c) Erteleme kapsamı dışındaki suçlardan olmama koşulu.

Hangi suçlarda kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulanmayacağı maddenin 6. fıkrasında belirtilmiştir.³⁴¹⁴ Bu fıkra göre “Bu madde hükümleri; a) Suç işlemek için örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar, b) Kamu görevlisi tarafından görevi sebebiyle veya kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen suçlar ile asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar, c) Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar hakkında uygulanmaz.”

Suç işlemek için örgüt kurma, yönetme veya örgüte üye olma suçları ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar; kamu görevlisi tarafından görevi sebebiyle veya kamu görevinden dolayı kamu görevlisine karşı işlenen suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda kamu davasının açılmasının ertelenmesi seçeneği uygulanamaz (CMK 171/6). Madde 2019-7188 sK ile yapılan değişiklik ile bu şekilde oluşmuştur.

Asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlarda da kamu davasının açılması ertelenemez. Buna karşılık asker kişilerin işledikleri askerî suçlarda hükmün açıklanmasının geri bırakılması ilke olarak kabul edilmiş, fakat sadece belli suçlar hariç tutulmuştur. Askerî Ceza Kanuna 2021 yılında 7329 sayılı

³⁴⁰⁸ Yılmaz 2022, 260.

³⁴⁰⁹ Yılmaz 2022, 258.

³⁴¹⁰ 2019-7188 sK ile yapılan değişiklik öncesinde madde kapsamına sadece soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan ve üst sınırı iki yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlar giriyordu.

³⁴¹¹ Töngür (2018, 37), adli para cezasının da kapsama dahil edilmesi gerektiği görüşündedir.

³⁴¹² Ünver/Hakeri 2023, 1614.

³⁴¹³ Meraklı, 2013, 139. Yılmaz (2022, 326) uygulamanın da bu yönde olduğunu belirtmektedir.

³⁴¹⁴ 2019-7188 sayılı Kanun m. 19, CMK 171. maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, üçüncü fıkrasında yer alan “, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere” ibaresi madde metninden çıkarılmış, fıkranın (d) bendinde yer alan “uğradığı zararın,” ibaresi “uğradığı ve Cumhuriyet savcısı tarafından tespit edilen zararın,” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

Kanun ile eklenen maddelerle (AsCK Ek 17), sırf askeri suçtan dolayı verilen 6 ay veya daha fazla hapis cezası, fiilin disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi hali ile fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi hallerinde HAGB kararı verilemez).

ç) *Yeterli şüphe oluşturan delillerin varlığı koşulu.*

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi çok sıkı koşullara bağlıdır. Yapılan soruşturmanın sonunda kamu davasının açılması için suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturan delillerin (CMK 170) toplanmış bulunması gerekir. Yeterli şüphe yoksa, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmelidir.³⁴¹⁵ Diğer bir ifade ile, soruşturma tamamlanmadan KADEK kararı verilemez. Bunu HAGB kararının duruşmanın sonunda verilmesi gereken bir karar olması ile mukayese edebiliriz.

d) *Şüphelinin daha önceden kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilmiş olmaması koşulu.*

KADEK kararı verilmesini engelleyen kasıtlı suçtan mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması gerekir. Bu nedenle, açıklanması geri bırakılmış veya temyiz edilmiş bir mahkûmiyet kararı, KADEK kararı verilmesini engellemez.³⁴¹⁶ Benzer şekilde, kasıtlı bir suç nedeniyle hükmedilen adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle tazyik hapsi uygulanması da KADEK uygulanmasını engellemeyecektir.³⁴¹⁷

Mükerrerler bakımından KADEK uygulanamazsa da, SERİM yolu açıktır. Bu yapı nedeniyle SERİM'in suçu meslek haline getirenler ile mükerrerler bakımından sıkça uygulanan bir yol haline gelmesi olasılığına karşı SERİM'in bu gibi hallerde yasaklanması önerilmişse de tasarı haline gelen bu öneri iş yükünü azaltmak gerekçesi ile kabul görmemiştir.³⁴¹⁸

e) *Yapılan soruşturmanın failin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermiş olması koşulu.*

kkk

f) *Dava açmamanın kamu yararına olması koşulu.*

Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması" gerekir.

2006 yılında eklenen fıkralarla kabul edilen "kamu davasının açılmasının ertelenmesinin" koşulları (mahkum olmamış olma, suç işlemekten çekinme kanaati doğması ve zararın tamamen giderilmesi) arasına, diğerleri ile birlikte gerçekleşmesi gereken "kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması" (CMK 171/3-c) şartının yerleştirilmiş olması, Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verirken kullanacağı takdir yetkisi açısından ölçüt vermesi açısından yerindedir. Benzer bir kurum olan ve 2006 yılında aynı kanun ile eklenen "hükümün açıklanmasının geri bırakılması" için Kanunla hemen hemen aynı koşullar (CMK 231/6) öngörülürken "kamu yararı şartının" eklenmediği görülmektedir.

g) *Zararın tamamen giderilmesi koşulu.*

Mağdur veya kamunun suçtan doğan zararının tamamen giderilmiş olması gerekir. 2019-7188 sK zararın Cumhuriyet savcısı tarafından tespit edilmesi şeklinde bir yenilik getirmiştir.

h) *Deneme süresi içinde suç işlememe koşulu.*

Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılmasını beş yıl süre ile erteleyebilir (CMK 171/2). Deneme süresi çocuklarda üç yıldır (ÇKK 19/1).

³⁴¹⁵ Faruk Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, 326.

³⁴¹⁶ Melik Kartal, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Kamu Davasının Açılmasında Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi, İstanbul 2015, 142.

³⁴¹⁷ Ünver/Hakeri 2023, 1614.

³⁴¹⁸ Yılmaz 2022, 261.

Ertelemedeki deneme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır.

2. Deneme süresi sonunda verilen kararlar.

Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez (CMK 171/4).

III. Özelliği olan kamu davasının ertelenmesi halleri.

1. Uyuşturucu kullananlar hakkında kamu davasının ertelenmesi

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak üzere satın alan, kabul eden veya bulunduran ya da bunlara kullanan kişiler hakkında bu suçtan dolayı başlatılan soruşturmada CMK 171/2'deki şartlar aranmaksızın beş yıl süre ile kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmesi mecburi³⁴¹⁹ olduğu gibi, şüphelinin erteleme sonuçları konusunda uyarılması mecburiyeti de vardır (TCK 191/2). Soruşturma evresinde TCK 188 veya TCK 190 kapsamında bir suç işlendiği savıyla dava açıldıktan sonra, kovuşturma evresinde fiilin TCK 191'e girdiği anlaşılırsa, sanık hakkında HAGB kararı verilir (TCK 191/8). Bu gibi hallerde de sanık hakkında Denetimli Serbestlik Müdürlüğü karar verir ve şüpheli hakkında uygulanacak en az üç veya daha fazla yükümlülük belirler (5402 sK m. 12/A, fıkra 6).

28.3.2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun ile TCK 191 de değişiklik ve eklemeler yapılmıştır: Erteleme süresi içinde zorunlu olarak asgari bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanır (TCK 191/3). Bu süre denetimli serbestlik müdürlüğünün teklifi ve Cumhuriyet savcısının kararı ile altışar aylık sürelerle en fazla iki yıl daha uzatılabilir. Hakkında denetimli serbestlik tedbiri verilen kişi, gerek görülmesi hâlinde denetimli serbestlik süresi içinde tedaviye tabi tutulabilir. Cumhuriyet savcısı, erteleme süresi zarfında uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığını tespit etmek için yılda en az iki defa şüphelinin ilgili kuruma sevkine karar verir.

Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanununda yapılan değişiklik ile de uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaktan olayı hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilen şüpheliler hakkında uygulanacak tedavi tedbirlerinin ayrıntısı düzenlenmiştir (m. 12/A). Buna göre, şüpheli hakkında hangi yükümlülüklerin uygulanacağına Denetimli Serbestlik Müdürlüğü karar verir ve şüpheli hakkında uygulanacak en az üç veya daha fazla yükümlülük belirler. Olası yükümlülükler Kanunda şöyle sıralanmıştır: a) Tedaviye tabi tutulmak, b) Belirlenen programlara katılmak, c) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren ortamlarda çalışmaktan yasaklanmak, d) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek, e) Bir bölgede denetim veya gözetim altında bulunmak, f) Eğitim kurumuna, eğitim programına veya mesleki uğraşlarına ilişkin eğitime devam etmek, g) Belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmak, h) Gözetim altında ücret karşılığı çalıştırılmak, ı) Silah bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silahları makbuz karşılığında adli emanete teslim etmek, i) Her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek. Bu yükümlülükler, şüphelinin ihtiyacına göre bu fıkra da belirtilenlerle sınırlı olarak her aşamada değiştirilebilir veya ilave yükümlülükler getirilebilir. Gerekli görülmesi halinde denetimli serbestlik süresi içinde şüphelinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının tespit edilmesi için denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından test yapılabilir veya bu amaçla şüphelinin ilgili kuruma sevkisi sağlanabilir (5402 sK m. 12/A, fıkra 1).

Uygulanacak yükümlülükler, Sağlık Bakanlığının uygun göreceği tedavi ve rehabilitasyon merkezlerinde yerine getirilir. Sağlık Bakanlığınca uygun tedavi ve rehabilitasyon merkezleri açılır. Sağlık Bakanlığınca uygun görülen kurum ve kuruluşlar tarafından da bu merkezler açılabilir (5402 sK m. 12/A, fıkra 7). Hakkında yükümlülüğe karar verilenler için Adalet Bakanlığı ile ilgili bakanlıklar, Diyanet İşleri Başkanlığı, belediyeler ve ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından görevleri kapsamında eğitim, rehabilitasyon, sosyal uyum ve denetim amacıyla her türlü çalışma yürütülür (5402 sK m. 12/A, fıkra 8).

³⁴¹⁹ Uyuşturucu kullanma nedeniyle verilen KADEK hakkında CMK 171/2'deki koşulları aranmaz (9. CD 14.10.2019, 22/22). Bu kararın verilmesi bakımından savcının takdir yetkisi yoktur, KADEK uygulama mecburiyetine uymama bozma nedenidir (20. CD 26.9.2016, 8331/4886) (*Ünver/Hakeri* 2023, 1613).

Şüpheli hakkında tedaviye tabi tutulmak yükümlülüğüne karar verildiği takdirde bu karar derhal ilgili sağlık kurumuna gönderilir. Bu durumda şüpheli, sağlık kurumunda ayakta veya yatarak tıbbi tedaviye tabi tutulur. Sağlık kurumu, gerekli görmesi halinde şüphelinin rehabilitasyon amaçlı programlara katılmasına da karar verir. Şüpheli, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının tespiti için her zaman sağlık kurumunca çağrılabilir, kolluk görevlileri aynı amaca yönelik olarak şüpheliyi sağlık kurumuna yönlendirebilir. Kolluk görevlileri sağlık kurumunun çağrısının gerçekleştirilmesi bakımından sağlık kurumuna yardım etmekle görevlidir (5402 sK m. 12/A, fıkra 2). Soruşturma evresinde veya bu madde uyarınca belirlenen yükümlülüklerin yerine getirilmesi sırasında Cumhuriyet savcısı veya yetkili kamu görevlileri, Türk Medeni Kanunu'nun 432'nci maddesinde yer alan koşulların bulunması halinde ayrıca bu durumu, yetkili vesayet makamına bildirir (5402 sK m. 12/A, fıkra 3). Yükümlülüklerin belirlenmesi veya yerine getirilebilmesi bakımından gerekli görülmesi halinde bu madde uyarınca yapılacak iş ve işlemler hakkında şüphelinin ailesine bilgi verilebilir veya ailesinden bilgi istenebilir (5402 sK m. 12/A, fıkra 4).

Şüpheli, hakkında yapılan işlemlerin kanun veya diğer mevzuat hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle iki hafta içinde şikâyet yoluyla Cumhuriyet savcısına başvurabilir. Cumhuriyet savcısı bu başvuruları gecikmeksizin değerlendirir (5402 sK m. 12/A, fıkra 5). Ceza Kanununun 191 inci maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca verilecek kararlar bakımından yapılan başvuru, kararı veren mahkemece değerlendirilir.

2. Uzlaştırmada kamu davasının ertelenmesi.

Uzlaştırmaya tabi olan suçlar için Kanun uzlaşmaya öncelik tanımıştır. Uzlaşma gerçekleşir, taraflar bir edim üzerinde anlaşılır ve edim defaten ödenirse, dava açılmayacaktır. Ancak, bu yol denendikten sonra, ikinci bir alternatif uyuşmazlık çözme yöntemi olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesi yolu kural olarak kabul edilmemiştir. Fakat uzlaşma gerçekleşir, taraflar bir edim üzerinde anlaşır ve uzlaşma konusu edimin ifa edilmesi ileri bir tarihe bırakılır, taksidde bağlanır veya süreklilik arz ederse, CMK 171/2'deki koşullara bağlı olmaksızın *kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı* verilecektir (CMK 253/19). Erteleme süresi içinde edim yerine getirilmediği takdirde, *kasıtlı suç işleme koşulu* aranmadan, kamu davası açılacaktır.

IV. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi hakkındaki görüşümüz.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunda şüpheliye suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi ve erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlememe hükmü öngörülmüşse de cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı vermesi için şüphelinin kabulü koşulu öngörülmemiştir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararların bunlara mahsus bir sisteme kaydedilmesi öngörülerek kişisel veriler hukukunu ilgilendiren bir düzenleme yapılmıştır (CMK 171/5).

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi seçeneğinde mağdurun (veya kamunun) uğradığı zararın tamamen giderilmesi öngörülerek mağdurun korunması açısından bir adım atılmışsa da Cumhuriyet savcısının erteleme kararı verirken mağdurunda bunu kabul etmesi koşulu öngörülmemiştir. Suçtan zarar gören kişi sadece kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verildiğinde buna CMK 173 kapsamında itiraz edebilmektedir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunda kanun koyucu hakim tarafından herhangi bir inceleme veya denetleme öngörmemiştir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu Cumhuriyet savcısının takdir yetkisine tabidir. Esasen CMK 171 cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde cumhuriyet savcısına doğrudan kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermek konusunda bir takdir yetkisi tanımıştır (CMK 171/1). Bunun dışındaki hallerde de cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesi konusunda da takdir yetkisi bulunduğu, kamu davasının mecburiliği prensibinin bir istisnasının düzenlendiği görülmektedir.

Savcı bu takdir yetkisini kullanırken CMK 171/3 ile düzenlenen ölçütlere tabidir: Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkum olmamış olması bulunması, kamu davasının açılmasının ertelenmesinin şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi, erteleme şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması ve mağdurun ve kamunun suçtan

uğradığı zararın tamamen giderilmesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi halinde savcı takdir yetkisi kullanabilmektedir. Kanun tamamen giderilecek olan zararın cumhuriyet savcısı tarafından tespit edilmesi şeklinde bir yenilik getirmiştir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunda yapılan değişiklikler bugüne kadar etkin bir şekilde işlemeyen bu seçenek soruşturma yöntemini etkin hale getirmek üzere üç yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçları kapsayacak şekilde genişletilmiş ve uzlaştırma ve önödemeye bağlı suçlar kapsam dışı bırakılmışsa da hakim denetimi öngörülmeyle, yükümlülüklerin sadece zararın giderilmesi ile sınırlı tutularak sistemin tümü içerisinde arzu edilen yere oturmasını sağlayacak bir nitelik kazanmamıştır. Bizce Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 153a maddesi örnek alınarak, yükümlülükler yükleyerek yerine getirilmesi için on günlük bir süre belirleyerek diğer bütün seçenekler arasında uyum sağlayan bir düzenleme yapılması yerinde olur.

62. § SERİ MUHAKEME USULÜ

435. SERİ MUHAKEME USULÜ.

I. Seri muhakeme hakkında genel bilgiler ve mukayeseli hukuk.

1. Seri muhakeme hakkında genel bilgiler.

a) Seri muhakemenin yapısı ve hukuki niteliği.

Liste halinde sayılan delillerinin toplanması nispeten kolay olan suçlarda soruşturma evresinin sonunda yeterli delil elde edilmiş ise, Cumhuriyet savcısı yaptırımını belirleyip, yarı oranında indirim yaptıktan sonra, şüpheliye müdafisinin huzurunda seri muhakeme uygulanmasını teklif eder (CMK 250/3). Müdafî olmaksızın teklifin kabulü bozma sebebidir.³⁴²⁰ Şüpheli kabul ederse savcı mahkemeye talep yazısı gönderir (CMK 250/8). Mahkeme de şüpheliyi müdafisinin huzurunda dinledikten sonra talep edilen yaptırımdan daha ağır olmamak üzere hüküm kurar. Bu hükme itiraz edilebilir (CMK 250/14). Ancak, mahkeme seri muhakemenin koşullarını oluşmadığı kanaatine varırsa, talebi reddeder ve soruşturmayı genel hükümlere göre sonlandırması için dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına geri gönderir (CMK 250/9).

“Cumhuriyet savcısının ceza kararnamesi” olarak nitelendirilebileceğimiz seri muhakeme usulünde Cumhuriyet savcısı soruşturma evresinin sonunda kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermediği takdirde, seri muhakeme usulünü uygular. CMK 171/2 uyarınca kamu davasının açılmasının ertelenmesinde savcıya takdir yetkisi verilmiş iken, bu alternatif yöntemde mecburilik sistemine dönüldüğü görülmektedir (CMK 250/1).

Mülga CMUK’da yer alan ve CMK’ya alınmayan sulh hâkiminin ceza kararnamesi kurumunun bir başka ad altında tekrar canlandırıldığı seri muhakeme usulü 2012 yılında 6352 s.lı Kanunla yürürlükten kaldırılan terör ve örgütlü suçlar muhakemesini düzenleyen eski 250’inci madde içine yerleştirilmiştir (CMK 250).³⁴²¹

b) Son değişiklikler.

2021 yılında 7331 sayılı Kanun ile şu değişiklikler yapılmıştır: “CMK 250 nci maddesinin dördüncü fıkrasına “temel cezadan” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve koşulları bulunduğu takdirde zincirleme suça ilişkin hükümler uygulandıktan sonra belirlenen cezadan” ibaresi ve maddenin sekizinci ve onbirinci fıkralarına sırasıyla aşağıdaki cümleler eklenmiş, dokuzuncu fıkrasında yer alan “şartların gerçekleştiği ve eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olduğu kanaatine varırsa talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda” ibaresi “şartların gerçekleştiği, eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olduğu ve dosyadaki mevcut delillere göre mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği kanaatine varırsa

³⁴²⁰ 12 CD, 11.10.2021, E. 2021/1507, K. 2021/6734.

³⁴²¹ Yer gösterme ile ilgili CMK 85 madde hükmünde eski CMK 250 kastedilerek düzenleme yapılmış olması hem yanıltıcıdır hem de özensiz kanun değişikliği yapıldığını göstermektedir.

talep yazısında belirtilen yaptırımdan daha ağır olmamak üzere dört ila yedinci fıkra hükümleri doğrultusunda” şeklinde ve onördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir (m.22).”

“Bu fıkraya aykırı olarak düzenlendiği, belirlenen yaptırımda maddi hata yapıldığı, yaptırım hakkında 231 inci veya Türk Ceza Kanunu’nun 50 nci ve 51 inci maddelerinin uygulanmasında objektif koşulların gerçekleşmediği ya da teklif edilen cezanın mahiyetine uygun bir güvenlik tedbiri belirtilmediği anlaşılan talep yazısı, eksikliklerin tamamlanması amacıyla mahkemece Cumhuriyet savcılığına iade edilir. Cumhuriyet savcısı tarafından eksiklikler tamamlandıktan ve hatalı noktalar düzeltildikten sonra talep yazısı yeniden düzenlenerek mahkemeye gönderilir.”

“Seri muhakeme usulü, bu kapsama giren bir suçun, kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde uygulanmaz.”

“(14) Dokuzuncu fıkra kapsamında mahkemece kurulan hükme itiraz edilebilir. İtiraz mercii, itirazı üçüncü ve dokuzuncu fıkralardaki şartlar yönünden inceler.”

2. Mukayeseli hukuktaki seri muhakeme benzerleri.

a) Almanya'daki hızlandırılmış muhakeme.

Mukayeseli hukukta seri muhakeme usulüne benzer kurumlar vardır. Alman Hukukunda yer alan hızlandırılmış muhakeme (*Beschleunigtes Verfahren*)³⁴²² usulüne göre, asliye Mahkemesinin görev alanına giren bir suç, maddi olayı basit olur ve delilleri de mesela sanığın suçunu ikrar etmiş olması gibi, kuvvetli durumda bulunursa, savcıya işi hemen duruşmaya götürme konusunda yetki verilmiştir (StPO 417).³⁴²³ İddianamenin sözlü olarak açıklanması mümkündür (StPO 418/3), ifade alma yerine tutanak okunmasıyla yetinilebilir ve hâkim delil ikamesinin kapsamını belirler (StPO 420). Bu şekilde bir seneye kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi mümkündür (StPO 419/1).³⁴²⁴

En çok işlenen suçlar olan, hırsızlık, mala zarar verme gibi basit suçların kısa sürede hükme bağlanmasının, halkın adalete olan güvenini artıracak ve mahkemelere ağır suçlarla uğraşmak için, yeterli zamanı kazandıracak düşünölmüş ve ekspres muhakeme usulünün (StPO 417- 420), ölkede asayişin sağlanması ve ağır suçlarla mücadele için gerekli bir araç olduğu kabul edilmiştir.³⁴²⁵

b) Almanya'daki 'Verständigung'

Almanya'da önce uygulamada kendini göstere, daha sonra da yasaya giren bir yeni yöntem daha vardır.

c) Amerikan Hukukundaki 'Plea Bargaining' ve 'Speedy Trial'

Plea bargaining

Speedy trial

ç) Diğer ölkelerdeki örnekler

³⁴²² Alman Ceza Muhakemesi Kanununda hızlandırılmış muhakeme (*Beschleunigtes Verfahren*) adı altında önceleri StPO 210a ve 210b maddelerde düzenlenmiş olan, daha sonra 417 ve devamı maddele aktarılan bir muhakeme usulü vardır. 1994 yılında yürürlüğe giren “Suçla Mücadele Kanunu” (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) ile, Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 6. kitabına 2a bölüm olarak, *Hızlandırılmış Muhakeme* adlı bir bölüm eklenmiştir.

³⁴²³ Tek hâkimden oluşan, bizdeki Sulh Mahkemesine tekabül eden “*Strafrichter*” veya Toplu Asliye Mahkemesi “*Schöffengericht*” önünde görülmesi gereken davalarda, delil durumu derhal hüküm vermeğe elverişli ise, savcı *ekspres dava* açma talebinde bulunabilir (StPO 212 a.F.). Ayrıca iddianame düzenlenmesine ve soruşturmanın açılması kararı (*Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens*) verilmesine gerek olmadan, en kısa zamanda duruşma günü verilir (StPO 212a a.F.) Sanığa iddianame tebliğ edilmez, savcı iddiasını duruşmanın başında sözlü olarak açıklar ve bu açıklama tutanağa geçirilir. Sanık duruşmaya kendiliğinden gelirse, ayrıca davetiye gönderilmez. Kendiliğinden gelmezse, o zaman davetiye gönderilir ve davette isnadın esası hakkında bilgi verilir ve 24 saat içinde gelmesi emredilir. Duruşmada hüküm derhal verilir. Mahkeme davanın *ekspres muhakeme* usulünde görülmeğe elverişli olmadığını takdir ederse, savcının talebini reddeder ve normal usüle dönülerek, iddianame ile dava açılır (StPO 212b a.F.). 1994 değişikliğinde bu temel esaslar muhafaza edilmiştir.

³⁴²⁴ *Hinrich Rüping* Das Strafverfahren 3. Auflage, München 1997.

³⁴²⁵ *Schluchter/Fülber/Putzke*: Herausforderung: Beschleunigtes Verfahren §§ 417 StPO’, Frankfurt/Main 1999, 5.

Değişik ülkelerde bu usulün ayrıntılarının nasıl düzenlendiği konusunu incelemeğe, burada imkân bulunmamakla birlikte, İtalya'nın (*Pateggiamento*) usulü, değinilmesi gereken noktalardır. İtalya'da, tarafların anlaşmalarıyla (*guilty plea* veya *plea bargaining*) yolu ile tarafların anlaşmaları halinde, duruşma önemli şekilde kısaltılmakta veya hatta yapılmayabilmektedir. Mahkemeler bu tür anlaşmaların sanık açısından doğurabileceği sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla, bazı şekil şartları geliştirmişlerdir.

İngiltere'de "*Legal Recognition*" örneği vardır. İngiltere ve Galler'de 1994 tarihli *Criminal Justice and Public Order Act* ile "*committal*" usulünün yürürlükten kaldırılmış olduğu düşünülürse bu yapılan anlaşmaların sanık bakımından olumsuz neticeler doğurduğu görülecektir. Yürürlükten kaldırılan "*committal*" usulü, mahkûmiyet ihtimalinin kuvvetli olduğunu gösteren olasılıkları tartışmak amacıyla, sözlü veya yazılı bir incelemeyi içeriyordu; inceleme neticesinde, Savcının elinde isnatta kullanabileceği delillerin nelerden ibaret olduğu konusunda, sanığa bilgi veriliyordu. Bu garanti artık ortadan kalkmıştır.

II. Seri muhakeme usulünün yürüyüşü.

1. Seri muhakeme uygulanan suçlar ve uygulanamayan haller.

a) Seri muhakeme uygulanması mecburi olan suçlar.

Seri muhakeme usulüne tabi suçların çoğu mağduru olmayan suçlar arasından ve uzlaştırma kapsamında olmayan suçlardan seçildiği görülmektedir.

Savcının şüphelinin kabulüne bağlı ve mahkeme tarafından onanan bir ceza kararnamesi düzenleyerek ivedi bir şekilde CMK 223 anlamında hüküm elde etmesi, uygulamada çok rastlanan basit suçlarda tatbik edildiği takdirde verim sağlayabilir.

CMK 250/1 TCK'nda ve bazı özel kanunlarda yer alan belli suçları seri muhakeme usulü kapsamına almıştır: Hakkı olmayan yere tecavüz, mühür bozma ve kumar gibi TCK suçlarının yanında Ateşli Silahlar Kanununun 13/1, 3/5 ve 15/1,2 ve üçüncü fıkralarında belirtilen suçlar, Orman Kanunu'nun 93/1, Kooperatifler Kanunu'nun madde ek 2/1 de belirtilen suçlar gibi suçlar kapsama alınmıştır.

Kanunda (CMK 250/1) sınırlı sayıda olarak sayılan suçlar şunlardır: a) Türk Ceza Kanunu'nda yer alan; 1. Hakkı olmayan yere tecavüz (m. 154/2, 3), 2. Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması (m. 170), 3. Trafik güvenliğini tehlikeye sokma (m. 179/2, 3), 4. Gürültüye neden olma (m. 183), 5. Parada sahtecilik (m. 197/2, 3), 6. Mühür bozma (m. 203), 7. ~~Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan (m. 206)~~³⁴²⁶, 8. Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (m. 228/1), 9. Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması (m. 268) suçları. b) 10.07.1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanununun 13. maddesinin birinci, üçüncü ve beşinci fıkraları ile 15/1, 2 ve 3. fıkralarında belirtilen suçlar. c) 31.08.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 93. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç. d) 13.12.1968 tarihli ve 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanununun 2. maddesinde belirtilen suç. e) 24.04.1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun ek 2. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde belirtilen suç.

b) Seri muhakeme uygulanamayan haller.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi yolunun açık olduğu hallerde seri muhakeme uygulanamaz. Seri muhakeme usulü kamu davasının açılmasının ertelenmesinden sonra uygulandığı için madde kapsamındaki suçlarda kamu davasının açılması ertelenmezse seri muhakemeye sıra gelecektir (CMK 250/1).

İştirak halinde işlenen suçlarda şüphelilerden birinin seri muhakemeyi kabul etmemesi, seri muhakeme usulü kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmiş olması (CMK 250/11), yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır dilsizlik (CMK 250/12) ve adreste

³⁴²⁶ Anayasa Mahkemesi, resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunma suçu (TCK 206) yönünden (CMK 250/1-a,7) iptal kararı vermiştir (AYM 31.3.2021 tarih ve E.2020/35; K.2021/26 sayılı kararı, RG.15.6.2021). Anayasaya aykırılık itirazında sadece bu suç dava konusu olduğu için, iptal kararı bu suça ilişkindir. İptal gerekçesinden hareket ettiğimizde diğer suçlar yönünden de iptal kararı verilebileceği için kanun koyucu aceleyle 7333 sayılı Kanunu çıkararak aşağıda inceleyeceğimiz değişiklikleri yaptı ve maddenin bütünüyle iptalini önlemek istedi.

bulunmama, yurt dışında olma gibi nedenlerle şüpheliye ulaşılamayan hallerde (250/13) seri muhakeme uygulanmaz.

2. Şüphelinin kuvvet derecesi.

Seri muhakemede dikkat çeken husus, “yeterli şüphe” kavramına maddede açıkça yer verilmemiş olmasıdır. Oysa uzlaştırmada bu yöntemin uygulanabilmesi için bir hukuk garantisi olarak “yeterli şüphe” aranmıştır. Seri muhakemede ise yeterli şüpheden söz edilmemesi önemli bir eksikliklerdir. Ancak, seri muhakeme usulünün uygulanabilmesine giden yolun, kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmemiş olmasından hareketle, kamu davasının açılmasının ertelenebilmesi için yeterli şüphe bulunması gerektiği belirtilerek, seri muhakemede de “yeterli şüphe” derecesine ulaşmış bir soruşturmanın yapılmış olması koşulunun dolaylı olarak bulunduğu sonucuna varılmaktadır. Soruşturmanın sonunda yeterli şüphe oluşmamışsa, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi doğaldır. Tersini olur ve yeterli şüphe derecesine ulaşırsa, CMK 250 suçlarında seri muhakeme usulünün uygulanması zorunludur. Zira bu usul uygulanmadan sonlandırılan soruşturmalarda iddianamenin iade edilmesi gerekmektedir (CMK 174/1-c). Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenmiştir (CMK 250/15).

3. Seri muhakeme mağdur ve şüphelinin durumu.

a) Seri muhakemede suç mağdurunun durumu.

Seri muhakeme usulünde suçtan zarar gören kişinin hiçbir menfaati korunmamıştır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesinde ve uzlaştırmada suçtan zarar görenin haklı menfaatlerinin korunması söz konusu iken, burada ona hiç danışılmamakta, görüşü alınmamakta sadece örtülü olarak bir itiraz hakkı tanındığı görülmektedir (CMK 250/14).³⁴²⁷ Seri muhakeme kapsamına giren suçların genellikle mağdursuz suçlar olduğunu da belirtmek gerekir.

Mağdur veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi konusunda Kanunda açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, örtülü olarak zarar konusu ele alınmıştır: hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecekse, bu kararın koşullarından biri zararın tam olarak giderilmesidir. Bu nedenle suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmemesi koşuluna ilişkin olarak mahkemenin, zararın varlığını ve miktarını sanığa bildirme yükümlülüğü, seri muhakeme usulünde Cumhuriyet savcısına geçmiş olduğu söylenebilir. Belli bir mağduru olmayan, fakat kamusal bir zarara neden olabilecek suçlarda, Cumhuriyet savcısı tarafından zararın varlığı ve miktarı, şüpheliye bildirilmeli ve bunu gidermek isteyip istemediği sorulmalı, ortaya çıkan duruma göre talep yazısında bu hususa yer verilmelidir. Ayrıca zararın derhal giderilemediği hallerde, şüphelinin denetim süresince aylık taksitler halinde ödeyerek zararın tamamını gidermeyi kabul etmesi koşuluyla da Cumhuriyet savcısınca, HAGB kararı verilmesi mümkündür (CMK 231/9). Kamu davasının açılmasının geri bırakılması için Cumhuriyet savcısına tanınan, mağdurun veya kamunun uğradığı zararı tespit yetkisinin, seri muhakeme usulünde tanınmaması düşünülemez. Bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği hususu da mahkemenin denetimine tabidir.

b) Seri muhakemede şüphelinin durumu.

Seri muhakeme usulünde şüpheli usulü yönlendirebilecek ve uygulanmamasını sağlayacak yetkilerle donatılmıştır: Şüphelinin seri muhakemenin niteliği hakkında bilgilendirilmesi dahil, usulün uygulanmasının teklif edilmesi ve sadece kabul ettiği takdirde uygulanması öngörülmüştür (CMK 250/2,3). Şüpheliye mahkeme huzurunda beyanda bulunma hakkı tanınmış (CMK 250/9), usulün uygulanmaması halinde önceki beyanlarına ilişkin delil yasağı kabul edilmiş ve hükme karşı itiraz yolu açılmıştır (250/14).³⁴²⁸

³⁴²⁷ Yapılan düzenlemede, mahkemenin verdiği hükme itiraz edilebileceği belirtilmiş, fakat bu itiraz hakkının kime ait olduğu belirtilmemiştir. Oysa kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına karşı suçtan zarar görenin itiraz edebileceği evvelden beri düzenlenmiş iken, 2019-7188 sK ile yapılan değişiklikle şüpheliye de verilmiştir.

³⁴²⁸ Görüldüğü gibi seri muhakeme usulünde şüpheli usulü yönlendirebilecek, uygulanmamasını sağlayacak yetkilerle donatılmıştır. Ancak, yeterli şüphe olmaksızın savcılığın seri muhakeme talebiyle seri muhakeme usulüne başvurması, şüpheliye bu muhakeme usulünü kabul edip etmediği, etmesi halinde cezasında yarı oranda indirim uygulanabileceğini belirterek sorması, kabulü halinde bunu adeta ikrar gibi değerlendirmektedir.

c) Şüphelinin seri muhakeme konusunda bilgilendirilmesi ve teklif.

Cumhuriyet savcısı veya kolluk görevlileri, şüpheliyi seri muhakeme usulü hakkında bilgilendirir (CMK 250/2,3). Bilgilendirme konusunda Cumhuriyet savcısının yanında kolluk görevlilerinin de görevlendirilmesi düşündürücüdür. Uzlaştırma konusunda yaşadığımız tecrübe önceleri kolluğa da verilen bu tür bilgilendirme görevinin yeterince aydınlatma yapılmaması nedeniyle iyi çalışmadığını göstermiştir. Haklarını öğrenme hakkı gibi bir temel haktan şüpheliyi mahrum etmemek için madde metninden kolluğun çıkartılması ve savcının şüpheliyi aydınlatırken neler söyleyeceğinin ölçütlerinin metne yazılmasını düşünüyoruz. Bu yeni seçenek müesseseyi özünü ortaya koyacak şekilde birkaç cümleyle açıklamak oldukça zordur.

Cumhuriyet savcısı tarafından seri muhakeme usulünün uygulanması şüpheliye teklif edilir ve şüphelinin müdafisinin huzurunda teklifi kabul etmesi halinde bu usul uygulanır. Ancak, bilgilendirme sırasında müdafinin hazır bulunması şart koşulmamıştır. SERİM yönetmeliği hazırlanırken, müdafiyeye iki kez ücret ödenmemesi savcı bilgilendirmesi sırasında müdafinin hazır bulunmasına gerek olmadığı fikri ileri sürülmüştü.³⁴²⁹

Müdafî şüphelinin seri muhakeme konusunda kolluk veya savcılıkça bilgilendirmesiyle yetinmemelidir. Cumhuriyet savcısının hazırladığı talep yazısıyla asliye ceza mahkemesi artık bağlı olmadığı için müdafinin savunma açısından ileri sürülecek tüm argüman ve delilleri savcıya sunmak üzere hazırlaması ve dosyaya girmesini sağlanması gerekir. Müdafî olarak dosyayı incelemek ve soruşturmanın yeterli şüphe derecesine erişmiş olgunlukta olup olmadığını denetlemekte fayda vardır.

4. Seri muhakemede yaptırımın belirlenmesi.

Kanundaki sıralama, ‘bilgilendirme’ (CMK 250/2), ‘seri muhakeme uygulanmasının teklif edilmesi’ (CMK 250/ 3) ve ‘yaptırımın belirlenmesi’ (CMK 250/4) şeklindedir. Eğer bu sıralama uygulanırsa, şüpheli hakkında uygulanacak olan yaptırımı öğrenmeden önce seri muhakeme uygulanmasını kabul etmiş olacaktır. Bu nedenle, biz önce yaptırımın belirlenmesini, daha sonra seri muhakeme uygulanmasının teklif edilmesinin daha doğru olacağını düşünüyor ve anlatımı bu sırada yapıyoruz.

a) Cumhuriyet savcısının yaptırımı belirlemesi.

Seri muhakemedeki yaptırımı Cumhuriyet savcısı adeta bir mahkeme gibi hareket ederek belirler: Önce somut olaydaki suçun işleniş biçimi, kullanılan araçlar, işlendiği yer ve zaman, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, kusurun ağırlığı ile failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurarak, ilgili maddede öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında ‘temel cezayı’ tespit eder (TCK 61/1). Diğer bir ifade ile, savcı yaptırımı belirlerken teşebbüs, iştirak, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler ve takdiri indirim nedenleri (TCK 61/5) uygulayamaz. Sadece koşulları bulunduğu takdirde zincirleme suça ilişkin hükümleri uygulayabilir. Böylece **belirlediği cezadan yarı oranında indirim** uygulanmak suretiyle yaptırım belirlenir (CMK 250/4).

Bu ceza seçenek yaptırımlara çevrilebilir veya ertelenebilir (250/5). Koşulları varsa, yaptırım yerine ‘güvenlik tedbiri’ uygulanabilir (CMK 250/7). Hatta koşulları varsa, CMK 231/5 uygulanarak ‘hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı’ verilebilir.

b) Seri muhakeme usulünde Cumhuriyet savcısı tarafından HAGB kararı verilmesi.

Cumhuriyet savcısı, şüpheli açıkça karşı çıkmadığı takdirde, somut olayda, CMK’nın 231’inci maddesinin 5-14’üncü maddelerinde düzenlenen HAGB’nin koşullarının mevcut bulunup bulunmadığını inceler. Şüpheli kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamışsa, yeniden suç işlemeyeceği

³⁴²⁹ Bilgilendirme konusunda Cumhuriyet savcısı dışında kolluk mensuplarının da görevlendirilmesi düşündürücüdür. Uzlaştırma konusunda yaşadığımız tecrübe önceleri kolluğa da verilen bu tür bilgilendirme görevinin yeterince aydınlatma yapılmaması nedeniyle iyi çalışmadığını göstermiştir. Haklarını öğrenme hakkı gibi bir temel haktan şüpheliyi mahrum etmemek için madde metninden kolluğun çıkartılması ve savcının şüpheliyi aydınlatırken neler söyleyeceğinin ölçütlerinin metne yazılmasını düşünüyoruz. Bu yeni seçenek müesseseyi özünü ortaya koyacak şekilde birkaç cümleyle açıklamak oldukça zordur.

kanaati³⁴³⁰ uyanıyorsa, mağdurun veya kamunun zararı tamamen giderilmişse ve şüpheli hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul ediyorsa (CMK 231/6), talep yazısında mahkemeden ‘hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını karar vermesini isteyecektir. Ancak, HAGB kararı verilebilen hallerde hapis cezasının ertelenmesi yolu (TCK 51) kapalıdır.

5. Seri muhakeme usulü uygulanmasının teklif edilmesi.

a) Aydınlatılmış onam.

Şüpheli seri muhakeme usulünün leh ve aleyhindeki hususlar hakkında bilgilendirildikten sonra, sıra seri muhakeme usulünün uygulanmasının Cumhuriyet savcısı tarafından teklif edilmesine gelir (CMK 250/3). Teklifin Cumhuriyet tarafından belirlenen indirimli yaptırımı da içermesi gerektiğini düşünüyoruz.³⁴³¹ Kanun şüphelinin seri muhakeme usulü teklifini Cumhuriyet savcısının önünde, müdafî huzurunda yapılmasını ve şüpheli tarafından kabul edilmesi koşulunu öngörmüştür (CMK 250/3). Bu kabul daha sonra mahkeme tarafından da denetlenecektir.

b) Seri muhakeme usulünün teklif ve kabul edilmesi sırasındaki hukuki yardım.

Kanunda teklifin içeriği konusunda açıklık yoktur. Ancak, Seri Muhakeme Yönetmeliğinin 9, 10 ve 11. maddelerine göre, seri muhakemeyi teklif etme ve bunun kabulü ayrı aşamalar olarak düzenlenmiştir. Müdafinin hazır bulunması mecburi olmayan teklif aşamasında savcı önce seri muhakeme usulünü soyut olarak teklif etmekte ve somut olayda öngördüğü hükmün içeriğini açıklamaktadır. Yönetmelikte, bu konuya mütalaa etmesi, danışması için şüpheliye bir ayı aşmamak üzere süre verilebilmektedir (Yönetmelik 10/3).

Bu aşamada müdafinin görevi gündeme gelir: savcının teklif ettiği hüküm taslağını incelemesi, somut olayda delil durumuna bakması ve delillerin hukuka uygun olup olmadığını incelemesi gerekir. Mevcut deliller yeterli şüphe oluşturuyorsa, mahkûmiyet olasılığı ortaya çıkmış olduğu için, şüphelinin yarı oranında indirimli cezadan yararlanması onun lehinedir.

Cumhuriyet savcısı, zabıt kâtabi, şüpheli ve müdafisinin hazır bulunacağı seri muhakeme usulünün kabulü oturumu vicahi bir işlemdir. Yönetmeliğin 10. maddesinin 8. fıkrasına göre, 'seri muhakeme usulü kabul tutanağı' hazırlanacağı bu aşamada müdafinin söz alarak savcı tarafından hazırlanan ve mahkemeye sunulacak talep yazısında yer alan maddi ve hukuki hususlarda görüşlerini bildirmesi, sadece hazurun olarak işleme nezaret etmemesi gerekir.³⁴³²

Müdafinin teklifin kabulü sırasında görüş açıklaması ve savunma yapması “ceza pazarlığı” anlamına gelmez. Amerikan Hukukundaki plea bargeining ve Alman Hukukundaki Verständigung kurumları Türk Hukukuna yansıtılmamıştır. Yapılan görüşmelerin pazarlık niteliğini almaması ve taraflarca yapılan tüm konuşmaların zabıt kâtabi tarafından tutanağa bağlanması gerekir (CMK 169).

6. Talep yazısı düzenlenmesi.

Savcı yaptırımı belirledikten sonra görevli mahkemeden seri muhakeme usulü uygulanmasını isteyen bir talep yazısı düzenleyecektir. Bu talep yazısında şüpheli ve mağdurun kimliği, müdafî ve vekil, isnat olunan suç ve ilgili kanun maddeleri, isnat olunan suçun işlendiği, yer, tarih, zaman dilimi, şüphelinin tutuklu olup olmadığı, tutuklanmış ise gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri ve suç

³⁴³⁰ Genel muhakeme usulünde hâkim, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışlarını göz önünde bulundurmak suretiyle bu konuda bir kanaate ulaşmaktadır (CMK m. 231/6-b). Seri muhakeme usulünde duruşma yapılmadığına göre, Cumhuriyet savcısının bu konudaki değerlendirmeyi nasıl yapacağı da maddede gösterilmeliydi. Fakat bu hususta maddede bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda, Cumhuriyet savcısı, şüphelinin yeniden suç işleyip işlemeyeceği hususunda, onun, sadece kişilik özelliklerini göz önünde tutarak bir kanaate varmak zorundadır.

³⁴³¹ Yukarıda belirtildiği gibi, bu teklifin müdafinin huzurunda yapılması halinde zorunlu müdafilik masraflarının artacağı düşüncesi ile, CMK 250/3 hükmünün ikiye ayrılarak uygulanması yoluna gidilmiştir.

³⁴³² Aynı zamanda seri muhakeme usulünün yürüyüşü ve özellikle Anayasa Mahkemesinin kısmi iptal kararından sonra mahkemenin talep yazısındaki belirlemelerle bağlı olmadığı, nihai yaptırımın mahkeme tarafından belirleneceği ve kendisinin yaptırımı ilişkin görüşlerini mahkeme huzurunda da tekrar açıklayacağını belirterek, olası hukuki hataları, şüpheliye hukuki yardımda bulunarak önlemek görevi de vardır.

oluşturan olayların özeti ve şüphelinin teklifi müdafî huzurunda kabul ettiği gibi hususlar gösterilecektir (CMK 250/8).

Cumhuriyet savcısının seri muhakeme usulünü talep yazısı iddianamenin kabulü aşamasını (CMK 174) hiç gündeme getirmeden yani isminin gereği olarak seri muhakeme yapmak üzere bir işlemi atlayarak yapılan bir yöntem olarak düzenlenmiştir. Ortada bir iddianamede bulunmamakta iddianame benzeri bir talep yazısı düzenlenmektedir. Yasada açıkça belirtilmese de iddianame düzenlenmeyip talep yazısının iddianame yerine geçeceği ve aynı mahkemenin iddianamenin kabulü veya iadesi kararı vereceği anlaşılmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz gibi seri muhakeme usulünde yeterli şüphe ölçütü aranmadığı için savcının belki de genel soruşturma hükümleri doğrultusunda araştırma yaptıktan sonra yeterli şüpheye ulaşırsa yeni bir iddianame düzenlemesi gerektiği söylenmelidir.

Talep yazısında delil gösterilmeyecek, fakat şüpheli ve mağdurun kimliği, müdafî ve vekil, isnat olunan suç, suç oluşturan olayların özeti ve şüphelinin teklifi müdafî huzurunda kabul ettiği gibi hususlara yer verilecektir (CMK 250/8). Dikkat edilmelidir ki, ortada bir iddianamede bulunmamaktadır.³⁴³³

Görüldüğü gibi bu karmaşık ve ayrıntılı yeni düzenlemelerin çoğu önemli hukuki tartışmalara gebe gözükmektedir.

7. Seri muhakeme usulünde mahkemenin konumu.

a) Mahkemenin talep yazısını iade etmesi.

7331 Değişikliğinden önce, mahkemenin yetkisi, Cumhuriyet savcısı tarafından, talep yazısı şeklinde hazırlanan mahkûmiyet hükmünün, mahkeme kararına dönüştürülmesinden ve karar şeklinde yazılmasından ibaretti. Hâkimin görevi, gerek teklif ve bu teklifi kabulün gerek hukukî vasıflandırmanın dosyaya yansıyan olaya uygunluğunu denetlemekle sınırlı idi. Mahkemenin, Cumhuriyet savcısının belirlediği yaptırımını değiştirmek gibi bir yetkisi bulunmuyordu. Bu bağlamda hâkimin, HAGB uygulamasına yönelik olarak bir denetim yapma yetkisine de maddede yer verilmemişti. Bu, mahkemeyi noter durumuna getiriyordu. Bu hata kısa sürede fark edilmiş ve bu fıkra 7331 sayılı Kanunun 22.maddesiyle eklenen cümlelerle mahkemeye, hükmü, hem 8 inci fıkraya uygunluk hem maddi hukuka aykırılıklar yönünden inceleme ve hatalı talep yazısını, eksikliklerin tamamlanması için başsavcılığa iade yetkisi tanınmıştır.

Yapılan değişikliğe göre, Cumhuriyet savcısının talep yazısında eksiklik veya hukuka aykırılık bulunması halinde dosya, eksikliklerin tamamlanması amacıyla mahkemece, Cumhuriyet başsavcılığına iade edilir. Dosyanın iadesini gerektiren eksiklikler ya da hukuka aykırılıklar şunlardır: a) Talep yazısının 8 inci fıkraya aykırı olarak düzenlenmiş olması, b) Belirlenen yaptırımda maddi hata yapıldığının görülmesi, c) Yaptırım hakkında CMK'nın 231 inci veya TCK'nın 50 nci ve 51 inci maddelerinin uygulanmasında objektif koşulların gerçekleşmediğinin anlaşılması, d) Teklif edilen cezanın mahiyetine uygun bir güvenlik tedbirinin belirtilmemiş olması. Cumhuriyet savcısı tarafından eksiklikler tamamlandıktan ve hatalı noktalar düzeltildikten sonra talep yazısı yeniden düzenlenerek mahkemeye gönderilir.

b) Mahkemenin şüpheliyi dinlemesi ve hüküm kurması.

Mahkeme, şüpheliyi müdafî huzurunda dinledikten sonra şüphelinin kendisine yapılan seri muhakeme teklifini müdafisinin huzurunda kabul ettiğini belirler, yani üçüncü fıkradaki şartların gerçekleştiği, eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olduğu ve dosyadaki mevcut delillere göre mahkûmiyet kararı verilmesi kanaatine varırsa talepte belirlenen yaptırımdan daha ağır olmamak üzere 4 ila 7. fıkra hükümleri doğrultusunda hüküm kurar (CMK 250/9).

Mahkemenin, talep yazısının CMK 250/8. fıkraya aykırı düzenlendiği, belirlenen yaptırımda maddi hata yapıldığı, yaptırma ilişkin CMK 231 veya TCK 50 veya 51. maddeler uygulanmış, ancak söz konusu maddelerin uygulanması için gerekli olan koşulların sağlanmadığı ya da teklif edilen cezanın mahiyetine

³⁴³³ Cumhuriyet savcısının seri muhakeme usulünü talep yazısı iddianamenin kabulü aşamasını (CMK 174) hiç gündeme getirmeden, yani isminin gereği olarak seri muhakeme yapmak üzere bir işlemi atlayarak yapılan bir yöntem olarak düzenlenmiştir. 2021-7331 sayılı Kanun, aşağıda açıklanan 'talep yazısının geri gönderilmesi' kurumunu yarattı.

uygun bir güvenlik tedbiri belirtilmediği kanaatine varması halinde, eksikliklerin tamamlanması veya söz konusu hataların giderilmesi için evrakı Cumhuriyet başsavcılığına iade eder. Cumhuriyet savcısı bu durumda belirtilen eksiklikleri tamamladıktan, hataları düzelttikten sonra yeniden bir talep yazısı düzenleyerek mahkemeye gönderir.

Anayasa Mahkemesinin 31.3.2021 tarihli iptal kararından³⁴³⁴ sonra, 8.7.2021 tarihli 7331 sayılı Kanun ile, yani üç ay sonra yapılan değişiklik seri muhakemenin yapısını değiştirdi:

Buna göre mahkeme şüpheliyi dinlemeden önce, dosyayı incelediğinde Cumhuriyet savcısının seri muhakeme usulü talebinde bulunurken 8 inci fıkraya aykırı olarak talep yazısı düzenlediğini fark eder, yaptırım belirlerken maddi bir hata veya HAGB kararı verirken veya seçenek yaptırımları belirlerken objektif koşullarda hata yaptığını tespit ederse ya da teklif edilen cezanın mahiyetine uygun bir güvenlik tedbiri belirlemediğini görürse, talebi reddeder (CMK 250/8).³⁴³⁵

Talep yazısı yukarıdaki koşullara uymadığı için reddedildiği takdirde, Cumhuriyet savcısı eksiklikleri tamamlandıktan ve hatalı noktaları düzelttikten sonra yeni bir talep yazısı düzenleyerek mahkemeye gönderir (CMK 250/8). Yapılan bu değişiklik savcuyu bağlar niteliktedir. Zira savcı talep yazısını düzeltmeğe mecbur olup, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı veremeyeceği gibi, işi iddianame ile genel usule de taşıyamayacaktır.

Yeni talep yazısını alan asliye ceza mahkemesi, bu sefer 'şüpheliyi müdafî huzurunda dinledikten sonra', Cumhuriyet savcısının CMK 250 inci maddede öngörülen koşulları, geri göndermeye rağmen yerine getirilmediğini tespit ettiği takdirde, talebi reddedecek ve soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına gönderecektir (CMK 250/9).³⁴³⁶

Yasada açıkça belirtilmese de savcının iddianame düzenleyeceği ve aynı mahkemenin iddianameyi inceleyerek kabulüne veya iadesine karar vereceği anlaşılmaktadır. Bu durum CMK 23/2 anlamında hâkimin davadan yasaklanması nedeni oluşturmaktadır: 'aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz'.

Asliye ceza mahkemesi müdafî huzurunda şüpheliyi dinleyerek, seri muhakeme usulünün koşullarının oluştuğu kanaatine varırsa "talepte belirlenen yaptırım" doğrultusunda hüküm kuruyordu.³⁴³⁷ Anayasa Mahkemesi Avanos Asliye Ceza Mahkemesinin başvurusu üzerine yukarıda belirttiğimiz iptal kararı ile mahkemenin 'savcının düzenlediği talep yazısında belirlenen yaptırım ile bağlı' bir karar vermesini ve bunu değiştirememesini Anayasaya aykırı bulmuş ve "talepte belirlenen yaptırım" kelimelerini iptal etmiştir.³⁴³⁸ Yapılan değişikliğe göre; mahkeme TCK 61/1 hükmünü göz önünde bulundurarak Kanunda öngörülen cezanın alt ve üst sınırları arasında ceza tespit edebilir, temel cezadan ve koşulları bulunduğu takdirde zincirleme suça ilişkin hükümler uygulandıktan sonra belirlenen cezadan yarı oranda indirim yapabilir, cezayı seçenek yaptırımlara çevirebilir, erteleyebilir, HAGB kararı verebilir ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümleri uygulayabilir.³⁴³⁹

³⁴³⁴ AYM 31.3.2021 E.2020/35 K.2021/26

³⁴³⁵ Görüldüğü üzere kanun koyucu burada CMK 174 ile düzenlenen iddianamenin iadesine benzer bir kurum yaratmıştır. Ancak seri muhakemede iddianame yoktur. Muhakeme kovuşturma evresine hiç geçmemiştir.

³⁴³⁶ Geri gönderme sonrasında savcı, yukarıda belirttiğimiz gibi, seri muhakeme usulünde iddianame düzenlenmemiş olduğu için, genel hükümler doğrultusunda soruşturmayı tamamlayarak iddianame düzenlemesi gerekir. Zira CMK 250/10 fıkra kullanılarak (takip eden soruşturma ve... işlemleri) kelimeleri, talep mahkeme tarafından reddettikten sonra soruşturmaya devam edileceğini göstermektedir.

³⁴³⁷ Talep yazısında belirlenen temel ceza konusunda mahkemenin salt bir onay mercii olması doktrinde de eleştirilmiştir (Koruculu 2022, 312).

³⁴³⁸ Kanun koyucu bunun üzerine 2021-7331 sayılı Kanun ile maddeyi (CMK 250/9) bu açıdan da değiştirdi ve eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olduğu ve "dosyadaki mevcut delillere göre" mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği kanaatine varırsa, hüküm kurması için maddede düzenleme yaptı. Ancak CMK 250/8'de düzenlenen talep yazısı dikkatle incelendiğinde bunun iddianame gibi düzenlenmediği, iddianameye çok benzemekle birlikte "delil" unsuruna yer vermediği görülecektir. Dolayısıyla dosyada delil mevcut değildir.

³⁴³⁹ Böylece dış görünüşte savcının belirlediği yaptırımı değil, mahkemenin belirlediği bir yaptırımın hüküm olarak oluşmasına olanak sağlanmıştır. Yapılan bu değişikliğin Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararını karşılayıp karşılamadığı tartışmalıdır. Bizce, hiçbir mahkeme iddianame ile önüne getirilmiş olmayan bir olayda, yani davası açılmayan

Değişiklik sonrası düzenleme uyarınca mahkemenin yetkisi genişlemiş ve dosyada yer alan delillerin mahkumiyet için yeterli olup olmadığını değerlendirmek olasılığı yaratılmış³⁴⁴⁰ ise de, mahkeme gene sadece mahkumiyet ve dosyanın geri gönderilmesi kararları verebilmektedir.

c) Mahkemenin HAGB hususunda takdir yetkisi

Mahkeme, şüpheliyi müdafî huzurunda dinledikten sonra, seri muhakeme usulünün teklifine ve bu teklifin müdafî huzurunda şüpheli tarafından kabul edildiğine ilişkin şartların gerçekleştiği, eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olduğu ve dosyadaki mevcut delillere göre mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği kanaatine varırsa talep yazısında belirtilen yaptırımdan daha ağır olmamak üzere (dört ilâ yedinci fıkra hükümleri doğrultusunda) hüküm kurar; aksi takdirde talebi reddeder ve soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına gönderir. Mazeretsiz olarak mahkemeye gelmeyen şüpheli, bu usulden vazgeçmiş sayılır (CMK 250/9 değişik).³⁴⁴¹

Cumhuriyet savcısı, şüphelinin yeniden suç işlemeyeceği kanaatine varmış ve HAGB kararı verilmesini talep etmiş ise, hâkim bu kanaatte değilse, talebi reddedecektir. Buna karşılık Cumhuriyet savcısı, objektif koşullar bulunmasına rağmen HAGB kararı verilmesini talep etmemişse, mahkemece dosya, bu konudaki eksikliğin giderilmesi için Cumhuriyet başsavcılığına iade edilecek, Cumhuriyet savcılığınca bu yönde düzenlenen talep yazısı üzerine, mahkeme, sanığın kabul etmesi halinde HAGB kararı verebilecektir.

ç) Asliye ceza mahkemesi huzurundaki hukuki yardım

2021-7329 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce asliye ceza mahkemesi savcının talep yazısında belirlenen yaptırımla bağlı bir hüküm kuruyor veya talep yazısını iade ederek genel usule dönülmesini sağlıyordu. Mahkeme o dönemde sadece suçun seri muhakeme kapsamına girip girmediğini ve kabulün müdafî huzurunda özgür irade ile yapılıp yapılmadığını inceleyebiliyor, fakat sorgu dahi yapamıyordu. Anayasa Mahkemesi bu durumu hâkim bağımsızlığına aykırı görerek iptal davasının konusunu teşkil eden 'resmi belgenin düzenlenmesi sırasında yalan beyan suçu' bakımından iptal kararı verdi.

Bu iptal kararı üzerine kanun koyucunun kısa bir süre sonra yaptığı değişiklik uyarınca mahkeme artık savcının talep yazısındaki teklifle bağlı değildir; dosyadaki delilleri inceleyerek kendisi hüküm kuracaktır. Yapılan bu değişiklik doğrultusunda mahkemenin şüphelinin sorgusunu yapması, Kanunda duruşmaya ilişkin mevcut olan diğer hükümleri de uygulayarak, müdafinin savunmasını da dinlemesi gerekecektir.

8. Kurulan hükme karşı itiraz.

a) Seri muhakeme usulü uygulanmak suretiyle kurulan hükme ve bu hükümle birlikte verilen HAGB kararına karşı kanun yolu

Maddenin dokuzuncu fıkrası uyarınca mahkemece kurulan hükme karşı, olağan kanun yolu olan istinaf yolu değil, her nedense itiraz kanun yolu öngörülmüştür (CMK 250/14). Maddenin ilk meninde sadece hükmün itiraz kanun yoluna tabi olduğu belirtilmişti. Fakat merciin yetkisi konusunda fıkrada bir açıklık yoktu. 7331 değişikliği ile, itiraz merciin, hükmü, hem seri muhakeme usulünün şekli (teklifin yapılması ve şüpheli tarafından kabulü) ve esasa ilişkin koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği hem uygulanan kanun hükümleri yönlerinden incelemesi ve denetlemesi kabul edilmiştir. Bu bağlamda

fiil hakkında, delil de içermeyen bir dosya üzerinden hüküm kuramayacağı için, yapılan bu değişiklik teknik bir hukuk hatası içermektedir. Bunun dışında, seri muhakeme aslında bir ceza kararname olduğu için savcı tarafından belirlenen bu yaptırımın asliye ceza mahkemesine değil, sulh ceza hakimine onaylatılması yerinde olurdu.

³⁴⁴⁰ *Koruculu* (2022, 312) bu değişikliği yerinde bulmakta ve derhal beraat kararı verilebilecek hallerde, mahkemenin bu kararı da verebilmesini önermektedir.

³⁴⁴¹ Genel muhakeme usulünde yargılama makamına tanınan hüküm kurma ve HAGB'ye karar verme yetkisi, seri yargılama usulü uygulandığında 7331 değişikliğinden önce, Cumhuriyet savcısına aitti. 7331 değişikliği ile, Cumhuriyet savcısının bu konudaki yetkisi sınırlandırılmış, HAGB kararı verme yetkisi mahkemeye verilmiştir. Cumhuriyet savcısı, Talep Yazısında HAGB kurumuna yer vermiş olsun olmasın, HAGB kararı verilebilmesi, objektif koşullar yönünden mahkemenin denetimine ve uygun bulmasına bağlıdır.

mahkemece hüküm, kişileştirme nedenlerinin yanı sıra HAGB'nin koşullarının bulunup bulunmadığı yönlerinden de incelenecektir (CMK 250/14 –ek cümle).

Kanaatimizce, mahkemece kurulan hükümle sınırlı olarak itiraz yoluna başvurulabileceği gibi, hüküm ayrı tutulmak suretiyle, CMK m. 231/12 uyarınca, sadece HAGB kararına itiraz edilmesine de bir engel bulunmamaktadır. Hükme ve HAGB kararına birlikte itiraz edilmesi de mümkündür.

İtiraz kanun yolunda, itiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar vermekle yükümlüdür (CMK m. 271/2). Bu husus göz önünde tutulduğunda, seri muhakeme usulü uygulanmak suretiyle kurulan hükme veya sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz üzerine, merci, her iki kararı da denetlemekle yükümlüdür. Bu bağlamda HAGB ile ilgili takdir hakkının yerinde kullanılıp kullanılmadığını denetleyebilecektir. Ancak, şüpheliyi görmeyen merciden, sübjektif koşulla ilgili objektif bir değerlendirme yapması beklenmemelidir.

Bu hükme karşı itiraz kanun yolu öngörülmüştür: Dokuzuncu fıkra kapsamında Cumhuriyet savcısının talebi doğrultusunda mahkemece kurulan hükme itiraz edilebilir (CMK 250/14). Aslında itiraz kanun yolu hakimlik makamı kararlarına karşı kabul edilmiş olan bir kanun yoluken burada itiraz edilebilen bir mahkeme kararı daha düzenlendiğini görüyoruz. İtirazın CMK 267 vd. maddeler kapsamında inceleneceği anlaşılmaktadır.³⁴⁴² Maddenin 2021-7331 sayılı Kanunla değişik 14. fıkrasına göre itiraz artık sadece 3. ve 9. fıkralardaki şartlar yönünden incelenebilecektir.

Mazeretsiz olarak mahkemeye gelmeyen şüpheli bu usulden vazgeçmiş sayılır (CMK 250/9).

Seri muhakemede savcının (iddianame niteliği taşımayan) talep yazısına dayanarak kurduğu bu hükme karşı itiraz kanun yolu öngörülmüştür (CMK 250/14).

Aslında itiraz kanun yolu hâkimlik makamı kararlarına karşı kabul edilmiş bir kanun yoluken, burada itiraz edilebilen bir mahkeme kararı daha düzenlendiğini görüyoruz.

İtirazın CMK 267 madde kapsamında inceleneceği açıktır. Buna rağmen, 2021-7331 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, itirazın merci tarafından incelenmesinde sınırlama yapılmış ve sadece Cumhuriyet savcısı tarafından seri muhakeme usulü uygulanmasının teklif edilip edilmediği ve şüphelinin müdafisi huzurunda teklifi kabul edip etmediği (fıkra 3) noktası ile, asliye ceza mahkemesinin eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olup olmadığını belirlemesinde hata bulunup bulunmadığı ve 'dosyadaki mevcut delillere göre' mahkûmiyet kararı verilmesi gerekip gerekmediği noktalarından inceleme yetkisi verilmiştir.

Dosyada delil bulunmadığını yukarıda tespit ekmiştik. İtirazı inceleyen makam dosyada delil bulamayacaktır.

Asliye ceza mahkemesinin basit yargılama usulünde kurduğu hükme karşı istinaf yolunu açmayan kanun koyucu her nedense itirazı tercih etmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere kanun koyucu burada da sıra dışı bir itiraz düzenlemesine yer vermeyi tercih etti.

2021-7331 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle itirazın inceleme kapsamı daraltıldı. Madde şöyledir: “(14) Dokuzuncu fıkra kapsamında mahkemece kurulan hükme itiraz edilebilir. İtiraz mercii, itirazı üçüncü ve dokuzuncu fıkralardaki şartlar yönünden inceler.”

b) Seri muhakeme usulünde verilen hükme itiraz aşamasında hukuki yardım.

Şüphelinin seri muhakemeyi kabul edip etmeme konusundaki iradesi önce savcı önünde, sonra da mahkeme huzurunda izhar edilmektedir. Hukuki değer taşıması için, bu iradenin sonuçları bilinerek açıklanmış olması gerekir. Ancak, şüpheli, mahkemece hüküm kurulduktan sonra, 'ben bu hükmü kabul

³⁴⁴² İtiraz üzerine verilen karar seri muhakeme usulünün uygulanamayacağı yolunda ise, talep yazısı iddianame yerine geçecek, iddianamenin kabulü halinde genel hükümlere göre bir karar verilecektir. Gerek bu karar ve gerekse itiraz edilmeyen ilk hüküm CMK 272 kapsamında açık ise istinafa tabi olacaktır. Bu düzenlemede olası bir sorun bulunduğu düşünülebilir. Mahkemenin verdiği HAGB kararına itiraz yolu açık olduğu için CGK kararıyla (istinaf ve) temyiz edilemeyeceği görüşü benimsenmişti. Burada da mahkemenin seri muhakeme usulünde verdiği hükme (CMK 250/9) itiraz yolu kabul edildiği için (CMK 250/14) Yargıtay'ın itirazın reddi sonrası bu hükme karşı istinaf yolunu kapamasından endişe ederiz. Oysa itiraz kabul edilir, iş genel usule yönlendirse bu hükme karşı doğal olarak istinaf yolu açık olacaktır.

etmiyorum, genel usulde yargılanmak istiyorum' diyememektedir. Kanunun öngördüğü itiraz, sınırlı bir itiraz olup, sadece kabul iradesinin geçerlilik şartları açısından incelemeye olanak sağlamaktadır. Yani, itiraz genel usule dönmeyi sağlamamaktadır.³⁴⁴³

Savunma yönünden eleştirmek istediğimiz bir diğer nokta, mahkemece kurulan hükmün istinaf edilememesidir. İtiraz istinaf değildir. İtirazda mahkûmiyet hükmünün usule uygun olup olmadığı tartışılacak, fakat beraat olasılığı hiç gündeme gelmeyecektir. Bu nedenle somut olayda uygulanma olasılığı varsa, itiraz yoluna başvururken kanundaki sınırlama ile müdafî olarak kendinizi bağlı hissetmeyip, beraat kararı verilmesi istemi ile "itiraz" edebilirsiniz. Bu itirazın reddi halinde, kanun yolu mahkemesine başvuru hakkının ihlal edilmesi nedeniyle Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülebilecektir.

Savunma makamı toplumsal savunma ve ferdi savunma olarak ikiye ayrılır. Seri muhakemede zorunlu müdafîlik sistemi geçerli olmasına rağmen, şüphelinin kendi kararını kendisinin vermesi gerekir. Bu nedenle müdafinin şüpheliyi etkin bir şekilde savunabilmesi için, onu sistem hakkında bilgilendirmesi ve çok iyi aydınlatması gerekir.

c) Talebin reddi ve kabul beyanının delil olması yasağı.

Mahkeme Cumhuriyet savcısının seri muhakeme usulü uygulanması talebini reddederse soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla Cumhuriyet başsavcılığına gönderecektir (CMK 250/9).

Mahkemenin talebi reddederek soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması için dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına gönderdiğinde bir delil yasağı öngörülmüştür: Şüphelinin seri muhakeme usulünü kabul ettiğine ilişkin beyanları ve bu usulün uygulanmasına dair diğer belgeler bundan sonra yapılacak olan soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde delil olarak kullanılamayacaktır (CMK 250/10). Bu yasak uzlaştırma usulünde de kabul edilmiş olup yerinde bir düzenlemedir. Ancak 250/10 fıkra kullanılan (takip eden soruşturma ve...işlemleri) kelimeleri, mahkemenin talebi reddettikten sonra soruşturmaya devam edileceğini göstermektedir. Buna dayanarak yukarıda iki kez sözünü ettiğimiz yeterli şüphe ölçütünün kanun koyucu tarafından bilinçli olarak yasaya derç edilmediğini, seri muhakemenin bir nevi genişletilmiş önödeme olarak düzenlendiği intibayı doğmaktadır. İşleri hızlandırmak amacıyla savcının seri muhakeme talebi öncesinde soruşturma yapmayacak olması da büyük bir eksikliktir.

III. Seri muhakeme usulüne ilişkin görüşlerimiz.

Öncelikle seri muhakeme usulüne tabi suçların hangi ölçüte göre belirlendiği sorusu akla gelmektedir. Savcının şüphelinin kabulüne bağlı ve mahkeme tarafından onanan bir ceza kararname düzenleyerek ivedi bir şekilde CMK 223 anlamında hüküm elde etmesi, uygulamada çok rastlanan basit suçlarda tatbik edildiği takdirde verim sağlayabilir. Kamu davasının ertelenmesinde ve biraz aşağıda inceleyeceğimiz basit yargılama usulünde üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar kapsama alınırken TCK ve özel kanunlarda yer alan bu suçların seçilmesinin nedeni anlaşılabilir. Burada da iki yıl ölçütü kullanılabilir. Kanun koyucunun seri muhakeme usulü kapsamına giren suçları tespit ederken göreceli olarak ispatı kolay suçları seçtiği söylenebilir. Maddede sayılan suçlar genellikle tutanaklarla tespit edilebilen suçlardır.

Maddede liste halinde sınırlı sayıda suçlar için seri muhakemeye gidilebileceği kabul edilmiştir. Seri muhakemeye tabi suçların objektif bir kritere göre seçilip seçilmediğinde tereddüt oluşmuştur. Hakkı olmayan yere tecavüz dışında genellikle belli bir mağdura karşı değil, kamuya karşı işlenen suçlar olduğu görülmektedir. Soruşturması bakımından ağırlıklı olarak kolluk tutanaklarının büyük belirleyicilik taşıdığı suç tipleridir. Ancak tamamen pratik kaygıların, özellikle mahkemelerin iş yükünün azaltılması düşüncelerinin etkili olduğu anlaşılmakta, ileride yeni değişikliklerle bu suçların artırılma olasılığı bulunmaktadır.

Bu düzenleme hüküm kurma psikolojisi açısından son derece tehlikelidir. İçeriğinde mademki şüpheli genel yargılama usulünün sağladığı birtakım haklarından, tayin edilecek cezanın yarı oranında indirilerek

³⁴⁴³ Yasadaki bu düzenleme ceza kararnamesi türü düzenlemelerin temel yapısına aykırı olduğu için, savunmanın Anayasaya ve insan haklarına aykırılık yönlerinden başvuru yapmayı değerlendirmesi, esas mahkemesine başvuru hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunması yerinde olur.

verilmesi avantajından istifade için feragat etmektedir, o halde bu suçu işlediğini zımnen ya da tevil yollu olarak ikrar etmektedir gibi bir düşünceden hareket edilmesinin zeminini oluşturmaktadır. Seri muhakeme usulünü sırf cezada indirimden istifade etmek için kabul ettiğine göre bu suçu işlediğini de kabul etmektedir mantığı şüpheden sanık yararlanır ilkesinin içeriğini boşaltmaktadır. Adil yargılanma ilkesini ciddi ölçüde ihlal etmektedir. Şüpheliye sorulan seri muhakeme usulünde yargılanmak isteyip istemediğidir. Ancak bundan zımnen çıkarılan adeta suçunu kabul etmiş saymaktır. Uygulamada hükmün işleyişi HAGB'nin çarpık işleyişi tarzında yürüyecektir.

Şüpheliye seri muhakeme usulünü kabul edip etmediği sorulmakta, kabul etmesi halinde suçu kabullenmiş gibi sonuçlar bağlanmaktadır. Bunun adil yargılanma ilkesiyle bağdaşması mümkün değildir. Mahkûmiyet için geriye makul şüphe kalmaksızın delilere dayalı vicdani kanaate ulaşma şartı aranmamaktadır. Yeterli şüphe sebebi üzerine şüphelinin seri muhakemeyi kabulü adeta ikrarı gibi değerlendirilerek cezalandırılması cihetine gidilmektedir. İkrara, delilerin kraliçesi nazarıyla bakılan tarihteki yargılamalarda atfedilen anlamı çağrıştırmaktadır. Üstelik şüphelinin iradesinin cezasının yarı oranda indirilerek tayin edileceği vaadiyle iradesinin ciddi tesir altına bırakılmak suretiyle kabulünü beyan edeceği düşünüldüğünde, serbest iradeye dayalı bir kabul olarak nitelenmesi son derece güç görünmektedir. Kısaca ceza muhakemesi hukukunun maddi gerçek, adalet gibi ideal amaçları, temel ilkelerinden oldukça uzak, tamamen pragmatik gayelerle kabul edilen bir kurum olarak görünümü arz etmektedir.

Bu şekilde seri muhakemeyi kabulü üzerinde şüpheli hakkında verilen karar mahkûmiyet hükümlerinin sonuçlarını doğurmaktadır.

7188 sK ile CMK'nda 'Cumhuriyet savcısının ceza kararnamesi' diyebileceğimiz seri muhakeme (CMK 250) ve basit yargılama (CMK 251, 252) kabul edilmiştir. Seri muhakeme ve basit yargılama usullerine ilişkin hükümler 01.01.2020 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. 01.01.2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş³⁴⁴⁴, hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalarda seri muhakeme usulü uygulanamayacağı hüküm altına alınmıştı (CMK geçici 5/d). Ancak bu hükmün ““kovuşturma evresine geçilmiş ve hükme bağlanmış” kısmı, Anayasaya aykırı bulunarak iptaline karar verilmiştir.³⁴⁴⁵ Anayasa Mahkemesi daha önceki kararlarında itiraz konusu kuralın bulunduğu bentte yer alan “...kovuşturma evresine geçilmiş,...”, “...hükme bağlanmış...” ibarelerinin “basit yargılama usulü yönünden” iptaline karar vermiştir.³⁴⁴⁶ Anılan kararlarda, kesinleşmiş yargı kararıyla sonuçlanmamış yargılamalarda yeni muhakeme usulünün uygulanabilir olduğunun tespiti yapılmıştır. Bununla birlikte basit yargılama usulünün uygulanması durumunda sonuç cezanın sanık lehine indirilmesinin zorunlu olması nedeniyle kural için suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında lehe kanunun geçmişe yürütülmesi ilkesinin geçerlidir. Bu bağlamda söz konusu kararlarda belirli bir tarih itibarıyla kovuşturma aşamasında olan veya hükme bağlanmış dosyalarda lehe hükümler içeren basit yargılama usulünün uygulanmasını önleyen kuralın Anayasa'nın 38. maddesiyle bağdaşmadığı tespit edilmiştir.

İtiraz konusu kural, belirli bir tarih itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş ya da hükme bağlanmış dosyalarda seri muhakeme usulünün uygulanamayacağını öngörmektedir. CMK 250/4. fıkrası seri muhakeme usulünün uygulanması sonucunda yaptırımın yarı oranında indirilerek belirlenmesini öngörmektedir. Buna göre itiraz konusu kural yargılama aşamasında olup henüz kesinleşmiş hükümle sonuçlanmamış, dolayısıyla yeni yargılama usulünün uygulanabileceği dosyalarda ceza miktarı üzerinde fail lehine etkisi olan seri yargılama usulünün belirli bir tarih itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş

³⁴⁴⁴ “Maddedeki kovuşturma evresine geçilmiş” ibaresi, basit yargılama usulü açısından, Anayasa Mahkemesinin (25.06.2020 tarih ve E. 2020/16, K. 2020/33, RG. 19.08.2020/31218) künyeli kararı ile iptal edilmiştir. AYM 25.6.2020, E. 2020/16, K. 2020/33, RG. 19.08.2020/31218.

³⁴⁴⁵ AYM 21.04.2022, E. 2020/87, K. 2022/44, RG. 02.08.2022/31911. AYM'nin bu iptal kararı ile, iddianame ile dava açılmış, kovuşturma evresine geçilmiş ve hüküm verilmiş dosyalarda, yargılamaya konu suç “seri muhakemeye tabi bir suç” ise, yeniden değerlendirilme yapılmak üzere, dosyalar C. savcılıklarına gönderilmelidir. İstinaf ve temyiz aşamasında olan dosyalar, yeniden değerlendirme yapılması için bozularak geri gönderilmelidir. İlk derece mahkemelerindeki dosyalar açısından; 02.08.2022 tarihinden sonraki kararlar, mahkeme tarafından durma kararı verilip, C. savcılığına seri muhakeme usulü uygulanmak üzere” gönderilmesi gerekmektedir.

³⁴⁴⁶ AYM 25.06.2020, E.2020/16, K.2020/33; 14.01.2021, E.2020/81, K.2021/4.

veya hükme bağlanmış dosyalarda uygulanmamasını öngörmek suretiyle Anayasa'nın 38. maddesini ihlal etmektedir.

7188 sK ile seri muhakeme CMK 250. maddeye eklenmiştir. Eski hukukumuzdaki ceza kararnamesine benzemektedir. AİHM'si ceza kararnamesini incelemiş, Sözleşmeye aykırılık görmemiştir.³⁴⁴⁷ Seri muhakeme usulüne kamu davasının ertelenmesine gidilemediği hallerde başvurulması öngörülmüştür. Buradan hareketle dolaylı olarak kamu davasını açmaya yeterli şüphe derecesine ulaşılması gerektiği anlaşılmaktadır.

Seri muhakeme yoluna gidilebilecek suçların şüphelisinin Cumhuriyet savcısı ve kolluk tarafından bilgilendirilmesi öngörülmüştür. Kolluğa bu konuda yetki tanınması düşündürücüdür. Cumhuriyet savcısı şüpheliye seri muhakeme uygulanması teklifinde bulunacaktır. Şüphelinin teklifi kabulü aşamasında müdafisinin hazır bulunması gerekmektedir. Bu aşamada müdafî zorunluluğu öngörülmüştür.

Şüphelinin kabul etmesi halinde Cumhuriyet savcısı TCK 61/1. fıkrasına göre suçun kanuni tanımında öngörülen üst ve alt sınırlar arasında tayin edeceği temel cezadan yarı oranında indirim yaparak yaptırım uygular. Burada savcıya, suçun kanuni tanımında öngörülen alt ve üst sınırlar arasında temel cezayı belirleme yetkisi tanınmaktadır. Yargıtay kararları ile yerleşik mahkemelerin dahi alt sınır üzerinde temel cezanın belirlenmesinde gerekçe gösterme mecburiyeti savcı bakımından da söz konusu olması gerekmektedir. Ancak Anayasa m. 141 hükmünde mahkemelerin kararlarının gerekçeli olması zorunlu tutulmuştur. Savcının temel ceza miktarını belirlerken takdir yetkisi bakımından gerekçe gösterme mecburiyeti bakımından sevk edilen hükümde açıklık bulunmamaktadır.

Cumhuriyet savcısı CMK 250/8. fıkraya göre düzenlediği talep yazısı ile mahkemeden şüpheli hakkında seri muhakeme usulünün uygulanması ister. Talep yazısında mağdur veya suçtan zarar görenlerin kimliği ve vekilinin belirtilmesi öngörülmüş ise de talep yazısının bunlara tebliğ edilmesi, görüşünün alınması, sürece dahil edilmeleri söz konusu değildir. Talep yazısında yer verilmesi gereken hususlar büyük ölçüde iddianameyle örtüşmektedir. Ancak iddianameden farklı olarak suçun delillerine (CMK 170/ 3, j) yer verilmesi belirtilmemiştir. Yine isnat olunan suç oluşturulan olayın özetine talep yazısında yer verilmesi gerekmele birlikte, olayların delillerle ilişkilendirilerek açıklanması gerekli görülmemiştir (krş. CMK m. 170/4 ile 250/8, f). Bir diğer fark ise iddianamede sadece sanığın aleyhine olan hususların değil, lehine hususların da ileri sürülmesinin gerekli görülmesidir. Talep yazısında sanık lehine hususlara yer verilmesi zorunluluğu öngörülmemiştir.

Cumhuriyet savcısının talep yazısı ile başvurduğu mahkeme şüpheli ve müdafisini dinledikten sonra şüphelinin seri muhakeme usulünü müdafî huzurunda kabul ettiği ve fiilin seri muhakeme kapsamına girdiğini tespit etmesi üzerine talep yazısında belirtilen yaptırımdan ağır olmamak koşuluyla belirleyeceği yaptırım doğrultusunda hüküm kuracaktır. Görüldüğü üzere müdafî ve şüphelinin sadece dinlenmesi ile yetinilmektedir. Bu dinlemenin sınırlı bir kapsamı olacağı anlaşılmaktadır. Mazeretsiz olarak mahkemeye gelmeyen şüpheli, seri muhakemeye gelmeyen şüpheli bu usulden vazgeçmiş sayılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi³⁴⁴⁸ CMK 250/9. fıkradaki “talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurma” zorunluluğunun Anayasa'nın 9, 138 ve 140. maddelerine aykırı olduğunu, bu şekilde yetkisi kısıtlanan mahkeme tarafından verilen karara göre bir kimsenin gerçek anlamda suçluluğunun sübuta erdiği ileri sürülemeyeceğini belirterek, ayrıca 250/9. fıkrada yer alan “...talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda...” ibaresiyle mahkemenin özellikle vicdani kanaat çerçevesinde suçun sübutuna yönelik değerlendirme yapma yetkisinin kısıtlanmasının, yargılamada yeterli şüphenin giderilerek maddi gerçeğe ulaşma imkânını ortadan kaldırdığını, dolayısıyla seri muhakeme usulünde mahkemece talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda verilen karar nedeniyle suçluluğu hükmen sabit olmadan bir kişinin suçlu sayılması sonucu ortaya çıkabileceğini, bu açıdan kuralda yer alan “...talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda...” ibaresi masumiyet karinesini de zedeleyecek nitelikte olduğunu kabul ederek ibareyi iptal etmiştir.

³⁴⁴⁷ Johansen/Almanya, 15.09.2016; Davran/Türkiye, no. 18342/03, 03.11.2009; Célice/Fransa, no. 14166/09, 08.03.2012.

³⁴⁴⁸ AYM 31.03.2021, E.2020/35, K. 2021/26 (RG 15.06.2021/31512).

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile belirttiği hukuka aykırılığı gidermeye yönelik olarak Kanun koyucu 2021.7331 sayılı Kanunla alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemleri ile ulaştığı olumlu yüksek sayıda suçun çözüme kavuşturulması uygulamasına zarar verebileceği düşüncesi ile acele bir şekilde, hızlı ve üstünkörü bir düzenleme yapmıştır.

Yapılan değişiklikler özellikle 8. fıkranın h bendinde yoğunlaşmıştır. Asliye ceza mahkemesi savcı tarafından belirlenen yaptırım da savcının maddi hata yaptığını CMK 231, TCK 50 ve 51 maddelerdeki objektif koşulların gerçekleşmediğini ya da teklif edilen cezaya uygun bir güvenlik tedbiri belirtilmediği durumlarda talep yazısını Cumhuriyet başsavcılığına iade edecektir. Cumhuriyet savcısı zorunlu olarak bu eksikleri tamamlayacak, hatalı noktaları düzeltecek ve talep yazısını yeniden düzenleyerek mahkemeye sunacaktır. 9. fıkra da yapılan değişiklik uyarınca da asliye ceza mahkemesi dosyadaki mevcut delillere göre mahkûmiyet kararı vermek gerektiği kanaatine ulaşırsa talep yazısında belirtilen yaptırımdan daha ağır olmamak üzere zincirleme suça ilişkin hükümleri de uygulayarak cezayı arttırdıktan (250/4) veya CMK 231, TCK 50 ve 51. maddeleri de uygulayarak ya da güvenlik tedbiri belirleyerek (250/7-h) hüküm kuracaktır.

Bizce yapılan bu değişiklik Anayasa Mahkemesinin iptal kararındaki hususları karşılamaktan uzaktır. Öncelikle asliye ceza mahkemesinin kendisinin hüküm kurabilmesi için işin önüne iddianame ile gelmesi gerekirdi. Değişikliklerle böyle bir iddianame getirilmemiştir. İkinci olarak mahkemenin adil yargılama hakkı kapsamında güvence altına alınmış olan bağımsız ve tarafsız bir şekilde karar verebilmesi için dosyada mevcut delillere göre değil, delil dinleyerek, doğrudanlık kuralına göre bir vicdani kanaate ulaşarak mahkûmiyet kararı vermiş olması gerekirdi.

Seri muhakeme usulü aslında mülga kanundaki sulh ceza hakiminin ceza kararnamesinin modifiye edilmiş bir türü olduğundan savcının belirlediği yaptırımın sulh ceza hakimince onaylanması tercih edilen bir düzenleme olmalı idi. Asliye ceza mahkemesini yetkili kıldıktan sonra bir mahkemenin savcının görüşü ile bağlı tutulması Anayasa Mahkemesinin isabetle belirttiği gibi yerinde bir düzenleme değildir. Biz ceza kararnamesinin canlandırılmasını ve sulh ceza hakiminin savcının belirleyeceği yaptırımı onaylaması şeklinde bir düzenlemeyi hukuka uygun gördük. AİHM de ceza kararnamesi tipi uygulamaların kabul etmeme, karşı gelme halinde olağan yargılamaya dönülmesi ve savcının belirlediği yaptırımın adli para cezası veya kısa süreli hapis cezası olması halinde sözleşmeyi ihlal etmediğine ilişkin kararlar (Johansen/Almanya, Deweer/Belçika) vermiştir. CMK 250. maddede yapılan diğer bir değişiklik seri muhakeme usulüne tabi bir suçun, bu kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmesi halinde uygulanamaması düzenlemesidir (CMK 250/11). Diğer alternatif çözüm yöntemlerine ilişkin yasal düzenlemede benzeri bulunan böyle bir düzenlemenin kanuna girmesine uygulamacının isteği olarak yer verildiği anlaşılmaktadır, sakıncası yoktur.

Nihayet son değişiklik itiraza ilişkindir (CMK 250/14). Asliye ceza mahkemesinin kurduğu hükme “itiraz” kanun yolu açılmıştır. Yürürlüğe girdiği tarihten bu yana itiraz düzenlemesine karşı gelmekteyiz, bu düzenleme hatalıdır. Mahkemece kurulan hükümlere istinaf yolu açık olup, hükme itiraz edilmesi CMK’nun kanun yolu sistemine aykırıdır. Seri muhakeme usulünün bir tür ceza kararnamesi olduğunu kabul ettiğimiz için mülga CMUK da düzenlenmiş olan ceza kararnamesine bakılması gerekir. O dönemde de ceza kararnamesine “itiraz” edilmesi kabul edilmiş, fakat bu husus doktrinde şiddetle eleştirilmişti. Bu yolun itiraz değil “karşı gelme” olması ve karşı gelinen ceza kararnamesi üzerine genel usule uygun, vicahi duruşmayı da kapsayan bir muhakeme yapılması gerektiği belirtilmişti. Nitekim Anayasa Mahkemesi de o dönemde verdiği kararında vicahi duruşmaya gitmeden dosya üzerinden yapılan “itiraz” incelemesinin Anayasa aykırı olduğuna karar vermişti.

Yukarıda açıklanan nedenlerle biz seri muhakemede kurulan hükme CMK 267 vd. maddelere göre itiraz edilmesini yerinde bulmuyoruz. Bizce seri muhakeme usulünün herhangi bir aşamasında “şüpheli” ben bu usulü artık kabul etmiyorum, verilen hükme karşı geliyorum derse savcının talep yazısının iddianame olarak kabulü ile aynı yargı çevresinde bir başka asliye ceza mahkemesinin davaya genel usullere göre bakması kabul edilmeliydi. Şimdiki meri düzenleme uyarınca itiraz dosya üzerinden ağır ceza mahkemesinde incelenecektir. CMK 250/14. fıkra ile getirilen düzenleme ile itiraz incelemesine 3 ve 9. fıkralar ile sınırlı bir inceleme yetkisi verilmiştir. CMK 250/3. fıkra uyarınca şüpheliye Cumhuriyet savcısı tarafından seri muhakeme usulünün teklif edilmesi ve sonraki aşamada da şüphelinin müdafii huzurunda teklifi kabul etmesi halinde uygulanmaktadır. O halde itirazı inceleme makamı sadece teklif

var mı, müdafî huzurunda kabul edildi mi noktasında inceleme yapabilecektir. 9. fıkra ise mahkemenin şüpheliyi müdafî huzurunda dinlemesini, eylemin seri muhakeme kapsamında olduğunu belirlemesi ve mevcut delillere göre mahkûmiyet kararı verilmesi gerekip gerekmediği bakımından inceleyecektir. Eleştirdiğimiz husus itirazı inceleyen makam itiraz konusunu maddi ve hukuki yönden her yönüyle inceler. Yapılan değişiklik ise itirazın sadece 250/3 ve 9. fıkralar yönünden incelenmesini hâkime emretmektedir. Kanun koyucu itiraz kanun yolu bakımından değişik tiplerde itirazlar yaratmayı adet haline getirmiştir. Genel kuraldan ayrılan itiraz düzenlemelerinin ne büyük sıkıntılar yarattığını sulh ceza hakimlerinin kararlarına itirazın, gene sulh ceza hakimince incelenmesinde görmüş, tutuklama ve adli kontrol yönünden bundan döndüğünü izah etmiştik.

Birbirleriyle kesişmemesi veya üst üste gelmemesi için gayret edildiği görülen uzlaştırma, önödeme, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, seri muhakeme usulü, basit yargılama usulü ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının aynı sistem içinde birlikte yer alması sistemi hızlandırmaktan ziyade işlemez hale getirebilir. Sistem basitleştirilmelidir.

63. § BASİT YARGILAMA USULÜ

436. BASİT YARGILAMA USULÜ KAVRAMI.

I. Genel Bilgiler.

Asliye ceza mahkemesinin görevine giren ve iki yıl veya daha az süreli hapis cezası ve veya adli para cezasını gerektiren suçlarda, iddianameyi kabul eden mahkeme, duruşma gününü belirleyinceye kadar basit yargılama usulü uygulamaya karar verebilir (CMK 251/1). Yaş küçüklüğü, izin veya talebe bağlı suçlar ile bazı bağlantılı suçlarda basit yargılama usulü uygulanamaz (CMK 251/7 ve 8). Basit yargılama usulünde beyan ve savunmalar yazılı olarak alınır ve duruşma yapılmaksızın beraat veya mahkûmiyet türünde bir hüküm verilir (CMK 251/2). Fakat mahkeme gerekli görürse hüküm verilinceye kadar genel hükümlere göre duruşma yapmaya karar verebilir (CMK 251/6). Basit yargılama usulünde mahkûmiyet kararı verilirse, sonuç ceza dörtte bir oranında indirilir (CMK 251/3). Hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilebilir, ertelenebilir ve sanık yazılı olarak karşı çıkmazsa, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına da karar verilebilir (CMK 251/4).

Duruşma yapılmadan dosya üzerinden hapis cezası verilebileceği için, güvence olarak bir *itiraz* mekanizması oluşturulmuştur: Basit yargılama usulünde verilen hükme itiraz edilirse, dava genel hükümlere göre görülmek üzere bir başka hâkimin önüne gider (CMK 252/2). Duruşmadan önce itirazdan vazgeçilmesi halinde duruşma yapılmaz ve itiraz edilmemiş sayılır (CMK 252/2, cü.5). Savcı duruşmada hazır bulunmaya mecbur ise de diğer taraflar gelmese bile duruşma yapılar ve yokluklarında hüküm verilebilir (CMK 252/2, cü.3). Ancak, itiraz eden sanıksa cezada indirim uygulanmaz (CMK 252/3). Verilen hükme karşı istinaf yolu açıktır (CMK 252/5).

Yukarıda açıklanan basit yargılama usulü Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarından sonra yapılan 2024-7499 sayılı Kanun ile değişikliklerle oluşan yeni hükümdür. Bu yeni düzenlemeye ilişkin görüş ve eleştirilerimiz aşağıda belirtilecektir.

1. Basit yargılama usulüne tabi işler.

a) Basit yargılama usulünün uygulandığı suçlar ve uygulanabilen aşama.

Bu usul kural olarak sadece asliye ceza mahkemesinin görevine giren suçlardan adli para cezasını ve veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda uygulanabilmektedir (CMK 251/1). Görüldüğü gibi mahkeme maddenin 7. ve 8. fıkralarında gösterilen istisnalar dışında, basit yargılama usulünü uygulayıp uygulamamakta geniş bir takdir yetkisi ile donatılmıştır. Basit yargılama usulünün uygulanması duruşma hazırlığında mahkemece tensip ile duruşma gününün belirlenmesi anına kadar mümkündür (CMK 251/1). Bu düzenleme 2021-7331 sayılı kanunla yapılmış olup, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iki ayrı iptal kararı sonrasında gerçekleşmiştir. Zaman itibarıyla uygulanma bakımından basit yargılamanın kovuşturma evresine geçmiş ve hükme bağlanmış davalar

ile kesinleşmiş hükümler açısından 1.1.2020 tarihi öncesi dosyalarda uygulanamayacağına ilişkin Geçici 5 inci madde, Anayasa Mahkemesi tarafından basit yargılama usulü yönünden “kovuşturma evresine geçilmiş”³⁴⁴⁹ ve “hükme bağlanmış”³⁴⁵⁰ davalar yönünden iptal edilmiştir. Kanun koyucu bu iptaller üzerine *duruşma gününün belirlenmesi* ölçütünü koyarak zaman itibariyle uygulama sorununu kendisine göre çözmüştür (CMK 251/1, cü.2).

b) Basit yargılama usulü kapsamı dışında kalan haller.

Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik halleriyle soruşturma veya kovuşturma yapılması izne veya talebe bağlı olan suçlar hakkında basit yargılama usulü uygulanamaz (CMK 251/7). Soruşturulması ve kovuşturulması izne veya talebe bağlı olan suçlarda basit yargılama usulü uygulanamazken, şikâyete bağlı olan suçlarda, şikâyet şartının gerçekleşmesi halinde, basit yargılama usulü uygulanabilecektir.

Basit yargılama usulüne giren bir suçun, bu kapsama girmeyen başka bir suçla *birlikte işlenmiş olması* halinde de bu usul uygulanmaz (CMK 251/8). Buna karşılık, benzer bir düzenleme içeren uzlaştırmada kanun koyucu uzlaştırma kapsamına girmeyen suçun *aynı mağdura karşı işlenmesi* koşulunu aramaktadır (CMK 253/3, cü.2). İki düzenleme arasındaki farkı belirtmekle yetiniyoruz.

Yukarıda belirtildiği gibi, asliye ceza mahkemesi tarafından duruşma günü belirlendikten sonra basit yargılama usulü uygulanamayacaktır. Bu kural safhalardan geri dönmeme ilkesini yansıtmaktadır.

c) Basit yargılama usulünde Cumhuriyet savcısı ve suçtan zarar gören devre dışı bırakılmıştır

Basit yargılama usulünde, iddianame düzenleme dışında, Cumhuriyet savcısının bu usulün uygulanmasını kabul veya reddetme veya herhangi bir işlem yapma inisiyatifi verilmemiştir. Hatta mahkemece basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilmeden evvel görüşü alınmayacağı gibi uygulama kararı verildikten sonra bunun savcılığa tebliğ edilerek görüş bildirmesi de istenmeyecektir. Bu husus CMK 251/3 hükmünde, yaptırımın *Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaksızın* belirleneceği ifadesi ile açıkça belirtilmiştir.

Suçtan zarar görenin de bu usulde hiçbir etkisi yoktur. Suçtan zarar gören CMK 234 ve devamı maddelerinde soruşturma ve kovuşturma evrelerinde usul hakları ile donatılmış ise de katılan sıfatını alabilmesi için kamu davasının açılmış olması gerekir. Basit yargılama usulünde de iddianame kabul edildikten sonra duruşma günü tayin edilinceye kadar suçtan zarar görenin katılma talebinde bulunması gerekir. Katılan sıfatını aldığı takdirde basit yargılamada kurulan hükme itiraz hakkına kavuşabilecektir. Bu nedenle mahkemenin suçtan zarar görene katılma hakkını hatırlatması gerekir.

2. Basit yargılamadaki kovuşturma işlemleri.

a) Basit yargılama usulünde mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır.

Basit yargılama usulünde mahkemenin duruşma diğer bölümlerini atlayarak doğrudan duruşmadan sonuç çıkarma aşamasına geçmesi *morfolojik uygunluk prensibi* (No.) ile uyumludur. Ancak, basit yargılama usulünde mahkemenin takdir yetkisini kullanırken hangi *ölçütleri* uygulayacağı gösterilmemiştir. Oysa, kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK 171/3) ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK 231/5) kararlarının verilmesi bakımından aranan ölçütler bellidir. Bizce, basit yargılama usulüne geçme kararı veren bir mahkeme öncelikle *derhal beraat kararı verilebilen bir hal* olup olmadığını denetlemelidir. İkinci olarak, dosyadaki delillerin hukuka uygun olarak elde edilip edilmiş olmadığını incelemelidir. Hukuka uygun olarak elde edildiği kanaati oluşursa, bu sefer duruşmada ikame edilmiş olamamalarına rağmen, delillerin vicdani kanaate göre değerlendirilmesine sıra gelecektir (CMK 217/1).

Mahkemeye tanınan basit yargılama uygulama konusundaki takdir yetkisi *geri alınabilen bir karar* biçiminde düzenlenmiştir; mahkeme gerekli gördüğü hallerde, hüküm verene kadar her aşamada genel hükümlere göre duruşma açarak yargılamaya devam edebilir (CMK 251/6).

³⁴⁴⁹ AYM 25.6.2020, E. 2020/16, K. 2020/33.

³⁴⁵⁰ AYM 14.1.2021, E. 2020/81, K. 2021/4.

b) *Basit yargılama usulünde iddianamenin tebliği ve savunma.*

Asliye ceza mahkemesi *basit yargılama usulü uygulama kararı* verince sanık, mağdur ve şikâyetçiye iddianameyi tebliğ ederek iki hafta içinde yazılı olarak beyan ve savunmalarını bildirmelerini ister (CMK 251/2).³⁴⁵¹ Mağdur ve şikâyetçiye yapılan bu bildirim amacı, katılma talebinde bulunabileceklerini hatırlatmaya yarar.

Basit yargılama usulünde savunma hakkı açısından önemli eksiklikler vardır: CMK 178 uyarınca sanık delillerini duruşmaya doğrudan getirebilirken, basit usulde bu haktan mahrum kalmıştır. Buna rağmen genel usulde CMK 177 uyarınca sanık toplanmasını istediği delilleri mahkemeye bildirebileceği için, basit yargılama usulünde de bu haktan yararlanabilir ve toplanması gereken savunma delillerini mahkemenin ilgili kurum ve kuruluşlardan istemesini talep edebilir (CMK 251/2).³⁴⁵² Kanunda tebligatla ilgili da eksiklikler vardır.³⁴⁵³

c) *Basit yargılama usulünde hükmün kurulması.*

Basit yargılama usulünde *duruşma yapılmaksızın hüküm verilir* (CMK 251/2). Basit yargılama usulünde sanık, mağdur ve şikâyetçiye tanınan *iki haftalık yazılı görüş bildirme süresi* dolduktan sonra mahkeme duruşma yapılmaksızın bir hüküm kurar. Fakat hükmün ne kadar süre zarfında kurulacağı konusu açık bırakılmıştır.

Hâkim duruşma gününü belirleyinceye kadar basit usulü uygulama konusunda takdir yetkisine sahip olduğu için, sanığa yapılan basit yargılama tebligatından dönerek genel usule geçmek bakımından bir süre edilmeli idi. Bu süre belirtilmediği için savunmanın genel usuldeki garantilerden yararlanma bakımından harekete geçip geçmeme konusunda bir boşluk oluşmuştur.

Basit yargılamada asliye ceza mahkemesi *beraat* dahil, CMK 223 ile düzenlenen kararlardan herhangi birini verebilir. Bu kararın CMK 230'daki emredici kurallar gereğince *gerekçeli* olması şarttır. *Mahkûmiyet* hükmü verildiği takdirde TCK 61 bütün fıkraları ile uygulanarak sonuç ceza belirlenir ve bunda dörtte bir oranında indirim yapılır (CMK 251/3). Mahkûmiyet hükmü açısından seçenek yaptırımlara çevirme, erteleme kararı verilebilir (CMK 251/4).³⁴⁵⁴

Sanığın *yazılı olarak karşı çıkmaması kaydıyla*, koşulları bulunması hâlinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı da verilebilir. Genel usuldeki HAGB'de 2024-7499 değişikliği ile kaldırılan kabul şartının basit yargılamada muhafaza edilmesi şaşırtıcıdır. Zira basit muhakeme usulünde mahkemece duruşma yapılmaksızın ve Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaksızın, hüküm kurulduğundan, mahkemece, HAGB kararı verilebilmesi için aranan sübjektif koşulun varlığı *sanığın duruşmadaki tutum ve davranışları* göz önünde tutulmaksızın belirlenecektir. Bir başka ifadeyle sanığın yeniden suç işleyip işlemeyeceği hususunda hâkim, sadece onun dosyaya yansıyan kişiliğini göz önünde tutarak bir kanaate varmak zorundadır. Diğer taraftan basit muhakeme usulü uygulanmak suretiyle kurulan hükme itiraz edilmesi üzerine yeni asliye mahkemesinin duruşma açılıp genel hükümlere göre vereceği hükümde HAGB kararı vermek için sanığın rızasını sormasına gerek olmayacaktır.

İtiraz edilmeyen basit yargılama hükmünün kesinleşeceği, itiraz edilirse genel usule göre duruşma yapılacağı ve sanığın itiraz etmesi halinde ceza indirimini kaybedeceği hükümde belirtilecektir.

³⁴⁵¹ Burada CMK 176 ile düzenlenen genel usulden farklı bir yöntem uygulandığı görülmektedir. Bu uyarıda duruşma günü belirlenene kadar basit yargılama usulü uygulanabileceği, duruşma günü belirlendikten sonra genel usulün uygulanacağı ihtarı da yer almalıdır (CMK 251/1).

³⁴⁵² Basit yargılamadaki savunmanın özellikleri için *Salih Oktar* tarafından yazılan *müdafa* bahsine bakınız (Başvuru kitabı, 6.§,III,1, sh. 210 vd.)

³⁴⁵³ Tebligatta şu hususlara da yer verilmelidir: sanığın kabulüne bağlı olmayan basit yargılama usulünde sonuç cezanın dörtte bir oranında indirileceği (CMK 251/3), yazılı olarak karşı çıkmaması kaydıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceği (CMK 251/4) ve basit yargılama usulünde duruşma yapılmaksızın kurulacak olan hükme itiraz edilebileceği ve itirazın sonuçları (CMK 251/5, 252) ve bu arada duruşma günü belirlenirse genel usulün uygulanacağı (CMK 251/1) hususlarının da yer alması gerekirdi.

³⁴⁵⁴ Basit yargılamadaki HAGB kararının özellikleri hakkında Fahrettin Demirağ tarafından yazılan bahse bakınız (12.§,III,2-c).

Hükümde ayrıca kararı öğrendiği günden itibaren iki hafta içinde kararı veren asliye mahkemesine dilekçe ile başvurulabileceği (CMK 268/1), itirazın konusunun süre ve sıfat bakımından olabileceği (CMK 252/6, cü.1), mahkemenin itirazı yerinde görürse kararı düzeltebileceği, yoksa incelemenin ağır ceza mahkemesi tarafından, sadece süre ve sıfat açısından olma üzere, dosya üzerinden yapılacağı şeklinde, itiraz usulü ve itirazın sonuçları belirtilecektir (CMK 251/5).

ç) Basit yargılama usulünde hükmün tebliği.

Basit yargılama usulünde verilen hüküm teahhüt edilemeyeceği için tebliğ edilir. Fakat mahkemece dosya üzerinden hüküm kurulduktan sonra tebliğin ne kadar süre zarfında yapılacağı belli değildir. Kanun koyucunun amacı usulü hızlandırmak idi ise, burada da bir süre belirlenmesi gerekirdi.

Basit yargılama hükmü tebliğ edildikten sonra iki hafta içerisinde itiraz edilmediği takdirde hüküm kesinleşir (CMK 252/1, cü.2). İtiraz eden kişi duruşmadan önce itirazından vazgeçerse, itiraz etmemiş sayılmakta, hüküm kesinleşmekte ve dolayısıyla duruşma da açılmamaktadır (CMK 252/2, cü.5).

3. Basit yargılama usulünde itiraz.

Basit yargılama usulünde usulünü uygulamaya asliye ceza mahkemesi kendi takdirine göre karar vermekte bu konuda tarafların görüşüne başvurmamaktadır. Ancak basit usul kararı verildikten sonra kurulacak olan hükme itiraz eden sanık muhakemeyi genel usule aktarma yetkisiyle donatılmıştır. Böylece başta sorulmasa bile, sonradan kabul etmeme yetkisi verildiği için ceza kararnamesinin geniş bir uygulaması olarak nitelendiriyor ve hukuka aykırılık görmüyoruz.

a) Basit yargılama hükmüne itirazın kapsamı.

Kanun basit yargılama usulünde asliye ceza mahkemesi tarafından verilen hükme karşı bildiğimiz klasik itiraz kanun yolunu (CMK 267 vd) kabul etmiş fakat itiraz incelemesi konusunda ilginç ve sınırlı bir düzenleme getirmiştir: İtiraz incelemesi sadece süre ve sıfat açısından yapılacak şekilde sınırlandırılmıştır (CMK 252/6, cü.2). Hüküm mahkemesi sadece süre ve sıfat açılarından itiraz incelemesi yaptıktan sonra sürenin kaçırıldığı başvuranın sıfatı bulunmadığını belirlerse, itirazı mercie gönderecek ve mercii sırf bu yönlerden itirazı inceleyerek karar verecektir (CMK 252/6).

b) Genel hükümlere göre duruşma açılması.

İtiraz yerinde görülürse genel hükümlere göre bir duruşma yapılır ama, basit yargılama usulünde hüküm kuran asliye mahkemesi artık bu davaya bakamaz. 2024 değişikliği öncesinde işe aynı mahkeme ve aynı hâkim bakıyordu. Anayasa Mahkemesinin bu hâkimin tarafsız olamayacağı gerekçesi ile verdiği iptal kararından sonra yasa değiştirildi ve dosyanın tevzi kriterlerine göre belirlenen asliye ceza mahkemesine gönderilmesi hükmü kabul edildi (CMK 252/2, cü.1 ve 2).

Bu yeni asliye mahkemesi tarafları duruşmaya davet eder ve bu davette gelmeseler bile yokluklarında CMK 223 kapsamında bir hüküm verileceği belirtilir (CMK 252/1, cü.4). Sanığa duruşmaya gelme hakkı tanındığı halde gelmediği takdirde yokluğunda duruşmaya devam edilmesi ve hüküm verilmesi (CMK 252/2, cü.3) düşündürücüdür. Zira sorgu yapılmadan hüküm kurma gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Basit yargılama usulünün başlangıcından itibaren sanığın sorgusunun huzurda yapılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Netice itibarıyla sanığın sorgu hakkı kendi ihtiyarına bırakılmıştır.

c) Genel hükümlere göre kurulan hüküm.

Mahkeme bu aşamada ilk verdiği hüküm ile bağlı değildir (CMK 252/3 cü.1). Ancak, itirazı sanık yapmışsa, artık ceza indiriminden yararlanamaz. Buna karşılık, itirazın sanık dışındaki kişiler tarafından yapıldığı hallerde, CMK 251/3 uyarınca yapılan dörtte birlik indirim (CMK 252/3 cü.2) korunur.

4. Genel usulde verilen hükme karşı kanun yolu istinaftır.

Duruşma açılarak verilen bu hükme karşı istinaf yolu açıktır (CMK 252/5). İtiraz üzerine verilen hüküm sanık lehine ise yayılma etkisi kabul edilmiş ve itiraz etmemiş olan basit yargılama usulünde yargılanmış diğer sanıklarında lehe olan bu karardan yararlanmaları kabul edilmiştir (CMK 252/4).

II. Basit yargılama usulü hakkındaki görüşümüz.

7188 sayılı Kanunla ceza muhakemesi hukukumuzda getirilen bir diğer yenilik de basit yargılama usulüdür (CMK 251). Bir önceki maddede seri muhakeme usulü tercih edilmiş iken, burada basit yargılama usulü denilmesi terim tartışması doğuracak türdendir. Muhakeme teriminin hem soruşturma hem de kovuşturmayı kapsadığı, seri muhakemede soruşturma evresini ve yine mahkemenin hüküm kurma faaliyetini kapsadığı ve seri usul uygulandığı için muhakeme teriminin tercih edildiği düşünülmektedir. Basit yargılama usulünde, soruşturma evresine ilişkin bir değişiklik bulunmamakta iddianamenin kabulünden sonraki aşamayı ilişkin değişiklik bulunmaktadır. Bu değişiklik de muhakeme süljelerinin katılımı ile muhakeme faaliyetinden çok hakimin tek başına yargılama fonksiyonuna indirgenmiş gibi olması nedeniyle haklı görülebilir ise de devamına eklenen usul, terim tartışmasına başka bir boyut kazandıracak mahiyettedir.

Basit yargılama asliye ceza mahkemesi tarafından iddianame kabul edildikten sonra sanığa yüklenen suçun adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yılı aşmayan bir ceza yaptırımını gerektiren suçlarda basit yargılama yapmaya karar verebilir. Görüldüğü gibi basit yargılama kapsamına giren suçlar genel bir kritere göre belirlenmiştir. Ancak mahkemenin hangi kritere göre takdir yetkisini basit yargılama yönünde kullanıp kullanmayacağını tayine ilişkin bir kanuni ölçü bulunmamaktadır. Bu eksiklik mahkemeyi keyfi davranmaya yöneltebilecek mahiyettedir.

Basit yargılama usulünde hakim iddianamenin kabulüne karar verip, yaptırımı belirledikten sonra itiraz üzerine aynı hakimin genel hükümlere göre yargılamaya devam etmesi hakimin reddi sebebini oluşturur. Bu nedenle itirazdan sonra yapılacak yargılamada farklı bir hakimin hüküm kurması, bu yönde kanun değişikliği yapılması gerekir.

Ceza Muhakemesi Kanununa 2019.7188 sayılı Kanunun 31. maddesiyle eklenen geçici 5. maddenin d bendinde “01.01.2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalarda ... basit yargılama usulü uygulanmaz” şeklindeki düzenlemenin “kovuşturma evresine geçilmiş”³⁴⁵⁵ kısmı ile “hükme bağlanmış”³⁴⁵⁶ kısmı, basit yargılama usulü yönünden Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir Dolayısıyla 01.01.2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş veya hükme bağlanmış dosyalarda da basit yargılama usulü uygulanabilecektir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: KISA, İLK VE ARA SORUŞTIRMALAR

64. § SORUŞTURMA EVRESİ: III. KISA SORUŞTURMA

437. Kısasoruşturmanın fiilî ve kanunî durumu. 438. Kısasoruşturmanın gayesi, görevleri ve bölümleri. 439. Kısasoruşturmanın özellikleri. 440. Kısasoruşturmanın makamları. 441. Kısasoruşturmada başlama bölümü. 442. Kısasoruşturmada araştırma bölümü. 443. Kısasoruşturmada sonuç çıkarma bölümü. 444. Kovuşturmaya sonverme kararnamesi.

437. KISASORUŞTURMANIN FİİLÎ VE KANUNÎ DURUMU.

Kamu davası açılmadan önce yapılan suç isnadının en göze çarpan örnekleri, şüphelinin tutuklanmasının sulh hakiminden istenmesi veya hâkim tarafından sorguya çekilmesinin istenmesidir. Kısa soruşturma, *sanıklı soruşturma evresidir*: Kısasoruşturma, en gelişmiş muhakemeye göre çizilen mücerret muhakeme şemasında, kamu dâvası açılmasına yer olduğu görülmesinden, yani bir kimseye suç insat edilmesinden ve meselâ en göze çarpan şekli ile şüpheli kimsenin tutuklanmasının sulh

³⁴⁵⁵ AYM 25.06.2020, E. 2020/16, K. 2020/33, RG. 19.08.2020/31218.

³⁴⁵⁶ AYM 14.01.2021, E. 2020/81, K. 2021/4, RG. 16.03.2021/31425. 4CD, 30.11.2021, 8764/28205: CMK 251. maddesinde Basit Yargılama Usulü düzenlenmiş olup, bu düzenlemenin uygulanmasıyla ilgili olarak, geçici 5/1-d bendinde yer alan “hükme bağlanmış” ibaresinin, Anayasa Mahkemesinin 14/01/2021 tarihli ve 2020/81 Esas, 2021/4 Karar sayılı kararıyla “basit yargılama usulü” yönünden Anayasa’nın 38. maddesine aykırı görülerek iptaline karar verilmesi karşısında, temyiz incelemesi yapılan ve CMK’nın 251/1. maddesi kapsamına giren suçlar yönünden; Anayasa’nın 38. maddesi ile 5237 sayılı TCK’nın 7 ve CMK’nın 251 vd. maddeleri gereğince yeniden değerlendirme yapılması zorunluluğu,

hâkiminden istenmesinden başlayan veya iddianamenin düzenlenmesine kadar geçen aşama içinde yapılan muhakeme işlemlerinin bütünüdür. **Mülga Kanunumuzun kabul ettiği hazırlık soruşturmasının ... (@yaz; sh 842)**

Bizde 1985'den sonra da kısasorturma, hazırlık soruşturmasının yine sanıklı bölümünü ifade ediyordu. Fakat ilksorturma kaldırıldığından artık adının göstermek istediği gibi kısa olabileceği çok şüpheli idi. Buna rağmen bu bölümü yine kısasorturma diye adlandırarak bunun kısa sürmesi gerektiğini belirtmekte yarar görüyoruz. Böylece hazırlık soruşturmasının kısa sürmemesi halinde, hâkim teminatlı olan ilksorturmaya yeniden kabul etme ihtiyacının vurgulanmış olacağını umuyoruz. İlksorturma yapmakla ve ondan sonuç çıkarmakla görevlendirilmiş olan sorgu hâkimlerinin işini azaltmak için, hâkimden vazgeçip savcıyı kullanmakla yetinmenin teminatsızlık sayılmaması için şu iki şartın gerçekleşmesi aranmalıdır: 1) Savcının soruşturması sonunda, hâkim teminatı gerektiren hallerde ilksorturmanın yerine almamalıdır. 2) Savcı soruşturması sonunda, sonsorturmaya geçip geçmemeğe, CMK 175 ile düzenlendiği gibi, yine yargılama makamı karar vermelidir. Kanunumuzun ilk sistemi de bu idi. Almanya'da bugün de böyledir. Bir kimsenin aleni olan sonsorturma duruşmasında sanık sandalyasına ancak bir hâkim kararı ile oturması, muhakeme hukukunda gözardı edilemeyecek kadar önemli bir teminattır. Bizde ididanamenin kabul edilmesi ile (CMK 175/1) artık bu teminat söz konusu değildir.

II. Mülga Kanunumuz 1985'ten önce dahi, kamu dâvasının açılmasına yer görülmesinden başlayıp kamu dâvasının açılmasına kadar geçen süre içinde yapılan işlemleri sistemli bir şekilde düzenlememiş ve bu aşamaya ayrı bir ad vermek gereğini duymamıştı. Kanunumuza göre bu aşamadaki işlemler de kamu dâvasının hazırlanması işlemleridir.

İddianamenin kabul edilmesi ile (CMK 175/1) kamu dâvasının açmağa yer olduğunun anlaşılması, yani isnat ile birlikte dâva açıldığından, yani kısasorturma aşaması, morfolojik uygunluk prensibi gereğince atlandığından, Kanunun sistemi insana ilk bakışta aykırı gelmemektedir. Ancak, atlama olmıyan hallerin de bulunduğu gözönüne getirilirse de, bu aşamada yapılan işlemlerin de sistemli bir şekilde düzenlenmesi gerektiği anlaşılırsa, kanunumuzu ilkel bulmamağa imkân yoktur.

Tutuklunun dava açılmadan önceki durumu otomatik olarak incelenir. Bu evrede bize "sanık" ortaya çıktığı için, müdafaa görevi de önem kazanır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, 23.6.1982 tarihli *Eckle* kararında, hazırlık soruşturmasının "sanıksız" ve "sanıklı" iki bölümü olduğunu kabul etmiştir.

Kovuşturulması şikayete veya başka bir şarta bağlı olan suçlarda, başlangıç soruşturmasında araştırma yapılabilirken, kısasorturmada "isnat" bulunacağı için, şart gerçekleşmeden işlem yapılamaz.

Suçtan zarar görenin durumu Kanunla düzenlenmiş ise de, katılma kamu davası açıldıktan sonra söz konusu olacağı için, kısasorturmadaki yetkilerin netleştirilmesi gerekir.

Kısasorturmada verilen kovuşturmaya sonverme kararnamesinden sonra "yeni delil" olmadıkça dava açılamaz. Kısasorturmada savcının yetkileri açık bir şekilde düzenlenmelidir.

Kovuşturma başlamadan önce "çalınan malın iade edilmesi" cezayı azaltır (TCK 168/1). Bu maddenin uygulanmasında 1930 tarihli (31-3) İçtihadı Birleştirme Kararı göz önünde tutulmalıdır; bu karar "takibat icrasından önce" deyimini, "hazırlık soruşturması sırasını da kapsayacak" şekilde genişletmişti.

Kanununun kabul ettiği "soruşturma evresini" iddianamenin düzenlenmesinden önceki (sanıksız) kısmı "başlangıç soruşturmasını" meydana getirir, sanıklı kısmı da "kısasorturmaya" oluşturur.

Aşağıdaki durumlar, isnattan sonra dâva açılıncaya kadar yapılan işlemlerin önemini açıkça göstermektedir:

1) Bir kimsenin tutuklanmasından aylarca, hattâ senelerce sonra dâva açıldığı vardır. Tutuğun durumu bu aşama zarfında yeterli bir şekilde düzenlenmemiştir. Meselâ tutukluluğun devamının otomatik kontrolü mekanizması fiilen işlememektedir. Savcının bu aşamada yapacağı araştırmanın kısa olması gerektiği açıkça belirtilseydi, tutukluğun kontrolsüz olarak bu kadar uzaması önlenebilirdi.

2) Tutuk olmasa da bir kimsenin sanık sıfatını almasından sonra yapılan işlemler, elbet ortada sanık yokken, sanığı meydana çıkarma için yapılan işlemler gibi düzenlenemez. Sanık oldukça, müdafaa görevi de kendini gösterecektir. Sanık veya müdafî tarafından yapılan müdafaanın, önsoruşturmanın özellikleri de nazara alınmak şartı ile düzenlenmesi gerekeceğinde şüphe olmuştur.

3) Şikâyet ve izin gibi, kovuşturma şartları da denilen muhakeme şartları gerçekleşmedikçe, hazırlık soruşturması yapılıp yapılamayacağı meselesi ortaya çıkmıştır. Bu mesele, çok defa, hazırlık soruşturması yapılabileceği şeklinde halledilmiştir, çünkü bu cevap verilirken, başlangıç soruşturması adını verdiğimiz kısım gözönünde tutulmuştur. Bu aşamada henüz bir isnat bahis konusu olmadığından, şart gerçekleşmeden de başlangıç soruşturması elbet yapılabilecektir. Ancak kısasoruşturma bâhis konusu olunca bu cevabın doğruluğunda tereddüt edileceği de açıktır. Gerçekten, meselâ şikâyet yapılmadan veya izin verilmeden bir kimse tutuklanabilir mi, sorguya çekilebilir mi, şikâyetsiz tutuklama veya yakalama kabul edilse de, altı aylık şikâyet müddeti beklenebilir mi? Bütün bu meseleler gösteriyor ki kovuşturmayı dâva açmadan başlatmak doğru değildir ve savcının isnat ifade eden bir işlem yapmasından itibaren kovuşturmanın başladığını kabul etmek ve dâva açılıncaya kadar geçen süre içinde yapılan işlemleri *kısasoruşturma* adı altında toplayıp düzenlemek gerekir.

4) Kısasoruşturma sırasında, savcı ile birlikte iddia görevini yapması kabul edilen kimsenin, yani suçtan zarar görenin durumunun da sistemli bir şekilde düzenlenmesine ihtiyaç vardır. Bu ihtiyaç dün de vardı. Bugün, ilksoruşturmanın kaldırılmış olması yüzünden daha da artmıştır. Dâva açılmadan önce katılma düzenlenmezse, suçtan zarar gören, ancak iş sonsoruşturmaya geldikten sonra kamu dâvasına katılabilecek, çok defa iş işten geçmiş, deliller karartılmış, katılanın iddiaya yardımcılığı ve önsoruşturmada özellikle delil olabilecek şeylerin elde edilmesindeki rolü sifira indirilmiş ve kamu dâvasına katılmanın pratik bir faydası kalmamış olacaktır.

5) Mülga Kanunda kovuşturamama kararnamesinin, yeni delil olmasa dahi, gerialınması kabul edilmişti. İdarî nitelikte olan bu kararnamenin evvelce “yargı otoritesi” yoktu (CMUK 164). Ancak ortaya sanık çıktıktan ve hattâ bu kimse tutuklandıktan sonra onun lehinde verilen bir kararın, sanık olmadan verilen kovuşturamama kararından farklı olması gerekeceği de açıktır. Bu nedenle sanık hakkında kovuşturmaya sonverme kararı verildikten sonra muhakeme yapılabilmesi için bir şart kabul edilmeli, *yeni delil* çıkmadıkça, dâva açılmamalı idi. Nitekim, CMK 172/2 yeni delil meydana çıkmadıkça aynı fiilden dolayı kamu davası açılmasını yasakladı. Bu da bu karara, takipsizlik veya kovuşturamama kararı adının verilmemesini ve başka suretle düzenlenmesini gerektirmektedir.

6) @ sh. 844 yaz

7) Türk Ceza Kanunu meselâ çalınan malın kovuşturma başlamadan iadesinde cezayı azaltmaktadır (TCK 168/1). Bundan maksat henüz sanık olmamış kimsenin iadesidir. Böyle bir kimse ile dâva açılmadan sanık olmuş kimseler bir tutulmamalıdır.³⁴⁵⁷

Bütün bu meselelerle ilgili tek tük hükümler hukukumuzda yok değildir. Hatta mülga Yıldırım Muhakemesi Kanunu gibi özel bir kanun dabu ihtiyaçla hazırlanmıştı. Ancak mevcut hükümler yetersizdir, sistemli bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.

En zengin gelişmeyi hesaba katan muhakemenin şemasına göre, başlangıç soruşturmasından sonra geçilen ve savcı tarafından yapılan araştırma işlemlerini ihtiva eden kısasoruşturma aşaması, pek çok memlekette henüz ayrı bir bünye olarak ele alınmış değildir.³⁴⁵⁸ Kısasoruşturmayı ilk defa, 1930 tarihli

³⁴⁵⁷ K-m: İçBK 30/1/46 31-3. Bu kararda, maddedeki “tatbikat icrasından önce” ile “tatbikat sırasında fakat mahkemeye verilmeden önce” ayırımına bugünkü kanunî durum müsaade etmiyor diye, hazırlık soruşturması başladıktan sonraki iade veya tazminlerde de tatbikat icrasından önceki durumu düzenliyen normun uygulanacağı sonucuna varılmıştır. Halbuki bu ayırım, hazırlık soruşturmasında isnattan önceki ve sonraki duruma göre bugün de pekalâ mümkündür.

³⁴⁵⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. Almanya’da iddianame ile mahkemeye gelen bir işte sanıklığın başlangıcını araştırırken, hazırlık soruşturmasının tamamının sanıksız sayılamayacağını, bir andan sonraki soruşturma işlemlerinin şüpheli kişiye bir isnat yapılmış olduğunu gösterdiğini belirterek hazırlık soruşturmasının sanıksız ve sanıklı iki bölümü olduğunu kabul etmiştir (23/6/82 *Eckle* dâvası § 73, 74).

İtalyan Kanunu (CPPI 389, 401) başlangıç soruşturmasından ayırarak, oldukça sistemli bir şekilde düzenlemiştir.³⁴⁵⁹

438. KISASORUŞTURMANIN GAYESİ, GÖREVLERİ ve BÖLÜMLERİ.

I. Kısasoruşturmanın gayesi.

Kısasoruşturmanın gayesi, mücerret muhakeme şemasında kendisinden sonra gelen ilksoruşturmayı hazırlayıp sorgu hâkiminin işini azaltmaktır (No. 413). Bu hazırlık sonunda çok defa ilksoruşturmanın gayesine de erişildiğinden, ilksoruşturmaya da lüzum kalmamakta ve bu da sorgu hâkiminin işini hayli azaltmaktaydı.

Ceza Muhakemesi Kanununa göre ise, kısa soruşturmanın görevi, esas hakkında karar verecek olan mahkemenin iddianameyi iade edip etmeyeceği hakkında bir karar vermek üzere dosyayı incelemesi şekline dönüşmüştür (CMK 174). Bunun için mahkemeye kısa bir süre verilmiştir (15 gün). Bu süre içinde karar verilmemesi halinde kabul etmiş saymak (CMK 174/3) doğru olmamıştır.

II. Kısasoruşturmanın görevleri.

Kısa soruşturmanın görevleri, kendi çapında olmak üzere, bir aşaması olduğu önsoruşturmanın görevleridir. Önsoruşturmanın delilleri toplama, isnadı açıkça belirtme ve koruma görevleri, bu aşamada aşağıdaki şekillerde kendilerini gösterirler:

1. Araştırma görevi.

Delil ile ilgili olan bu görev, delil olabilecek şeylerin ve delil kaynaklarının araştırılması demektir. Kısa soruşturma aşamasındaki bu araştırma, başlangıç soruşturmasındaki araştırmadan farklıdır, zira artık ortada sanık vardır. Bu araştırmayı, ötekinden farklı olarak, savcı bizzat yapacaktır ve savcının kolluğa nazaran daha fazla teminat arzettiğinde şüphe yoktur. Unutulmamalıdır ki savcının yapamadıklarını da hâkim yapacaktır. Meselâ, savcı isnadı tutuklama veya sanık olarak sorguya çekilme isteyerek yapmışsa, şüpheli artık sanık durumuna girmiş olacağından “sorgu” söz konusu olabilecek ve bunu da hâkim yapacaktır (No. 349). *Ancak hâkim tarafından yapılabilecek soruşturma işlemleri*, bugün, yani ilksoruşturma kalktıktan sonra dahi, kanunumuzda yerini korumaktadır (CMK 155).

Önsoruşturmada hâkim soruşturmasından vazgeçilip savcı araştırması ile yetinilmesi de ağır cezalı suçlardailksoruşturma kaide olarakmecburi kılınmakla kısasoruşturma kabul edilmediğinden, fazla tehlikeli görülmemiştir. 1973'te ilksoruşturma ihtiyariyeti kabul edilirken de kanun koyucu, *hakim tarafından soruşturma yapılması gereken hallerde ilksoruşturma yapılacağından*, yine fazla tehlikeli görmemiştir.

Eskiden sonsoruşturmayı hazırlamak, ilksoruşturma yapılmayan bazı suçlar bakımından mecburî gaye ve dolayısı ile görev olarak kabul edilmişti. 1985 denberi artık bütün suçlarda hazırlık soruşturmasının ve dolayısı ile onun son aşaması olan kısasoruşturmanın amacı, sonsoruşturmaya geçilip geçilmeyeceğini tesbit etmek, geçilecekse onu hazırlamaktır.

2. Koruma görevi.

Kısasoruşturma sırasında da gerektiğçe *koruma tedbiri* adlı muhakeme vasıtalarına başvurulabileceği açıktır. Kanunumuz kısasoruşturmayı başlangıç soruşturması ile birlikte olarak “soruşturma” adı altında düzenlediğinden, bu aşamadaki koruma işlemleri başlangıç soruşturmasındakiler gibidir.

3. İsnat görevi.

Kısasoruşturmanın organ olarak, isnat bakımından bir görevi yoktur. Zira kısasoruşturmadan sonra mücerret muhakeme şemasına göre sistemde varsa, ilksoruşturmaya geçilecek, bunun için de talepname verilecektir. Talepname için ise isnadın en zayıf şekli arandığından, kısasoruşturmanın başındaki isnat, ilksoruşturmaya geçmek için yetecektir (No. 424, 435). Ancak, kısasoruşturma sonunda ilksoruşturmaya gayesi de elde edilmiş ise ilksoruşturma atlanarak sonsoruşturmaya geçileceğinden, bunun için de

³⁴⁵⁹ Muhakemenin morfolojik prensiplerinin ve özellikle uygunluk prensibinin iyice kavranmaması yüzünden, İtalya'da dahi, kısasoruşturma ile ilksoruşturmanın iki seçimli yol oldukları, biri seçilirse diğerine gidilemeyeceği kanısı hâlâ yaygındır (meselâ, Leone, II- 86; Bellavista, 251, 264).

isnadın açıkça belirmesi gerektiğinden, kısasoruşturmada isnadın açıkça belirmesi de mümkündür. Kanunun bu imkânı gözönünde tutularak ilksoruşturma yapmamağı mecburî kıldığı hallerde, isnadın açıkça belirtilmesi görevi de mecburî bir ek görev olmakta idi. 1985 de ilksoruşturma kaldırıldıktan sonra artık bütün suçlarda isnadın sonsoruşturmaya geçecek biçimde açıkça belirlenmesi gerekmektedir. Buna karşılık ilksoruşturma yapma mecburî olursa, isnadı belirtme görevi ilksoruşturmada yapılacağından, kısasoruşturmada bu görev sözkonusu olmayacaktır.

III. Kısasoruşturmanın bölümleri.

Kısasoruşturmanın üç görevle ilgili olan faaliyetlerini dört bölümde toplamak mümkündür: a) Başlama (No. 441), b) Araştırma (No. 442), c) Koruma (No. 423), ç) Sonuç çıkarma (No. 443).

Tatbikatta bu bölümler, başlangıç soruşturmasında da olduğu gibi (No. 415), her zaman kesin olarak birbirinden ayrılmayabilir ve birbirlerini takip etmeyebilirler. Hattâ morfolojik uygunluk prensibi gereğince lüzumsuz bölümlerden vazgeçildiği de olur. Netekim kamu dâvasının açılmasına yer olduğu görülür görülmez, hemen iddianame verilebilir (No. 425, 435).

439. KISASORUŞTURMANIN ÖZELLİKLERİ.

Kısasoruşturma, soruşturma evresinin bir aşaması olduğundan, onun gibi, 1) Yazılılık, 2) Gizlilik, 3) Dağınıklık özelliklerine sahiptir. Fazla olarak kısasoruşturmanın, 4) Kovuşturma oluş ve 5) Kısıklık özellikleri de vardır.³⁴⁶⁰

I. Kovuşturma oluş.

Kısasoruşturma, suç isnadı ile dâva açılması arasında yapılan işlemlerdir. İsnat ile kovuşturma (*persecutorietà*) başladığından, bundan sonra yapılan kısasoruşturma, henüz dâva açılmamış olsa dahi, kovuşturmadır ve iddia makamının yaptığı kovuşturma faaliyetinin ilk parçasıdır (No. 98).

Kısasoruşturmanın kovuşturma özelliğini taşıması, bu aşamada yargılama faaliyetinin hiç bulunmadığı mânâsına alınmamalıdır. Bu aşamada yargılama faaliyetine de rastlandığı vardır. Yargılama makamının savcının talebi, yani talî dâvası üzerine yapacağı (CMK 162), yargılamanın talî dâva meselâ sorguya çekme istenmesinde olduğu gibi, aynı zamanda isnadı ifade ediyorsa, kısasoruşturma aşamasında yapılmış olacağı açıktır. Hâkim tarafından yapılması gereken işlemlerin meşhut suçlarda ve acele hallerde sulh veya sorgu hâkimi tarafından re'sen yapılabilmesi (CMK 163/1) işlemin yargılama mahiyetini değiştirmez. Zira bu hallerde, otomatik temyizde olduğu gibi, talî dâvanın açıldığını kanun farz ve kabul etmiştir (No. 417).

Kısasoruşturmada iddia faaliyetinin ağır basması yadırganmamalıdır. Zira bu aşamada muhakeme henüz tam olarak teşekkül etmemiştir. Cenin, ancak doğumla yani dâva açılması ile tam şeklini alacak ve iddiadan apayrı bir varlık olacaktır (No. 412, 437).

II. Kısıklık.

Kısasoruşturma, mücerret muhakeme şemasında isnattan sonra uzun sürmeyecek hallerde yapılan işlemlerden oluşur. İşin uzun sürüp sürmeyeceğini anlamak kısa sürdüğü gibi, uzun sürmeyeceği anlaşılan işleri yapmak da kısa süreğinden kısıklık bu soruşturma aşamasının en önemli özelliğidir. Onun içindir ki *basit soruşturma* da denebilecek olan bu aşamayı kısasoruşturma diye adlandırmayı uygun bulmaktayız.

Kısasoruşturma uzayacaksa, bir an önce ilksoruşturmaya geçilmesinin sanık bakımından büyük bir teminat teşkil ettiği, özellikle sanığın tutuk olması halinde kendisini göstermektedir.(dn 208)³⁴⁶¹ Ceza

³⁴⁶⁰ Foschini (II, 126), bunlara gerilmezliği ve çabukluğu da ilâve etmektedir. Kısasoruşturma sonunda sonuç çıkarma yetkisinin yargılama veya koğuşturma makamına verilmesi farklı iki sistemi meydana getirir. İtalyan kanunu yargılama organı sistemini seçtiğinden, savcıya koğuşturmasını gerilme imkânını tanımamakta ve koğuşturmaya son verme kararının (CPPI 395), hattâ koğuşturmanın durması kararının verilmesi için (CPPI 88), sorgu hâkimine başvurmasını yani ilksoruşturmaya geçilmesini mecburî kılmaktadır. Çabukluk ise, kısıklığın zarurî bir sonucu olduğundan ayrıca belirtilmesine lüzum görmemekteyiz.

³⁴⁶¹ İtalyada tutukluluk 40 gün sürmüşse ve kısasoruşturma bitmemişse, ilksoruşturmaya geçmek mecburîdir (CPPI 272). Böyle bir hükme bizde de ihtiyaç vardı. İstanbul Komisyonu Tasarısında, mehaza uygun olarak, dâva açılmadan tutuklama kararı verilmişse savcının bir hafta içinde dâva açmaması halinde tutuğun salıverileceği ve tutukluğun uzatmalarla en fazla dört

Muhakemesi Kanunu, ağır cezalı işlerde tutukluluk süresini en çok iki yıl, zorunlu hallerde üç yıl uzatma; diğer suçlarda en çok bir yıl artı 6 ay olarak düzenlemiştir (CMK 102) (2006-5560 öncesinde altı ay artı dört ay idi).

Kıyasoruşturma sonunda, ilksoruşturma ile varılacak hükme, yani sonsoruşturmanın açılması konusundaki hükme varılıp iddianame düzenlenebilecek hale gelmiş olması da mümkündür. Ancak bundan, mücerret muhakeme şemasında isnattan sonraki hazırlık soruşturmasının iddianame düzenlenebilecek hale gelinceye kadar, istenildiği süre uzatılabileceği mânâsı çıkarılamaz. Kıyasoruşturma sonunda daha ileri aşamanın sonucuna varılması, ancak kıyasoruşturmanın uzamaması, çabuk bitirilmesi halinde söz konusu olabilir. Sulhlük işlerde kanunun ilksoruşturma yapılmamasını mecburî kılması, kıyasoruşturmanın uzun sürmeyeceğinin önceden kestirilmesi yüzündendi. Buna karşılık, ağırcezalık ve asliyelik işlerde kanunkoyucu kendisi kestiremediğinden bunu savcıya bırakmış, ilksoruşturmanın ihtiyariliğini kabul etmişti. İhtiyar keyfilik demek olmadığına, her olayda lüzum şartının araştırılması ödevi bulunduğu göre, savcı ilksoruşturmaya, lüzum olup olmadığı her işte araştırıyordu. Eğer sonsoruşturma konusunda bir karar vermek, kanunumuzun 1985'ten önceki sistemine göre iddianameyi hazırlamak, kıyasoruşturmayı uzatacaksa, bu uzatmayı önlemek için ilksoruşturma yoluna gidecekti.³⁴⁶² Nitekim kanunumuz da 1973'ten sonra ağırcezalık ve asliyelik her dâvada "suçun önemi, dağınkılığı ve delillerinin toplanıp korunması hâkim tarafından soruşturma yapılmasını gerekli" kılıyor mu diye araştırma yapmak ödevini savcıya vermişti (CMUK 171/2). Buradaki "hâkim tarafından soruşturma yapma gereği", hâkim teminatı ile soruşturma yapılması gereğinden başka bir şey değildi. Önemli veya dağınk suçlarda, kıyasoruşturma uzayacağından, bu teminat aranacaktı. Delillerin korunup toplanmasında da hem sağlam delil elde etmek için, hem kıyasoruşturma uzamasını diye hâkim teminatı aranacak, yani ilksoruşturmaya geçilecekti.

Kısalığın bazan kanunlarla açıkça gösterildiği de vardır.³⁴⁶³ Bunun dışında, tutukluluk halinde hazırlık soruşturmasının azami süresinin altı ay olduğu hatırlanmalıdır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi (No. 437), bizde 1985'ten beri kıyasoruşturmanın kısalığı sadece adındadır. Hazırlık soruşturmasının sanıklı aşaması artık ilksoruşturmanın da görevini yapacağından hele önemli işlerde hayli uzayabilecektir.

440. KISASORUŞTURMANIN MAKAMLARI.

İsnattan sonra yapılan kıyasoruşturma, muhakemenin henüz doğmadığı, fakat doğuma yani dâva açılmasına yaklaştığı, rüşeymlikten çıkıp cenin olduğu bir zamana rastladığı için (No. 412, 437), başlangıç soruşturmasına nazaran bir hayli gelişmiş ve şekillenmiş bir bünye arz etmektedir. Muhakeme kollektif bir faaliyet olmak yolunu tutmuştur. İddia makamının yanında az da olsa, müdafaa ve yargılama makamları da faaliyette bulunmaktadır:

I. İddia makamı.

Kıyasoruşturmada en fazla rol, toplumsal iddia makamınınındır. Kıyasoruşturmayı açan, yapan iddia makamıdır (No. 439). Hattâ kanunumuz sonuç çıkarma işini de savcıya veren sistemi kabul etmiştir (No. 443).

hafta sürebileceği yolunda bir hüküm vardı. Bu sırada mehaz kanundaki hüküm değiştirildiğinden, Ankara Komisyonu 126. maddeyi yeni duruma uydurmuş ve bugünkü şeklini vermiştir. Ancak, kıyasoruşturmanın kısalığını açıklamayan yeni hükmün isabetli olduğunu, teminatı zedelediğini söyleme imkân yoktur. 1992 değişikliği ile tutukluluk süresinin azami altı ayla sınırlanması (CMUK "92-3842" 110), yerinde olmuştur.

³⁴⁶² Almanya'da 1975'e kadar, ağırcezalık işlerde dahi, sanık hâkim tarafından sorguya çekilmişse, iş de basitse yani kısa sürecekse, savcı ilksoruşturmaya gitmeyebilmekte, asliyelik ve sulhlük işlerde de ilksoruşturmayı lüzumlu gösterecek önemli sebepler varsa, ilksoruşturma yapılmaktaydı. Etraflı bir şekilde delil toplamak, delilleri korumak, yabancı bir memleketteki bir tanığı dinlemek önemli sebeplerden sayılmaktaydı (Löwe - Rosenberg: Kommentar, 20. bası, 1958, s. 478). Bu da kıyasoruşturmanın uzaması bahis konusu olduğu hallerde ilksoruşturmaya geçileceğini, kıyasoruşturmanın kısa sürmesi gerektiğini göstermekteydi.

³⁴⁶³ Meselâ mülga Yıldırım Muhakemesi Kanununa göre, savcı ağırcezalık işlerde kamu dâvası açmağa yer gördükten yani şüpheliye suç isnat ettikten sonra başka araştırma işlemlerine lüzum görebilir. Bu kanuna göre ağırcezalık işlerde dâva açabilmek için, bu işlemleri yani kıyasoruşturmayı en fazla üç gün içinde yapacaktır. Asliyelik işlerde de kıyasoruşturma gerekebilir. Savcı bu kıyasoruşturmayı aynı gün içinde bitirmeğe mecburdu (1936-3005 m. 4).

Ferdî iddia makamını işgal etmek üzere suçtan zarar gören bu aşamada kamu dâvasına katılabilmelidir. Kanunumuz, hazırlık soruşturmasında ancak hâkim tarafından yapılabilecek soruşturma işlemlerinin bulunduğunu kabul etmektedir (CMK 162).³⁴⁶⁴

II. Müdafaa makamı.

Bu aşamada bir sanık bulunduğuna göre, müdafaa makamı da görev yapabilmelidir. Aşamamın kısılalığı bu görevin yapılmasına mâni değildir. Tutuk sanığın veya müdafinin tutuklama tedbiri bakımından müdafaa görevini yapar. Ancak, diğer koruma tedbirleri bakımından ve hele araştırma işlemleri bakımından, savunma görevinin düzenlenmesi gerekir. Savunma makamının bu devredeki görevleri, ilksoruşturmadakinden fazla olamaz.

III. Yargılama makamı.

Bu aşamada yargılama faaliyetine, sistemlere göre, soruşturma, koruma ve sonuç çıkarma bölümlerinde rastlanmaktadır.

441. KISASORUŞTURMAYA BAŞLAMA BÖLÜMÜ.

I. Suç isnadı ile başlama.

Kamu dâvasının açılmasına yer görülmesi, yani şüpheli kimseye bir suç isnat edilmesi ile kisasoruşturma başlamış olur. Bir diğer söyleyişle kisasoruşturmanın başlangıcı, kovuşturmanın başlangıcıdır. Şüphe kuvvetlenip sanı (=zan) haline gelmiş ve şüpheli sanık olmuştur. Görülüyor ki, başlangıç soruşturmasının bitmesi ile kisasoruşturmanın başlaması aynı anda olmaktadır.

Ceza muhakemesinde itham da denilen isnat, cezaî bir müeyyide uygulanmasını gerektirecek bir fiilî durumu bir kimseye bağlamaktır (No. 164). Bu da fiilî durumun belirtilmesini, yani yargılanacak olayın sınırlamasını gerektirir (No. 140). Ancak, bu ilk isnat, yani hem suçun hukukî tavsifi hem olayın sınırlandırılması çok kere, henüz bilgiler yeterli olarak elde edilmediğinden, kabataslaktır.³⁴⁶⁵ Bu isnadın ve dolayısı ile sınırlamanın açıkça belirmesi ancak ileride mümkün olabilecektir.

II. Kisasoruşturmaya başlandığını gösteren işlemler.

Kisasoruşturmaya başlandığını, yani sanığa ilk defa suç isnat edildiğini göstermek için belli bir işlem yapılması aranmamaktadır. Şüpheli kimsenin sanık durumuna getirildiğini, bir başka söyleyişle kovuşturmanın başladığını gösteren bazı işlemler vardır ve bunlardan birinin yapılması ile kisasoruşturma başlamış olur.

Kovuşturmaya başlandığını gösteren işlemlerin arasında dâva açma işlemleri de vardır. Ancak bu işlemler kisasoruşturmanın başlangıç işlemleri değildir, zira kisasoruşturma dâva açılmadan önceki işlemlerin adıdır.

Kisasoruşturmaya başlandığını gösteren işlemlerin başlıcaları; şüpheli kimsenin tutuklanmasını veya sorguya çekilmesini savcının sulh hâkiminden istemesidir. Normal olarak mücerret muhakemenin ara soruşturma aşamasında yapılması gereken bir soruşturma işleminin yapılması, meselâ bir tanığın erken dinlenmesi için hâkime başvurulması da şüpheli kimseye suç isnat edildiğini ifade edebilir.

III. Kisasoruşturmayı başlatan makam.

Kisasoruşturmaya başlayan, yani kamu davasını açmaya yer gören, kaide olarak savcıdır. Fakat sulh ceza hakimleri de başlangıç soruşturmasında bazan savcı sıfatı ile hareket ettiklerinde (No. 417), isnat

³⁴⁶⁴ Bu işlemler eskiden ilksoruşturmada yapıldığı gibi yapıyordu, yani katılan ilk soruşturmada olduğu gibi meselâ keşifte hazır bulunabiliyordu. İlksoruşturma kaldırılınca 161. madde değiştirildi ve ilksoruşturma normlarına yapılan atf kaldırıldı. Böylece ortaya sanık çıkmış olmasına rağmen dâvaya katılabilecek kişilerin yardımlarından yararlanılamaz hale gelindi. Gerçi hazırlık soruşturmasında yapılan keşif ve muayenelerde, erken dinlenmelerde suçtan zarar görenin bulunabilmesi (CMUK 162/4) bugün de kabul edilmiştir. Fakat bunlara resmen katılan sıfatını vermek için bu aşamada katılmayı düzenlemek zorundayız (No. 123).

³⁴⁶⁵ Örneğin bir evden eşyalarla beraber çıkarken yakalanan kimseye hırsızlık suçu isnat olunur. Fakat hırsızlığın hangi şekli, çalınan eşyanın ve kıymetinin ne olduğu henüz belli değildir. Belki de ileride emniyeti kötüye kullanma tavsifi yapılacak ve isnat açıkça belirecektir.

ifade eden bir işlemi yapabilirler. Örneğin sulh ceza hakimi şüphelinin tutuklanmasına re'sen karar verince, kısasoruşturma başlayacaktır.

442. KISASORUŞTURMADA ARAŞTIRMA BÖLÜMÜ.

I. Araştırmayı savcı yapar.

Kısasoruşturmadaki araştırma (*indagine*) bölümünde delil olabilecek şeyler ve delil kaynakları araştırılır. Bu araştırma, bizzat savcı tarafından yapıldığından başlangıç soruşturmasındaki kolluk araştırmasından farklıdır. Kısasoruşturmadaki araştırmada ölçü, kovuşturma evresini hazırlamak gayesidir (No. 438). Ancak bu araştırma, kısasoruşturmanın kısalığı ile sınırlandırılmıştır. Araştırmanın uzayacağı anlaşıldığı anda mücerret muhakeme şemasına göre kısasoruşturmaya son vermek, arasoruşturmaya geçmek gerekir. Mülga Kanunumuz 1985'te ilksoruşturma ile birlikte bu imkanı da kaldırdığından, bugün bizde artık zaman sınırlaması söz konusu değildir (No. 437).

II. Hâkimin işini azaltma.

Kovuşturma niteliğinde olduğundan (No. 439), kısasoruşturmaya hâkim yerine savcının yapması normaldir. Ancak savcı bu işlemleri hâkim yetkileri ile değil, savcı yetkileri ile yapacaktır.³⁴⁶⁶ Kısasoruşturmanın kabulünden maksat, sadece sorgu hâkimini fazla yükten kurtarmak olup, savcıya sorgu hâkimi yetkisi verilerek, savcı ile hâkim bir tutularak, kısasoruşturmanın da, hâkimin yaptığı mülga ilksoruşturma gibi yargılama faaliyeti haline getirilmesi değildir. Kısasoruşturma, savcının hâkim olarak değil, fakat savcı olarak yapacağı işlemlerle sonsoruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verebilecek duruma, kısa zamanda ve teminata fazla zarar vermeden gelmenin mümkün olan hallerde, sorgu hâkimlerine başvurmamak suretiyle onların işini azaltmak için kabul edilmiştir.³⁴⁶⁷

III. Araştırma işlemleri.

Savcının kısasoruşturmada yapabileceği araştırma işlemleri teminat bakımından tehlikenin azlığına veya çokluğuna göre farklı şekilde düzenlenmiştir:

a) *Gecikmede* (yani sulh hâkimince yapılmasını beklemede) *tehlike yoksa*, savcı bugün sadece sanığın yeminsiz ve tanığın yeminli *ifadesini* alabilmektedir.³⁴⁶⁸ Bunun dışında kaldığı için, bilirkişi

³⁴⁶⁶ İtalyan Kanununda savcının, sorgu hâkimince yapılacak bütün işlemleri bazı genel istisnalarla yapabileceğinin söylenmesi (CPPI 391), savcıyı sorgu hâkimi saymadan değil, fakat savcının taraf olmasına rağmen hâkim kadar olmasa dahi hakikati araştırabileceğinin kabul edilmesinden ve bir de tanıklara ve bilirkişilere yemin ettirmenin hâkime münhasır sayılmamasından ileri gelmiştir (*Manzini*, V, 230-232), *Foscchini* de (II, 35, 124) İtalyan Kanununun kısa ve ilksoruşturma hükümlerinin çok defa yanlış anlaşıldığını, morfolojik uygunluk prensibi gözden kaçırılarak bunların birbirini mücerret şemaya göre takip eden değil paralel iki devre olarak kabul edildiğini ve bu yüzden kısasoruşturmada savcıya hâkim yetkisi verildiğinin söylendiğini belirtmiştir. Netekim *Tosun* da (II, 118) kısasoruşturmaya savcının hâkim yetkileri ile yaptığını söylemektedir. Sorun İtalya'da belki tartışılabilir. Ama bizde, hazırlık soruşturmasının isnaddan sonraki kısmında yani bizim kısasoruşturma dediğimiz devrede savcının kaide olarak hâkim yetkileriyle hareket ettiği söylenemez.

³⁴⁶⁷ 1985 de bizde ilksoruşturma kaldırılırken de savcılara hâkim görevi verilmek istenilmiş değildir. Gerekeçde savcı hâkime değil, hâkim savcıya benzetilmiştir. Zira 1936 değişikliğinde karar hâkimliği işinin sorgu hâkimine verilmesi ile sorgu hâkiminin "bir çeşit savcı haline getirildiği" ileri sürülmüştür. Keza gerekeçde "hâkim-savcı ayrımının sadece görevin ifasına taallük ettiği"ne dayanılarak sonsoruşturma açılması veya açılmaması kararındaki yetkiyi savcıya da tanımak gerektiği iddia olunmuştur. Evet, bugün savcı görevini yapan yarın hâkim görevini yapabilir. Ama o zaman artık savcı değildir, hâkimdir. Hem savcı kalması hem hâkim görevi yapması mümkün değildir. Kaldı ki gerekçeyi kaleme alanlar sonsoruşturma açılıp açılmaması kararı vermeği yukarıda da belirttiğimiz gibi savcı görevi saymaktadırlar. Yanılgı buradan kaynaklanmaktadır. Görülüyor ki sonsoruşturma açılması kararına "ithamname" diyen yanlış görüşün (No. 456) bir çeşit tekrarı karşısındayız. Diğer taraftan meselâ gecikmede tehlike olan hallerde savcıya aslında hâkimin yaptığı bazı işleri yapma yetkisinin verilmiş olması, ona hâkim sıfatı verilmesini, onun hâkim gibi sayılmasını gerektirmez. Netekim bu hallerde kolluğa da bazı ek yetkiler tanınmıştı. Fakat kimse kolluğun, değil hâkim, savcı sıfatı ile de hareket ettiğini ileri sürmemiştir. Bununla beraber kanun, bazan, bizce isabetsiz olarak (No. 280) savcıyı hâkim gibi sayma yoluna gitmiştir. Biz yemin verdirmeği hâkim yetkisi kabul ediyoruz. Kanunun bu yetkiyi savcıya vermesini bu sebeple doğru bulmuyoruz (No. 335, 345).

³⁴⁶⁸ İşlemler yapılırken zabıt kâtibi bulundurulmasını düzenleyen 161. maddenin 1985 şeklinde işlemlerin adlandırılmasında gereken özen gösterilmediğinden, ilk bakışta savcının da sanığı sorguya çekebileceği biçiminde yorumlanabilecek tâbirler kullanılması isabetsiz olmuştur. Kanun hâkimin sorgusunu ayrıca düzenlediğine göre (CMUK "1985-3206" 159) savcının yaptığı sorgu değil, ifade almaktır. Tanık bakımından da durum aynıdır. Savcı yemin de verdirse olayın tanığı ancak ilerde mahkemede veya onun adına hareket edebilen hâkim önünde "tanıklık" edebileceğinden, savcının

incelemesi, keşif, ölünün adli muayenesi ve sanığın sorguya çekilmesi işlemlerini yapmak gerektiğinde sulh hâkimine başvurmalıdır (CMK 162).

b) *Gecikmede tehlike varsa*, savcı fazla olarak keşif (CMK 83/1), artık gecikmede tehlike koşulu aranmaksızın bilirkişi incelemesi (CMK 63/3) yaptırabilir (No. 280, 338). Bu demektir ki *savcı sanığı sorguya çekemez* (CMUK “1985-3206” 159) ve adli muayeneyi, hazır bulunan, hekim resmî bilirkişi olmadıkça, yaptıramaz. (CMK 86) (No. 341).

IV. Dosyanın incelenmesi.

Şüpheli hakkında yürütülen araştırmalar *yeterli şüphe* bulunduğunu gösterirse, yani deliller toplanmış ise, dosyanın gizliliğinin devam etmesine artık ihtiyaç yoktur. Araştırmaların bittiği dosyaya kaydedilip, gizlilik kaldırılmalıdır. Bu bitiş kaydının sayısız yararları vardır.³⁴⁶⁹ Bizde de Almanların eklediği maddelere benzer maddelere ihtiyaç vardır.³⁴⁷⁰

443. KISASORUŞTURMADAN SONUÇ ÇIKARMA BÖLÜMÜ.

Kıyasoruşturma aşamasında yapılacak en son iş, yapılan araştırmadan isnat konusunda bir sonuç çıkarmaktır. Bu sonuç en gelişmiş muhakemeyi gözönünde tutan mücerret muhakeme şemasında şu şekillerde kendisini gösterebilecektir:

1) Kıyasoruşturma, isnadın hatalı olduğunu, kamu dâvasının açılmasına yer görülmüş olmasının doğru olmadığını göstermiş olabilir. Bu takdirde “kovuşturmaya son verme kararname” (CMK 172) verilecek, yani muhakeme ölü doğacak ve dâva açılmayacaktır (No. 412).

2) Kıyasoruşturma, isnadın hatalı olduğunu göstermemiş ise şu ihtimaller meydana çıkabilir:³⁴⁷¹

a) Kıyasoruşturma sonunda kovuşturma evresinin açılmasını istemeğe karar verebilecek duruma gelinmişse, başlangıç soruşturması sonunda aynı duruma gelinmesinde olduğu gibi, savcı, iddianame düzenleyerek doğrudan doğruya mahkemeye verecektir.³⁴⁷²

b) Kısa soruşturma sonunda uzlaşma gibi, uyuşmazlıkların mahkeme dışında çözülmesi usulleri uygulanabilir: kabahatlerde doğrudan idari yaptırım uygulanabilir, kolluğun ceza kararnamele tatbik edilebilir veya uzlaşma teklif edilebilir.³⁴⁷³

444. KOVUŞTURMAYA SONVERME KARARNAMESİ.

I. Kamu davası açmamak.

tanık dinlemesinden değil, tanık ifadesi almasında söz edilmesi daha doğru olurdu. *Yenisey* (I, n. 195) şüpheli bakımından ifade almadan, tanık ve bilirkişi bakımından dinlemeden söz etmektedir.

³⁴⁶⁹ Bunların başında sanığın durumdan gecikmeksizin haber alması gelir. Mecburî müdafî de bu kayıttan hemen sonra tâyin edilmelidir ki görevini hakkı ile yapabilsin (*Yenisey*: I, n. 540).

³⁴⁷⁰ İlksoruşturma varken, gayenin elde edildiği yani sorgu hâkiminin artık ilgililerden mütalâa isteme sırasının geldiğine kanaat getirdiği dosyaya kaydediliyor ve bu andan itibaren “kısıtlama” veya “gizlilik kararı” (CMK 153/2) hükmünü kaybediyor ve müdafîin dosyayı serbestçe inceleme hakkı doğuyordu. Almanlar ilksoruşturmaya kaldırdıklarında, boşluğu dolduracak bir çok madde arasına 169a maddesini de ekliyerek hazırlık soruşturmasının “araştırma” bölümünün bittiğinin de savcı tarafından dosyada belirtilmesini sağlamışlardır.

³⁴⁷¹ Kıyasoruşturmada sonunda savcı, “hâkim tarafından soruşturma yapılmasını gerekli” görürse, yani hâkim teminatı ihtiyacı varsa (No. 439), ilksoruşturmaya geçecek bunun için savcı sorgu hâkimine, bir talepname verecektir (No. 435).

³⁴⁷² Kıyasoruşturma sonunda, hem sonsoruşturma açılacak hale gelinmiş, hem de duruşma hazırlanmış olabilir. Bu takdirde kovuşturma evresinin duruşma hazırlığı aşamasından de vazgeçilebilir. Netekim yıldırım muhakemesinde bu ihtimal düzenlenmişti. Savcı yakalanıp getirilen kimseyi sorguya çektikten yani ona suç isnat ettikten sonra ağırcezalık işlerde üç, diğer işlerde bir gün sürecek olan kıyasoruşturma araştırması sonunda duruşmayı da hazırlamış durumda olursa, yani genel hükümlere göre hareket için bir sebep kalmamışsa, yıldırım muhakemesi iddianamesi ile işi doğrudan duruşma aşamasında götürürdü.

³⁴⁷³ Kıyasoruşturma sonunda iş çok olgunlaşmış ve isnat çok kuvvetlenmişse, geçici olarak ve sanığın kabulü şartı ile, ceza karnemesi ile ceza vermesi için sulh hâkimine başvurulabiliyordu. Sadece para cezası söz konusu ise savcı da ceza karnemesi verebiliyordu. Gerçi ceza karnemesi çok defa başlangıç soruşturması sonunda bahis konusu oluyordu. Ancak, henüz dava açılmamış olduğundan, kıyasoruşturma sonunda da ceza karnemesi ile ceza verilebiliyordu.

Savcı kısasoruşturma sonunda başlamış olduğu kovuşturmayaya sonverme gereğini duyabilir. Bu durumda kamu dâvası açmayacaktır.

Savcı isnat niteliğinde bir işlem yaptıktan sonra, isnadı geri alarak kamu davası açmama yolunu seçebilir. Savcının verdiği bu hüküm, idari nitelikte bir karar olduğundan, kararname diye anılmalı (No. 424) ve kovuşturmayaya son verdiği için de *kovuşturmayaya son verme kararnamesi* diye adlandırılmalıdır. Gerek CMUK 164 ve gerekse CMK 172, *kovuşturmayaya yer olmadığına* karar verilir demiş³⁴⁷⁴ (No. 425) ve kovuşturmayaya son verme arasında ayırım yapmamıştır. Bu durum etkin pişmanlık suçlarında, örneğin kovuşturma başlamadan önce iftiradan dönmede (TCK 269/2) cezanın indirilmesinde yanlış uygulamalara yol açabilir. Kovuşturmanın dava açılmadan önce başlaması halinde, kovuşturmayaya son verme kararı yerine kovuşturmayaya son verme kararı verirse, kovuşturma başlamadığı sanılacak ve ceza daha fazla indirilmiş olacaktır.³⁴⁷⁵

Dar manada ceza muhakemesinin soruşturma evresinin ikinci aşaması, “suç isnadı“ yapılması ile ortaya çıkan, “kısa soruşturma” aşamasıdır. Kanunda açıkça belirtilmiş olmayan bu aşama, iddianamenin kabul edilmesinden (CMK 175/1) önce, şüphenin kuvvetlendiğini gösteren bir muhakeme hukuku işlemi yapılması ile gerçekleşir. İddianamenin düzenlenmesi (CMK 170), şüphenin yeterli derecede kuvvetlendiğini göstermektedir. Bunun gibi, şüphelinin “tutuklanmasının” savcı tarafından talep edilmesi, hâkim tarafından sorguya çekilmesi, ön ödeme uygulanmasının istenmesi, uzlaşma yoluna gidilmesi veya ceza kararnamesi türlerinden birinin uygulanması, *suç isnad eder nitelikte bir işlem* olduğu için, “kısa soruşturmayı” başlatır.

Kanunumuz, dâva açma yetkisi gibi, isnattan sonra onu geri alarak dâva açmama yetkisini de savcıya vermiştir. Savcının verdiği bu hüküm, idari nitelikte bir karar olduğundan, kararname diye anılmalı ve kovuşturmayaya sonverdiği için de “kovuşturmayaya sonverme kararnamesi” diye adlandırılmalıdır.

Kanunumuz kovuşturmayaya sonverme arasında ayırım yapmamış her iki halde de “kovuşturmayaya yer olmadığına” dair karar verilir demiştir (CMK 172/1). Bu durum, meselâ iftirasını geriananın cezasının hafifletilmesinde yanlış uygulamalara yol açabilmektedir.

II. Kovuşturmayaya son verme kararnamesi verilebilen haller.

Kovuşturmayaya sonverme kararnamesi kaide olarak şu üç halde verilir:

1) Savcı mecburîlik sisteminin bir istisnası söz konusu olduğunu görmüş ve dâva açmamayı uygun bulmuştur (No. 103). Eğer ortaya bir sanık çıkmış, yani kovuşturma başlamışsa, bu durumda kovuşturmayaya son vermek gerekecektir.

2) Kovuşturmayaya sonverme kararnamesinde durum elbet farklıdır. Bu da gösteriyor ki önerdiğimiz *kovuşturmayaya son verme* ayırımı bir ihtiyacı karşılamaktadır. Savcı, başlangıç soruşturması sonunda vermiş olduğu “kamu dâvası açmaya yer olduğu” hükmünde yanılmış olduğunu anlamıştır.

3) Savcı, verildiğinde doğru olan hükmünün sonradan gerçekleşen sebepler (No. 425) yüzünden yersiz hale geldiğini görmüştür. Meselâ sonradan genel af ilân edilmiş ve suçlunun ceza sorumluluğu kaldırılmıştır. Bu üç halde, başlamış olan kovuşturmayaya sonverme, isnadın terki demektir³⁴⁷⁶ ve bunun mânâsı da muhakemenin ölü doğmasıdır (No. 412).

III. Kovuşturmanın aktarılması.

³⁴⁷⁴ Mehaz kanunda bizim 163. maddeye tekabül eden maddede kovuşturmayaya son verilmesinden bahsedilmesi, daha ziyade, kısasoruşturma sonunda verilen kararın gözönünde tutulduğunu anlatmaktadır.

³⁴⁷⁵ İftiranın gerianasının kovuşturmayaya sonverme kararından sonra olması halinde mülga TCK 287/7 uygulanmaması doğru idi. Zira bu hafifleme, ancak iftiradaki tehlikeyi önlemek için kabul edilmişti. Ama, bunun gerekçesi gösterilirken *takipsizlik kararı verildikten sonra yani takibat sonuçlandıktan sonra* denilmesi (CGK 8/7/1985, YKD 85/12, 1831) isabetli değildi. Zira kovuşturmayaya sonverme kararı verilmişse, kovuşturma başlamış değildir ve başlamamış kovuşturmanın sonuçlandırılması söz konusu olamaz.

³⁴⁷⁶ (218) *Daguin*: Code, m. 168, not 4.

Kovuşturmanın başka bir Devlete aktarılması gerektiğinde. Türkiye'deki kovuşturmaya sonverme gerekecektir (CKAAS 3). Ancak yabancı Devletten kovuşturma yapmasını isteme yetkisi Adalet Bakanlığına verildiğinden, kovuşturmaya son verme kararnamesi Bakanlığın istemesinden sonra verilmelidir.

Türkiye'nin kovuşturma yetkisinin sadece sözleşmeye dayandığı hallerde, isteyen Devletin ceza verme hakkı düştüğünde de henüz Türkiye'de dâva açılmamışsa, kovuşturmaya sonverme gerekecektir (CKAAS 4). Anayasamızın 90 uncu maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklik ve TCK 18/2'deki düzenleme, bunun yolunu açmıştır.

IV. Bildirme.

Kısayoruşturma aşamasında başlangıç soruşturmasından farklı olarak ortada bir sanık olduğundan kovuşturmaya sonverme kararnamesinin sanığa bildirilmesi gerekir (CMK 172/1).³⁴⁷⁷

V. Ortadan kaldırılması.

Kanun, ayırım yapmadığı için, kovuşturmaya sonverme kararnamesinin de, kovuşturamama kararnamesi gibi (No. 426), itiraz yolu ile ortadan kaldırılabilmesini kabul etmektedir (CMK 173).

VI. Yeniden soruşturma ve kovuşturma.

@sh. 856 eksik Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar (CMK 172/1) verildikten sonra, yeni delil meydana çıkmadıkça aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz (CMK 172/2).

VII. Öneriler.

Kovuşturmaya sonverme yetkisinin savcıya verilmesini doğru bulmayanlar vardır. Savcının kovuşturamama kararı vermesini doğru bulmayanların (No. 425), kovuşturmaya sonvermesini de doğru bulmayacakları şüphesizdir. Fazla olarak burada kovuşturmaya başlanmış olduğu için, kovuşturmanın devamlılığı prensibi gereğince, savcının kovuşturmaya son veremeyeceği, bir hâkim kararına ihtiyaç olduğu söylenir. İtalya'daki sistem budur.³⁴⁷⁸ Bu sistemin bir faydası da hâkimin kovuşturmaya sonvermeğe değil, sonsoruşturma açmamağa karar vermesi ve bunun da yargı halini alabilmesi ve yeni deliller olmadıkça yeniden dâva açılmasına engel olmasıdır. Kanaatimizce, henüz kamu dâvası açılmadığı için, açmama yetkisi savcıya bazı şartlarla verilebilir. Bir kere, savcının işi örtbas etmek istemesine karşı kovuşturmaya son verilmesi kararnamesinin de kovuşturamama kararnamesinde olduğu gibi, ortadan kaldırılması çarelerine ve özellikle kovuşturma dâvası mekanizmasına (No. 426) başvurulmalıdır. Bu şart bizde gerçekleşmiştir. Diğer taraftan, yeni deliller ve olaylar çıkmadıkça, kovuşturmaya sonverme kararının gerialınmıyacağı, Bakanlığın dahi dâva aç emri veremeyeceği, ancak kovuşturma dâvası sonunda yargılama makamının yeni delil veya olay olmasa da dâva açılmasına karar verebileceği hakkında bir hüküm sevki gerekir (No. 437 II).

³⁴⁷⁷ CMUK 163. madde sözü geçen ve 164. madde uyarınca sanığa bildirilecek karar, kovuşturamama kararnamesi olmayıp kovuşturmaya sonverme kararnamesidir. Kanun sanığa bildirmeden bahsederken bu ikinci kararı gözönünde tutmuştur. Gerçekten sanık olmadan sanığa bildirme düşünülemez. Bu da hem sanıksız, hem sanıklı hazırlık soruşturmasının kanun tarafından öngörüldüğünü göstermektedir. Diğer taraftan, Kanun her sanığa bildirmeği kabul etmemiş, sorguya çekilmekle veya tutuklanmakla sanık durumuna geçmiş olanlara bildirmekten bahsetmiştir. Bu ayırımın sebebi, olsa olsa, kanunkoyucunun bu iki sebepten başkası ile bir kimsenin hazırlık soruşturmasında sanık durumuna geçtiğini bilmeyeceğini düşünmüş olmasıdır. 163. madde sözü geçen ve 164. madde uyarınca sanığa bildirilecek karar, kovuşturamama kararnamesi olmayıp kovuşturmaya sonverme kararnamesidir. Kanun sanığa bildirmeden bahsederken bu ikinci kararı gözönünde tutmuştur. Gerçekten sanık olmadan sanığa bildirme düşünülemez. Bu da hem sanıksız, hem sanıklı hazırlık soruşturmasının kanun tarafından öngörüldüğünü göstermektedir. Diğer taraftan, Kanun her sanığa bildirmeği kabul etmemiş, sorguya çekilmekle veya tutuklanmakla sanık durumuna geçmiş olanlara bildirmekten bahsetmiştir. Bu ayırımın sebebi, olsa olsa, kanunkoyucunun bu iki sebepten başkası ile bir kimsenin hazırlık soruşturmasında sanık durumuna geçtiğini bilmeyeceğini düşünmüş olmasıdır.

³⁴⁷⁸ Foschini, II, 160.

65. § SORUŞTURMA EVRESİ: IV. İLKSORUŞTURMA DEVRESİ

445. Gelişmiş muhakemede ilksoruşturmanın yeri ve kanunumuzdaki durum, 446. İlksoruşturmanın gayesi, görevleri ve bölümleri, 447. İlksoruşturmanın özellikleri ve ilksoruşturmada yargılama, 448. İlksoruşturmanın makamları, 449. Başlama bölümü, 450. b) Talepnamenin reddi kararı, 451. c) İlksoruşturmanın açılması kararı, 452. Delil toplama bölümü, 453. Sonuç çıkarma bölümü: a) Taraf mütalaalarının alınması, 454. b) Kararlar, 455. c) Sorsoruşturmanın açılmaması kararı, 456. ç) Sorsoruşturmanın açılması kararı, 457. d) Sorsoruşturmanın durması kararı, 458. e) Sonuç çıkarmadan sonra yapılacak işlemler.

445. GELİŞMİŞ MUHAKEMEDE İLKSORUŞTURMANIN YERİ VE KANUNUMUZDAKİ DURUM.

İlksoruşturma 1985 yılında 3206 numaralı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak, bu kaldırış hazırlık soruşturması ve önsoruşturmadaki hâkim güvencesini de olumsuz yönde etkilemiş, delilsiz davaların daha sık açıldığı görülmüştür. 2004 Ceza Muhakemesi Kanunu Tasarısında “iddianamenin reddi” ve “iddianamenin kabulü” müesseseleri bu nedenle benimsenmiştir.

I. Kavram.

En zengin, en gelişmiş muhakemelere göre çizilen mücerret muhakeme şemasındaki (No. 407) muhakemenin iki safhasından birincisi olan önsoruşturmanın üçüncü ve sonuncu devresine “ilksoruşturma” (*istruzione formale, insturiction préparatoire*) denilmektedir.³⁴⁷⁹ Diğer devreler sonradan ortaya çıkıp ilksoruşturmanın baş tarafına geçmişlerdir. Gerçekten ilk önce ortaya ilksoruşturma çıktı. Adı ilk zamanlarda “soruşturma”, sonraları “önsoruşturma” idi. Kamu dâvasından önceki faaliyetleri içine alan tek devre idi. Bir müddet sonra ilksoruşturmanın baş tarafına bugünkü hazırlık soruşturması eklendi. Daha sonra, hazırlık soruşturması da ikiye bölündü ve böylece önsoruşturma denilen safha, 1) Başlangıç soruşturması, 2) Kısasoruşturma ve 3) İlksoruşturma olmak üzere üç devreden meydana gelir oldu. Görülüyor ki ilksoruşturma, önsoruşturmanın kamu dâvası açıldıktan sonraki en eski kısmının adıdır (No. 409, 413).

İlksoruşturma başladığında, dâva açılmış, muhakeme doğmuştur (No. 412). Bebeğin büyüyüp gelişmesi için bir çocukluk devresine ihtiyaç vardır. İşte ilksoruşturma bebek muhakemesinin tam ve olgun muhakeme yani “sorsoruşturma” olması için geçirdiği çocukluk devresidir.

İlksoruşturmayı aile hekiminin tedavisine de benzetmek mümkündür. Belki hasta iyileşecek, hastaneye gitmeğe veya uzman hekimlerle istiraşeye lüzum kalmıyacaktır. Hasta iyileşmese de her türlü tahliller, muayeneler yapılmış, raporlar alınmış olacağından, bir de şu muayene yapılsın denmiyeceğinden, konsültasyon, yani sorsoruşturma kısa sürecek ve hemen teşhis konabilecektir.

Önsoruşturmanın ortaya ilk çıkan kısmı ilksoruşturma olduğundan biraz gelişmiş her kanunda ilksoruşturma muhakkak yer almıştır (No. 406). Mesele ilksoruşturma ile önsoruşturmanın sonradan çıkan kısımları arasındaki ilişkinin nasıl düzenleneceğinde çıkmaktadır. Bugün ortada üç büyük mesele vardır: A) İlksoruşturma ile kısasoruşturma iki seçimlik yol mudur? B) İlksoruşturma kaldırılmalı mıdır? C) Kaldırılmayacaksa hangi hallerde kabul edilmeli ve nasıl düzenlenmelidir?

II. A) İlksoruşturma ile kısasoruşturma seçimlik midir?

İlksoruşturma ile hazırlık soruşturmasının savcı tarafından yapılan bölümü olan kısasoruşturmayı seçimlik iki yol sayıp birine gidilirse diğerine gidilmeyeceğini sananlar, önsoruşturmayı üç devreli olarak düzenliyen İtalyan kanununa rağmen, İtalya’da dahi hâlâ çoğunluktadır. Bu hatalı görüşün sebebi,

³⁴⁷⁹ Almanların 1975 de kaldırdıkları “Voruntersuchung”, bizim ilksoruşturma dediğimiz sadece sonuç çıkarmadan önceki bölümünün adıdır. Bizdeki ilksoruşturmanın sonuç çıkarma bölümüne, önsoruşturma ile sorsoruşturma arasında olduğu gibi “arasoruşturma” mânâsına “Zwischenverfahren” demektirler. Bu bölüm bugün de Alman Kanununda yerini korumaktadır (No. 453). Bazı ülkelerde işin mahkeme önüne getirilip getirilmeyeceğini belirleyen büyük jüri veya sanığın suçluluğu konusunda duruşma sonunda evet veya hayır diye karar veren küçük jüri bulunmakta ve bu sistemde meslekten hakimnin görevi, jürinin sanığı suçlu bulması halinde, cezaı belirlemekten ibaret bulunmaktadır (Toroslu 1998, 92).

muhakeme morfolojisinin tabî kanunları demek olan prensiplerin ve özellikle uygunluk prensibinin gözden kaçırılmasıdır.³⁴⁸⁰ Bu prensibe göre, ihtiyaç duyulmayan hallerde belli devreler atlanabilir veya kısaltılabilir (No. 407). Bu, birine gidilirse diğerine gidilmez demek değildir. İlsoruşturmaya geçmek için kısasoruşturmayı atlamak şart değildir. Çünkü kısasoruşturma ile sonsoruşturmaya gidilebilecek duruma gelineceği her zaman önceden kestirilemez. Bu ancak ilksoruşturmanın mecburî olduğu hallerde söz konusudur. Bazı hallerde kısasoruşturma ile sonsoruşturmaya gidileceği sanılır. Kısasoruşturmaya başlanır, fakat gidilemeyeceği görülünce ilksoruşturmaya geçilir. İlsoruşturmanın ihtiyarî olduğu hallerde çok defa iki devreye de başvurulur. Görülüyor ki ilksoruşturma ile kısasoruşturma birbiri yerine geçebilen iki devre değildir.

III. B) İlsoruşturma kaldırılmalı mıdır?

İlsoruşturma ile kısasoruşturmayı (veya daha üstünkörü tâbirle hazırlık soruşturmasını) seçimlik iki yol sananlar arasında, daha ileri gidip, ilksoruşturmanın kaldırılmasını isteyenler olmuştur. Bu görüş bizde de taraftar bulmuştur.³⁴⁸¹

İlsoruşturmanın 1985 de kaldırılmış olması, bizce, şu sebeplerle hatalı olmuştur:

1. Gelişme prensibi.

Gelişme prensibi (No. 406) gereğince önsoruşturma ilk ortaya çıktığında tek bölümlü iken gelişerek önce iki bölümlü oldu. Bugün bizim kanundaki gibi, hazırlık soruşturması ve ilksoruşturma bölümlerinden meydana geldi. Daha sonra, hazırlık soruşturması da başlangıç soruşturması ve kısasoruşturma olarak ikiye bölününce önsoruşturma daha gelişti ve üç bölümlü oldu. Şimdi ilksoruşturmayı kaldırmak ve sadece hazırlık soruşturması ile yetinmek önsoruşturmayı yine yalınkat haline döndürmek olmuş, bizi gerilere götürmüş, zengin muhakememizi fakirleştirmiştir. Kaldı ki morfolojik uygunluk prensibi gereği ilksoruşturmanın atlandığı haller olabilir de büsbütün kaldırıldığına, bildiğimize göre, bir örneği yoktur. Olamazdı da zira gelişmeye ters düşerdi.

2. Diğer hatalar.

İlsoruşturmayı kaldırma görüşünün temelinde birçok hata yatmaktadır. Bunların en önemlilerini şu 4 grupta gösterebileceğimizi sanıyoruz:

a) Birinci hata, ilksoruşturma ile kısasoruşturmanın iki seçimlik yol olduğunu sanmaktır. Birinci sebep dolayısı ile bu hatayı gösterdik.

b) İkinci hata, ilksoruşturma sonunda sonsoruşturma açıp açmamaya karar vermenin savcı işi olduğunu sanmaktadır (No. 447, 454, 456). Nitekim 1985 Tasarısının gerekçesinde, karar hâkimliği işinin 1936 da sorgu hâkimine verilmiş olması, sorgu hâkiminin bir çeşit savcı haline getirilmesi olarak gösterilmiştir. Halbuki sorgu hâkimi, adının da belirttiği üzere, hâkimdir ve yanında bulunduğu mahkeme hesabına hareket eder. Onun naip hâkimi imişçesine, savcının açmış olduğu dâvanın mahkemece sonsoruşturma yapılarak bakılıp bakılmayacağına karar verir.

³⁴⁸⁰ Foschini, II, 163.

³⁴⁸¹ Erdoğan: Ceza Usulünde ilk tahkikat kaldırılmalıdır, HİD, 1948, s. 241; Kirişcioğlu: İlk tahkikatın kaldırılmasına doğru, HİD, 1949, s. 717. Erem (s. 268, 286), hazırlık soruşturmasına inanmanın yüzünden ilksoruşturmaya lüzum görüldüğünü, savcılar müstakil olursa ilksoruşturmaya lüzum kalmayacağını söylemekte ve önsoruşturmanın birleştirilmesini istemektedir (No. 413). Bir milletvekili 1961 de sorgu hâkimliğinin kaldırılması hakkında kanun teklifi yapmıştır. Adalet Bakanlığı da 1966 yılında hazırladığı tâdil öntasarısında ilk soruşturmanın kaldırılmasını öngörmüş iken İstanbul Üniversitesinde Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku kürsülerinin bütün öğretim üyeleri (Dönmezer, Erman, Gürelli, Kunter, Önder, Özek, Tosun) ilksoruşturmanın kaldırılmaması gerektiğini açıklamaları üzerine (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun değiştirilmesine dair 1966 Öntasarısı hakkında RAPOR, 1966, s. 8-19) bundan vazgeçmiştir. Nihayet 1985 de Bakanlık hazırladığı yeni bir tasarıyı bilimsel tartışmaya açmadan Meclisten geçirerek ilksoruşturmayı kanundan çıkarmıştır. Eğer Üniversitelere danışılmış olsaydı, yahut Medenî Kanun ile Ceza Kanununun değiştirilmesi hazırlıklarında olduğu gibi Üniversitelerin de temsil edildiği bir komisyon kurulmuş olsaydı, özel bazı kanunlarımızdaki hatalı örnekler bir kenara bırakılırsa, ilksoruşturmayı kaldırmada 1966 dakilere ilâve olarak dayanılmış olan “mehaz kanun dahil bir çok ülke kanunlarında ilksoruşturmanın tamamen çıkarılmış bulunduğu” tezinin gerçeklere uymadığı, Almanya’da da bizim ilksoruşturmanın en teminatlı, dolayısı ile en önemli tarafı olan “hâkim tarafından sonuç çıkarma”nın muhafaza edildiği öğrenilecek, bizdeki ilksoruşturma bütünü ile çıkarılmayacak, belki de Almanya’dakine benzer bir düzenleme yapılacaktı. Biz de bugün olduğu gibi hayıflanmayacaktık.

c) Üçüncü hata da Almanların 1975 de ilksoruşturmayı tamamen kaldırdığını sanmaktır. 1978 deki altıncı basıdan bu yana bu hatayı belirtiyoruz: Almanlar 1975 reformunda, tahkik sistemi kalıntısı olduğu, pek çok işte zaten delili savcı topladığı, savcılarının da artık sanık lehine hareket ettiği görüldüğünden teminat sakıncası kalmadığı, ihtisaslaşmış yardımcıları ile savcının daha derinlemesine araştırma yapabileceği, bir hâkime sadece araştırma görevi verilmesinin (zira Almanya’da sorgu yargıcı bizdeki gibi sonuç çıkaramamaktadır) savcı-hâkim ayırımına ters düştüğü gerekçeleri ile işleri hızlandırmak amacı ile, “*Voruntersuchung*”u, yani bizim ilksoruşturma dediğimiz devrenin sonuç çıkarmadan önceki bölümünü kaldırdılar.³⁴⁸² Ancak bu kaldırış, ilksoruşturmanın kaldırıldığı biçiminde yorumlanmamalıdır. Çünkü onlar bizim ilksoruşturma dediğimizin “sonuç çıkarma bölümü”nü, onların tâbiri ile “arasoruturma” (Zwischenverfahren) yı kaldırmış değillerdir. Almanya’da savcı delil toplamakta, iddianameyi mahkemeye vermekte, fakat mahkeme hemen sorsoruşturma yapmamakta ve bizim ilksoruşturmanın sonuç çıkarma bölümünde yapılanları yapmakta ve gerekiyorsa sorsoruşturmanın açılmasına karar vermektedir (No. 433).³⁴⁸³

ç) Dördüncü önemli hata da, ilksoruşturmanın görevini kısasoruşturmanın (veya kabaca yani ikiye ayırmadan hazırlık sorsoruşturmasının) yapabileceğini sanmaktır. İlksoruşturmanın görevi belli ihtiyaçlara cevap vermektir. Bu ihtiyaçları karşılamamanın ilksoruşturmada başka yolu yoktur. Gerçekten, savcının delil toplamasında teminat, bazı işlemlerin ancak hâkimler tarafından yapılabileceğinin kabulü ile sağlanabilirse de:

aa) Sanığa teminat tanımak amacı ile onun mahkeme önüne çıkarılmasını hâkim kararına bağlamak,

bb) Sorsoruşturmaya gitmiyebilecek dâvaları hâkim kararı ile yani teminatlı olarak elemek sayesinde mahkemeye zaman kazandırmak,

cc) Delil olabilecek şeyleri ve ifadeleri yine hâkim kararı ile yani teminatlı olarak olamayacaklardan ayırarak mahkemenin işini azaltmak,

çç) Yer, madde ve görev gibi çeşitli yönlerden yetkiler bakımından çıkacak meseleleri de yine hâkim kararı ile yani teminatlı olarak büyük ölçüde çözüp sorsoruşturmada vakit kaybını önlemek.

Ancak ve ancak delil toplama işlerinden sonuç çıkarmanın hâkimlere bırakılması ile mümkündür.³⁴⁸⁴ Bunun içindir ki istinafin yokluğunda bir ölçüde yerini tutan³⁴⁸⁵ ilksoruşturma kaldırılmamalı, hiç değilse Almanya’dakine benzer bir düzenleme getirilmeliydi.

3) Kaldı ki ilksoruşturma aleyhindeki şu iddialarda³⁴⁸⁶ isabet yoktur: a) hâkimi savcı durumuna soktuğu iddiası, sorgu hâkimi görevinin yanlış anlaşılmasına dayanır (No. 456), b) muhakemeyi uzattığı iddiası da asılsızdır. Sorsoruşturma kısılacığından³⁴⁸⁷ muhakeme uzamamış olur. Biz ilksoruşturma kaldırıldıktan sonra muhakemelerin uzayacağından korkuyoruz. Savcılarının pek sık eleyip dokumadan dâva açması her zaman mümkündür. Bu eksikliği mahkemeler duruşma hazırlığında tamamlayabilir ama bu mekanizmanın bizde hemen hemen işlemediğine bakılırsa iş yine duruşmaya kalacak, duruşmalar da bu yüzden eskisinden daha fazla uzayacaklardır, c) duruşma hâkimini etkilemez. İstinafta etkilemiyor da burada neden etsin? Kaldı ki sorgu hâkimi ile mahkemenin hükümlerinin konuları farklıdır (No. 454), ç) gizli olmanın sakıncalarını başka yollarla önlemek mümkündür. Gizlilik faydasız değildir (No. 273).

³⁴⁸² Avusturya’da *Voruntersuchung* hala mevcuttur ve büyük bir ihtimalle de kaldırılmayacaktır (*Trifterer*, s. 62, not 6).

³⁴⁸³ İlksoruşturmanın asıl önemi bu sonuç çıkarmadadır. Almanya’da bu devre kalkmadıkça, *Almanlar ilksoruşturmayı kaldırdı* damek (*Tosun*, II, 46, 72, 112) hatalı olur. Onlar ilksoruşturmanın bir kısmını kaldırmışlardır. Bizde ilksoruşturmanın kaldırılmasında Almanlardan çok ileri gidilmiş ve sonuç çıkarma bölümü de kaldırılmıştır.

³⁴⁸⁴ Herkesin dâva açmamasına rağmen, elemeye de fayda vardır (k-m): *Tosun*, II, 107). İlksoruşturmaya basit bir isnat ile gelindiği unutulmamalıdır. *Erman* (Askerî ceza, no. 339) askerî muhakemede ilksoruşturmanın kaldırılmasını bu gerekçe ile yermektedir.

³⁴⁸⁵ *Stefani-Levasseur*, No. 431.

³⁴⁸⁶ *Tosun*, II, 107, 110.

³⁴⁸⁷ *Tosun* (I, 583), ilksoruşturmanın kaldırılmasının muhakemeleri hızlandırmak yerine yavaşlattığını belirtmektedir.

4) İlksoruşturmanın kaldırılmamasını isteyenler, hiçbir zaman, her muhakemede ilksoruşturma yapılsın dememişler, ihtiyaç duyulmayan hallerde ilksoruşturmanın atlanabileceğini kabul etmişlerdir. Gerçekten, uygunluk prensibi gereğince ilksoruşturmanın, daha doğrusu önsoruşturmanın gayesinin başlangıç soruşturması veya kısasoruşturma sonunda, kanunun tâbiri ile hazırlık soruşturmasında elde edilmesi halinde ilksoruşturma atlanabilir. Bu bir imkân meselesidir. Görülüyor ki ilksoruşturmanın bir ihtiyaca cevap vermesi, yani zorunlu oluşu her muhakeme bakımından söz konusu değildir. Mesele, bazı muhakemelerde, uyumsuzluğun önemi ve hüküm vermede güçlük diye ifade ettiğimiz sebeplerle ilksoruşturmanın muhakeme ihtiyaçları bakımından zorunlu olup olmaması meselesidir (No. 407). Her muhakemede değilse de kısasoruşturma ile sonsoruşturmanın hazırlanması imkânı olmayan muhakemelerde ilksoruşturma bir ihtiyaçtır, bir zorunluktur. İlksoruşturmayı kaldırmak sadece kısasoruşturmayı uzun soruşturma haline getirmez. Teminata da zarar verir.³⁴⁸⁸ Kısasoruşturmanın savcı tarafından yapılması, unutulmamalıdır ki, sırf kısa olduğu için ve teminata zarar vermediği için kabul edilmiştir (No. 437, 439).³⁴⁸⁹ Kaldı ki ilk soruşturmanın delil toplama bölümüne olmasa bile, sonuç çıkarma bölümüne daima ihtiyaç vardır. Hâkim kararı ile sonsoruşturmaya geçmek teminatından vazgeçmek için sebep yoktur. Talepnameyi sorgu hâkimi başta nasıl reddedebiliyorsa mahkeme de iddianameyi gerekirse reddedebilmelidir. Hattâ iş sorgu hâkimine gitseydi onun sonsoruşturma açılmasına karar vereceği hallerde aynı kararı mahkeme verebilmelidir (No. 463).

IV. C) İlksoruşturma hangi hallerde kabul edilmeli ve nasıl düzenlenmeli?

Bu meseleye çeşitli şekillerde cevap verilebilir. Biz, ihtiyaçlara bakılmasını isteriz. Teminat sağlamak ihtiyacı ön plâna alınmalıdır. Teminat için kabul edilenler mecburî olmalı ve savcının bu mecburiyete riayet etmesi sanığa tanınacak bir imkân ile sağlanmalıdır (No. 424, IV). Ağırcezalık işlerin hepsinde teminat ihtiyacı olduğunu kanunkoyucu önceden görebildiğine göre savcının ihtiyarına bırakmak için sebep yoktur. Asliyelik ve sulhlük bütün işlerde hattâ ortada tutuk da olsa³⁴⁹⁰, teminat ihtiyacı fazla önemli olmayabilir. Diğer ihtiyaçlar da her dâvada bulunmayabileceğinden, bu hallerde ilksoruşturma ihtiyarî olmalı, yani ihtiyaç olup olmadığını her işte savcının araştırması ve ona göre hareket etmesi kabul edilmelidir.³⁴⁹¹ Savcının ihtiyarına bırakılan hallerde dahi ilksoruşturmanın teminat sağlama ve mahkemeye gitmiyecek işleri eleme, delil olmayabilecekleri ayıklama, yetki sorunlarını çözme görevlerinin yapılabilmesi için, sonuç çıkarma işi hâkime bırakılmalıdır. Hele ağırcezalık işlerde hâkim teminatından asla vazgeçilmemelidir.³⁴⁹²

³⁴⁸⁸ Sonsoruşturmadan önce hâkim tarafından yapılan soruşturmanın yani ilksoruşturmanın, bir teminat oluşturduğu, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin R (87) 18 numaralı tavsiye kararında da belirtilmiş ve ilksoruşturma yapılmasının yararlı olup olmayacağına ancak yargılama makamının karar vermesi tavsiye olunmuştur (III. a.1 ve 3).

³⁴⁸⁹ İlksoruşturmadaki işlemlerin sonsoruşturmada tekrar edildiği gerekçesine dayanarak ilksoruşturmayı kaldırmak isteyenler, ilksoruşturmayı değil, önsoruşturmayı kaldırmağı ve muhakemenin tek safhalı olduğu ilkel zamanlara dönmeği isteyebilirler. Önsoruşturmaya toplulumumuzun henüz ihtiyaç duyup duymadığı konusu tartışılabilir. Fakat bu gerekçeye dayanılarak, önsoruşturmanın sadece hâkim tarafından yapılan ilksoruşturma kısmının kaldırılması savcı tarafından yapılan soruşturma ile yetinilmesi istenilmez. Çünkü bu da bir önsoruşturmadır. Önsoruşturmanın ihtiyaç olarak kabulü ise, gerekçenin isabetsiz olduğunu itiraf etmek demek olur. Kaldı ki hâkim işlemlerinin tekrarı kasdolunsa dahi bundan şikâyet etmemek gerekirdi. Zira bu tekrarda, bir çeşit istinaf durumu ve faydası varken (*Tosun*, II- 88), ilksoruşturma kaldırılсын demek, istinaf mahkemeleri kurulunca asliye mahkemeleri kaldırılсын demeğe benzer.

³⁴⁹⁰ *Tosun*, tutuklu her işte ilksoruşturmanın mecburî kılınmasından yanadır (Hazırlık soruşturmasında tutukluk. CHKED No. 1, 79, s. 32). Bizce, mecburîlik, ihtiyacın ihtiyara bırakılmadan tâyin edilebilmesi meselesidir. İhtiyaç yokken mecburîlik düşünülemez. Her tutuklu işte de ilksoruşturma gerektiği söylenemez. Sanığa teminat, kısasoruşturma ile de sağlanabilir ve böylece gerekmeden hallerde ilksoruşturma yapılarak dâvaların gereksiz uzatılması önlenmiş olur (*Kunter*: Tutuklu işlerde ilksoruşturma mecburî olsun mu? CHKED No. 2, 79, 35).

³⁴⁹¹ Fransa'da 1957 de sulhlük işlerde de ilksoruşturma ihtiyari kılınmıştır (CPPF 44, 79).

³⁴⁹² *Kunter*: Düşünceler, s. 20-25. Biz ağırcezalık işlerde gerektiğinde ilksoruşturma feda edilemez demiyoruz. (k-m: *Yurtcan*: Değişiklikler, 49). Uygunluk prensibi bunu dememize engeldir. Kaldı ki sanığın tutuk olduğu dâvalarda da mecburîliğin aleyhinde oluşumuz (*Kunter*: Tutuklu işlerde ilksoruşturma mecburî olsun mu? CHKED No. 2, s. 35) gerektiğinde vazgeçebilmeden fedâkarlık etmemeğe dayanmaktadır. Biz bu "feda"nın sadece savcının ihtiyarına bırakılmasını doğru bulmuyoruz. Meşhut suçlarda olduğu gibi, kanunkoyucunun belirteceği objektif ölçüler bulunursa, elbet ilksoruşturmadan vazgeçebilecektir. Mesele bu ölçüyü bulabilmektedir.

446. İLKSORUŞTURMANIN GAYESİ, GÖREVLERİ ve BÖLÜMLERİ.

I. İlsoruşturmanın gayesi.

İlsoruşturma, önsoruşturmanın sonuncu devresi olduğundan ve diğer devreler sonradan ortaya çıkıp ilksoruşturmanın baş tarafına geçtiğinden (No. 409, 413), ilksoruşturmanın gayesi, önsoruşturmanın gayesidir, yani mücerret muhakeme şemasında kendisinden sonra gelen sorsoruşturmayı hazırlamak, onun daha iyi, daha çabuk, daha teminatlı yapılabilmesini sağlamaktır. Bunun için de bu hazırlığa lüzum olup olmadığının araştırılması ile işe başlanacaktır. İsnat zayıfsa elenecek, ayıklanacak ve mahkemeye gönderilmeyecek olduğuna göre, hazırlığa da lüzum kalmıyacaktır (No. 410).³⁴⁹³ Bu nedenle ilksoruşturmanın gayesinin, kısaca, sorsoruşturmaya geçilip geçilmeyeceğini belirtmek olduğu da söylenebilir.³⁴⁹⁴

İlsoruşturma devresinde kaide olarak görevli olan yargılama makamı sorgu hâkimliğidir. Sorgu hâkimliği de mahkeme yanında bir makamdır. Yaptığı görev, kendi adına da olsa, mahkeme hesabındır, zira makemenin yapacağı işi yapmakta ve onun yükünü azaltmağa çalışmaktadır. Zaten varlığının sebebi de budur (No. 445, III).

II. İlsoruşturmanın görevleri.

Önsoruşturma ile ilksoruşturmanın gayesi aynı olunca, görevlerin de aynı olması gerekir. Bu sebeple, ilksoruşturmanın görevleri, önsoruşturmanın görevleridir, yani 1) delil toplama, 2) isnadı açıkça belirtme ve 3) koruma görevleridir:

1. Delil toplama.

Delil toplama faaliyeti, ancak ilksoruşturmada başlar. Gerçi delil adlı muhakeme vasıtası ile ilgili çalışmalar önsoruşturmanın daha önceki devrelerinde başlamıştır. Ancak ilk iki devrede yapılan faaliyet, delil kaynakları ve delil olabilecek şeyleri elde etmekten ileri gitmez. Kolluk veya savcılık idarî makamlardır. Gerçi bunlar da hakikati öğrenmeğe çalışmaktadırlar ve sanığın lehinde olan delilleri de aramakla görevlidirler. Bir kimseyi itham eden, ona bir suç isnat eden kimse, ne kadar isterse istesin, tarafsız olamayacağından, muhakeme kollektif faaliyetinin yegâne tarafsız makamı olan yargılama makamının hakikati araştırmaya çalışması, ceza muhakemesinde maddî hakikat aranmasının tabii ve mantikî bir sonucudur. Sorsoruşturmaya geçip geçmeme bakımından karar verip uyumsuzluğu dolayısı ile yargılayacak olan yargılama makamı, sorsoruşturmada olduğu gibi isbat konusunda karar vermek için olmasa da sorsoruşturmaya geçip geçmeme, düşme, muhakemenin durması gibi kendi vereceği yargılama kararlarında kullanacağı delilleri toplayacaktır. Tarihî adı tahkik (*inquisition*) olan (No. 36) bu görev sayesinde ilerde mahkemede delil veya delil kaynağı olabilecek şeyler ve kişiler, olmayacaklardan ayrılacak, mahkeme bu konuda soruşturma yapmıyacak ve sonuç olarak sorsoruşturmada zamandan ve emekten kazanılacak, delillerin kararması önlenecek, delillerin müşterekliği prensibi hakkiyle uygulanmış olacaktır (No. 410).

2. İsnadı belirtme.

İsnadı açıkça belirtme, mahkemenin işini azaltmak ve sanığı esassız ithamlardan korumak maksadı ile yapılan bir görevdir. Yapılan ilksoruşturmadan bir sonuç çıkarılacak ve isnat açıkça belirtilecek yahut isnadın sorsoruşturmaya gidecek kadar kuvvetli olmadığı açıklanacaktır. Bu görev sayesinde ki sanık esassız ithamlardan dolayı mahkeme önüne çıkmaktan kurtulacak, yine bu sayededir ki mahkemeler ancak zayıf olmıyan ve sınırları iyice çizilmiş ithamlar üzerinde dikkatlice durmak imkânını bulabilecekler, yetki meseleleri ile de vakit kaybetmeyeceklerdir (No. 410).

İlsoruşturmaya isnat konusunda, meselâ delilleri değerlendirip olay sabit değildir diye beraat kararı yahut bir adım daha atıp sabittir veya değildir diye mahkûmiyet ve beraat kararı verdirerek işi mahkemeye kadar götürmeden çözdürüvermek gibi daha başka görevler verilmesi akla gelebilir. Ancak,

³⁴⁹³ *Kantar* (s. 180), “ilksoruşturma... isnadın mahkemeye sevkedecek kuvvette olup olmadığını tetkik için tesis edilmiştir” derken bu ayıklama ihtiyacını ifade etmektedir.

³⁴⁹⁴ Düşme kararı muhakkak ilksoruşturma sonunda verilmediğinden, bu kararı vermek ilksoruşturma amaçları arasında değildir. Bu nedenle düşme kararı vermenin ilksoruşturma amaçları arasında 183. maddede gösterilmesi yersizdi (k-m: *Yurtcan* (değişiklikler, 54) bu maddede göstermeği, gerekçe göstermeden, isabetli bulmuştu).

o zaman sorgu hâkimliği mahkemenin yerini alır, ilksoruşturma bu niteliğini kaybederek duruşmasız sorsoruşturma olur. Onu da duruşmalı yaparsak bugün mahkemenin yaptığından farkı kalmaz, fakat bugün mahkemelerin yükünü azaltmak ve sanığı korumak gibi ilksoruşturmanın karşılamak zorunda kaldığı ihtiyaçlar yine duyulur ve ilksoruşturmanın yeniden kabulü gerekir.

3. Koruma.

Koruma tedbirlerini alma zorunluğu bu devrede de kendisini gösterebilir. Koruma bakımından gerekli faaliyeti yapmak da sorsoruşturmanın hazırlanması gayesi ile yapılan bir görevdir. Gerçekten sorsoruşturmanın telâşsız ve acelesiz yapılması ve isabetli bir karara varılması koruma tedbirleri sayesinde sağlanabilecektir (No. 410). Karar veren hâkim olduğundan, Anayasa ve kanunların gösterdikleri sınırlar içinde her türlü koruma tedbiri almak bu devrede mümkündür.

III. Kolektif muhakeme.

İlksoruşturma, çocuk da olsa, tam şekillenmiş bir muhakeme olduğundan (No. 445), kolektif faaliyet, iddiası ile, müdafaası ile, yargılaması ile (No. 447) tamdır. İddia ve müdafa bu devrenin özellikle başında ve sonunda esaslı bir rol oynamaktadır. Bu sebeple, ilksoruşturmada başlama ve bitme faaliyetleri ayrıca düzenlenmiştir.

IV. İlksoruşturmanın bölümleri.

İlksoruşturmanın yukarıda belirtilen görevlerle ilgili faaliyetlerini dört bölümde toplayacağız:³⁴⁹⁵ 1) İlksoruşturmanın başlaması bölümü (No. 449), 2) İlksoruşturmada delil toplama bölümü (No. 452), 3) İlksoruşturmada koruma bölümü, 4) İlksoruşturmada sonuç çıkarma bölümü (No. 453). Bunlardan koruma bölümü üzerinde ayrıca durmayacağız, çünkü ilksoruşturma bakımından bir özellik arz etmemektedir.

447. İLKSORUŞTURMANIN ÖZELLİKLERİ ve YARGILAMA.

I. İlksoruşturmanın özellikleri.

Önsoruşturmanın bir devresi olduğundan, ilksoruşturma önsoruşturmanın genel özelliklerine yani 1) yazılılık, 2) gizlilik³⁴⁹⁶, 3) dağınıklık özelliklerine sahiptir (No. 411). Fazla olarak, sadece ilksoruşturma bakımından söz konusu olan 4) yargılama oluş, 5) tamlık ve 6) normallik özellikleri de vardır.³⁴⁹⁷

1. Yargılama oluş (kazâilik).

İlksoruşturma, asıl ceza dâvası açıldıktan yani taraflar ortaya çıktıktan sonra, iki tarafın da az veya çok nisbette yardımı ile, sorsoruşturmaya geçip geçmemeği kararlaştırmayı yani eleme ve ayıklamayı ve geçilecekse onu hazırlamayı sağlamak için kolektif bir şekilde yapılan muhakeme faaliyetidir (No. 409, 410). Bu sebeple bu devrenin muhakemeden bir parça olduğunda ve sorsoruşturmayı yapanların ve gerekli kararları verenlerin yargılama görevi ilave ettiklerinde şüphe edilmemelidir (No. 73). Netekim bu işlemi mahkeme kendisi yaparsa³⁴⁹⁸ yargılama olduğunda kimse tereddüt etmez Çocuğu adam saymamak mümkündür. Fakat insan olduğu nasıl inkâr olunabilir?

Sorgu hâkiminin savcı isnadı ile bağlı olmayarak, hattâ savcının sorsoruşturma istememesine rağmen işi mahkemeye gönderebilmesi ve hattâ muhtemel suç tipini ve kanun maddesini göstermesi (No. 456),

³⁴⁹⁵ Almanya'da ilk üç bölüme 'Voruntersuchung', sonuncuya da 'Zwischenverfahren' denildiği hatırlanmalıdır (No. 445).

³⁴⁹⁶ Fransız Kanunu, sorgu hâkiminin sadece ilk sorguyu müdafii huzuru ile olmaksızın yapmasını kabul etmiş, müteakip sorguların müdafii huzurunda yapılmasını mecburî kılmıştır. İlk sorguda sanık cevap vermeğe mecbur olmadığından, sanığın daima müdafii huzuru ile konuşması mümkün olabilmektedir. Katılan vekili ise ilk dinlenmeden itibaren hazır bulunabilmektedir (CPPF 114).

³⁴⁹⁷ Foschini gibi (II, 64) biz de sadece tamlık ve normallikten söz etmekte idik. Kitabın her yerinde vurgulanan "yargılama oluş" özelliği üzerinde ayrıca durmamıştık. Bu özelliğin bizde hâlâ bilinmediğini 1985 tâdil kanunu ile gördüğümüzden 8. basıda ayrıca belirtmek ihtiyacını duyduk. Yargılama oluş özelliğini İtalyancada "jurisdizionalità" diye ifade edeceğiz.

³⁴⁹⁸ Almanya'da karar hâkimliği görevinin esas mahkemeye verilmesi, medenî muhakemede tahkikatın kuruldan birine yaptırılması, Anayasa Mahkemesinin ilk önce eksikleri tamamlama mahiyetinde bir inceleme yapması, bu faaliyetlerin yargılama olduğunu açıkça göstermektedir.

isnadı hâkimin yaptığını göstermez. Sorgu hâkimi, nezdinde bulunduğu mahkeme hesabına, işleri ayıklamakla ödevlidir ve mahkemece sonsoruşturma yapılıp yapılmıyacağını tâyin edecektir. Yargılama makamı olduğundan savcı mütalâası ile elbet bağlı tutulamaz. Suç tipini ve kanun maddesini göstermek ise, sadece işin hangi mahkemeye gideceğini tâyin zorunluğu ile yapılmış geçici bir etiketleme işleminden başka bir şey değildir (No. 454, 456). Mahkeme de mahkûmiyet hükmünde madde gösteriyor ve savcının iddiası ile bağlı değil. Mahkemenin yaptığı işe itham veya isnat diyebilir miyiz?

İlksoruşturmadaki yargılamanın yargılama oluşu hâkim tarafından yapılmasından değil, fakat yargılama makamınca iddia ve müdafaa makamlarının iştiraki ile yapılmasından ve sonunda gerektiğinde uyumsuzluğu dolayısı ile yargılayan bir karar verilmesinden ileri gelmektedir (No. 72, 145).

2. Normallik.

Normallik (*normalità*), müşahhas muhakeme bünyesinde de, mücerret muhakemede olduğu gibi, önsoruşturmanın ilksoruşturma ile tamamlanmasının olağanüstü bir durum sayılmamasıdır. Bir diğer söyleyişle, uygunluk prensibi gereğince ilksoruşturmadan vazgeçilmesi, muhakeme bünyesinin önsoruşturma adlı safhasının basitleşmesi mânâsına gelmektedir. Fakat bu basitleşmeyi bir istisna saymak da doğru değildir. Çünkü önsoruşturmaların pek çoğu kısasoruşturma ile, hatâ başlangıç soruşturması ile sona ermektedir.³⁴⁹⁹

II. Özellikler.

İlksoruşturmadaki yargılamanın, genel yargılamanın özelliklerine sahip bulunması, yani mecburî ve devamlı olması gerektiği açıktır. Bu demektir ki sorgu hâkimi talepnameyi alınca yani kamu dâvası açılınca, dâvayı kabule şayan gördüğü takdirde, yargılamanın ilerlemesine engel yoksa, yetkili olduğu yargılama işlemlerini yapacaktır (No. 71). Kanun bu durumu ilksoruşturmanın açılmasından önce ve sonra olmak üzere iki kısımda düzenlemiştir:

1. İlksoruşturma açılmadan önce.

Sorgu hâkimine talepnameyi reddedip ilksoruşturmayı açmamak yetkisi verilmiştir. Bu ilk ayıklama sonunda, zamandan ve emekten tasarruf sağlayan “talepnamenin reddi kararı”nın sebeplerinin (No. 450) bazıları dâvanın reddi veya düşmesi sebepleridir, bazıları yetkisizlik sebepleridir, bazıları da sonsoruşturmanın açılmaması kararı verilmesini gerektiren sebeplerdir. Bu sonuncu sebepler olunca yargılama yapılmış ve sonunda ileriki safhaya geçmemeye gerektiren ve uyumsuzluğu dolayısı ile yargılayan bir karar verilmiş gibi olmaktadır.

2. İlksoruşturma açıldıktan sonra.

Talepnameyi kabul ettikten ve ilksoruşturmanın açılmasına karar verdikten sonra da sorgu hâkimi: a) yargılama yetkisi olmadığını görürse, en geniş mânâsı ile yetkisizlik kararı³⁵⁰⁰ vererek (No. 185), b) Muhakemenin durması, dâvanın düşmesi ve reddi sebepleri olduğunu görürse, muhakemenin durması, dâvanın düşmesi veya reddi kararı vererek yargılama görevini yapmıyabilir (No. 71).

448. İLKSORUŞTURMANIN MAKAMLARI.

I. Makamlar.

Tam bir şekillenmeden sonra doğan muhakemenin çocukluk devresi olan ilksoruşturma, kolektif bir faaliyet olduğuna ve iddia, müdafaa ve yargılama görevlerinden meydana geldiğine göre (No. 446), bu görevleri yapacak organlara ihtiyaç duyulduka, şu makamlar yaratılmıştır:

1. İddia makamı.

İlksoruşturmada faaliyette bulunan iddia makamı, toplumsal ve ferdi olmak üzere iki çeşittir (No. 96). Bu devrede savcı toplum adına iddia görevini yaptığı gibi, ferde de katılma veya şahsî dâva yolları

³⁴⁹⁹ Normal olup olmamanın, istisna veya kaide olup olmamadan ayrı olduğunu kabul etmeyen *Tosun-* ilksoruşturmayı istisna saymaktadır (II, 91).

³⁵⁰⁰ Uygulamada meselâ “soruşturmanın 3005 numaralı kanuna göre yapılması gerektiğinden, dosyanın savcılığa verilmesine karar” verilmekte idi (1. CD 4/12/78 YKD 79, 1063) ki bu da sorgu hâkiminin yetkisizlik kararından başka bir şey değildi.

ile iddia görevi yapma yetkisi verilmiştir. Kamu dâvasını, ilksoruşturma istemekle açan (No. 449) savcıdır. Şahsî dâva dilekçesi üzerine duruşma açılması kararı verilmeden önce yapılan soruşturma da bir çeşit ilksoruşturma olduğundan şahsî dâva dilekçesi de bir çeşit taleptir (No. 115).

2. Savunma makamı.

İlksoruşturmada müdafaa makamının da faaliyeti görülmektedir. Sanık sorgusu sırasında kendisini bizzat müdafaa edebileceği gibi, bizzat veya müdafî vasıtası ile ilksoruşturma sırasında belli işlemlerin yapılmasını isteyerek, sonuç çıkarma bölümünde mütalâa beyan ederek ve kararlara karşı konun yollarına başvurarak müdafaa görevi yapabilir.

3. Yargılama makamı.

İlksoruşturmada en önemli olan muhakeme makamı, yargılama makamıdır. İlksoruşturmadaki yargılama faaliyeti (No. 447, 454, 456) çeşitli olduğundan, bunların hepsinin aynı makama bırakılıp bırakılmıyacağı bir mesele olarak ortaya çıkabilir. Bunların içinde en önemlisi de sonuç çıkaran makamın soruşturma yapan makam olup olmaması meselesidir.

a) Açma görevi.

Açma görevi, kanunumuza göre sorgu hâkimliğindedir. Burada, dâvanın açılması ile ilksoruşturmanın açılmasının ayrı şeyler olduğuna dikkat edilmelidir.

b) Delil toplama görevi.

Dellil toplama görevi de sorgu hâkimliğine verilmişti. Bu makamı sorgu hâkimi tek başına işgal ettiğinden, kanunda ve tatbikatta, ilksoruşturmayı sorgu hâkiminin yaptığından bahsedilmekteydi (CMUK 177).

Kanunumuz, ilksoruşturmayı kolaylaştırmak, muhakeme masraflarını azaltmak gayesi ile, istisna olarak, sulh hâkimliğine de delil toplamak görevini vermişti.

c) Sonuç çıkarma görevi.

Sonuç çıkarma görevi konusunda üç sistem vardır: (1) Delil toplayan ve sonuç çıkaran makamların aynı olması, (2) Delil toplayan hâkimin sonuç çıkaran kurula katılması, (3) Delil toplayan ve sonuç çıkaran makamların ayrı olması.

Birinci sistem 1958 de Fransa'da kabul edilmiştir. 1959 da yürürlüğe giren yeni Fransız Kanunu kabahatlerde ve cünhalarda bu sistemi muhafaza etmiştir. 1930 tarihli İtalyan Kanununda da bu sistem carîdir. Bizim kanunumuz mehaza uygun olarak ayırma sistemini kabul ettiği halde, her yerde sorgu hâkiminden ayrı karar hâkimi bulundurmamak imkânı olmadığı gerekçesi ile geçici bir madde ile, karar hâkimleri tâyin edilinceye kadar bu görevi sorgu hâkiminin yapması kabul edilmişti. 1936 tâdilinde karar hâkimleri büsbütün kaldırıldı ve karar hâkimlerine ait görevlerin bir kısmı, bu arada, sonuç çıkarma görevi Almanya'daki gibi esas mahkemeye verilecek yerde, sorgu hâkimine verildi.

İkinci sistem 1808 tarihli Fransız Kanununda kabul edilmişti. Tatbikatta mahzurları görüldü. Diğer üyeler, soruşturmaya yapmış olan sorgu hâkiminin tesiri altında kalıyorlardı. Bunun için Fransa 1858 de bu sistemi terketmek ve birinci sistemi kabul etmek zorunda kaldı. Fakat Belçika'da bu sistem şikâyetlere yol açmadan uygulanmakta devam etmektedir.

Üçüncü sistem, delil toplama ve sonuç çıkarma görevlerini ayrı şahıslara³⁵⁰¹ vermektedir. Anglosaksonlarda bu sistem caridir. Mehaz Alman Kanunu da delil toplama görevini sorgu hâkimine ve karar verme görevini mahkemeye vermek suretiyle bu sistemi kabul etmişti. Almanya'da bu sistem 1975'e kadar carî idi.³⁵⁰² Fransa, 1959 dan beri ağırcevalı işlerde bu sisteme çok yakın bir sistem kabul etmiştir: İlksoruşturmada birinci dereceyi oluşturan yargılama makamı, yani sorgu hâkimi veya

³⁵⁰¹ Ayrı hâkim demişzcesine, *Tosun*, İngiltere'de ayrılık yoktur demektedir (II, 97).

³⁵⁰² 1975'ten sonra sonuç çıkarma işini yine mahkeme yapmaktadır (No. 445). Bizim 1929 da mehazdan ayrılarak kabul ettiğimiz fakat uygulayamadığımız karar hâkimliği sistemini bugün Almanya'da isteyenler vardır (*Hermann*: The german criminal system: The trial phase, in AIDP: Nouvelles Etudes Penales, No. 2, 1981, p. 68). Fakat bu mesele, amacı aşılıyor diye 1965 reformunda ele alınmamıştır (*Barosio*, 238).

soruşturma dairesi (*Chambre d'instruction*), sorsoruşturma açılması için yeterli şüphe sebepleri (*charges*) bulunduğu ve suçun cürüm olduğu kanaatine varırsa, istinaf mahkemesi yanında bulunan ve ilksoruşturmada ikinci derece oluşturan “itham dairesi”ne (*Chambre d'accusation*) dosyayı gönderir ve kararı bu daire verir (CPFF 10/12/85 tarihli kanunla değişik m. 181). Bizde de özel kanunlarda ayırma sisteminin kabul edildiği vardır. Meselâ Memur Muhakemesi Kanununa göre soruşturmayı yapan başkadır, sonuç çıkaran yine başkadır (No. 81).

Bizce, en doğru sistem üçüncüsüdür. Birinci sistem mahzurludur³⁵⁰³, zira delilleri toplayan kimse, yaptığı soruşturmanın tesiri altında kalır. Gerçekten soruşturmanın seyri esnasında verdiği kararı sorgu hâkiminin sonradan değiştirmesi psikolojik bakımdan çok güçtür. Netekim ilksoruşturma yapan hâkimin sorsoruşturma yapamaması, bunun için kabul edilmişti (No. 182). Bir başka hâkim, toplanan delilleri daha serinkanlılıkla değerlendirebilir. İkinci sistem de mahzurludur, zira, Fransa’da görüldüğü gibi, kurulun sorgu hâkiminin tesiri altında kalması büyük bir ihtimal dahilindedir. En iyisi, delilleri toplayan ve kararı veren şahısların tamamen ayrı olmasıdır. Bu sistem daha isabetli karar verilmesini sağlar.³⁵⁰⁴ Gerçi son zamanlarda, suçlunun şahsiyetini tanıma lüzumu dolayısı ile, ilk ve sorsoruşturmanın aynı hâkim tarafından yapılmasını ve klâsik tezdin ayrılınmasını müdafaa edenler varsa da³⁵⁰⁵, sorsoruşturma hâkimin şahsiyeti tanınmasına engel yoktur.

II. Kanun yolu.

Yargılama makamı kararlarında hata olabilir. Bu hataları gidermenin çaresi kanunyolları kabul etmektir. Kanunumuz, sorgu hâkimlerinin kararlarına karşı kaide olarak itiraz yolunu kabul etmişti (CMUK 297).³⁵⁰⁶

449. İLKSORUŞTURMANIN İSTENMESİ VE AÇILMASI.

I. Talepname.

İlksoruşturmanın istenilmesi, talepname (No. 435) ile olur. Talepname hâkime kamu dâvası açma, hem ilksoruşturma isteme demektir. Kamu dâvası açma yetkisi kaide olarak savcıya ait olduğundan ilksoruşturma isteği de böylece savcıdan gelmektedir. Ancak, sanığın da ilksoruşturma yapılmasını istemekte menfaati vardır. Bir kere, dâva açılınca, doğrudan doğruya mahkemeye gidip sanık sandalyasına oturmakansa, gizli yapılan ilksoruşturma sonunda “sorsoruşturmanın açılmaması kararı” ile kurtulmak elbet sanığın çok lehinedir. Diğer taraftan, müdafaanın hazırlanması için de ilksoruşturmaya ihtiyaç olabilir. Sorsoruşturma safhasına geçildikten yani iş açığa vurulduktan sonra, bazı delillerin toplanması büyük güçlükler arzedebilir. İşte bunun içindir ki savcı iddianame ile dâva açtığı zaman, sanığa ilksoruşturma istemek yetkisi verilmelidir. Netekim mehz kanuna uygun olarak bizim kanunumuz da ilk şeklinde sanığa bu *hakkı* vermişti (CMUK 194). 1936 tâdilinde, “sanığa bu hakkın tanınması işleri uzatıyor, bir faydası yok” denilerek, sanığın bu yetkisi geri alındı.³⁵⁰⁷

II. İlksoruşturmanın açılması kararı.

İlksoruşturmanın açılması, sorgu hâkiminin kararı ile olur. Savcı talepname verip ilksoruşturmanın yapılmasını istediğinde, sorgu hâkiminin ilk yapacağı iş, ilksoruşturmanın açılıp açılmıyacağı hakkında bir karar vermek olacaktır.³⁵⁰⁸ Sorgu hâkimi savcının talebini kabul ederse ilksoruşturmanın açılması kararı (No. 451), etmezse talepnamenin reddi kararı (No. 450) verecektir.

³⁵⁰³ *Tosun*, vasıtasızlık ve çabukluk sebepleriyle bu sistemi tercih etmektedir (II, 98).

³⁵⁰⁴ *Taner*, 261.

³⁵⁰⁵ *Ancel (Marc)*: La défense sociale nouvelle, 1954, s. 140.

³⁵⁰⁶ Sorgu hâkimlerinin bazı kararlarının tasdik ile tekemmül etmesini öngören CMUK 124 maddenin 2. fıkrası 1973’te pek isabetli olarak kaldırılmıştı.

³⁵⁰⁷ 1936-3006 nmaralı Kanunun Hükümet Gerekçesine bakınız (m. 176).

³⁵⁰⁸ Nazi rejimi, mehz kanun sistemini 1932’de değiştirmiş, sorgu hâkiminin yetkilerini azaltıp iddia makamınınkileri çoğaltarak, sorgu hâkimini talepnameyi kabule mecbur tutmuştu. 1950 de eski sisteme dönmüştü.

450. TALEPNAMENİN REDDİ KARARI.

I. Kararı veren makam.

Kanunumuza göre talepnamenin reddi kararını kaide olarak sorgu hâkimi verir. İtiraz mercii, kabul halinde esasa karar verdiğinden (CMUK 302/2) (No. 521), ilksoruşturmanın açılması kararına muhalefet veya (acele) itiraz edildikte, muhalefet veya itiraz mercii de kanun yolu muhakemesi sonunda talepnamenin reddi kararı verebilecektir.

II. Talepnamenin reddi sebepleri.

Kanunumuza göre sorgu hâkimi dört grup sebepten birine dayanarak talepnameyi reddedebilirdi. Bu sebepler kanunda sınırlı olarak sayılmıştı (CMUK 173):

1. *Mahkemenin (kişi veya yer yönünden) yetkili olmaması.*

Mahkemeden maksat, sorgu hâkiminin yanında bulunduğu mahkeme veya mahkemelerdi.

2. *Kamu dâvasının kabule şayan olmaması.*

Bu sebep, daha doğrusu sebepler grubundan maksat, a) muhakeme şartlarının gerçekleşmemiş olması, b) talepnameye muhakeme hukuku müeyyidesi gerektiren bir aykırılık bulunması halleri idi.

3. *Eylemin³⁵⁰⁹ cezayı gerektirmemesi.*

Bu gruptaki sebepler³⁵¹⁰ iki talî grupta mütalâa olunabilirdi: a) fiilin suç teşkil etmemesi, b) fiilin suç teşkil etmesine rağmen failin cezalandırılmaması (No. 41). Meselâ zamanaşımı (mülga TCK 102).

4. *İşin ilksoruşturmaya tâbi olmaması.*

Maksat, ilksoruşturmanın yapılamamasıdır. Meselâ işin sulh mahkemesinin yetkisine girdiğinin anlaşılması halinde ilksoruşturma yapılamadığından (CMUK 171/3), talepnamesi reddedilirdi.

Talepnamenin reddi kararı kesin hale gelince, fiilin cezayı gerektirmemesi, kamu dâvasının kabule şayan olmaması sebebine dayanıyorsa, yeni olay veya yeni delil olmadıkça kamu dâvası da yeniden açılmamalıydı.

451. İLKSORUŞTURMANIN AÇILMASI KARARI.

I. İlksoruşturmanın açılması kararı.

Kanunumuza göre talapnamenin reddi sebepleri yoksa, sorgu hâkimi “ilksoruşturmanın açılması kararı” verirdi. Bu karar üzerine, ilksoruşturmadan önce sanık sorguya çekilmiş olsa bile, yeniden sorguya çekilir ve bu münasebetle bu karar kendisine bildirilirdi (CMUK 185).

İlksoruşturma açma kararını vermeden önce sorgu hâkimi sanığı dinleyebilirdi (No. 449). Dinlenmiş olup olmamasına göre, ilksoruşturmanın açılması kararına karşı sanığın yapacağı işlemler farklı makamları harekete geçirirdi. Her iki halde de iki ayrı hâkime meramını anlatabilme imkânının sanığa sağlanması istenildiği için biri muhalefet, diğeri acele itiraz olmak üzere iki kanun yolu tanınmıştı.

II. Kanun yolu.

1. *Muhalefet (Einwand).*

Sorgu hâkimi sanığı dinlemeden ilksoruşturmanın açılması kararı vermişse, sanığa iki defa meramını hâkime anlatma imkânı sorgunun başında bu kararın bildirilmesi ile ilk defa başlayacak demektir. Bunun

³⁵⁰⁹ Kanunda suç denilmiş ise de bununla kasdolunan eylem (fiil) olduğu açıktı. Netekim mehzaz kanunda eylem tâbiri vardı.

³⁵¹⁰ Talepnamenin reddi kararı, eylemin suç teşkil etmemesi veya muhakemenin devamına engel olmayan bir sorumsuzluk hali bulunması sebebine dayanıyorsa, esası çözdüğünden, uyumsuzluğu doğrudan doğruya yargılayan bir beraat kararı niteliğindedir (No. 145). *Karağülmez* (sh. 126) Çin Halk Cumhuriyetinde de «iddianamenin reddi» kurumunun mevcut bulunduğunu ve bu kararın; delil yetersiz ise, ek soruşturma yapılması gerektiği anlaşılırsa ve yasada öngörülen suç için ceza zorunlu değil ise verilebileceğini belirtmektedir.

birincisine muhalefet, ikincisine itiraz adı verilmişti. Ortada sorgu hâkimini bir kararı olduğuna³⁵¹¹ ve bu kararın hatalı olduğu iddia edildiğine göre, “muhalefet”in bir “kanun yolu” olduğunda (No. 510) şüphe yoktu. Bu kanun yolu da maddî ve hukukî kısımlar birlikte ele alındığından ve hâkimlik makamı kararı söz konusu olduğundan “temyiz” olmayıp, “geniş mânâda itiraz”dı (No. 515). Ancak kanunumuz itiraz tâbirini dar mânâda kullandığından ve itiraz makamlarının kararlarının kesin olduğunu kabul ettiğinden (CMUK 303), bu birinci kanun yoluna itiraz adı verilemezdi. Sanığa birinci kanun yolundan sonra ikinci kanun yoluna da açık tutulabilmek için birinci kanun yoluna itiraz denilmemiş, muhalefet adı verilmişti. Geniş mânâda itiraz olan muhalefetin dâr mânâda itirazdan farkı, muhalefet dâvasını çözen makamın verdiği karara karşı kanun yolunun açık olmasından ibaretti (No. 515).

Kanunumuzda muhalefet dâvasının nasıl görüleceği hakkında da sarahat yoktu. Kanaatımızca itiraz muhakemesi hakkındaki hükümler kıyas yolu ile uygulanmalı idi (No. 521).

Muhalefet dâvası ile ortaya çıkan uyuşmazlığı çözecek olan makam, muhalefeti ya kabul edecek ya etmiyecektir: a) Kabul ederse, açılma kararını kaldırıp “talepnamenin reddi kararı” verecektir. Kanunda bu makamın bu halde ne karar vereceği yazılı değildir. Karara muhalefet kanun yolu olduğundan, genel hükümler kıyas yolu ile uygulanmalı ve makam, esas hakkında da bir karar vermelidir (No. 521). b) Kabul etmezse, “muhalefetin reddi kararı” verecektir. Muhalefet dâvasını çözen makamın verdiği talepnamenin reddi kararına karşı acele itiraz yolu vardır (No. 450). Merci, ağırceza mahkemesidir (CMUK 299) (No. 519). Muhalefetin reddi kararına karşı; bu karar (kişi ve yer yönlerinden) yetkisizlik iddiasının (No. 450) reddi sebebine dayanıyorsa, acele itiraz edilebilir. Diğer iddiaların reddi sebebine dayanan “muhalefetin reddi” kararına karşı kanun yolu kabul edilmemişti (CMUK 175).

2. Acele itiraz.

İlksoruşturmanın açılması kararından önce sanık dinlenmişse, talepnamenin reddedilmesi hakkındaki görüşlerini bildirme imkânına malik olmuş demektir. Buna rağmen sorgu hâkimi ilksoruşturmanın açılması kararı vermişse, sanık ancak ikinci hakkını, yani itiraz hakkını kullanabilecektir (CMUK 175/1). Zira bir kimseye ancak hâkime meramını anlatmak imkânı tanındığından, bu kimsenin elinde ancak bir hâkime daha meramını anlatma imkânı kalmıştır.

Sorgu hâkiminin sanığı dinleyerek verdiği “ilksoruşturmanın açılması kararı”na karşı kabul edilen itiraz kanun yolu, “acele itiraz”dır. Bu da muhalefetin reddi kararına karşı kanun yolunda olduğu gibi, sadece bir tek sebeple kabul edilmiştir. O da sanığın (kişi ve yer yönlerinden) yetkisizlik iddiasının (No. 450), daha doğrusu talî dâvasının reddedilmesi halidir. Sanık önce dinlenerek verilen ilksoruşturmanın açılması kararına karşı, başka sebebe dayanılarak kanun yoluna gidilemez (CMUK 175/1).

452. DELİL TOPLAMA BÖLÜMÜ.

I. Güvence.

Sorgu hâkiminin topladığı “delil”, kolluğun veya savcılığın topladıklarına nazaran daha güven verici idi. Gerçi burada, ilerde mahkemenin sübut konusunda karar verirken kullanacağı vasıta olan gerçek delil söz konusu değildi. Fakat ne de olsa bir yargılama makamının bir uyuşmazlığı (burada sonsoruşturmanın açılması konusunda çıktığı kabul olunan uyuşmazlığı) çözmede kullandığı bir vasıta vardı.

“Delil toplama” (tahkik) bölümü, ilksoruşturmanın en göze çarpan faaliyetini teşkil ettiğinden, ilksoruşturma deyince bu bölüm akla gelirdi. Aslında en önemli faaliyet, toplanmış olan delillerden sonuç çıkarma idi (No. 453).

II. Tamlık.

İlksoruşturma, sonsoruşturmayı hazırlamak gayesi ile yapılan tam bir soruşturma olduğundan (No. 447) delil toplama tam olacak, sonsoruşturma safhasına hiç bir “tahkik” işi bırakılmıyacaktır.

³⁵¹¹ Muhalefet adlı kanun yolu, ancak verilmiş olan bir karara karşı bahis konusu olurdu. Sorgu hâkimi bir karar vermeden sanığı dinlediği sırada sanığın, talepnamenin reddi sebeplerini ileri sürmesi meselâ yetkisizlikten bahsetmesi, doktrinde bir muhalefet şekli olarak kabul edilmesine (*Kantar*, 192; *Taner*, 166) rağmen, kanun yolu olan muhalefet değildir.

Kanunumuza göre, daha önce yapılmış işlemlerde sadece sorgunun tekrarı gerekiyordu (CMUK 185). Sanık evvelce³⁵¹² sorguya çekilmiş olsa bile ilksoruşturmada tekrar sorguya çekilecektir (CMUK 135). Ancak sanık gaip ise, sorguya çekilmeden lehinde bir karar verilebilir (No. 65).

III. Delillerin toplanması.

Delillerin tam olarak toplanması, emekten ve zamandan kazanmak için iki tâli bölümde yapıldı. Gerçekten sorsoruşturmayı hazırlamak gayesine varmak, ancak sorsoruşturmaya yer görülmesi halinde söz konusu olabilir. Sorsoruşturmaya yer görülmüyorsa, sorsoruşturmayı hazır hale getirmek için daha fazla çalışmaya lüzum kalmazdı.

a) Soruşturmanın yapılması.

Kanunumuza göre sorgu hâkimi ilk önce, sorsoruşturma safhasına geçmeğe lüzum olup olmadığını tâyin için soruşturma yaptı. Kanun bunu “sorsoruşturma açılmasına veya muhakemenin men’ine karar verebilmeğe müsait derecede bütün delillerin toplanması” diye ifade etmişti (CMUK 183). Neticede sanığın cezayı gerektiren bir suç işlediği zannını veren yeter sebepler bulunduğu kanaatinin hâsıl olması halinde sorsoruşturmanın açılmasına yer vardır (CMUK 196), aksi halde yoktur der ve bu ikinci halde, sorsoruşturmanın açılmamasına karar verirdi (CMUK 197).

Sorgu hâkimi, sorsoruşturma sonunda “sanığın cezayı gerektiren suç işlediği zanını verecek” yeterlikte delil var veya yok diyebilme için lüzumlu gördüğü ölçüde delil toplamak mecburiyetinde idi (CMUK 183). Meselâ sorsoruşturmanın açılması lüzumu hakkındaki kanaata varmak için bütün tanıkların dinlenmesine ihtiyaç yoktu.

b) Delil toplama devam edilmesi.

Sorsoruşturmanın açılması lüzumuna kanaat getirdikten sonra sorgu hâkimi ikinci tâli bölüme geçirdi. Bu talî bölüm kanunda açıklanmış değildi. Ancak, sorsoruşturma açılmasını haklı gösterecek duruma geldikten sonra dahi sorgu hâkimi delil toplama faaliyetine devam edecektir³⁵¹³, çünkü sorsoruşturmanın hazırlanması bunu gerektirmektedir. Olayın muhtemel bütün hukukî tavsiflerinin gerektirdiği bütün deliller toplanmalı ve mahkemeye delil toplama işi bırakılmamalı idi. Olayın muhtemel hukukî tavsiflerini ilgilendirmeyen delillerin toplanmasına elbet lüzum yoktu. Hâkim, bir hadde gelince, bir yeterlik hükmü verecek ve diğer delilleri fazla ve lüzumsuz görecektir ve onları toplamayacaktır. İtalyan kanununda “sorgu hâkimi sadece soruşturmanın seyrine ve toplanan bilgilere göre hakikatın araştırılması için zarurî görülen bütün delilleri toplamağa mecburdur” denilmekle (CPPI 299), ifade edilmek istenen de budur.

IV. Delil toplama planı.

Sorgu hâkimi delil toplama işini, her olayın özelliğine göre çizdiği plâna göre yaptı. Taraflar da isteklerde bulunabilirlerdi. İstekler haklı sebeplerle reddolunabilirdi (CMUK 238/3) (No. 476). Kabulü mecburî olanlar da vardı (CMUK 183/2). İsteklerin bir karara bağlanması mecburîdir. Red kararlarına karşı, 183. maddedeki mecburiyete dayanılarak itiraz olunabilirdi.³⁵¹⁴

Sorgunun delil toplama bölümü başında yapılmasını kanun mecburî kılmamıştı. Soruşturma açılması kararına karşı sanığın muhalefet ve itiraz hakları bulunduğu ve bu karar kendisine tebliğ edilmeyip 185. madde gereğince sorgu sırasında bildirildiğine göre, delil toplama bölümünde ilk yapılacak işlem,

³⁵¹² Maksat hazırlık soruşturmasındaki sorgudur. Sorsoruşturma yapılmış ve hatalı bir bozma ile (No. 74.2; 83.4) ilksoruşturma açma gerekmişse, elbet yeniden sorgu gerekmez (*Kunter*: Üniversite ilksoruşturması ve memur muhakemesi sistemimiz, İHFM 1976, sayı 1-2).

³⁵¹³ *Kunter*: 187; *Taner*, 270; k-m: *Tosun*, kanunun yazılışına bakarak bazı delillerin toplanabileceği görüşündedir (II, 89). Bunların duruşma hazırlığında hattâ duruşmada toplanması mümkündür. Fakat niye mahkemeleri ilksoruşturmada geçen işlerde dahi bunlarla uğraştırmalı.

³⁵¹⁴ Bu kararlar arasında bir ayırım yapmadan ilk iki basıda kanun yolu bulunduğu, sonraki iki basıda bulunmadığı mütalâasında idik. 5. basıda her iki mütlânın da haklı tarafı olduğunu görerek bir ayırım yaptık. 183/2’deki hallerde yani duruşmadan önce kaybolacağından korkulan veya sanığın müdaafası için (yani sorsoruşturmaya geçilmemesi için) gerekli olan deliller reddolunursa, itiraz yolu vardır diyoruz. Gerçekten kanun burada bir mecburiyet kabul etmiştir ve buna uymamanın denetimi gerekir. Bunlar öyle delillerdir ki “duruşma hazırlığında veya duruşmada istesin” demek mümkün değildir, çünkü iş işten geçecek, ya sorsoruşturma açılacak yahut deliller kaybolup gidecektir.

kaide olarak, sorgu olmalıdır. Böylece muhalefet veya itiraz üzerine taleptenmenin reddine karar verildiğinde sorgu hâkiminin emekleri boşa gitmemiş, zaman kaybedilmemiş olur. Gerekirse sanığın bir kere daha sorguya çekilebileceği şüphesizdir.

V. Dosyanın gizliliğinin sona erdiği an.

İlksoruşturmanın gayesinin elde edildiği (CMUK 190) yani ilksoruşturmada bütün delillerin toplandığı kanısına sorgu hâkimi vardığı zaman, delil toplama işi bitmiş demektir. Delil toplama, bir diğer söyleyişle, “tahkik” ilksoruşturmanın en özlü kısmını teşkil ettiğinden, pratik olarak, ilksoruşturmanın da bittiği söylenebilirdi.³⁵¹⁵ Netekim kanunumuz, ilksoruşturmada dosyanın gizliliğinin sona ermesi anı olarak, yapacak tahkik işlemi kalmaması anını ilksoruşturmanın neticelenmesi diye ifade etmişti (CMUK 143) (No. 30.6). Yer yönünden yetkisizlik dâvaları bakımından da durum aynı idi (CMUK 15) (No. 207).

453. SONUÇ ÇIKARMA BÖLÜMÜ: TARAF MÜTALÂALARININ ALINMASI.

I. Ara soruşturma.

İlksoruşturmanın sonuç çıkarma bölümü, teminat bakımından en önemli bölümü olup, mehz kanunda, ilksoruşturma devresi ile sonsoruşturma devresi arasında ayrı bir devre imişçesine düzenlenmiş ve “arasoruşturma” anlamına “*Zwischenverfahren*” diye adlandırılmıştır. Kanunumuzun “muhakeme usulü” başlıklı ikinci kitabının “ilksoruşturma” başlıklı üçüncü faslında sadece delil toplamanın düzenlenmiş olması, dördüncü faslın, sanki ilksoruşturmadan apayrı şeymiş gibi, “sonsoruşturmanın açılması kararı” başlığını taşıması ve bu kararı, kanunun ilk şeklinde, sorgu hâkiminin değil, karar hâkiminin vermesinin kabul edilmiş bulunması bu nedenledir. Yine bu nedenledir ki Almanlar 1975 de ilksoruşturmayı kaldırdıklarında sadece üçüncü faslı ilga etmişlerdir. Bizim dördüncü faslı da ilga edişimizin yanlışlığı buradan kaynaklanmaktadır.

Kanun, ilk şeklinde ilksoruşturmayı yapanla ondan sonuç çıkarmanın farklı olmasını kabul etmiş ve bu ikinci işi karar hâkimine vermişti.³⁵¹⁶ Ancak karar hâkimliğini kurma işi zaman alacağından, sonuç çıkarma işi, geçici A maddesi ile o zamana kadar sorgu hâkimine bırakılmıştı. Bu bırakış, karar hâkimliği kurulamıyınca 1936 da geçicilikten çıkıp sürekli hale getirildi ve böylece ilksoruşturmadan sonuç çıkarma işi de bizde ilksoruşturmanın devamı gibi kabul edilerek onun bir devresi sayıldı.³⁵¹⁷

Mukayeseli Hukuk araştırmaları da göstermiştir ki önsoruşturmadan sonsoruşturmaya geçişi düzenlemek için yapılan ara muhakeme devresi, mahkeme önüne sanık olarak çıkmayı hâkimlerin elemesine bağlı tuttuğu için sanık bakımından bir teminat oluşturmaktadır.³⁵¹⁸

³⁵¹⁵ Delil toplama bitince ilksoruşturmanın bittiğinin söylenmesinin sebebi, Almanların bizim “ilksoruşturma” dediğimiz iki bölümde ele almaları olduğuna ve ilk bölüme de bizde ilksoruşturma denildiğine göre, bundan sonraki işlemlerin, özellikle karar verme işlerinin ilksoruşturma sayılmayacağı tezi (*Önder*: İlk tahkikatın sonu ve bunun neticeleri, AdD 61, 434), bizim sistemimize uymamaktadır. Biz ilksoruşturmayı bütün olarak aldığımızdan, Almanlar gibi arasoruşturma (No. 445) diye ilksoruşturmadan ayrı bir devre kabul etmemiz gerekmektedir.

³⁵¹⁶ Kararı verenin ilksoruşturmayı yapan olmaması, tesir altında kalmasını önlediğinden, fazladan bir teminatı. Ama yapan olması da teminatsızlık sayılmayabilirdi. Neitekim bugün Almanya’da aramuhakemede sonsoruşturma açılmasına karar verenin sonsoruşturma yapmasını da teminatsız görmüyor ve Roxin’in karşı görüşünü (*Yenisey*’den naklen, I. n. 611) benimsemiyoruz. Aynı durum, meselâ madde yönünden yetkisizlik veya tutuklama kararı veren mahkeme bakımından da söz konusudur ve biz bu durumları da geçici bir tavsif yapıldığı, sadece şüphenin kuvveti konusunda karar verdiği gerekçesiyle esas hakkında oy açıklama durumu görmüyor ve dolayısı ile teminatsızlık saymıyoruz (No. 183.I ve 193.I). Nitekim duruşmanın başında bu karar değil, iddianame okunmaktadır (StPO 243, III).

³⁵¹⁷ Mantık da bunu gerektirirdi. Sonuç çıkarması olmayan bir muhakeme devresi düşünülemezdi. Almanların sonuç çıkarmayı ilksoruşturmadan ayırması, muhakeme hukukunun 1877 kanunu yapılırken fazla gelişmemiş olmasından ileri geliyordu. Netekim bu kanun hazırlık soruşturmasını da ayrı bir devre olarak düzenlemiş değildi.

³⁵¹⁸ *Pradel* (J) (RIDP 1985, s. 39), 1982 yılında Nato’da toplanan ve önsoruşturmayı inceleyen milletlerarası sempozyuma sunduğu genel raporunda, Federal Almanya’da, İspanya’da, komünist rejimli Devletlerde sonsoruşturma başında yapılan arasoruşturma veya aramuhakeme denilen bölümün ikinci bir teminat oluşturduğunu belirtmekte ve onu Anglomerikan hukukunda sulh hâkiminin, fransız hukukunda ve ondan esinlenen hukuklarda itham dairesinin önsoruşturma sonunda hâkim kararı ile sonsoruşturma açılmasına karar vermesine benzetmekte, arasoruşturmanın önsoruşturmanın son devresi mi, yoksa sonsoruşturmanın ilk devresi mi olduğunun tartışılmalı olduğunu eklemektedir.

Sonuç çıkarma, hüküm verme olduğundan, bunun da mütalâa ve karar olarak iki çeşidi bulunduğu (No. 22, 23), sonuç çıkarma bölümünün de 1) taraf mütalâalarının alınması ve 2) karar verilmesi talî bölümlerinden oluşacağı açıktır. Kanunumuzun, 1985 de ilksoruşturma ile birlikte ilga edinceye kadar sonuç çıkarmayı düzenleyişini şöyle özetleyebiliriz:

II. Görüşlerin alınması.

Sorgu hâkimi delil toplama işinin bittiği kanısına varınca (No. 452) ilk mütalâyayı ferdi iddia makamından yani varsa kamu dâvasına katılıandan isterdi. Katılanın mütalâaları da savcıninkiler gibi dört çeşit olabilirdi.

III. Savcının görüşünün alınması.

Sorgu hâkimi, ikinci olarak, toplumsal iddia makamının mütalâasını alırdı. Bunun için dosyayı savcılığa gönderecek ve savcı da mütalâasını en geç 7 gün içinde bildirirdi (CMUK 191/1, 2).

Tarafların mütalâalarına istek de denir, zira taraflar mütalâalarında şu veya bu şekilde bir karar verilmesini isterler. Savcının ilksoruşturma sonundaki mütalâaları da istektir. Bunlardan sadece bir tanesine kanun iddia adını vermişti.³⁵¹⁹ Bu da sonsoruşturmanın açılmasını isteme şeklinde kendisini gösteren mütalâa idi.

Savcı dosyayı inceleyerek şu dört mütalâadan birine varırdı:

1) Daha bazı deliller toplanmalıdır. Bu takdirde savcı ek soruşturma yapılmasını isteyecektir (CMUK 190).

2) Sonsoruşturma açılmalıdır. Savcı bu mütalâyaya varınca sonsoruşturmanın açılmasını ister. Bu isteğe kanun iddia dediğinden bu isteği ihtiva eden belgeye de iddianame denilmiştir (CMUK 194).

3) Sonsoruşturma açılmamalıdır. Bu mütalâa da sonsoruşturmanın durması kararının istenilmesi şeklinde tecelli eder.

Sonsoruşturmanın açılması mütalâasından gayrısında gerekçe gösterme mecburî olmadığı gibi bunların sanığa bildirilmesi de kabul edilmemişti. Yalnız “iddianame” gerekçeli olur ve sanığa tebliğ edilirdi (CMUK 191/3, 193).

Savcının istememesine rağmen, sorgu hâkimi sonradan ek soruşturmaya lüzum görebilirdi.³⁵²⁰

V. Savunmanın görüşünün alınması.

İddia makamının mütalâasından sonra, eğer ek soruşturma yoluna gidilmemişse, sıra müdafâanın mütalâasına gelecektir.

Kanunumuza göre, savcının iddianamesinin suretini sorgu hâkimi sanığa tebliğ eder ve bazı delillerin toplanmasını isteyip istemediğini yahut sonsoruşturmanın açılması iddiasına karşı diyeceği olup olmadığını³⁵²¹ üç gün içinde bildirmeğe sanığı davet eylerdi.³⁵²² Sanığın istekleri hakkında sorgu hâkimi kesin karar verirdi (No. 433).

VI. Soruşturmanın genişletilmesi.

Sanığın bazı delillerin toplanması isteğini sorgu hâkiminin kabul etmesi, ilksoruşturmayı genişletmesi (CMUK 195/1) bir diğer söyleyişle de ilksoruşturmadan ek soruşturmaya geçmesi

³⁵¹⁹ CMUK 191. maddede bütün mütalâalara idida denilmesi hatalı idi. Mehzaz kanunda istek tâbiri vardı. Netekim 201. maddede de istek (talep) denilmiştir.

³⁵²⁰ k-m: *Önder*: İlk tahkikatın sonu ve bunun neticeleri, AdD 61, 435.

³⁵²¹ CMUK 194. maddede “sorusuşturma açılmasına muhalefet edip etmemek” tâbiri varsa da muhalefeti bir kanun yolu olarak kabul ettiğimizden (No. 511), burada kullanamıyoruz. İlk 4 basıda karşıgelme demiştik. Karşıgelmeyi artık ceza kararnamesindeki itiraz (*opposition*) mânâsına kullanıyoruz (No. 428).

³⁵²² Bu davet yapılmadığı takdirde, verilen sonsoruşturmanın açılması kararı mutlak butlan (No. 289) ile müeyyidelendirmelidir ki sorgu hâkimleri bu dâveti yapmağa mecbur tutulsun. Hiç bir müeyyide kabul edilmediği de vardır (4. CD 24/1/46, Sİ 46, 31).

demektir. Bu karara itiraz olunamazdı (CMUK 195/2). Ek soruşturma bitince, iddia makamından başlanarak, yeniden mütalâalar istenmesi gerekirdi.

454. KARARLAR.

I. İsnat konusunda sonuç çıkarılması.

İlksoruşturma devresinin sonuç çıkarma bölümünün son faaliyetleri, soruşturma işlemlerinden isnat konusunda sonuç çıkarmaya ilişkin olanlardır.

İlksoruşturma, önsoruşturmanın son devresi olduğundan, çıkarılacak sonuç, aynı zamanda önsoruşturmanın da sonucudur ve ön soruşturmanın ortaya çıkmasına sebep olan ihtiyaçlara cevap vermek zorundadır. Önsoruşturma, sonsoruşturmanın iyice hazırlanması ve zayıf isnatların elenmesi gayesi ile yapıldığından (No. 409) ve bu gayeye isnadı açıkça belirtme görevi ile varıldığından (No. 410), ilksoruşturmanın sonucu, isnat zayıfsa sonsoruşturma safhasına geçmemek, aksi takdirde isnadı açıkça belirtmek şeklinde olacaktır. İsnadın zayıf görülmemesi, isnadın, en az orta kuvvette (= kuvvetlice) olduğunu gösterir. İşin mahkemeye götürülecek kuvvette (No. 456) olması, isnadın tartışılabilir bir tez mahiyetinde görülmesi demektir. Görülüyor ki sonuç, ancak iki şekilde olabilir: 1) Sonsoruşturmanın açılması, 2) Sonsoruşturmanın açılmaması. Eski kanun sisteminde muhakeme denince sonsoruşturma anlaşıldığından (No. 3), birinciye “lüzum-u muhakeme”, ikinciye “men’i muhakeme” denirdi.

Sonsoruşturma açılması kararı verilince derhal sonsoruşturmanın yapılmasına geçilmesi gerekirse de sadece sonsoruşturma bakımından aranan muhakeme şartlarının gerçekleşmediği de görülürse bu şartların gerçekleşme ihtimali de varsa, gerçekleşmeyi beklemek üzere, işi mahkeme önüne götürmenin durdurulması da gerekecektir (No. 42, 43). Bunun içindir ki sonsoruşturmanın açılması kararı verilmesinin talî bir çeşidi olarak sonsoruşturmanın açılmasının engel kalkıncaya kadar durdurulması mânâsına gelmek üzere, sonsoruşturmanın durması kararı da verilebilecektir. Böylece ilksoruşturma sonunda verilebilecek kararların ancak üç çeşit olabileceği görülmektedir³⁵²³: 1) Sonsoruşturmanın açılmaması kararı (No. 455), 2) Sonsoruşturmanın açılması kararı (No. 459), 3) Sonsoruşturmanın durması kararı (No. 457).

II. Yargısal karar.

Sonuç bir hüküm olduğundan ya mütalâa ya karar mahiyetini taşıyacaktır (No. 23, 24). İlksoruşturmadan sonucu çıkararak sorgu hâkimi, sonsoruşturmanın açılması veya açılmaması yolundaki hükmünü iddia ve müdafaa makamlarının mütalâalarını alarak verdiği için, ortada bir yargılama makamı hükmü, yani kazaî karar olduğu açıktır. Gerçekten, sonsoruşturma açılmaması kararı, uyuşmazlığı dolayısı ile yargılamaktadır (No. 146). Sonsoruşturmanın açılması kararı da ilerde mahkemece uyuşmazlığın yargılanmasını mümkün kıldığından, onu hazırlayan bir karar olarak, yine yargılama kararı idi. Dâva açıldıktan sonraki bu hazırlama soruşturmasını, mahkeme kendisi de yapabiliirdi. O zaman yargılama olacağına tereddüt edilmeyecek olan bu işin, mahkeme yerine bir başka yargılama makamı tarafından yapılması halinde yine yargılama faaliyeti olacağına tereddüt edilmemeli idi (No. 447, 456).

Sonsoruşturmanın açılması kararı, isnadın zayıf olmadığını, tarşılmağa değer olduğunu belirten, fakat tartışmaya girmeyen ve girmemesi gereken bir karar olduğundan, sanığı itham eden bir karar değildi. Bu kararı itham kararı kabul etmek, iddia makamı kararı, daha doğrusu mütalâası mahiyetinde kabul etmek, hâkimi taraf yapmak ve netice itibarıyla onun yargılama kararı mahiyetini inkâr etmek demek olur ki kabul edilemezdi (No. 456).

III. Fail ve fiil ile bağluluk.

Sorgu hâkiminin vereceği karar, taleplemede gösterilen eyleme ve sanığa inhisar ederdi (CMUK 150), sorgu hâkimi aynı sanık ve aynı eylem hakkında birden fazla karar veremezdi. Eylemin filân

³⁵²³ Düşme, her yönden yetkisizlik, ikisoruşturma bakımından durma gibi, ilksoruşturmanın sonunda verilmesi gerekli kararlardan olmayıp, ilksoruşturma açıldıktan sonra her zaman verilebilen kararlar, sadece ilksoruşturma sonunda, yani delil toplama bölümü bitince verilen kararlardan değildir (Kunter Sorgu hâkiminin verebileceği aslı kararları, İHFM. 1949, s. 942).

vasfından dolayı soruşturmanın açılmasına, falan vasfından dolayı da açılmamasına karar verilmesi yanlıştır. Çünkü vasfı soruşturma sonunda mahkeme tâyin edecektir. İlksoruşturmada aranan şey soruşturmaya geçme lüzumunu araştırmak, geçilecekse hangi mahkemeye gidileceğini bilmek üzere geçici bir vasıf belirtmektir (No. 456). Keza bir tek vasıftan dolayı soruşturma açılmaması da olmaz. Zira hâkimin bütün vasıfları gözönünde tutularak bir karar vermesi gerekmektedir.

455. SONSORUŞTURMANIN AÇILMAMASI KARARI.

I. Sebepler.

Soruşturma açılmasına yer görülmediğini belirten ve eski Kanunumuzda “men’i muhakme kararı” (No. 454)³⁵²⁴ denilen bu karar, maddî ve hukukî olmak üzere iki çeşit sebebe dayanabilir (CMUK 197). Sebeplerin farklılığı, aynı adı taşıyan kararın farklı mahiyette olmasına yol açar.

II. Maddî sebepler.

Maddî sebepler, maddî meseleye ilişkin olanlardır. İsnadın zayıf olduğu görülürse, mahkemeyi boşu boşuna yormamak için, soruşturmanın açılmamasına karar verilecektir (No. 454). Kanunumuza göre, soruşturmanın açılması için “sanığın cezayı mucip bir suç işlediği zannını verecek kâfi sebepler” görülmesi lâzımdı (CMUK 196). Bu demektir ki, sanık aleyhindeki deliller için mahkeme önüne götürülmesini haklı gösterecek yeterlikte değilse soruşturma açılmaması kararı ile, muhakemeye son verilecek ve uyuşmazlık dolayısı ile çözülmüş olacaktı (No. 146).

İlksoruşturma eleme mahiyetinde olduğuna ve soruşturmaya gitmeyecek işleri gideceklerden ayırmak için yapıldığına göre, soruşturmanın açılmaması kararı vermek, mevcut bütün delillere dayanarak soruşturmanın lüzumsuz olacağı yolunda bir ihtimal hükmü vermektir. Sorgu hâkimi için esasına girecek değildi. Onun içindir ki bu karar, beraat kararı mahiyetinde değildir. Netekim soruşturmanın açılması kararı da bir ihtimal hükmüdür ve mahkûmiyet kararından farklı olarak bellilik hükmü değildir (No. 456).

İhtimal hükmü vermek ve delillerin yetmez olduğunu söylemek, dolayısı ile delillerin takdiri demek olduğundan, sorgu hâkimi, delilleri takdir etmek zorundaydı.³⁵²⁵ Yaygın olan hatalı bir görüş, delilleri takdir etme yetkisini sorgu hâkimine tanımamaktaydı.³⁵²⁶ Bu ise ilksoruşturmanın eleme niteliğine, yani varoluşunun sebebine ters düşerdi. Bu görüşe göre, hemen her muhakemede delilleri mahkeme takdir etsin diye soruşturmaya geçileceğinden, ilksoruşturma boşu boşuna yapılan, zaman kaybettiren bir kurum olurdu. Sorgu hâkiminin şu veya bu muhakemede “delilerin yetmezliği hükmü” isabetsiz olabilirdi. Bunu belirtmek için delillerin ne için yeter olduğunu söylemek kâfidir ve sorgu hâkiminin delilleri takdir edemeyeceğini söylemeğe lüzum yoktu.³⁵²⁷

III. Hukukî sebepler.

³⁵²⁴ 197. madde başlığında “soruşturma açılmasına mahal olmadığı kararı” denildiği halde metinde “muhakemenin men’in”den söz edilmesi, eski sistemin hatalı bir kalıntısıdır. Zıddı soruşturmanın açılması kararı olduğuna göre, bu karara soruşturmanın açılmaması kararı demek yerinde olacaktır. *Erem* (s. 280) de bu tâbiri kullanmaktadır. Hatalı olarak, “muhakemenin önlenmesi”, “yargılamanın gereksizliği” denildiği de vardır (No. 81, not 55).

³⁵²⁵ *Alınak*: Kronik, İHFM. 74 (40), 795; CGK 15/5/38, 219-219.

³⁵²⁶ 6. CD 7/2/66, *Çağlayan* “66” II, 193; 4. CD 27/5/59, *Çağlayan* “66” II, 112; 5/3/58, *Çağlayan* “66” II, 212; 1. CD 16/11/65, *Çağlayan* “66” II, 195. Kanun “aleyhte hiçbir delil yoksa soruşturma açılmamasına karar verilir” deseydi, delillerin takdir yetkisinin sorgu hâkiminin verilmediği söylenebilirdi. Kanun aleyhte yeter delil varsa soruşturma açılacağını söylemekle, aleyhte delil olmakla beraber yetmez ise soruşturma açılmayacağını ifade etmiş ve böylece aleyhte delile rağmen soruşturma açılmamasını mümkün kılmıştır.

³⁵²⁷ Olağan kanun yoluna itiraz mercii, gerekiyorsa soruşturma da yaparak, “soruşturma açılması için yeter delil var” diyebilir. Olağanüstü temyizde ise Yargıtay, ancak dosyanın verdiği imkân ölçüsünde yaptığı hukukî denetim (No. 528) sonunda, yeter sebep varken, CMUK 197. maddenin uygulanmasını hatalı bulabilir (k-m: *Alınak*: Kronik, İHFM 74 (40), 800).

Hukuki sebepler hukukî meseleye ilişkin olanlardır. Bunlar da olayın suç tiplerinden birbirine girmemesi, failin cezalandırılmamasını gerektiren sebepler bulunması halleridir. Durma veya düşme sebepleri buradaki hukukî sebepler arasında değildir.³⁵²⁸

Hukukî sebeplere dayanan soruşturmanın açılmaması kararı, esasî çözüldüğünden, maddî sebeplere dayananlardan farklı olarak, uyuşmazlığı doğrudan doğruya yargılar ve beraat niteliğindedir (No. 145).

456. SONSORUŞTURMANIN AÇILMASI KARARI.

I. Yeterli şüphe.

İsnadın zayıf olmadığı sonucuna varılırsa, uyuşmazlığın esasının çözülmesi için işin mahkeme önüne götürülmesine yani soruşturmanın açılmasına karar verilecektir (No. 454). Eskiden lüzum'u muhakeme kararı denilen (No. 454) bu kararın verilmesi için, delil toplama işi de tamamlanmış olmalıdır (No. 452).

Mülga Kanunumuza göre, soruşturmanın açılması kararı sanığın cezayı gerektiren bir suç işlediği zannını verecek kâfi sebepler varsa (CMUK 196), yani o kimseye yapılan isnat yetersiz delillere dayanmayan, zayıf olmıyan bir isnat ise verilir. İtalyan Kanununun daha iyi ifadesi ile (CPPI 374), sanığı soruşturmaya sevk için aleyhinde yeter deliller varsa, soruşturmanın açılmasına karar verilecektir. Soruşturmanın açılmasına karar vermek için, mahkûmiyet kararından farklı olarak, ihtimal hükmü yetmektedir. Mahkûmiyet hükmünde ise bellilik (No. 326) aranmaktadır. Onun içindir ki buradaki delil yeterliği, mahkûmiyet bakımından değil, soruşturmaya gönderme bakımındandır.³⁵²⁹

II. Karar itham içermez.

Soruşturmanın açılması kararı, sadece iddianın zayıf olmayıp mahkeme önüne gidecek kadar kuvvetlice olduğu, aleyhte yeter deliller bulunduğunu belirten bir karardır. İddiayı benimseyen, sanığı suçlayan ve itham eden bir karar değildir. Bu karara itham kararı veya ithamname denilmesi³⁵³⁰ ve bu kararı veren makamlara, eski kanun zamanında olduğu gibi heyet-i ithamiye adı verilmesi³⁵³¹ doğru değildir. İtham ve isnat, taraf işidir, iddia makamının görevidir. Yargılama makamı olan sorgu hâkimi, isnatlar arasında eleme yapar, tartışılmağa değer olanları ayırır, fakat tartışmanın içine girmez. Kaldı ki dâva açıldıktan yani isnat yapıldıktan sonra ve eleme gayesi ile yapıldığı kabul edilen ilksoruşturmadan başka bir sonuç çıkarmağa mantık müsaade etmez (No. 447, 448, 454).

III. Delillerin takdir edilmesi.

Soruşturmayı açabilmek, yani aleyhte yeter delil olduğunu söyleyebilmek için sorgu hâkiminin delilleri takdir etmesi gerektiğinden (No. 455), aleyhte delil yetmediği zaman dahi, çok defa görüldüğü gibi, “delillerin takdiri mahkemeye aittir” denilerek soruşturma açılması kararı verilmesi kanuna aykırıdır. Bu hatalı hareketin bir zararı da çok kimseye ilksoruşturmanın lüzumsuz olduğu zannını vermesi olmuştur.

³⁵²⁸ Zira bu durumda verilecek karar durma veya düşme kararıdır. Ancak bu kararlar da muhakkak verilecek değildir. Eğer soruşturmanın açılmamasını gerektiren sebeplerden biri de varsa, sorgu hâkimi, düşme veya durma yerine, sanığın lehinde olan “soruşturmanın açılmaması kararı”nı vercektir (No. 43).

³⁵²⁹ *Carnelutti*: Lezioni, II, 191; Foschini, II/1, 133.

³⁵³⁰ *Erem*, n. 132, 397.

³⁵³¹ Ancak tahkik sistemine göre düzenlenen önsoruşturmada hâkimin verdiği soruşturma açılması kararı itham karardır. Çünkü bu sistemde savcı yoktur ve iddia görevini de hâkim yapmaktadır (No. 36). Diğer sistemlerde durum farklıdır. İtham sisteminde soruşturma açılması kararını veren büyük jüri sanığı itham etmemekte, soruşturmaya yer olduğunu söylemektedir. İngilizlerin Büyük Jürisini Fransızlar 1791 de alırlarken, o zamana kadar uyguladıkları tahkik sisteminin tesiri altında kalarak ve hatalı olarak itham jürisi (*Jury d'accusation*) adını verdiler. İşbirliği sisteminde de dâvayı açan ve isnadı yapan iddia makamıdır (No. 4.6). Savcının dâva açtıktan sonra, ilksoruşturma sonunda, soruşturmaya lüzum görmemesine rağmen, yargılama makamının lüzüm görmesi, hâkimin savcı yerine geçip itham etmesi demek değildir, fakat yargılama makamlarınca elkonulan işe mahkemenin bakması ve sonkararı onun vermesi gerektiğini belirtmesidir. Fransızların bugün dahi ağırcezalık işlerde soruşturma açan kararı veren kurula “itham Dairesi” (*Chambre d'Accusation*) demeleri, bizce eski tahkik sisteminin kalıntısıdır.

IV. Kararın içeriği.

İsnadı açıkça belirtmek görevi, her yönden yetki meselesinin çözülmesini ve olayın sınırlarının çizilmesini sağladığından (No. 410, 466), soruşturma açılması kararında:

1) Sanığın, suç teşkil ettiği talepname ile veya soruşturma iddianamesi ile iddia eden eyleminin ne olduğu³⁵³²,

2) Bu eylemin hangi suç tipine uymasının daha çok muhtemel görüldüğü, yani sorgu hâkimince nasıl tavsif edildiği,

3) Bu suç tipinin kanunun hangi maddesinde yer aldığı,

4) Duruşmanın hangi mahkemede yapılacağı gösterilir (CMUK 200)³⁵³³

Sorgu hâkiminin tavsifi geçicidir ve sadece işin hangi mahkemeye gideceğini göstermeğe yarar. Asıl tavsifi ilerde mahkeme yapacaktır. Bu nedenle sorgu hâkimi bir vasıftan soruşturma açmayıp başka vasıftan açmaya karar veremez (No. 454).

Dâvanın açılacağı mahkemenin her yönden³⁵³⁴ yetkili olması gerekirse de sorgu hâkimi ancak yanında bulunduğu mahkemede (No. 215) soruşturma açardı. Bu mahkeme yer yönünden yetkisizse, sorgu hâkimi de yer yönünden yetkisizlik kararı verirdi. Soruşturmanın Yargıtayda açılması gerekiyorsa, dosya savcılık vasıtasıyla merciine gönderilir (CMUK 202/2). Yücedivanda veya askerî mahkemede açılma gerekiyorsa kıyas yolu ile aynı şekilde hareket edilir. Bu hallerde sorgu hâkimi görev veya şahıs yönünden yetkisizlik kararı vermelidir (No. 211, 222).

Sorgu hâkimi, suçun vasfı bakımından işin Memur Muhakemesi Kanununa girdiğini görürse, görev yönünden yetkisizlik (No. 411) kararı verir. Ancak İdare Kurulu da daha önce yetkisizlik kararı vermişse, soruşturma açardı.³⁵³⁵

V. Kararın gerekçesi.

Her yargılama kararı gibi, soruşturmanın açılması kararı da gerekçeli olacaktır (No. 28). Ancak bu gerekçe, sanığı itham etmemeli, sübut bakımından karar veriyormuşçasına yazılmamalı, aleyhte delillerin soruşturmaya geçmek bakımından niçin yeter görüldüğünü belirtmelidir. Bu sebeple kanun soruşturmanın açılması kararında, ilksoruşturmada yapılan bütün işlemlerin birer birer anlatılmasına, meselâ tanıkların her birinin beyanlarının tekrarlanmasına veya özetlenmesine lüzum görmemişti.

VI. Delillerin dosyalanması.

İlksoruşturmanın delil toplama görevinin bir faydası da delil olabilecek şeylerin olmayacak şeylerden ayırılmasını, bir nevi eleme ve ayıklama yapılmasını sağlamak ise de (No. 410, 446), bunun için sorgu hâkimi ayrı bir işlem yapacak değildi.³⁵³⁶ Bunların dosyada bulunması yetiyordu.

³⁵³² CMUK 200. madde bu açıklığı tamamen vermiyordu. Yücedivan 20/7/1963 tarihli, 15/25 numaralı kararında, gösterilmesi gerektiği kanunda belirtilen “sanığa isnat olunan suçun neden ibaret olduğu”ndan maksadın, sanığın hangi olaylardan sorumlu tutulduğunu ve bu sorumluluğun kanunî vasfını belirtmek olduğunu ifade etmiştir.

³⁵³³ 1965 Alman reformuna göre savcı önce iddianame vermişse, sadece yetkili mahkeme gösterilecektir. Bundan maksat, mümkün olduğu kadar karar vereni itham edici duruma sokmamaktır (*Barosio*, 239).

³⁵³⁴ Kanunda “yetkili” (selâhiyetli) denilirken 1973 de “yetkili ve görevli” denmesi, yetkinin geniş yorumlanmasını güçleştirdiği için ibasetsizdir. Kaldı ki görev denilen “madde yönünden yetki” eskiden de hesaba katıldığından değişikliğe ihtiyaç yoktu. *Yurtcan* (Değişiklikler, 57) eklemeyi faydalı bulmakta, fakat bizi karşı görüşte göstermektedir. Bir bakımdan faydalı olan, diğer bakımdan zararlı ve netice olarak isabetsiz olamaz mı?

³⁵³⁵ CGK 7/10/68, İKİD 69, 6623; 24/5/65, *Çağlayan* “66” I, 103; 29/6/64 *Çağlayan* “66” I, 114; k-m: CGK 21/1/63 *Çağlayan* “66” I, 123.

³⁵³⁶ Bu elemeyi önce savcı yapacak, iddianamesinde delilleri de gösterecektir. Tabii bunlar, daha çok soruşturma açılmasını haklı gösteren ve dolayısı ile, aleyhte olan delillerdir. Müdafaa makamı ve mahkeme de dosyadan lehte olan delilleri çıkaracaktır. Tatbikatta bu ayıklama yapılmadığı için mahkeme dosyada adını gördüğü herkesi çağırıp dinlemektedir. Bir şey görmediğini ilksoruşturmada söyleyen tanığın mahkemede dinlenmesi, ilksoruşturmanın görevinin anlaşılmasından başka bir şey değildir ve soruşturmayı boşu boşuna uzatmaktadır.

Sonsoruşturmada başvurulabilecek deliller dahi, toplanmış olmalarına rağmen sonsoruşturmanın açılması kararında birer birer gösterilecek değildir (CMUK 200).

VII. Mahkemenin kabul etmeme kararı.

Gerekli hususları ihtiva etmeyen sonsoruşturmanın açılması kararı mahkemece kabul olunmamalıdır (No. 71, 291, 463).

457. SONSORUŞTURMANIN DURMASI KARARI.

I. Durma kararı.

Sonsoruşturmanın açılmaması kararı verilemeyecek her muhakemede sonsoruşturmanın açılmasına karar vermek ve bu karar üzerine de sonsoruşturma yapmak gerekecektir. Diğer taraftan sadece sonsoruşturma bakımından aranan bir muhakeme şartının gerçekleşmediği ve gerçekleşmesi ihtimali bulunduğu da görülebilir. Bu hallerde ilksoruşturma yapılabileceğinden, ilksoruşturma, durmayacak, sonuna kadar gelinerek, fakat sadece sonsoruşturmayı durduracak bir karar verilecektir. “Sonsoruşturmanın durması kararı”³⁵³⁷, görüldüğü üzere, sonsoruşturmanın açılması gerektiği fakat şartın gerçekleşmesi beklenilmek üzere açılmış olan sonsoruşturmanın durdurulduğu manâsına gelmektedir.

II. Sonsoruşturmanın açılması sebeplerinin bulunması.

Sonsoruşturmanın durması kararı verilmesi için, gerçekleşmemesi yalnız sonsoruşturma yapılmasına engel olan muhakeme şartlarının gerçekleşmesi, yani 1) sanığın gaip olması (No. 64) veya 2) suçu işledikten sonra akıl hastalığına tutulması (No. 63) yetmez. Fazla olarak, sonsoruşturmanın açılması sebeplerinin de bulunması lâzımdır. Sonsoruşturmaya geçilmeyecekse, gaip olan veya sonradan akıl hastalığına tutulan sanık hakkında sonsoruşturmanın açılmaması kararı verilecektir. Bu kimseler hakkında, ilksoruşturma sona ermeden önce de gerekiyorsa durma³⁵³⁸ veya düşme kararları (No. 452) verilebileceğinden şüphe yoktur.

III. Gaip.

Sonsoruşturmaya gönderilmesi gereken her gaip hakkında da sonsoruşturmanın durması kararı verilecek değildir, zira suçun cezası para cezası veya müsadere ise gaip hakkında da sonsoruşturma yapılması kabul edilmiştir (No. 64).

IV. Kararın geçiciliği.

Sonsoruşturmanın durması kararı mahiyeti itibariyle geçicidir. Engel kalkınca, sorgu yargıcı bu kararı kaldırır ve sanığı sorguya çektikten sonra sonuç çıkarma bölümüne yeniden başlayarak tarafların mütalâalarını alıp ilk defa veriyormuş gibi gereken kararı verir.³⁵³⁹

458. SONUÇ ÇIKARMADAN SONRA YAPILACAK İŞLEMLER.

I. İşlemlerin tasnifi.

İlksoruşturma sonunda sonuç çıkarılıp karar verildikten sonra yapılacak işlemleri iki grupta toplamak mümkündür:

³⁵³⁷ CMUK 198. maddede muvakketen tatilden yani geçici durmadan bahsolunuyorsa da bütün durmalar geçici olduğundan, sadece durma denilmelidir (No. 42). Nitekim CMUK 191. madde başlığında sadece “tatil” denilmiştir.

³⁵³⁸ İlksoruşturma bakımından da kabul edilmiş bir muhakeme şartı gerçekleşmemişse, meselâ maslahata uygunluk şartı yoksa (CMUK 149/1) (No. 51), verilecek olan durma kararı ilksoruşturmayı veya geniş olarak mahkemeyi durdurur. İlksoruşturmanın durması ile sonsoruşturmanın durması kararları birbirine karıştırılmamalıdır.

³⁵³⁹ Sonsoruşturmanın durması kararı kaldırılınca, sonsoruşturmayı açma kararının verilmesi mantiken gerekmede ise de karar otomatik olarak verilmemelidir. Arada geçen zaman zarfında durma, düşme sebepleri ortaya çıkmış, hukuk normları veya anlayışları değişmiş olabilir, evvelce mahkemeye gitmiş olsaydı mahkeme bu işlere bakmayacak mıydı diye ilksoruşturmada iken bu meseleleri çözmek, ilksoruşturmanın ayıklama görevine aykırı düşer. Diğer taraftan sanık akıl hastası veya gaip olduğundan evvelce sorgusu yapılamamış, mütalâası alınamamıştır. İmkân hasil olunca sorgu yapılmalı ve mütalâa alınmalıdır. Kanunda sonsoruşturmanın durmasını isteyen savcı mütalâalarının sanığa tabiliğinin kabul edilmemesinin bir sebebi de, bizce, durma kararlarının kaldırılmasından sonra savcının yeni baştan iddianame vereceğinin düşünülmüş olmasıdır.

1) İlksoruşturma sonunda verilen kararlar, ilgililere tebliğ olunur.

2) Sorsoruşturma açılmasına karar verilince dosya savcılığa gönderilir. Eğer savcı, “sorsoruşturma iddianamesi” vermemiş idiyse, sorgu yargıcının kararına uygun bir iddianame tanzim edecek ve dosyayı mahkemeye böyle gönderecekti (CMUK 201).³⁵⁴⁰ Burada iddianamenin bir üçüncü şekli karşımıza çıkmaktaydı. Bu da sorgu hâkimine verilen (No. 453) değil, mahkemeye verilen bir iddianameydi, fakat dâva açan iddianameden (No. 433) farklı olarak, açılmış olan dâva üzerine ilksoruşturma yapılan işlerde sorsoruşturma dolayısı ile mahkemeye dâvayı yürütmek için verilen iddianameydi. Kısaca *dâva yürüten iddianameydi*.

II. Fiillerden bazıları hakkında sorsoruşturma açmama.

Dâva yürüten iddianamenin üç faydasından 1936’dan sonra sadece biri kalmıştı.³⁵⁴¹ O da sorgu hâkiminin sorsoruşturma açma kararının iddianame veya ithamname gibi savcı işi olmadığını göstermesi idi.³⁵⁴² Diğer iki fayda 1936 da sanığa tebliğden vazgeçilmekle ortadan kalkmıştı.

Bugün Almanya’da olduğu gibi, iddianame üzerine, mahkemenin sorsoruşturma açma kararı vermesi durumunda, eylemlerden bazıları hakkında sorsoruşturma açılmamışsa veya eylemin ayrılabilen parçalarından bazıları hakkında açılmışsa, savcı karara uygun yeni bir iddianame düzenlemek zorundadır (StPO 207, III). Zira dâvacı odur. Bu yeni iddianame de bizce dâva yürüten iddianamenin bir çeşidini oluşturmaktadır.

III. Şüphenin kuvvet dereceleri.

En gelişmiş, en zengin muhakemeyi göz önünde tutan mücerret muhakeme şemasında, bizde 1985 değişikliğine kadar olduğu gibi, ilksoruşturma devresinin delil toplama da denilen soruşturma bölümü sonunda sıra sonuç çıkarma bölümüne gelince savcı mütalaasını bildirecektir. Bu yazılı mütalaa, sorsoruşturmanın açılması gerektiği şeklinde ise, yani bütün deliller toplanmışsa (No. 452) ve 1985 de ilksoruşturma ile birlikte yürürlükten kaldırılmış olan 196. maddenin tabiri ile *sanığın cezası gerektiren bir suç işlediği zannını verecek kafi sebepler varsa*³⁵⁴³ yani Alman kanununda karşılığı olup onların yürürlükten kaldırmadığı 203. maddelerinin tabiri ile *soruşturma sonuçlarına göre sanığın bir suç işlediği şüphesi kamu davasının açılmasını gerektirecek kadar kuvvetli ise* (ki bunun da anlamı, *sanığın mahkum olması ihtimalinin kuvvetli olduğunu gösteren şüphe sebepleri vardır*) (No. 141), *iddianame* adını alır (No. 453). Bu iddianame üzerine, yargılama makamı, sanığın da mütalaasını alarak, sorsoruşturmanın açılmasına veya açılmamasına karar verir (No. 454). Daha başlangıç soruşturması sonunda, savcı soruşturmanın açılmasını isteyecek duruma gelmiş olabilir. Bu taktirde, morfolojik uygunluk prensibi (No. 407) gereğince hem kısasoruşturma devresi hem de ilksoruşturmanın soruşturma bölümü atlanır ve savcı sorsoruşturmanın açılması gerektiği yolundaki mütalaasını, bir diğer söyleyişle iddianamesini yazar. Talepname nasıl savcının dava açması ve ilksoruşturma istemesi ise, iddianame de dava açması fakat sorsoruşturma açılmasını istemesi demektir. Nitekim ilksoruşturmayı 1975 de kaldırmış olan Almanya’da bugün de kanun *iddianame, sorsoruşturma açılması isteğini içerir* demektir (StPO 199, II).

IV. Sonuç çıkarma bölümü.

Bu iddianameden sonra tutulacak yol, mücerret muhakeme şemasında kaide olarak, ilksoruşturmanın sonuç çıkarma bölümünde olduğu gibi, sanığın da mütalaası alındıktan sonra yargılama makamınca bir

³⁵⁴⁰ CMUK 201. madde, kıyas yolu ile, sorsoruşturmanın açılması kararının Memur Muhakemesi Kanununa göre verildiği hallerde de uygulanmalıdır, zira burada da savcının evvelce verilmiş bir mütalâası yoktur (k-m: 4. CD 4/5/63, *Çağlayan* “66” II- 583. Bu kararda iddianame fuzulî sayılmaktadır).

³⁵⁴¹ Kanunî duruma baktığımızda, bu iddianamenin lüzumsuz hale geldiği mütalâasına varmıştık (1. bası, No. 458). Kanunun hatalı olduğunu görünce, bu müessesenin lüzumu üzerinde iskar etmeği uygun bulduk.

³⁵⁴² Bu göstermenin çok yararlı olduğu, fakat yine de çok kişinin görmediğini, Adalet Bakanlığının dahi, sorsoruşturma açma kararı vermenin savcılık işi olduğunu sanmasından ve 1985 değişikliğinde buna dayanmasından bir kere daha anlıyoruz.

¹ 1985 değişikliğinde, savcının eskiden talepname veya iddianame verebilmek için yaptığı isnatlar arasındaki farka dokunulmadığı, yani birincisinde *zayıf bir isnat yettiği* halde ikincisinde *kuvvetli bir isnada ihtiyaç olduğu* 163. Madde gerekçesinde belirtilmiştir. Biz bu nedenle, bugün kaldırılmış olan 196. Maddenin öngördüğü kuvvetli isnat ölçüsünün değişmediğini kabul ediyoruz.

karar verilmesidir. Nitekim Almanya'da bugün de savcının soruşturma açılmasını isteyen iddianamesi üzerine mahkeme, bizde 1985'e kadar sorgu hakiminin verdiği kararları vermektedir (StPO 201-212b) (No. 453). Bizim 1936'ya kadarki sistemimiz bu idi. İddianame, mahkemeye değil, ilksoruşturma sonunda karar verecek makama, yani karar hakimliğine veya sulh mahkemesinin yetkisine giren işlerde sulh hakimliğine veriliyordu. İddianame, *sonsoruşturma iddianamesi* idi. Ancak, işler çoğaldıkça karar verecek hakimlerin işini azaltmak için ve hâkim kararı ile mahkeme önüne gitmenin önemi gözden kaçırılarak, ağır olmayan suçlarda, başlangıç soruşturması sonunda davanın doğrudan doğruya mahkemede açılması, yani iddianamenin mahkemeye verilmesi ve buna dayanılarak soruşturma yapılması sistemi de bazı memleketlerde kabul edildi. Böylece soruşturma iddianamesinden farklı olan *dava açan iddianame* istisna olarak, ortaya çıktı. Bugün Fransa'da ağırcezalık olmayan işlerde iddianame ile dava açılabilen ve mahkemenin soruşturma açılması kararına ihtiyaç duyulmadan soruşturma yapılabilir (CPPF 531,388). Almanya'da savcı, ağırcezalık olmayan davalarda iş basit ve hemen karar vermeğe elverişli ise, bizdeki yıldırım muhakemesine benzeyen *hızlandırılmış muhakeme* isteyebilmekte ve soruşturma açılması kararına ihtiyaç duyulmadan duruşma yapılabilen, fakat mahkeme bu isteği her zaman reddedebilmektedir (StPO 417-420). Bizde de 1973'e kadar bu sistem³⁵⁴⁴ kabul edilmişti. İlksoruşturmanın, bütünü ile, istisna olarak atlanması, ancak suçların ağırcezalık olmaması şartı ile haklı görülebilirdi. Bu sebeple bu sistem ağır cezalı işlerde asla uygulanmazdı. Meğerki suçüstü yakalama gibi, teminat bakımından fazla tehlike teşkil etmeyen bir durum olsun. 1973'te bizde ağır cezalı suçlarda da ilksoruşturma ihtiyarı kılındı. Dolayısı ile, ilksoruşturmanın bütünü ile atlanmasının temel şartına aykırı olarak, ağır cezalı bir işte de iddianame ile dava açılması imkânı doğdu. Artık önümüzde bizimkine benzeyen benzer sistemlerde Fransa ve Almanya örnekleri de yoktur. Esaslara³⁵⁴⁵ aykırı düşen bu yolda, korkarız, tek başımızayız. Buna bir çare düşünmeliydik. **Ya tekrar (sh.836-840 yazılacak)**

V. (eski 434) Dava açan iddianame yerine geçen belge. @9.Bası sh. 840-841 Yazılacak

VI. (eski 435) Talepname. @9.Bası sh. 841 Yazılacak

V. (eski 436). Suç isnadı ile kısa soruşturmaya geçiş. @9.Bası sh. 841 Yazılacak

Ceza muhakemesinin ilk evresi olan soruşturma evresinin üçüncü aşaması, kanunda açıkça adı belli edilmiş olmayan *arasoruşturma* aşamasıdır. Bu aşama iddianamenin düzenlenmesi ile başlar ve kabul veya iade edilmesi ile son bulur.

66. § ARA SORUŞTURMA: İDDİANAMENİN DÜZENLENMESİ, KABUL VEYA İADE EDİLMESİ

458-1. Suç isnadı suretiyle ara soruşturmaya geçiş. 458-2. İddianamenin düzenlenmesi. 458-3. İddianamenin iadesi.

² Almanya'da son soruşturmanın açılması kararına lüzum duyulmadan davanın iddianame ile açılması ve işin soruşturma safhasına geçilmesi 1942 de nazi rejiminin tesiri ile kabul edilmişti. Ancak bu hallerde başkan veya mahkeme, sanığın duruşma sonunda mahkum olmayacağı kat'i surette anlaşılıyorsa, soruşturma yapmayabiliyordu. 1950 de eskisine benzer bir sistem kabul edildi. Buna göre, sulh mahkemelerinde yıldırım muhakemesi hariç, savcı ilksoruşturma yapılsın yapılmasın iddianamesini mahkemeye vermekte fakat mahkeme, soruşturmaya başlamadan önce, karar hakimi gibi hareket ederek, gerekirse ilksoruşturmanın açılmamasına karar vermekte idi. 1975 reformunda bu esas değişmedi. Bugün de mahkeme, dava açıldı diye hemen soruşturmaya geçmemekte, arasoruşturma dedikleri, bizim ilksoruşturmada sonuç çıkarma dediğimiz işlemleri yapmakta, eskiden sorgu hakiminin yaptığı gibi, iddianameyi sanığa göndererek başka delil toplanmasını isteyip istemediğini sormakta ve soruşturmanın açılmasına karşı diyecekleri varsa bildirmesini istemekte, kendiliğinden de delil araştırabilmekte ve sonunda, şartları varsa, soruşturmanın açılmasına karar vermektedir (*Hünerfeld*: La phase preparatoire du proces penal en RFA. RIDP 85, s. 138). Her halde soruşturmaya geçiş ancak mahkeme kararı ile mümkün olabilmektedir.

¹ AKBK, 17/9/87 tarihli R(87) 18 numaralı tavsiye kararında, soruşturmadan önce ilksoruşturmanın yararlı olacağına yargılama makamlarının karar vermesi gerektiğini, ancak yararlı olmadığına karar vermesi halinde soruşturma yapılması için mahkemeye gidilebileceğini belirtmiştir (III. a. 4 ve 5). Bu da gösteriyor ki bugünkü sistemimiz, metinde belirttiğimiz esasları tekrarlayan tavsiye kararına da ters düşmektedir.

458-1. SUÇ İSNADI SURETİYLE ARA SORUŞTURMAYA GEÇİŞ.

“Ara soruşturma” iddianamenin düzenlenmesi ile, kabul edilmesi arasındaki süreçtir. Ceza muhakemesinin ilk evresi olan soruşturma evresinin üçüncü aşaması, kanunda açıkça adı belli edilmiş olmayan „ara soruşturma aşamasıdır“.

Soruşturma evresinde toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda „yeterli şüphe“ oluşturuyorsa (yani, mahkum olma ihtimali ağır basarsa), C. savcısı iddianame düzenler (CMK 170/2). İddianame düzenlenebilmesi için Kanun “yeterli şüphe” bulunmasını öngörmüştür. Yeterli şüphe, toplanan hukuka uygun delillerin mahkumiyet olasılığını %51’i geçecek şekilde veya Alman doktrininde kabul edildiği şekliyle %90’a varacak derecede olası olarak göstermesi gerekir.

Düzenlenen iddianamenin CMK 170’e uygun olması ve CMK 174 uyarınca iade edilmemesi için, soruşturma evresinde yapılması gereken bütün araştırma ve soruşturma işlemlerinin, yukarıda belirttiğimiz oranda mahkumiyet olasılığını ortaya koyacak biçimde delillendirmiş olması gerekir.

İddianame görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenir. İddianamede “şüphelinin” kimliği, müdafii, maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği, bunların vekili veya kanuni temsilcisi, muhbir, şikayetçinin kimliği, yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri, suçun işlendiği yer, tarih, zaman dilimi ve suçun delilleri gösterilir (CMK 170/3).

İddianamede suç oluşturulan olayların mevcut delillerle bağlantılarının açıklanması gerekir (CMK 170/4).

İddianamenin sonuç kısmında şüphelinin lehine olan hususların da yer alması (CMK 170/5), önemli bir yeniliktir. Burada talep edilen ceza veya güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesi isteniyorsa, bunların açıkça belirtilmesi gerekir (CMK 170/6).

En zengin, en gelişmiş muhakemelere göre çizilen mücerret muhakeme şemasındaki muhakemenin üç evresinden birincisi olan önsoruşturmanın üçüncü ve sonuncu aşamasında “ilksoruşturma”dır.

İlksoruşturma hakkındaki açıklamalar için, aşağıda 1.10 numaralı bahse bakınız.

458-2. İDDİANAMENİN DÜZENLENMESİ.

I. “İddianame” kavramı.

Ceza Muhakemesi Kanunu, iki evreli muhakeme şeması kabul etti: soruşturma evresi ve kovuşturma evresi. Soruşturma evresi, suç isnadı yapılanaya kadar “başlangıç soruşturması”, suç isnadı yapıldıktan sonra da, „kısa soruşturma“ diye adlandırılmalıdır. İddianamenin düzenlenmesinden, kabul veya iade edilmesine kadar geçen süre ise, bizce mülga ilksoruşturmanın son bölümü olan, sonsoruşturmanın açılması kararı benzeri olan, “ara soruşturma“ niteliğindedir.³⁵⁴⁶

İddianame³⁵⁴⁷ iddia makamının “yazılı”³⁵⁴⁸ iddiasıdır. Soruşturma evresi sonunda, toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa, Cumhuriyet savcısı bir iddianame düzenler (CMK 170/2). Yargılama makamı bu „taslak“ iddianame³⁵⁴⁹ üzerine sanığın da mütalâasını almalı ve

³⁵⁴⁶ Yurtcan (2007, 410), 1985 yılında ilksoruşturmanın kaldırılmasının, hazırlık soruşturmasının sonunda kişileri hakim garantisiz olmadan sanık sandelyesine oturttuğu için, sakıncalı olduğunu belirtmekle birlikte, ilksoruşturmaya tekrar dönmeyi teklif etmemektedir. Alman kanunundaki Ara Soruşturma aşamasının uygun bir yöntem olduğunu açıklamakta ve sistemin nasıl işlediğini anlatmaktadır.

³⁵⁴⁷ İlksoruşturma kaldırıldığı için “sonsoruşturma iddianamesi” ve “dava yürüten iddianame” tipleri de kalkmıştır. Bugün yürürlükteki sistemimiz sadece “dava açan iddianame”yi kabul etmiştir (CMK 170).

³⁵⁴⁸ Bazen “sözlü” iddia da yapılabiliyordu (CMUK 259). İlk defa duruşmada ortaya çıkan başka suç için, sözlü dava açmayı CMK düzenlemedi. Mahkemeye sadece duruşma sırasında işlenen suçun tesbit etme, tutanağını yetkili makama gönderme ve hatta faili tutuklama yetkisi de verildi (CMK 205).

³⁵⁴⁹ En gelişmiş, en zengin muhakemeyi gözönünde tutan mücerret muhakeme şemasında, bizde 1985 değişikliğine kadar olduğu gibi, ilksoruşturma aşamasının delil toplama da denilen soruşturma bölümü sonunda sıra sonuç çıkarma bölümüne gelince savcı mütalâasını bildirirdi. Bu yazılı mütalâa, sonsoruşturmanın açılması gerektiği şeklinde ise, yani bütün deliller toplanmışsa ve 1985 de ilksoruşturma ile birlikte yürürlükten kaldırılmış olan mülga CMUK 196. maddenin tâbiri ile “sanığın

ondan sonra kovuşturmanın açılmasına veya açılmamasına karar vermelidir. Kanun bu aşamada sanığın mütalaasının alınmasını öngörmemiş (CMK 175) ve C. savcısının düzenlediği iddianame ile kamu davasının açılmasını da kabul etmemiş, iddianamenin kabulü kararı ile dava açılmasını benimsemiştir (CMK 175). Böyle bir düzenleme sistemi karıştırmıştır: Cumhuriyet savcısı taslak iddianamede “şüpheli” adını taşıyan kişiden bahsedecek, bu iddianame kabul edilince, artık yenisi düzenlenmeyeceği için, öyle kalacak, suçlanan kişiye “sanık” sıfatı verilmeyecektir.

Başlangıç soruşturmasının sonunda, savcı kovuşturma evresinin açılmasını isteyecek duruma gelmiş olabilir. Bu takdirde, morfolojik uygunluk prensibi gereğince, kısa soruşturma aşaması atlanarak, savcı iddianamesini yazar.³⁵⁵⁰

II. İddianamenin düzenlenmesi.

Soruşturma evresinde toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda *yeterli şüphe* (yani, mahkûm olma ihtimali ağır basarsa) oluşturuyorsa, C. savcısı iddianame düzenler (CMK 170/2).

İddianame görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenir. İddianamede “şüphelinin” kimliği, müdafii, maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği, bunların vekili veya kanuni temsilcisi, muhbir, şikayetçinin kimliği, yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri, suçun işlendiği yer, tarih, zaman dilimi ve suçun delilleri gösterilir (CMK 170/3).

İddianamede suçu oluşturan olayların mevcut delillerle bağlantılarının açıklanması gerekir (CMK 170/4).

İddianamenin sonuç kısmında şüphelinin lehine olan hususların da yer alması (CMK 170/5), önemli bir yeniliktir. Burada talep edilen ceza veya güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesi isteniyorsa, bunların açıkça belirtilmesi gerekir (CMK 170/6).³⁵⁵¹

III. Dâva açan iddianame yerine geçen belgeler.

1. Ceza Kararnamesi.

cezayı gerektiren bir suç işlediği zannını verecek kâfi sebepler varsa”, yani Alman kanununda karşılığı olup, onların yürürlükten kaldırmadığı 203. maddelerinin tâbiri ile “soruşturma sonuçlarına göre sanığın bir suç işlediği şüphesi kamu dâvasını açılmasını gerektirecek kadar kuvvetli ise” -ki bunun da anlamı “sanığın mahkûm olması ihtimalinin kuvvetli olduğunu gösteren şüphe sebepleri varsa”dır “iddianame” adını alır. 1985 değişikliğinde, savcının eskiden talepname veya iddianame verebilmek için yaptığı isnatlar arasındaki farka dokunulmadığı, yani birincisinde “zayıf bir isnat yettiği” halde ikincisinde “kuvvetli bir isnada ihtiyaç olduğunu” CMUK 163. madde gerekçesinde belirtilmiştir. Biz bu nedenle, bugün kaldırılmış olan 196. maddenin öngörüldüğü kuvvetli isnat ölçüsünün değişmediğini kabul ediyoruz. Yani Kanuna göre de mevcut delillere göre şüpheli veya sanığın mahkûm olma ihtimali beraat ihtimaline ağır basıyorsa kamu davası için yeterli şüphe var demektir (CMK 172) (*Özbek* 2005, 733). Savcının kamu davasının açılması konusunda takdir yetkisine karşı (CMK 173) yargısal denetim yolu yoktur (*Özbek* 2005, 737).

³⁵⁵⁰ Talepname savcının dâva açması ve ilksoruşturma istemesi anlamına geliyordu. İddianame de dâva açması fakat sonsoruşturma açılmasını istemesi olarak düzenlemeli idi. Netekim ilksoruşturmayı 1975 de kaldırmış olan Almanya’da bugün de kanun “iddianame, sonsoruşturma açılması isteğini içerir” demektir (StPO 199, II).

³⁵⁵¹ Mülga CMK İddianamede şu hususları arıyordu: a) Sanığın açık kimliği, b) İsnat olunan suçun (doğrusu suç teşkil ettiği sanılan eylemin) neden ibaret olduğu, c) Suçun kanunî unsurları, ç) Uygulanması gereken kanun maddeleri, d) Deliller, e) Duruşmanın yapılacağı mahkeme ve hazırlık soruşturmasının esaslı sonuçları gösterilecektir (CMUK “1985-3206” 163/2 ve 3). Sanıkların eylemleri konusunda yeterli açıklık taşımayan iddianameye dayanarak karar verilmesi bozmayı gerektirir (4. CD. 11.3.98 E. 98/1323, K. 98/2150; YKD Mart 1999, 408). Sulhlük işlerde, morfolojik uygunluk prensibi gereği, iddianame daha kısa tutulmuştur: a) Sanığın açık kimliğinin, b) Uygulanması gereken kanun maddesinin ve c) Esaslı delillerin gösterilmesi yetecektir (CMUK “1985-3206” 163/4). 1985 den önce sulhlük işlerdeki iddianame, muhteva bakımından, kaide olarak, sadece hazırlık soruşturmasının esaslı sonuçlarının yazılabilmesi noktasında diğerlerinden ayrılıyordu (CMUK 193). Kabahat suçundaki istisna (CMUK 205) bir dereceye kadar haklı görülebilirdi. Şimdi cürümlerden dolayı da sulh mahkemesinde dâva açan iddianamede eylemin, suç unsurlarının ve delillerin gösterilmemesini haklı görmeğe imkân yoktur. İddianame düzenlenmesi zamanaşımını keser. 8. CD. 29.6.95 (E. 1995/9135, K. 1995/10354): Köy merasına el atma suçu temadi suçlardan olup, iddianame düzenlenmesi ile hukukî kesintiye uğrayacağı ve bu tarihten sonra aynı yerin kullanılması ile yeni bir suç oluşacağı gözetilmelidir.

Kabahatlerde ayrı bir dilekçe verilmesi gerekmektedir. Kabahatlerde düzenlenen “idari yaptırım kararına” (KK 25) karşı “başvuru yolu” açmak için düzenlenen “başvuru dilekçesi” (KK 27/3), “dava açan iddianame yerine geçen belge” sayılır.³⁵⁵²

2. Kolluk tutanakları.

Kolluğun başlangıç soruşturmasındaki araştırması, bazan dâva açılması için yeterli görülebilir. İşin basitliği ve isbatın kolaylığı yüzünden dâvanın derhal açılması mümkün olabilir. Savcılarının işini azaltmak için bu işlerde başlangıç soruşturmasından sonuç çıkarma ve dolayısı ile dâva açma yetkisinin idareye bırakıldığı da vardır. Bu hallerde savcının iddianamesine dahi lüzum yoktur. Araştırmayı yapan makamların düzenledikleri tutanakları doğrudan doğruya sulh mahkemelerine göndermeleri kabul edilmiştir. Bu takdirde bu tutanaklar ve bu müracaatlar iddianame yerine geçer.³⁵⁵³ Bir iki misal verelim:

a) Hafta Tatili Kanununa aykırı olarak dükkân açılması halinde kolluk memurları tutanak düzenler ve bunu doğruca sulh mahkemesine tevdi ederler (1924-396 m. 9³⁵⁵⁴).

b) Karayolları Trafik Kanununa göre, yetkili kişilerce idarî olmadığı için adli diyebileceğimiz trafik suçlarında düzenlenen suç tutanakları trafik mahkemesine gönderilir (KTK “1988-3493” 114).

3. Görevsizlik kararı.

Uygulamada mahkemeler tarafından verilen görevsizlik kararları, görevli mahkeme açısından “iddianame yerine geçen belge” olarak nitelendirilmektedir.

IV. İddianamenin verileceği makam.

Her savcı ancak yanında olduğu veya yanında durumunda bulunduğu mahkemede kamu davası açabilir.

V. İddianame düzenlenmeden önce şüphelinin ifadesinin alınması sorunu.

Kanun kamu davasının açılmasından önce Savcıya ifade alma mecburiyeti yüklememiştir (CMK 153/2). Ancak, bizce Savcı, kamu davasını açmadan önce şüphelinin ifadesini almalıdır. Bu, savunma hakkı ve eksiksiz araştırma yapılması (CMK 160) bakımından çok önemlidir. Bu nedenle, “suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen iddianamenin” iade edileceğine dair hüküm (CMK “2005-5353” 174/1b) ileri sürülerek, şüphelinin ifadesi alınmadan dava açılmayacağını söylenebilir de Kanunumuz açık bir düzenleme içermemektedir.

Yargıtay’ın benimsediği görüşün aksine, bizce, savcı kamu davasını açmadan önce, şüphelinin ifadesini almalıdır. Bu, savunma hakkı ve eksiksiz araştırma yapılması (CMK 160) bakımından çok önemlidir. Ancak, yeni Kanunumuz da Savcıya bu mecburiyeti yüklememiştir (CMK 153/2). Bu nedenle, aleyhinde kamu dâvası açılan kişinin ifadesi alınmadan iddianame düzenlenmesine engel yoktur. Bununla beraber, kamu dâvasına yer gören savcının, sanığın ifadesini almadan, yani basit de olsa bir kısasoruşturma yapmadan iddianame düzenlememesinde yarar vardır. Zira lehteki delilleri ondan öğrenmesi, dâva açmamağa karar vermesi hem sanığı hem mahkemeyi yersiz bir iddianame ile açılan bir dâvadan kurtarması imkânsız değildir. Kaldı ki sanığın lehine olan hususları da araştırmakla ödevli olan savcının (CMK 160/2), şüpheliyi dinlemeden dâva açması, lehinde olan hususları ondan iyi

³⁵⁵² Mülga CMUK zamanında Savcı başlangıç soruşturmasından sonra isnadı çok kuvvetli bulduğu için CMK’nın kabul etmediği sulh hâkiminden ceza kararname ile, yani idarî mahiyette bir kararla, duruşma yapmaksızın ceza vermesini istediği zaman, sulh hâkimi duruşma yapılmamasını sakıncalı görebilir ve duruşma yapabilir (CMUK 387). Görülüyor ki burada savcının ceza kararname istiyen yazısı, iddianame yerine geçmekte, dâva açılmış sayılarak sulh mahkemesinde duruşma yapılabilmekte idi. Ceza kararname karşı gelindiğinde (kanunun hatalı tâbiri ile, itiraz edildiğinde) de ayrıca bir iddianame aranmıyordu.

³⁵⁵³ Bu hüküm dâva açmada asıl yetkili savcıdan bu yetkiyi almak, iddianame verilmesini yasaklamak gayesini gütmeyeceğinden bu hallerde iddianame ile dâva açılması mümkündür (k-m: 7. CD 19/11/66, RKD 11; 26/3/87 YKD 87/9 1417; CGK 27/11/72 RKD 73, 9).

³⁵⁵⁴ Madde 9 - (Değişik: 24/04/2003-4854/1 md.) İşbu kanunun ahkâmına muhalif olarak Pazar günleri açılan dükkan ve müessese, zabıta memurları tarafından kapatılmakla beraber keyfiyeti mübeyyin bir zabıt varakası tanzim edilerek belediye başkanlığına tevdi olunur. Bu baptaki zabıt varakaları aksi sabit oluncaya kadar mamulünbîh ve muteberdir.

bilecek kimse olamayacağına göre, eksik soruşturma ile dâva açması demek olacağından en azından iddianamenin reddedilmesini haklı gösterecek ölçüde kanuna aykırılık kabul edilmelidir.

Türk Hukukunda soruşturma evresinde ifade alma mecburiyeti kabul edilmemiştir.³⁵⁵⁵ Bu nedenle soruşturma evresinde ifadesi alınmış olmayan bir şüpheli hakkında iddianame düzenlenmesi mümkün gözükmemektedir. İddianamenin iadesini düzenleyen CMK “2005-5353”, 174/1-b maddede yapılan düzenleme ile, yorum yolu ile şüphelinin ifadesinin alınması mecburiyeti doğduğunu savunuyoruz. Ancak, bu konuda Yargıtay dairelerinin aynı görüşü paylaşmadığı belirtilmektedir.³⁵⁵⁶ Lehteki delilleri ondan öğrenmesi, dâva açmamağa karar vermesi hem sanığı hem mahkemeyi yersiz bir iddianame ile açılan bir davadan kurtarması imkânsız değildir. Kaldı ki sanığın lehine olan hususları da araştırmakla ödevli olan savcının (CMK 160/2), şüpheliyi dinlemeden dâva açması, lehinde olan hususları ondan iyi bilecek kimse olamayacağına göre, eksik soruşturma ile dâva açması demek olacağından en azından iddianamenin reddedilmesini haklı gösterecek ölçüde kanuna aykırılık kabul edilmelidir.³⁵⁵⁷

458-3. İDDİANAMENİN İADESİ.

I. İddianamenin iadesinin hukuki niteliği.

Adli-idari bir makam olan C. savcısının düzenlediği iddianamenin hâkim kontrolünden³⁵⁵⁸ geçmesi gerekir. Bu nedenle, Ceza Muhakemesi Kanunu “iddianamenin iadesi” kurumunu³⁵⁵⁹ kabul etmiştir (CMK “2005-5353” 174).

İddianameyi alan mahkemenin, işin başında, onun kovuşturmayla geçmeye elverişli olup olmadığını denetlemesi³⁵⁶⁰ gerekir.

II. İddianamenin iadesi kararı verilen haller.

CMK 170 uyarınca hazırlanan iddianamenin mahkemeye verilmesi ile, kamu davası açılmış olmaz. Mahkeme iddianameyi inceledikten sonra, bütün kararlarda olduğu gibi, aşağıdaki hususlardan bir veya birkaçını tesbit etmesi halinde, mahkeme *gerekçeli* olarak “iddianamenin iadesi kararı” verebilir³⁵⁶¹:

a) İddianame CMK 170 inci maddeye aykırı olarak düzenlenmiş, mesela, yeterli delil yokken iddianame hazırlanmışsa;

³⁵⁵⁵ Alman Hukukunda şüpheli hakkında kovuşturmayla yer olmadığına dair karar veremeyecekse, en geç araştırma işlemlerinin bittiğinin soruşturma dosyasına kaydedileceği ana kadar, şüphelinin ifadesinin alınması mecburiyeti vardır (StPO 163a/1). Basit suçlarda yazılı açıklamada bulunma fırsatının bulunması yeterlidir (StPO 163a/1, cü. 2).

³⁵⁵⁶ 11 CD, 20.10.2005, 2005/6429-10112, (www.adalet.org).

³⁵⁵⁷ İlksoruşturma kaldırıldıktan sonra bizde sanığın ifadesi alınmadan dâva açılması artık şart olmalıdır. Bu kadarlık bir teminatı olan esirgemeğe hakkımız yoktur. Şüphelinin hazırlık soruşturmasında ifadesinin alınmasının -iddianame verilecekse- mecburî olması ile iddianame düzenlemeden hemen önce, belki de ikinci defa, ifadesinin alınmasının mecburî olması birbirine karıştırılmamalıdır. Almanların 1965 de koyup 1975 de “işlemedi, yararından çok zararı oldu, işleri uzattı” diye kaldırdıkları, “*Schlussgehör*” dedikleri bu ikinci mecburiyettir. Almanlar birinci mecburiyete dokunmamışlardır (StPO 163a I). Kaldı ki ikinci mecburiyetin kaldırılışı da su götürür. Bir kere, bu kaldırmanın anlamı, yararlı olmanın her olayda mecburî kılmağı gerektirmemesi olup yasaklanması demek elbet değildir. Yine kaldı ki mecburî kılmamak, onlar arasoruşturmaya muhafaza ettiklerine yani sonsoruşturma açılması kararı ile sonsoruşturmaya geciktiklerine ve bu arada sanığı dinlediklerine göre İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı bir durum orada söz konusu olmayabilir. Arasoruşturma kabul edilmediği sürece, bizde durum farklı olacaktır. Biz, iddianame verilecekse, hemen önce, ikinci defa olmak pahasına, sanık dinlensin demiyoruz. Dâva açmak için şüphelinin savcı tarafından dinlenmiş olmasının şart koşulmasını istiyoruz. *Yenisey* de bu görüştedir (I, n. 123, 210).

³⁵⁵⁸ Bizde ilksoruşturma varken bu mümkün oluyordu. Fransa ve Almanya’da (*Zwischenverfahren*) iddianame, hakim tarafından denetlenmektedir.

³⁵⁵⁹ Böylece bir tür “sonsoruşturmanın açılmaması kararı” yeniden sistemimize girmiştir. “Bir tür” diyoruz, zira burada bizim “kısa soruşturma” adını verdiğimiz aşama olmuştur: Suç isnadı yapılmış, fakat kamu davası henüz açılmamıştır.

³⁵⁶⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu 2002 Tasarısı bu eksikliği gidermek üzere, esas mahkemesine “iddianameyi düzeltmek üzere geri çevirme” veya “red etme” yetkisi vermişti.

³⁵⁶¹ İddianamenin iadesinin gerekçelendirilmesi bakımından iddianamenin ayrıntılı olarak 170. maddede düzenlenmiştir. İddianamenin iadesi kurumunun getirilmesiyle delillerin yeterli ve gerekli düzeyde toplanarak davaların daha hızlı sonuçlandırılması amaçlanmıştır (*Şahin*, 2005, 522).

b) Suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenmişse³⁵⁶²;

c) Soruşturma dosyasından uzlaşmaya veya önödemeye tabi olduğu açıkça anlaşılan bir suç nedeniyle bu usul uygulanmadan düzenlenmişse (CMK “2005-5353” 174/1).

Mahkeme iddianamenin iadesi sebeplerini, “işin esasına girmeden” irdelemelidir. Maddi olgular konusunu tartışmadan, sadece sevk maddesini ve dosyaya yansıdığı kadarı ile açıkça görülen eksikliklerle yetinmelidir.

Bu değerlendirmesini yaparken, müdafaa makamının görüşlerinden istifade edebilmesini sağlayacak bir mekanizma kurulmamıştır. Bu “taslak iddianame” müdafaa makamına tebliğ edilmemektedir. İddianamenin tebliği daha sonra, iddianamenin kabulü üzerine öngörülmüştür (CMK 176/1). Bununla birlikte, müdafinin soruşturma evresinde dosyayı inceleme yetkisi bulunduğu için (CMK 153/1), müdafii

³⁵⁶² Yargıtay, şüphelinin nüfus ve adli sicil kayıtlarının iddianameye eklenmemesi ve etkin pişmanlık halinin araştırılmaması iddianamenin iadesi sebebi olarak kabul etmemiştir (6 CD 27.12.2005 2005/16219 -12658, www.adalet.org). Şüphelinin ifadesinin alınmaması iddianamenin iadesi sebebi olarak kabul edilmemiştir. Yargıtay’a göre, “CMK’nun 170 ve 174. maddelerinde, iddianamenin iadesi sebepleri arasında şüphelinin ifadesinin alınmaması yoktur. Bu sebeple iddianame iade edilemez”. (11 CD, 20.10.2005, 2005/6439-10112, www.adalet.org) Ancak Yargıtay 11. Ceza Dairesinin yukarıda belirtilen şüphelinin ifadesi alınmadan iddianame düzenlenebileceği görüşüne katılmıyoruz. Zira ifade alma ve sorgu soruşturma evresinde yapılan bir araştırma işlemi gibi gözükse dahi ağırlıklı özelliği “savunma hakkını” sağlamaktır. En basit bir disiplin soruşturmasında dahi ilginin savunması alınmadan işlem yapılamazken kişi haklarını ilgilendiren bir işlem olan suç isnadı yapılırken şüphelinin savunma hakkının kısıtlanması yerinde değildir. Netekim mehz Alman Kanunu ifade alınmadan kamu davası açılmasını yasaklamıştır. Bizde de CMK 174/1-b maddesinin ifade almayı da kapsadığı şeklinde bir yargı yorumu sanık hakları açısından daha yerinde olacaktır. Ancak C. savcısı ifade alma girişiminde bulunduğu halde şüpheliyi ele geçiremediği için ifadesinin alınmaması, toplanmış olan diğer deliller CMK 170 anlamında “yeterli şüphe “ oluşturuyorsa doğal olarak iddianamenin düzenlenmesi gerekir. Mehz Alman Kanunu bütün duruşmalar açısından sanığın tutuklanmasını öngörmüştür. Bizde de mahkeme gerekiyorsa sanığı zorla getirebileceği için ifadesi alınmadan kamu davası açıldığı hallerde sanığın mahkeme tarafından zorla getirilmesi mümkündür. Bunun dışında soruşturma evresinde ifadesi alınmak üzere çağrılan şüpheli gelip de susma hakkını kullanır ve ifade vermezse, gene C. savcısı üzerine düşen görevi yerine getirmiş sayılmalı ve iddianame düzenleyebilmelidir. Sevk maddesindeki değişiklik herhalükarda iddianamenin iadesi sebebi değildir. Yargıtay’a göre, “CMK’nun 174/1-c maddesi uyarınca uzlaşmaya tabi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan işlerde uzlaşma usulü uygulanmaksızın düzenlenen iddianamenin C. başsavcılığına iadesi mümkün olup, yargılama yapılmadan, iddianamede belirtilen dolandırıcılık suçunun hile ve desise unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği tartışılmadan; açıkça belli olmayan şikayete tabii bir başka suç oluşturduğu ve uzlaşma hükümlerini uygulanması gerektiğinden bahisle C.savcılığına iadesi yasaya aykırıdır (11 CD 26.12.2005, 2005/9494-14352, www.adalet.org). Kanaatimizce, iddianamenin iadesi kararı verilirken, mahkeme sadece sevk maddesi doğrultusunda, maddi olgu tartışması yapmaksızın bir karar vermek durumundadır. Gerçekten Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 26.12.2005 tarihli kararında yerinde olarak belirtildiği gibi suçun uzlaşmaya tabi olduğu sevk maddesi üzerinden anlaşılıyor iddianamenin iadesi kararı verilmesi mecburiyeti varsa da, mahkemenin maddi olgu araştırması yaparcasına suç tavsifi incelemesi yapması hukuka aykırıdır. Yargıtay’a göre, C. savcısının bilirkişi incelemesi yaptırmaması iddianamenin iadesi sebebidir. “Sanığın ele geçirdiği şikayetçiye ait kredi kartı ile yapıldığı iddia olunan harcamalara ilişkin, işyeri sahipleri tarafından ibraz edilen ve sanığın eli ürünü olduğu ileri sürülen sliplerdeki imzaların sanık ile bağlantısı olup olmadığı, sanığa atılarak imzalar ile trafik şubesi, banka, mahalli muhtarlığı, tapu müdürlüğü, sanığın çalıştığı ve varsa ticari ilişkide bulunduğu işyerleri gibi kurum ve kuruluşlardan temin edilecek imza örnekleri ile karşılaştırılmadan, 5271 sayılı CMK nun 174/1-b maddesinde belirtildiği üzere suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılar bilirkişi raporu alınmadan dava açıldığından anılan maddenin birinci fıkrası uyarınca iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine, itiraz mercii tarafından da bu karara yönelik itirazın reddine karar verilmesine bir isabetsizlik görülmediğinden, yerinde olmayan kanun yararına bozma isteminin CMK nun 309. maddesi uyarınca reddine, dosyanın Yargıtay C. Başsavcılığına iadesine oy birliği ile karar verildi” (11 CD, 2005/6429-10112, www. Adalet.org). CMK 170 iddianame düzenlenebilmesi için “yeterli şüphe” bulunmasını öngörmüştür. Yeterli şüphe, toplanan hukuka uygun delillerin mahkumiyet olasılığını %/51’i geçecek şekilde veya Alman doktrininde kabul edildiği şekliyle %90’a varacak derecede olası olarak göstermesi gerekir. Düzenlenen iddianamenin CMK 170’e uygun olup, CMK 174 uyarınca iade edilmemesi için, soruşturma evresinde yapılması gereken bütün araştırma ve soruşturma işlemlerinin yukarıda belirttiğimiz oranda mahkumiyet olasılığını ortaya koyacak biçimde delillendirmiş olması gerekir. Yargıtay 11. CD’nin adalet.org sitesinden aldığımız tarihsiz bu kararda isabetli bir şekilde belirtildiği gibi C. savcısının bütün araştırma ve soruşturma işlemlerinin yapmış olması, bilirkişi raporu almak gerekiyorsa, bunun da alınmış olması gereklidir. Yapılacak araştırma veya soruşturma işlemi varsa bunların ileride mahkeme tarafından yapılması yerine, suç tarihine yakın bir zaman dilimi içinde C. savcılığı tarafından eksiklerin giderilmesi duruşmaları hızlandıracak ve Eylül 2006 tarihi itibarıyla gözlemediğimiz gibi Haziran 2005 sonrası açılan davaların tek celsede veya birkaç celsede hükme bağlanması yaygınlaşacaktır. Ancak bu durum iki sonuç doğurmaktadır: Birincisi soruşturma evresinin uzaması ve olgunlaşan, yeterli şüphesi oluşan davaların duruşma günü beklemek üzere “bekleme sırasına” (waitingline) girmeleridir. Bundan sonra soruşturmalar uzayacak ama duruşmalar kısacaktır. Dönmezler ile TESEV için yaptığımız araştırmada 1995 öncesinde hazırlık soruşturmasının 10 gün duruşmanın ortalama 360 gün sürdüğün tespit etmiştik. Bu tespit şimdi tam tersine dönecektir. İkinci sonuç, yeterli şüphesi bulunduğu için iddianamesi kabul edilen bir kamu davasının %90 olasılıkla mahkumiyet ile sonuçlanacağıdır. Yeni ceza muhakemesi sistemimizde savunmanın ve iddianın ağırlık noktası soruşturma evresine kayacaktır. Davanın nasıl sonuçlanacağı soruşturma evresinden belli olabilecektir.

kendi gayreti ile sık sık dosyayı inceleyerek, “taslak iddianamenin” düzenlenip mahkemeye verildiğini öğrenebilir ve mahkemeye iade kararı vermesini sağlayacak doneler sunabilir ama bu incelemesi “dosya içeriği ile sınırlı” olup, “muhafaza altına alınmış olan delilleri” kapsamaz.

Dosyanın ve delillerin gizliliğinin kalkması anı olarak, “iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarih” benimsenmiştir (CMK “2005-5353” 153/4).

İddianamenin iadesi kararı ile, “iddianame ortadan kalkar”.

İtiraz hali saklıdır.

III. Yargıtaya göre, iddianamenin iadesi sebebi oluşturan ve oluşturmayan bazı haller.

Yargıtayın verdiği kararlar³⁵⁶³ iddianamenin iadesi kurumunu yeniden şekillendirmiştir. Bu gelişmenin *eskiye dönüş* niteliğini taşıması ise düşündürücüdür. Aşağıda bu kararlardan bazılarına yer verilmiştir.

1. İade sebeplerinin tahdidi oluşu.

Yargıtay, iddianamenin iadesi nedenlerinin “*tahdidi*” olduğu görüşündedir; CMK 174/1 de sayılan nedenler dışında iade nedeni yoktur. Ayrıca, Kanunda (CMK 174/2) açıkça belirtildiği gibi, “*suçun hukuki nitelendirilmesindeki hata*” nedeni ile iddianame iade edilemez. İddianamede “eylem” ve “fali” belirtilir; mahkeme bunları genişletemez ve maddi gerçeği araştırma ilkesi gereği, fiilin hukuki nitelendirilmesini mahkeme yapar (CMK 225).

2. Sevk maddesindeki değişiklik iade nedeni olmaz.

Sevk maddesindeki değişiklik iddianamenin iadesi sebebi değildir. Yargıtay’a göre, “CMK’nun 174/1-c maddesi uyarınca uzlaşmaya tabi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan işlerde uzlaşma usulü uygulanmaksızın düzenlenen iddianamenin C. Başsavcılığına iadesi mümkün olup, yargılama yapılmadan, iddianamede belirtilen dolandırıcılık suçunun hile ve desise unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği tartışılmadan; açıkça belli olmayan şikayete tabii bir başka suçu oluşturduğu ve uzlaşma hükümlerini uygulanması gerektiğinden bahisle C. savcılığına iadesi yasaya aykırıdır.³⁵⁶⁴ Gerçekten, iddianamenin iadesi kararı verilirken, mahkeme sadece sevk maddesi doğrultusunda, maddi olgu tartışması yapmaksızın bir karar vermek durumundadır. Nitekim, Yargıtay 11 inci Ceza Dairesinin 26.12.2005 tarihli kararında yerinde olarak belirtildiği gibi, suçun uzlaşmaya tabi olduğu, sevk maddesi üzerinden anlaşılıyorsa iddianamenin iadesi kararı verilmesi mecburiyeti varsa da, mahkemenin maddi olgu araştırması yaparcasına, suç tavsifi incelemesi yapması, hukuka aykırıdır.

3. Kimlik bilgilerinin yer almaması.

İddianamede “şüphelinin” kimliği açıkça yer alıyorsa, “nüfus kaydı” veya “sabıka kaydının”, soruşturma evrakına eklenmemesi, iddianamenin iadesi nedeni olarak CMK 170 ve 174 metninde öngörülmediği için, iddianamenin iadesi nedeni olmaz.³⁵⁶⁵ Yargıtay’ın bu kararı, CMK 174/2 yönünden doğru ise de, nüfus kaydının iddianamaya eklenmemesi, bizce iade sebebi olmalıdır. Sabıka kaydı açısından farklı bir gerekçe ile karara katılıyoruz; sabıka ancak cezanın tayini sırasında önem kazanan

³⁵⁶³ Yargıtay, iddianamenin iadesi nedenlerinin “*tahdidi*” olduğu görüşündedir; CMK 174/1 de sayılan nedenler dışında iade nedeni yoktur. Ayrıca, Kanunda (CMK 174/2) açıkça belirtildiği gibi, “*suçun hukuki nitelendirilmesindeki hata*” nedeni ile iddianame iade edilemez. İddianamede “eylem” ve “fali” belirtilir; mahkeme bunları genişletemez ve maddi gerçeği araştırma ilkesi gereği, fiilin hukuki nitelendirilmesini mahkeme yapar (CMK 225). İddianamede “şüphelinin” kimliği açıkça yer alıyorsa, “nüfus kaydı” veya “sabıka kaydının”, soruşturma evrakına eklenmemesi, iddianamenin iadesi nedeni olarak CMK 170 ve 174 metninde öngörülmediği için, iddianamenin iadesi nedeni olmaz (2. CD 14.6.2006, K. 12064; www.hukukturk.com). Yargıtay’ın bu kararı, CMK 174/2 yönünden doğru ise de, nüfus kaydının iddianamaya eklenmemesi, bizce iade sebebi olmalıdır. Sabıka kaydı açısından farklı bir gerekçe ile karara katılıyoruz; sabıka ancak cezanın tayini sırasında önem kazanan bir husus olduğu için, mahkemeye önceki aşamalarda sunulması gerekmez. Kararda C. savcısının suçtan zarar göreni “temsil ettiği” de belirtilmişse de, Devletin iddia makamının suçtan zarar görenin temsilçisi olduğu görüşü de bizce kabul edilemez.

³⁵⁶⁴ 11 CD 26.12.2005, 2005/9494-14352 (www.adalet.org).

³⁵⁶⁵ 2. CD 14.6.2006, K. 12064; www.hukukturk.com.

bir husus olduğu için, mahkemeye önceki aşamalarda sunulması gerekmez. Kararda C. savcısının suçtan zarar göreni “temsil ettiği” de belirtilmişse de, Devletin iddia makamının suçtan zarar görenin temsilçisi olduğu görüşü de bizce kabul edilemez.

4. Sağlık raporu, kesin rapor alınmaması.

Şüphelinin akıl hastası olup olmadığının, ne zamandan beri akıl hastası olduğunun ve bu hastalığın davranışları üzerinde etkilerini saptayan sağlık raporunun aldırılmaması iddianamenin iadesi sebebi sayılmaz.³⁵⁶⁶

Mağdurun Devlet Hastanesinden alınan raporu yeterlidir; en yakın Adli Tıp Kurumundan rapor alınması gerekmez.³⁵⁶⁷ Mağdurun kesin raporu alınmadan iddianame düzenlenebilir. Soruşturma evresinde Adli Tıp Kurumu raporu alınmış ve bunda hayat tehlike geçirdiği belirtilmişse, 1 sene sonra verilecek kesin raporu beklemeden dava açılabilir.³⁵⁶⁸

5. Tavsif değişikliği: kabahate dönme.

İddianamenin kabulünden sonra yapılan duruşmada, fiilin kabahat olduğunun anlaşılması durumunda, mahkemesince görevsizlik kararı verilmeyerek idari yaptırıma hükmolunması gerekir.³⁵⁶⁹

Suçun hukuki nitelendirmesi sebebiyle iddianame iade edilemeyeceğinden, mahkemenin kendi nitelendirmesine göre suçun daha ağır yüksek mahkemenin görevine gireceği durumda, görevsizlik kararı vererek dosyayı görevli mahkemeye göndermesi gerekir.³⁵⁷⁰

6. Görevsizlik iddianamenin iadesi nedeni değildir.

Görevsiz mahkemeye verilen iddianame iade olunamaz; asliye mahkemesi iddianameyi kabul edip, görevsizlik kararı ile ağır cezayı gönderebilir; görev konusunda açık bir yanlışlık veya çelişki olması halinde ise, iddianamenin iadesi kararı verilebilir.³⁵⁷¹

CMK'nın 173/3 maddesiyle getirilen düzenleme karşısında, mahkemesince karar verilmesi için soruşturmanın genişletilmesine gerek görüldüğü takdirde, o yer sulh ceza hakiminin görevlendirilmesine karar verilmesi gerekir.³⁵⁷²

Mahkeme, artık son kararını verebileceğine, olayı aydınlatmak için yapılabilecek başka bir iş kalmadığına kanaat getirince, duruşmanın bittiğini açıkladıktan sonra hüküm kurmalıdır.³⁵⁷³

7. Ön ödeme.

Ön ödeme ihtarının yapılamaması veya usulüne uygun olarak tebliğ edilmemiş olmasına karşın iddianame ile dava açılması halinde iddianame iade edilebilecekken, ön ödeme ihtarının içeriğinde yer alması gereken diğer hususlardaki aykırılıkların, önödeme usulünün uygulanmaması olarak kabulü mümkün değildir.³⁵⁷⁴

8. Eksik soruşturma.

CMK'nun 173'üncü maddesi, C. savcısının yaptığı “soruşturma” sonunda kovuşturmaya yer olmadığı kararının yargısal denetimini düzenlemiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi için yasaya uygun bir soruşturma yapılmış olması gerekir. C. savcısının yakınının ifadesini alma dışında hiçbir soruşturma

³⁵⁶⁶ 20.09.2007, 2007/12915-11684, in YKD Aralık 2007, s. 2302.

³⁵⁶⁷ 1 CD. 21.1.2008 K. 108.

³⁵⁶⁸ 9 CD. 11.6.2008, K. 7536.

³⁵⁶⁹ 07.02.2007, E. 2006/8334, K. 2007/562, YKD Mayıs 2007, s. 1022.

³⁵⁷⁰ 27.06.2007, 2007/8659-5291, in YKD Ekim 2007, s. 1954.

³⁵⁷¹ 3 CD. 27.6.2007/K. 5291.

³⁵⁷² 3.7.2006, 2006/4182-6172, YKD Temmuz 2007, s. 1404

³⁵⁷³ 3.5.2007, 2007/2734-6246, YKD Temmuz 2007, s. 1378.

³⁵⁷⁴ 11.6.2007, 2007/693-7075, YKD Kasım 2007, s. 2160.

yapmadan kovuşturamama kararı vermesi üzerine yasaya uygun soruşturma yapmasını sağlamak amacıyla kararın kaldırılması kararı verilmesi yasaya uygundur.³⁵⁷⁵ İlerde Yargıtay'ın *eksik soruşturma* nedeni ile bozma kararı³⁵⁷⁶ vermemesi için, soruşturma evresinde bütün araştırma işlemlerinin tamamlanmış olması gerekir.

9. İfade alma sorunu.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, iddianame düzenlenmeden önce şüphelinin ifadesinin alınmış olması gerekir. Bu görüşümüzü benimsemeyen Yargıtay, ifade almanın (şüpheli veya tanık ifadesi) olayı aydınlatmaya ve hukuki tavsifi tespiti yarayacak şekilde ayrıntılı olması gerektiğini belirtmektedir.³⁵⁷⁷ İfade alma CMK 174 de İddianamenin iadesi sebepleri arasında belirtilmiş olmadığı için, ifade almadan iddianame düzenlenebilir; sadece yeterli şüphenin oluşmasına bakılır. Bu konuda mahkemenin takdir hakkı yoktur.

Görüldüğü gibi, şüphelinin ifadesinin alınmaması iddianamenin iadesi sebebi olarak kabul edilmemiştir.³⁵⁷⁸ Yargıtay'a göre, "CMK'nun 170 ve 174. maddelerinde, iddianamenin iadesi sebepleri arasında şüphelinin ifadesinin alınmaması yoktur. Bu sebeple iddianame iade edilemez".³⁵⁷⁹

Biz, Yargıtay 11 inci Ceza Dairesinin yukarıda belirtilen şüphelinin ifadesi alınmadan iddianame düzenlenebileceği görüşüne katılmıyoruz. Zira ifade alma ve sorgu soruşturma evresinde yapılan bir araştırma işlemi gibi gözükse dahi, ağırlıklı özelliği "savunma hakkını" sağlamaktır. En basit bir disiplin soruşturmasında dahi ilginin savunması alınmadan işlem yapılamazken, kişi haklarını ilgilendiren bir işlem olan suç isnadı yapılırken, şüphelinin savunma hakkının kısıtlanması yerinde değildir. Netekim mehz Alman Kanunu ifade alınmadan kamu davası açılmasını yasaklamıştır. Bizde de CMK 174/1-b maddesinin ifade almayı da kapsadığı şeklinde bir yargı yorumu, sanık hakları açısından daha yerinde olacaktır. Ancak C. savcısı ifade alma girişiminde bulunduğu halde şüpheliyi ele geçiremediği için ifadesinin alınmaması, toplanmış olan diğer deliller CMK 170 anlamında "yeterli şüphe" oluşturuyorsa doğal olarak iddianamenin düzenlenmesi gerekir. Mehz Alman Kanunu bütün duruşmalar açısından sanığın tutuklanmasını öngörmüştür. Bizde de mahkeme gerekiyorsa sanığı zorla getirebileceği için ifadesi alınmadan kamu davası açıldığı hallerde sanığın mahkeme tarafından zorla getirilmesi mümkündür. Bunun dışında soruşturma evresinde ifadesi alınmak üzere çağrılan şüpheli gelip de susma hakkını kullanır ve ifade vermezse, gene C. savcısı üzerine düşen görevi yerine getirmiş sayılmalı ve iddianame düzenlenmelidir.

Yargıtaya göre, hakaret suçunda tanık yoksa, tanık dinlemeden iddianame düzenlenebilir. Mücerret iddia yeterlidir.³⁵⁸⁰

10. Keşif yapılmaması.

³⁵⁷⁵ 14.11.2007, 2007/9636-9375, YKD Mart 2008, s. 542.

³⁵⁷⁶ "... Suç tarihinde sanığın oturduğu evde yapılan kontrol sırasında sayaca dıştan klemens köprülenerek kaçak elektrik kullanıldığı gerekçesi ile tutanak düzenlenmiş olması karşısında; öncelikle sanığın ne suretle kaçak elektrik kullandığı konusunda tutanak düzenleyiciler dinlenerek, suç tarihi öncesi ve sonrasını kapsar şekilde abone tüketim föyünün getirtilip, uzman bilirkişi aracılığıyla keşif yapılmak suretiyle sanığın evindeki lamba ve elektrikli aletler itibariyle tüketileceği elektrik miktarı tespit edilerek, elektrik sarfiyat miktarlarının mevcut kurulu güce göre normal bir sarfiyat olup olmadığı hususu saptanarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik soruşturma ile yazılı şekilde beraat karar verilmesi, yasaya aykırı, ... görüldüğünden hükmün bozulmasına ... "(10 CD, 20.12.2005, E. 2004/23945, K. 2005/19386, www.adalet.org).

³⁵⁷⁷ 1 CD. 21.1.2008 K. 108.

³⁵⁷⁸ Yargıtay'a göre, şüphelinin ifadesinin alınması iddianamenin zorunlu bir koşulu değildir. 170. madde hükmüne göre, soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet savcısının bir iddianame düzenlemesi gerekir. Toplanan delillerin kamu davası açılmasına yeterli olmaması ya da delillerin şüphelinin ifadesinin alınmaması suçun sübutu açısından zorunlu kılması durumunda şüpheli ifadesi "suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan bir delil niteliği" kazanabilir. Ayrıca CMK'nun 247/3'üncü maddesinde kaçak sanık hakkında kovuşturma yapabileceği öngörülmektedir. Dolayısıyla kaçak şüphelinin ifadesi alınmadan dava açılmasında da "dava açmaya yeterli şüphe oluşturacak delilin mevcudiyeti koşuluyla" yasal sakınca bulunmamaktadır (4. CD 19.3.2007: E. 2007/771, K. 2007/2513).

³⁵⁷⁹ 11 CD, 20.10.2005, 2005/6439-10112 (www.adalet.org).

³⁵⁸⁰ 2 CD. 28.9.2007, K. 15582. K.m: İfade alınmadan iddianame düzenlenemez (8 CD. 7.2.2008).

Olay yerinde keşif yapılması gerekmez: savcının keşif yapması istisnadır. Asıl yetkili mahkemedir (83/1). Orman suçunda tutanaktaki belirleme ile dava açılabilir, keşfe gerek yoktur.³⁵⁸¹

11. Uzlaşma yolunun kapalı olduğu haller.

Uzlaşmadan geçmeden iddianame düzenlenemez ama; 6136 sayılı Kanuna giren suçlarda taraf kamu hukuku olduğu için, uzlaşma yolu zaten kapalıdır.³⁵⁸²

12. Bilirkişi raporu alınmaması.

Şüphelinin akıl hastası olup olmadığı ve akıl hastalığının davranışlarına etkisi etkisi konusunda bilirkişi raporu alınmadan iddianame düzenlenebilir.³⁵⁸³ Yargıtay'a göre, C. savcısının bilirkişi incelemesi yaptırmaması bazı hallerde iddianamenin iadesi sebebidir³⁵⁸⁴, bazı hallerde ise, ade sebebi olarak kabul edilmemektedir.³⁵⁸⁵

13. Delil durumu.

Yeterli şüphe varsa, delil olmasa da iddianame düzenlenebilir. Tanık olarak ifadesi alınan çocuğun sonradan şüpheli olması durumunda, mahkeme beraat kararı verebileceği için, iddianame iade edilemez.³⁵⁸⁶

14. İlişkilendirmeme.

İddianamede olayların mevcut delillerle ilişkilendirilmesi gerekir.³⁵⁸⁷

15. Sorunlu alanlar.

Mahkemenin iddianamenin iadesi veya kabulü konusundaki değerlendirmesini yaparken, müdafaa makamının görüşlerinden istifade edebilmesini sağlayacak bir mekanizma kurulmamıştır. Bu "taslak iddianame" müdafaa makamına tebliğ edilmemektedir. İddianamenin tebliği daha sonra, iddianamenin kabulü üzerine öngörülmüştür (CMK 176/1). Her ne kadar, müdafinin soruşturma evresinde dosyayı inceleme yetkisi bulunduğu için (CMK 153/1), kendi gayreti ile sık sık dosyayı inceleyerek, "taslak iddianamenin" düzenlenip mahkemeye verildiğini öğrenebilir ve mahkemeye iade kararı vermesini sağlayacak doneler sunabilir ama, bu incelemesi "dosya içeriği ile sınırlı" olup, "muhafaza altına alınmış olan delilleri" kapsamaz.

Dosyanın ve delillerin gizliliğinin kalkması anı olarak, "iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarih" benimsenmiştir (CMK "2005-5353" 153/4).

İddianamenin kabulü kararının verilmesi ile birlikte, hem kamu davası açılmış sayılır (CMK 175/1), hem de soruşturma evresi biter ve Kanunumuza göre *kovuşturma evresi* başlar; *şüpheli*, artık *sanık* olur.

Sorsoruşturma, yeni Ceza Muhakemesi Kanununun deyiimi ile *kovuşturma* (CMK 2), *asıl ceza muhakemesinin* ikinci ve sonuncu evresidir.

³⁵⁸¹ 3 CD. 25.6.2008, K. 9271.

³⁵⁸² 1 CD. 21.1.2008/K. 108.

³⁵⁸³ 2 CD. 20.9.2007, K. 11684.

³⁵⁸⁴ "Sanığın ele geçirdiği şikayetçiye ait kredi kartı ile yapıldığı iddia olunan harcamalara ilişkin, işyeri sahipleri tarafından ibraz edilen ve sanığın eli ürünü olduğu ileri sürülen sliplerdeki imzaların sanık ile bağlantısı olup olmadığı, sanığa atılarak imzalar ile trafik şubesi, banka, mahalli muhtarlığı, tapu müdürlüğü, sanığın çalıştığı ve varsa ticari ilişkide bulunduğu işyerleri gibi kurum ve kuruluşlardan temin edilecek imza örnekleri ile karşılaştırılmadan, 5271 sayılı CMK nun 174/1-b maddesinde belirtildiği üzere suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan bilirkişi raporu alınmadan dava açıldığı anlaşıldığından anılan maddenin birinci fıkrası uyarınca iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine, itiraz mercii tarafından da bu karara yönelik itirazın reddine karar verilmesine bir isabetsizlik görülmediğinden, yerinde olmayan kanun yararına bozma isteminin CMK nun 309. maddesi uyarınca reddine, dosyanın Yargıtay C. Başsavcılığına iadesine oy birliği ile karar verildi" (11. CD, 2005/6429-10112, www.adalet.org).

³⁵⁸⁵ 4. CD 7.11.2007, K. 2007/8978.

³⁵⁸⁶ 2 CD. 29.4. 2008, K. 7629.

³⁵⁸⁷ 2 CD. 28.9.2007, K. 15582.

Kanun, iddianamenin iadesi için, iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren başlayan on beş gün süre kabul etmiştir (CMK 174/1). Bu süre içinde iade edilmezse, iddianame kabul edilmiş sayılır (CMK “2005.5353” 174/3).

“Kabul edilmiş sayılsın” veya “açıkça kabul edilsin”, mahkemenin iddianamenin kabulü konusunda gerekçeli bir karar vermesi gerekir. Bu karar gerekçeli olmalıdır (CMK 33) ve duruşmanın açılması sırasında okunacağı için (CMK 191/1), hukuken önem taşıyan bir karardır.

İddianame iddia makamının “yazılı” iddiasıdır.³⁵⁸⁸

Kamu dâvası kovuşturma yapılmak üzere mahkeme önüne iddianame ile gelir.

İddianamenin esas hakkındaki hükmü verecek olan görevli ve yetkili mahkemeye verilmesinden sonra, bu mahkeme 15 gün içinde iddianamenin iadesi kararı (CMK 174). Yeterli şüphe varsa, eksik soruşturma işlemi yoksa ve şekil şartlarına uygunsa, gerekçeli bir *iddianamenin kabulü kararı* (CMK 175/1) verilir ve bu karar duruşmayı açmak için okunur (CMK 191/1).

Mahkeme iddianamenin kabulü kararı verdikten sonra duruşma gününü belirler ve hazır bulunması gereken kişileri çağırır (CMK 175/2). Çağrı kâğıdı ile birlikte, iddianame sanığa tebliğ olunur. İddianame, sulhlük işler dahil bütün davalarda, çağrı kâğıdı ile birlikte sanığa tebliğ³⁵⁸⁹ edilir (CMK 176).

Daha önce bildirilmesi de mümkündür ve müdafaanın hazırlanması açısından daha da yerindedir. Bizce, CMK 170 uyarınca hazırlanıp mahkemeye verilen iddianamenin de müdafa makamına tebliğ edilmesi gereklidir. Müdafaanın hazırlıklarını yapabilmesi için (CMK 177, 179), bu gereklidir ve insan haklarından (İHAS 6/3 a, b ve d).

Dosya mahkemeye gelmiş ve iddianame mahkeme tarafından kabul edilmiş olduğu için, artık sınırlama koymadan dosyanın müdafi tarafından incelenmesi sağlanır (CMK 153/4), masrafları kendisine ait olmak üzere, sanığa da dosya fotokopisi verilir. Sanığa bu aşamada dosya fotokopisinin verilmemesi, müdafa hakkının kısıtlanması sayılır. Mülga Kanun bunu açıkça belirlememişti. Yeni Kanun ise, sanığın duruşma gününden en az 5 gün önce başka tanık ve bilirkişilerin davet edilmesi veya müdafa delillerinin toplanması için dilekçe verebilmesini (CMK 177/1) veya doğrudan doğruya davet ettireceği veya duruşmaya getireceği tanık ve bilirkişileri makul bir süre içinde bildirebilmesini (CMK 179/1) açıkça kabul etti.

Uygulamada görüldüğü üzere, hemen duruşma günü tâyin edilir ve onunla birlikte iddianame bildirilirse pek çok bakımdan geç kalınmış, müdafa hakkı yersiz olarak sınırlandırılmış olacağından, “sanığın isnadın mahiyet ve sebebinden en kısa zamanda... etraflı bir surette haberdar edilmek”, “müdafaasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak” ve “müdafa tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı şartlar altında davet edilmesini ve dinlenmesinin sağlanması” hakları (İHAS 6.3.a, b ve d) çiğnenmiş olur.

Yargıtay kararları ile oluşan hukuk durumu, iddianamenin iadesinden beklenen usuli yararı azaltır niteliktedir. Yukarıda Yargıtayın iddianamenin iadesi nedeni olarak kabul etmediği hallere örnekler verilmiştir. Bu kararların çoğuna katılmamız mümkün değildir. İçtihat eskiye dönüşün özlemine yansımaktadır. Bizce, soruşturma evresi tam olarak yapılmalı, eksik soruşturma işlemi varsa, bunları savcılık tamamlamalıdır, mahkeme değil. Kararlar şöyle bir tablo ortaya çıkartmıştır: soruşturma evresinde iddianame düzenlemeden önce, C. Savcısının yapması gereken araştırma işlemleri azalmıştır.

Bizce, C. savcısının iddianamesini düzenlemeden önce, bütün araştırma ve soruşturma işlemlerinin yapmış olması, bilirkişi raporu almak gerekiyorsa, bunun da alınmış olması gereklidir. Yapılacak araştırma veya soruşturma işlemi varsa bunların ileride mahkeme tarafından yapılması yerine, suç

³⁵⁸⁸ Bazen “sözlü” iddia da yapılabiliyordu (CMUK 259). Yeni Kanun ilk defa duruşmada ortaya çıkan başka suç için, sözlü dava açmayı düzenlemedi. Sadece, mülga Kanunda olduğu gibi (m. 380), duruşma sırasında işlenen suç mahkemenin tesbit etmesi ve tutanağını yetkili makama gönderme yetkisini (CMK 205) düzenlemekle yetindi. Duruşma sırasında suç işleyen failin tutuklanması yetkisi de verildi.

³⁵⁸⁹ Sulhlük işlerde bildirmeyi engelleyen hüküm (CMUK 208 ikinci fıkra) Anayasa Mahkemesi tarafından 1999 yılında iptal edilmişti. Adil yargılanma ilkesinin bir sonucu olarak iddianamenin de sanığa tebliğ edilmesi gerekir (Özbek 2005, 749).

tarihine yakın bir zaman dilimi içinde C. savcılığı tarafından eksiklerin giderilmesi duruşmaları hızlandıracak ve Ocak 2009 tarihi itibarıyla gözlemlediğimiz gibi, Haziran 2005 sonrası açılan davaların tek celsede veya birkaç celsede hükme bağlanması yaygınlaşacaktır.

Ancak bu durum iki sonuç doğurmaktadır: Birincisi soruşturma evresinin uzaması ve olgunlaşan, yeterli şüphesi oluşan davaların duruşma günü beklemek üzere “bekleme sırasına” (*waiting line*) girmeleridir. Bundan sonra soruşturmalar uzayacak, ama duruşmalar kısalacaktır. Dönmezer ile TESEV için yaptığımız araştırmada 1995 öncesinde hazırlık soruşturmasının 10 gün duruşmanın ortalama 360 gün sürdüğünü tespit etmiştik. Bu tespit şimdi tam tersine dönecektir.

İkinci sonuç, yeterli şüphesi bulunduğu için iddianamesi kabul edilen bir kamu davasının %90 olasılıkla mahkûmiyet ile sonuçlanacağıdır. Yeni ceza muhakemesi sistemimizde savunmanın ve iddianın ağırlık noktası soruşturma evresine kayacaktır. Davanın nasıl sonuçlanacağı soruşturma evresinden belli olabilecektir.

Ceza Muhakemesi Kanununun *iddianamenin iadesi* (CMK 174) ve iddiamenin kabulü (CMK 175) kararlarına yer vermesi yerinde olmuştur. Ancak, kamu davasının açılmış sayılacağı an bakımından, Kanundaki düzenlemenin değiştirilmesi gerekmektedir: iddianamenin düzenlenip, mahkemeye verilmesi ile, *kamu davası açılmış sayılmalı*, davanın mahkeme önüne gitmesi için, ayrı bir karar daha verilmeli ve *ara soruşturma* kanunla düzenlenmelidir.

IV. İddianamenin iadesi kararına itiraz.

Cumhuriyet savcısı iddianamenin iadesi kararı veren mahkeme ile aynı kanaatte değilse, iade kararına karşı itiraz edebilir (CMK 174/5). C. savcılığı tarafından yapılmış olan araştırma ve soruşturma işlemleri neticesinde yeterli delil elde edilmişse, mahkemenin iddianameyi kabul etmesi gerekir. İddianamenin iade edilebilmesi için C. savcılığınca yapılan soruşturmada maddi olgu tespitlerinde eksiklik tespit edilmiş olmalıdır. Yeterli şüpheden anlaşılması gereken şey duruşma sonunda ulaşılan vicdani kanaat biçimindeki, neredeyse sanığın suçu işlediği konusunda hiç şüphe kalmayacak şekilde tam araştırma yapmak da değildir. Gerçekten Yargıtay 9. CD'nin verdiği kararda³⁵⁹⁰ isabetli olarak belirtildiği gibi yeterli şüphe belli ölçüde yoğunlaşmış şüphedir, fakat kuşkulu kalan kısmı da vardır.

Ancak, Yargıtay bu fikri aşırıya götürmekte ve birkaç kişiden, suçu hangisinin işlediği belirlenmemişse, hepsi hakkında dava açılabilmesini kabul etmektedir: Yargıtay'a göre, „Şüphelinin kim olduğunun tam olarak belirlenmiş olması gerekmez; mahkeme suçu işlemediğini tespit ettiği sanığı beraat ettirir, esas şüpheli hakkında suç duyurusunda bulunabilir. Suç işlendiği hakkında yeterli şüphe ile kamu davası açılır.”³⁵⁹¹

C. savcısı itiraz etmediği takdirde, iddianamenin iadesi üzerine, kamu davası henüz açılmış olmadığı ve soruşturma evresi devam ettiği için, kararda gösterilen eksikleri gidermek üzere araştırmalarını derinleştirmek ve varsa, hataları düzeltmek için, gerekli işlemleri yapmak mecburiyetindedir (CMK 174/4).

Yapacağı araştırmalar neticesinde, yeterli şüphe oluşmazsa, C. savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verir, aksi durumda “yeniden iddianame” düzenleyerek, dosyayı mahkemeye gönderir (CMK 174/4).

V. Ceza muhakemesi şartlarının gerçekleşmemesi: kamu davası açılmaması veya düşme.

Hukuken geçerli bir şekilde “şikâyet iradesi” açıklanmamış ise, ceza muhakemesi şartı gerçekleşmemiştir. Ancak, Alman Hukuku, “üstün basan kamu yararı bulunan hallerde”, şikâyet şartının

³⁵⁹⁰ Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir. “Dosya kapsamına göre, şüphelilere isnat edilen suçla ilgili olarak zararı gösterir biçimde olay yeri tesbit tutanağı tanzim edilmek ve mağdur ile şüphelilerin olayla ilgili ifadelerinin kolluk görevinde ve C. Savcılığınca alınmak suretiyle şüphelilere isnat olunan suçu ve olayı gösterir biçimde CMK'nun 170/2 inci maddesinde öngörülen soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyor ise C. Savcısı bir iddianame düzenler” hükmü uyarınca dava açılmış bulunmasına binaen, mahkemeye iddianamede gösterilen olayla ilgili olarak ibraz edilen deliller ve yargılama sırasında ibraz edilebilecek delilleri değerlendirilerek yargılama sonucuna göre bir karar verilmesi üzere iddianamenin kabulüne karar verilmesi gerektiği dolayısı ile itirazın bu yönden kabulü yerine reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle ...” (9 CD, 12.12.2005, 2005/6961-9421, www.adalet.org).

³⁵⁹¹ 2 CD. 21. 11. 2007, K. 15505.

gerçekleştiğini var saymaktadır. Ceza muhakemesi şartının gerçekleşmeyeceği anlaşılırsa, *soruşturma evresinde* C. savcısı “kovuşturmaya yer olmadığına dair karar” (CMK 172) verir. Muhakeme şartı gerçekleşmemişse, kovuşturma yapılması açısından bir “engel” oluşmuştur. Bu engel kalıcı nitelikte ise, mahkeme esas hakkında bir karar veremez. *İddianamenin kabulü aşamasında*, mahkeme “iddianamenin iadesi kararı” (CMK 174) verir. Kovuşturma evresinde ise, duruşma henüz başlamamışsa, mahkeme duruşma harici bir ara kararlar, “davanın düşmesine” (CMK 223/8) karar verir. Ancak, derhal beraat kararı verilebilecek hallerde, durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez (CMK 223/9). Soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da, şartın gerçekleşmediği anlaşılır, fakat henüz gerçekleşme olasılığı varsa, gerçekleşmesini beklemek üzere, “durma kararı” verilir. Bu karara itiraz edilebilir (CMK 223/8). Duruşma başladıktan sonra, kısa zaman içinde şartın gerçekleşme olasılığı varsa, “duruşmaya ara verme” kararı da (CMK 190; StPO 228) verilebilir.

458-4. İDDİANAMENİN KABUL EDİLMESİ.

I. İddianamenin kabulü kararı.

Kanun, iddianamenin iadesi için, iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren başlayan on beş gün süre kabul etmiştir (CMK 174/1). Bu süre içinde iade edilmezse, iddianame kabul edilmiş sayılır (CMK “2005-5353” 174/3).

“Kabul edilmiş sayılsın” veya “açıkça kabul edilsin”, mahkemenin iddianamenin kabulü konusunda gerekçeli bir karar vermesi gerekir. Bu karar gerekçeli olmalıdır (CMK 33) ve duruşmanın açılması sırasında okunacağı için (CMK 191/1), hukuken önem taşıyan bir karardır.

İddianame ile kovuşturmanın açılmasının istenmesi ve kovuşturmanın açılmasına yargılama makamlarınca karar verilmesinin sonucu olarak, özel muhakeme normları gereğince verilmiş sorsoruşturmanın açılması kararı varken, yeni bir iddianamenin kabulü kararına ihtiyaç yoksa da, hâkim veya avukatların görev suçlarındaki muhakemesindeki gibi³⁵⁹², Üniversitede YÖK muhakemesinde olduğu gibi, özel muhakeme sisteminde iddia makamının iddianamesi öngörülmemişse, savcılığın mahkemeye “iddianame düzenleyerek” gitmesi³⁵⁹³ gerekir. Vakıf Üniversitelerinde ise re’sen kovuşturma yapılması görüşü ağır basmaktadır.³⁵⁹⁴

II. İddianamenin kabulünden sonraki işlemler.

İddianamenin kabulünden (CMK 175/1) sonra tutulacak yol, mücerret muhakeme şemasında kaide olarak, sanığın da mütalâası alındıktan sonra yargılama makamınca bir karar verilmesidir.³⁵⁹⁵

Ancak, işler çoğaldıkça karar verecek hâkimlerin işini azaltmak için ve hâkimin kararı ile mahkeme önüne gitmenin önemi gözden kaçırılarak, ağır olmıyan suçlarda, başlangıç soruşturması sonunda dâvanın doğrudan doğruya mahkemede açılması, yani iddianamenin mahkemeye verilmesi ve buna

³⁵⁹² Hâkimlerin ve avukatların görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlarında bakanlığın izni üzerine en yakın ağırceza savcılığı “sorsoruşturma iddianamesi” niteliğindeki iddianamesini düzenleyip sorsoruşturma açma kararı vermesi için ağırceza mahkemesine verecek ve durumu avukatın kayıtlı olduğu baroya bildirecek (AvK “2001-4667” 59, HSK 89), mahkemenin sorsoruşturma açma kararı üzerine iddiada değişiklik olmadığı sürece, yeni bir iddianameye ihtiyacı duyulmayacaktır.

³⁵⁹³ Genel muhakemede iddianame üzerine sorsoruşturma açılması kararının mahkemenin vermesi sistemine geçildiğinde, dâva yürüten iddianameden sonra yeniden “sorsoruşturma açma kararı”na ihtiyaç olmayacağı açıktır.

³⁵⁹⁴ *Danıştay 1. Daire 02.02.2010: E. 2010/99, K. 2010/170*: Vakıf Üniversitesi çalışanları hakkında soruşturma izni almaya gerek yoktur, 2547 sayılı Kanununun 53c maddesi uygulanmaz. Haklarında 2547 sayılı Kanununun 53. Maddesi uyarınca karar verilmesine hukuken olanak bulunmayan ... Vakıf Üniversitesi görevlileri hakkında genel hükümlere göre işlem yapılmak üzere dosyanın yetkili C. Başsavcılığımıza gönderilmesi için Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına iadesine, kararın bir örneğinin Üniversite Rektörlüğüne gönderilmesine 2.2.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

³⁵⁹⁵ Netekim Almanya’da bugün de savcının sorsoruşturma açılmasını isteyen iddianamesi üzerine mahkeme, bizde 1985’e kadar sorgu hâkiminin verdiği kararları vermektedir (StPO 417-420). Bizim 1936’ya kadarki sistemimiz bu idi. İddianame, mahkemeye değil, ilksoruşturma sonunda karar verecek makama, yani karar hâkimliğine veya sulh mahkemesinin yetkisine giren işlerde sulh hâkimliğine veriliyordu. İddianame, “sorsoruşturma iddianamesi” idi.

dayanılarak soruşturma yapılması sistemi kabul edildi. Böylece soruşturma iddianamesinden farklı olan, “dâva açan iddianame” istisna olarak, ortaya çıktı.³⁵⁹⁶

İddianame, adının da belirttiği gibi, yazılı bir iddiadır. İddia makamının bir mütalâasıdır. Bazan savcının duruşmadaki beyanı da yeni bir dâva açılması için yeter sayılabiliyordu³⁵⁹⁷, CMK bunu kabul etmedi.

³⁵⁹⁶ Bugün Fransa’da ağırcezalık olmayan işlerde iddianame ile dâva açılabilen ve mahkemenin soruşturma açılması kararına ihtiyaç duyulmadan soruşturma yapılabilmektedir (CPPF 531, 388). Almanya’da savcı, ağırcezalık olmayan dâvalarda iş basit ve hemen karar vermeğe elverişli ise, bizdeki yıldırım muhakemesine benzeyen “hızlandırılmış muhakeme” isteyebilmekte ve soruşturma açılması kararına ihtiyaç duyulmadan duruşma yapılabilmekte, fakat mahkeme bu isteği her zaman reddedebilmektedir (StPO 417-420). Bizde de 1973’e kadar bu sistem kabul edilmişti. Almanya’da soruşturmanın açılması kararına lüzüm duyulmadan dâvanın iddianame ile açılması ve işin soruşturma safhasına geçilmesi 1942 de nazi rejiminin tesiri ile kabul edilmişti. Ancak bu hallerde başkan veya mahkeme, sanığın duruşma sonunda mahkûm olmayacağı kat’î surette anlaşılıyorsa, soruşturma yapmayabiliyordu. 1950 de eskisine benzer bir sistem kabul edildi. Buna göre, sulh mahkemelerine yıldırım muhakemesi hariç, savcı ilksoruşturma yapılın yapılmasını iddianamesini mahkemeye vermekte, fakat mahkeme, soruşturmaya başlamadan önce, karar hâkimi gibi hareket ederek, gerekirse ilksoruşturmanın açılmamasına karar vermekte idi. 1975 reformunda bu esas değişmedi. Bugün de mahkeme, dâva açıldı diye hemen soruşturmaya geçmemekte, arasturma dedikleri, bizim ilksoruşturmada sonuç çıkarma dediğimiz işlemleri yapmakta, eskiden sorgu hakiminin yaptığı gibi, iddianameyi sanığa göndererek başka delil toplanmasını isteyip istemediğini sormakta ve soruşturmanın açılmasına karşı diyecekleri varsa bildirmesini istemekte, kendiliğinden de delil araştırılabilmekte ve sonunda, şartları varsa, soruşturmanın açılmasına karar vermektedir (*Hinterfeld*: La phase préparatoire du procès pénal en RFA. RIDP 85, s. 138). Her halde soruşturmaya geçiş ancak mahkeme kararı ile mümkün olabilmektedir. İlksoruşturmanın, bütünü ile, istisna olarak atlanması, ancak suçların ağırcezalık olmaması şartı ile haklı görülebilirdi. Bu sebeple bu sistem ağırcezalık işlerde asla uygulanmazdı. Meğer ki suç üstü yakalama gibi, teminat bakımından fazla tehlike teşkil etmeyen bir durum olsun 1973’de bizde ağırcezalık suçlarda da ilksoruşturma ihtiyarı kılındı. Dolayısı ile, ilksoruşturmanın bütünü ile atlanmasının temel şartına aykırı olarak, ağırcezalık bir işte de iddianame ile dâva açılması imkânı doğdu. Artık önümüzde bizimkine benzer sistemlerde Fransa ve Almanya örnekleri de yoktur. Esaslara, aykırı düşen bu yolda, korkarız, tek başımızayız. AKBK, 17/9/87 tarihli R(87)18 numaralı tavsiye kararında, soruşturmadan önce ilksoruşturmanın yararlı olacağına yargılama makamlarının karar vermesi gerektiğini, ancak yararlı olmadığına karar vermesi halinde soruşturma yapılması için mahkemeye gidebileceğini belirtmiştir (III. a. 4 ve 5). Bu da gösteriyor ki bugünkü sistemimiz, metinde belirttiğimiz esasları tekrarlayan tavsiye kararına da ters düşmektedir. Buna bir çare düşünmeliydik. Ya tekrar eski sisteme dönmeliydik, ya da teminat sağlayıcı çareler araştırmalıydık. İki çare düşünülebilir: 1) Ağırcezalık işlerde iddianamenin sorgu hâkimine verilmesi ve onun, gerekiyorsa soruşturma açmama kararı verebilmesi 2) İddianameyi alan mahkemenin, onun, işin başında, ilksoruşturma sonunda olduğu gibi, Almanya ve İtalya’da görüldüğü üzere, gerekiyorsa, soruşturma açmama kararı veya buna benzer karar verebilmesi. Biz ağırcezalık işlerde ihtiyarlığın sakıncalarını gidermek için çareler ararken 1985 de daha da kötüsü ile karşılaştık: İlksoruşturma ve sorgu hâkimlikleri kaldırıldı. Bu demektir ki önerdiğimiz birinci çarenin gerçekleşme şansı, yeni bir teşkilât kurmak gerekeceğinden, hemen hemen kalmadı, buna karşılık ikinci çare imkânsız değil. İlksoruşturmanın değerini bilmeyip bütünü ile kaldırmış ülke olmak utançından kurtulmamız için bir cankurtaran simidi olan bu son ümide sınıksız sarılmayalım. İlksoruşturma ile birlikte “soruşturma iddianamesi” ve “dâva yürüten iddianame” adlarını verdiğimiz iddianame çeşitleri de ortadan kalktığından, bugün bizdeki bütün iddianameler “dâva açan iddianame”dir. Buna, Almanya’dakinin aksine kanunumuz mahkemenin soruşturma açılması kararı vermesini açıkça aramadığından “soruşturma iddianamesi” gibi esaslara ters düşen bir ad vermek akla gelebilirse de biz bu tersliği kabul etmek istemediğimizden hem bu adı kullanmıyor, hem de mahkemenin gerektiğinde soruşturma yapmıyabilmesini, kanunla olmazsa yorumla sağlayacak bir düzenleme öneriyoruz. Kısaca “iddianame” de denilebilecek olan bu belgenin, eski soruşturma iddianamesi gibi yazılması gerekiyordu. Netekim yeni düzenleme bu yoldadır.

³⁵⁹⁷ Gerçekten bu beyan, duruşma tutanağına geçirileceğinden yine yazılı bir hal almaktadır. Mülga Kanunumuz bu imkânı, duruşma sırasında sanığın başka bir eyleminin suç teşkil ettiğinin anlaşılması halinde ve bazı şartlarla kabul etmiştir. Hükmün mevzuu, duruşmanın neticesine göre iddianamede gösterilen fiilden ibarettir. Sanığın hakkında dava konusu edilmeyen eyleminin de CMK 259. maddesi uyarınca işlem yapılmaksızın sübutun kabulü ile hükme esas ve metin istanbul barosu bilgi bankası arşivinden alınmıştır. Dava açılmayan bir konuda verilen hükme yönelik temyiz isteğinin kabulüyle “kararın bozulmasına” karar verilmelidir. (CGK. 20.4.1999, E. 1999/70, K. 1999/68) Bu şartlar: 1) Mahkemenin yer ve madde yönünden olanlar dışında kalan yönlerde yetkili olması, 2) Daha üst bir mahkemenin madde yönünden yetkisine girmemesi, 3) Sanığın bu şekilde dâva açılmasına muvafakat etmesi ve 4) Mahkemenin iki dâvanın birleştirilmesini kabul etmesi şartlarıdır (CMUK 259). Kanunda gösterilmeyen bir 5. şartı daha ilâve etmek gerekir. O da muhakeme şartlarının gerçekleşmiş bulunmasıdır. *Kantar* (s. 179) bu beşinci şartı, çok daha mahdut bir şekilde, “özel muhakeme usulü bahis konusu olmamak” diye ifade etmektedir. 258. madde, 1985 de değiştirilmeden önce, yeni suçun ağırcezalık olmamasını arıyordu. Eskiden birinci şarttaki selâhiyet içinde madde yönünden yetki de dahil olduğundan burada ağırceza mahkemeleri bakımından bir istisna getiriliyor ve ağırcezalık işlerde, zorunlu olarak eksik bilgi ile, gereği gibi hazırlanmadan, işin mahkeme önüne getirilmesi önleniyordu. Bu işlerde ilk soruşturmanın mecburî olması da zaten bu nedenle kabul edilmişti. Şimdi, sanki birinci şart ile yer, ikinci şart ile madde yönlerinden yetki konuları ele alınmışçasına, “daha üst bir mahkemenin görevine dahil olmamak”tan söz edilmektedir. Biz metindeki bu açıklık karşısında, yukarıdaki notta da belirttiğimiz gibi, madde yönünden yetkinin burada düzenlendiğini kabul zorunda kaldık. Ancak ağır ceza mahkemesinde görülen bir dâva sırasında işlendiği ortaya çıkan suç ağır cezalık ise, yani mahkeme önüne getirilmesi için ilksoruşturma kalkmış olsa bile esaslı bir hazırlık soruşturması yapılmasını gerektiren bir suç ise, esaslı değil, hiçbir hazırlık soruşturması yapılmadan sözlü bir iddia ile dâva açılıp muhakemelerin birleştirilmesinin

III. İddianamenin tebliği.

İddianame, sulhlük işler dahil bütün davalarda, çağrı kâğıdı ile birlikte sanığa tebliğ³⁵⁹⁸ edilir (CMK 176).

Daha önce bildirilmesi de mümkündür ve müdafaanın hazırlanması açısından daha da yerindedir. Bizce, CMK 170 uyarınca hazırlanıp mahkemeye verilen iddianamenin de müdafaa makamına tebliğ edilmesi gereklidir.

IV. Savunmanın delil toplanmasını istemesi.

Her savcı ancak yanında olduğu veya yanında durumunda bulunduğu mahkemede iddianame ile dâva açabilir. İddianame, davetiye ile birlikte sanığa bildirilir (CMK 176). Daha önce bildirilmesine engel yoktur ve daha uygun olur. Kanunun sistemine uygun düşecek bir yorumla bu iddianame üzerine de sanığın lehindeki delillerin toplanmasını isteyebilmesi kabul edilmelidir. Duruşma hazırlığı aşamasının bir görevi de budur. Sanığa savunma delillerinin toplanmasını isteme yetkisi veren 177. madde ancak bu suretle işler hale getirilecektir. Hattâ bizce, sanığın görüşü de alındıktan ve gerekiyorsa ek soruşturma yapıldıktan sonra, mahkeme, taleplemede olduğu gibi, iddianamenin kabul edilebilirliği konusunda bir karar vermelidir.³⁵⁹⁹

Kolluğun veya idarenin ceza kararlarının kabul edilmemesi durumunda ayrıca savcının iddianame düzenlemesine gerek yoktur. Bu tutanaklar iddianame yerini alır (KTK “1988-3493” 114). Kabahatlerdeki durum farklıdır.

her yönden çok sakıncalı olduğunu da hatırlatmak zorundayız. Kanun metninin yanlış anlaşılmasından kaynaklandığını sandığımız bu hata bir an önce düzeltilmelidir. 259. maddenin 1985 değişikliğinden önceki şeklinde “mahkemenin salahiyeti haricinde olmamak” şartı aranmıştı. Bir kere burada salahiyetten maksat, yer yönünden yetki değildi. Çünkü yer yönünden yetkili olmamağı, dâva açmağa ve muhakemeleri birleştirmeye engel saymak için sebep yoktu. Diğer taraftan buradaki salahiyetten maksat, sadece vazife, yani madde yönünden yetki de (Kantar, 179) değildi. Mahkemenin madde yönünden yetkisi içinde olması elbet aranacaktı. Meselâ sulh mahkemesinde asliyelik bir iş çıkarsa bu madde uygulanamayacaktı. Ama asliye mahkemesinde sulhlük bir iş çıkarsa madde uygulanabilirdi, zira yüksek mahkeme buna da yetkili idi. Mahkemenin madde yönünden yetkili olması yetmezdi. Meselâ kişi yönünden de yetkili olmalıydı. Değilse, bakamazdı. 1985 değişikliğinde “mahkemenin salahiyeti haricinde olmamak” kaydı “mahkemenin yetkisi haricinde olmamak” diye Türkçeleştirildi. Gerekecekti aksini gösterir bir açıklama olmadığından biz maddedeki yetkiyi eskiden salahiyet denilmesinde olduğu gibi anlamadan yanayız. Sadece, 2 numaralı şarttaki değişiklikteki madde yönünden yetki ayrıca ele alındığı için, artık eskisi gibi “mahkemenin yetkisi bakımından engel olmamak” gibi geniş anlamlı bir terim kullanamıyoruz.

³⁵⁹⁸ Sulhlük işlerde bildirmeyi engelleyen (CMUK 208) ikinci fıkraya AYM tarafından 1999 yılında iptal edilmişti. Adil yargılanma ilkesinin bir sonucu olarak iddianamenin de sanığa tebliğ edilmesi gerekir (Özbek 2005, 749).

³⁵⁹⁹ Hattâ, bizdeki ilksoruşturmanın delil toplama denilegelen soruşturma bölümünü ifade eden Voruntersuchung’ı kaldırmış olan Almanya’da bugün de yapılageldiği gibi, mahkemenin, iddianame üzerine soruşturma yapıp yapılmaması konusunda bir karar vermesi, soruşturmaya geçmeyecek işlerle mahkemeleri uğraştırmaması başta olmak üzere ilksoruşturmanın hemen bütün faydalarını sağlayacağından, kanun değişikliği ile kabul edilmelidir. CMUK 208. maddeye 1985 de eklenen ve 1999 yılında Anayasa mahkemesi tarafından iptal edilen fıkrada “sulh ceza mahkemelerinde açılan dâvalara ait iddianameler sanığa tebliğ olunmaz” denilmesi ise çok yersiz olmuştu. Buna benzer bir durum, karar hâkimliğinden sorgu hâkimliğine geçiş sırasında 201. maddenin başından geçmiştir. İlksoruşturma sonunda savcı soruşturma açılmasını istememişken sorgu hâkimi açma kararı verdiğinde, savcının düzenlemesi gereken ve bizim dâva yürüten iddianame adını vermiş olduğumuz iddianame de önceleri karar hâkimi tarafından sanığa bildiriliyor ve yeni delil toplanmasını isteyip istemediği soruluyordu. Karar hâkimi yerine sorgu hâkimi denilmekle yetinilmedi ve bu sormada fayda yok diye 1936 da tebliğ hükmü de kaldırıldı. Böylece sanık ilksoruşturmanın bittiğini ve soruşturma açılması kararı verildiğini ancak iddianame ile birlikte öğrenir oldu. Halbuki yeni delillerin hazırlık soruşturmasında toplanması, duruşmanın iyice hazırlanmasını ve aralıksız yapılmasını sağlayabilirdi. Oyunağının kıymetini bilmeyen çocuk gibi onu kırıp dökmekten, işlemez hale getirmekten ne zaman vazgeçeceğiz? Sulh ceza mahkemeleri sadece çok hafif kabahatlere baksa bile, mahkemeye sanık olarak çağırılan kişinin hangi eylemi dolayısı ile hangi suçtan ve hangi delillerle yargılanacağını bilmesi, müdafaa hakkının temelini oluşturur. Bu değişiklik, müdafaa hakkının temelini zedelemişti ve bunun Anayasanın öngördüğü sebeplerden biriyle yapıldığını söylemeye de imkân yoktur. Bu yüzden bu fıkraya bizce Anayasaya aykırı idi (AY 13, 14 ve 36). Kaldı ki sulh mahkemeleri cürümlere de bakmakta ve müdafaa hakkının zedelenmesi daha ağır sonuçlar doğurmakta idi. İddianame zaten mevcut olduğuna göre bunun bir kopyesini çıkartıp göndermek o kadar güç bir iş midir? Yine kaldı ki zedelenen sadece müdafaa hakkı da değildir. Kanunun kabul edip düzenlediği “duruşma hazırlığı” aşaması da sulh mahkemesinde işlemez hale gelecek, meselâ sanık delillerin toplanmasını duruşmadan önce isteyemeyecek, duruşmada isterse bu sefer de duruşma ve dolayısı ile muhakeme uzayacaktır. Neresinden bakılırsa bakılıns isabetsiz olan bu ek fıkranın iptal edilmesi yerinde olmuştur. Bizim nazari konuştuğumuzu, uygulamada bunların zaten yapılmadığını söyleyecekler belki çıkacaktır. Maksat, esaslara ters düşen uygulamayı kanunlaştırmak olamayacağına göre, uygulamayı kanuna uydurmanın çarelerini elbirliği ile araştırmamız gerekmez mi?

BEŞİNCİ BÖLÜM: KOVUŞTURMA EVRESİ

67. § I. KOVUŞTURMA EVRESİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

459. Kovuşturma evresinin gayesi ve görevleri. 460. Kovuşturma evresinin devreleri. 461. Kovuşturma evresinin özellikleri.

459. KOVUŞTURMA EVRESİNİN GAYESİ VE GÖREVLERİ.

I. Kovuşturma.

Kovuşturma (CMK 2), *asıl ceza muhakemesinin* ikinci ve sonuncu evresidir.³⁶⁰⁰ İddianamenin kabulü kararı (CMK 175/1) verilmesi ile birlikte hem kamu davası açılmış sayılır hem de soruşturma evresi biter, kovuşturma evresi başlar; *şüpheli*, artık *sanık* olur. Soruşturma evresinin gayesi, kovuşturmanın açılmasına yer olup olmadığını araştırmak ve yer varsa onu hazırlamaktır (No. 409, 410). Bu demektir ki muhakeme artık canlı bir varlıktır. Çocukluk devresini geride bırakmış, olgunluk çağına erişmiştir (No. 405). Kovuşturmanın gayesi ise, bu evre asıl ceza muhakemesinin son safhası olduğundan, asıl ceza muhakemesinin gayesidir, yani hakikat araştırılarak suç isnadı konusundaki uyuşmazlığın kolektif olarak, yargı halini alacak bir hükümlerle çözülmesidir (No. 3, 14).

Kovuşturmaya *öğrenme muhakemesi* de denir. Öğrenme iki bakımdandır. Hem olay öğrenilecektir. Buna *olayın belirlenmesi* diyoruz (No. 321). Hem de olayın hukuk normları karşısındaki durumu öğrenilecektir. Buna da *hukukî değerlendirme* adı verilmektedir (No. 296).

II. Kovuşturma işlemleri.

Suç isnadı konusunda hakikati araştırmak gayesine erişmek için kovuşturma evresinde yapılan faaliyetler, bu evrenin görevlerini teşkil eder. Bunları, muhakemenin üç çeşit vasıtasına göre, dört grupta toplamak mümkündür. 1) delil toplama, 2) delilleri ortaya koyma, 3) sonuç çıkarıp isnat konusunda hüküm verme, 4) koruma tedbirleri alma, yani koruma.

1. Delil toplama.

Sübut konusunda karar verecek olan mahkemenin kullanacağı vasıtalar olan deliller kovuşturma evresinde ortaya konacaksa da delil kaynaklarının ve delil olabilecek şeylerin soruşturmada toplanması, olmayacakların olaklardan ayrılması, kaide olarak ilksoruşturmaya kabul eden sistemlerde soruşturma evresinde bu işi mahkeme hesabına yapacak olan ve bir bakıma mahkemenin naip hâkimi durumunda bulunan *sorgu hâkimi* tarafından ilksoruşturmada yapılır. Kovuşturma evresinin ve özellikle kamuyu en çok ilgilendiren duruşma aşamasının çok kısa sürmesi için bu kaideye uyulması şarttır. Nitekim soruşturma evresinin ve özellikle de ilksoruşturmanın kabulü sebebi budur. Ancak delil olabilecek şeylerin sonradan öğrenilmesi de mümkündür. Bu itibarla soruşturma evresi bittikten sonra delil toplamak zorunlu olabilir. Onun içindir ki kovuşturma evresinde de delil toplama faaliyeti, istisnâ de olsa, vardır. Bu faaliyetin yapılması için duruşma hazırlığı diye bir aşama kabul edilmiştir. Ancak bu faaliyetin duruşma aşamasında de yapılması imkânsız değildir.

2. Delilleri ortaya koyma.

³⁶⁰⁰ Çok defa bu safhaya, hatalı olarak, muhakeme, yargılama, *jugement*, *giudizio* denilmektedir. Kovuşturma evresinde de soruşturma yapıldığı ve önsoruşturma da muhakeme olduğu için biz bu safhayı ifade etmek için “sorusuştırma” denilmesini ve böylece önsoruşturma’ya karşılık bir tâbir kullanılmasını tercih etmekteyiz. Nitekim mülga kanun da “sorusuşturmaya (son tahkikata) başlanılması” tâbirinde (CMUK “1985-3206” 147) görüldüğü üzere bu yolu tutmuştu. Kovuşturma evresini *duruşma* ile bir tutmak (*Erem*, 285) doğru değildir, zira duruşma, kovuşturma evresinin devrelerinden sadece biridir. “Önsoruşturma” ve “sorusuştırma” yerine “soruşturma” ve “yargılama” diye iki safha istemek de (*Erem*, n. 129) tarihî gelişmeye aykırı düşmekte idi. *Erem* 6. basısında bu kısmı çıkarmıştır. İlksoruşturmanın kaldırılarak sadece hazırlık soruşturmasının kabul edilmesini “önsoruşturmanın birleştirilmesi” diye göstermesi ön ve sonsoruşturma ayrımını benimsediğini göstermektedir.

Bu faaliyet kovuşturma evresinin temel görevidir ve yapılması *duruşma* adlı ayrı bir aşamayı oluşturur.

3. İsnat konusunda hüküm verme.

Delillerin ortaya konmasından sonra, uyuşmazlığın esasını çözmeye sıra gelecektir. Uyuşmazlık kolektif olarak hüküm adlı hükümlerle çözüldüğünden, tarafların mütalâalarının alınmasını ve karar verilmesini gerektiren bu faaliyetleri de ayrı bir aşamada toplayacağız. Bu aşamanın adı *sonuç çıkarma* aşamasıdır.

4. Koruma.

Daha çok soruşturma evresinde başvuru koruma tedbirleri kovuşturma evresinde de uygulanabilir.

460. KOVUŞTURMA EVRESİNİN DEVRELERİ.

I. Devreler.

Kovuşturma evresinin, gayeye varmak için yapılan görevlerle (No. 459) ilgili olarak, üç aşaması vardır: 1) *duruşma hazırlığı* aşaması, 2) *duruşma* aşaması, 3) *sonuç çıkarma* aşaması.

Kovuşturma evresindeki faaliyetlerin çoğu *duruşma* aşamasında yapıldığından, hatta *sonuç çıkarma* bölümünde taraflara ait olan mütalâa beyanı işleri de alışkanlıkla *duruşmanın* bir parçası sayıldığından (No. 481) çok defa kovuşturma evresi deyince akla *duruşma* gelir. *Duruşma*, kovuşturma evresinin bütünü değildir (No. 452).

II. Uygunluk prensibi.

Morfolojik uygunluk prensibi gereğince muhakeme bünyesi göreve uyar. En zengin muhakeme bünyesine göre çizilen mücerret muhakeme şemasındaki bazı aşamalar, bölümler hüküm vermede kolaylık varsa veya sonucun önemi azsa atlanır ve muhakeme basitleşir (No. 407). Uygunluk prensibine uyma zorunluğu, kovuşturmada şu sonuçları doğurmuştur:

1. Yargılamanın devamına engel olan düşme sebepleri ortaya çıkınca *dâvanın düşmesi kararı* verilir (No. 71). Bu karar *duruşmasız* da verilebilir.³⁶⁰¹

2. Soruşturma sonunda çok ileri duruma varılmış ve çok kuvvetli bir isnat yapmak imkânı elde edilmiş olabilir. Başlangıç soruşturmasından ve bazen kısa soruşturmadan sonra, idarî mahiyette ceza kararname ile ceza verilmekte ve muhakemeden büsbütün vazgeçilmektedir (No. 427, 443).

3. Kovuşturma evresinin başında isnadın çok kuvvetli olduğu görülünce, *duruşma* aşaması atlanarak *sonuç çıkarma* aşamasına geçilip, mahkûmiyet hükmü de verilebilir.³⁶⁰² Örneğin *basit yargılama usulünde* (CMK 252) *duruşma* yapılmadan hüküm kurulmaktadır (No. 463).

4. Soruşturma evresinde yapılan işlemler sonunda *duruşma* da hazırlanmış olabilir. İsnadın kuvvetli olması demek olan bu hallerde *duruşma hazırlığı* aşamasından vazgeçilir (No. 432).³⁶⁰³

5. Soruşturma evresinde deliller tamamen toplanmışsa, *duruşma* aşamasında hatta *duruşma hazırlığı* aşamasında delil toplama faaliyetinden vazgeçilir.

³⁶⁰¹ Düşme sebebinin çıkması zamanına göre düşme kararı *duruşma* başladıktan sonra (6. CD 18/10/66, RKD 67, 24) veya hüküm kesinleşmeden önce dosya mahkeme elinde iken de (2. CD 13/7/65 A. 503) yine *duruşmasız* verilebilir.

³⁶⁰² Gerçekten, sulh hâkimlerinin dâva açılmayan işlerde savcının isteği ile mülga Kanuna göre ceza kararname vermesi kabul edilince, sulh mahkemelerinin de dâva açıldıktan sonra aynı cezaları *duruşmasız* vermemesi için sebep yoktu. Ancak bu hallerde, idarî bir mana taşıyan ceza kararname tabiri kullanılmalı ve taraflara “karşı gelme” yani *duruşma* isteme imkânı muhakkak tanınmalı idi. Tatbikatta sulh hâkimi ve mahkemesi ayrımı yapılmadan dâva açılmış olup olmamasına bakılmadan, ceza kararname verilmekle aynı sonuca varılmakta idi. Bazı kanunlar da (meselâ “1963-222” m. 58) bu tatbikatı destekliyordu. Hattâ mülga Ceza Kanunu, özel kanuna göre doğrudan doğruya mahkemeye intikal eden işlerde ceza kararname verilmesini kabul etmişti (CGK “81-2370” 119/6).

³⁶⁰³ Nitekim mülga yıldırım muhakemesinde başlangıç soruşturmasından ve bazen kısa soruşturmadan kovuşturma evresinin *duruşma* aşamasına geçilmekte ve *duruşma hazırlığı* aşaması atlanmakta idi.

6. Maddî olay sabit olsa da hukukî mesele bakımından sanığın beraatına karar verileceği duruşmada anlaşılırsa, duruşma aşaması bütünü ile yapılmaksızın duruşma aşamasının giriş bölümü sona erdikten sonra beraat kararı verilebilir. Böyle hallerde, mahkemenin duruşma aşamasını kısa tutacağı, sübut meselesi üzerinde durmayacağı açıktır. Hatta bu hallerde mahkeme delillerin ortaya konulması ve tartışılması bölümlerini atlayabilir ve atlmalıdır.

7. Maddî olay sabit olsa da³⁶⁰⁴ beraat kararı verileceği duruşma hazırlığında anlaşılırsa, duruşma aşaması atlanarak sonuç çıkarma aşamasına geçilmesi, (ilksoruşturmadan geçmiyen işlerde) mümkün olmalı idi.³⁶⁰⁵ Hukukî bakımdan da olsa duruşmasız beraat kararı yadırganırsa, bu hallerde iddianamenin iadesi kararı yahut kovuşturma evresine gelmiş bir işte duruşma yapmamak ve mahkemeyi şüpheli duruma düşürebileceği düşünülerek duruşmanın ilk oturumunda beraat kararı verilmesi³⁶⁰⁶ kabul edilmelidir.

461. KOVUŞTURMA EVRESİNİN ÖZELLİKLERİ.

Kovuşturma evresinin özellikleri şunlardır: 1) sözlülük, 2) açıklık, 3) bağlılık, 4) yüzekeşlilik.

Kovuşturma evresindeki işlemler, kaide olarak, sözlüdür (No. 268, 468). Söylenecekler yazılmış olsa dahi okunacaktır. Meselâ hüküm okunacak veya anlatılacaktır.

Kovuşturma evresindeki işlemler kaide olarak açık (= aleni) olarak yapılır (No. 272). Duruşma bazı kararın bildirilmesi de kaide olarak açık olur. Fakat bazı işlemlerin gizli olması da mümkündür. Meselâ hâkimlerin müzakereleri gizli yapılır (No. 278). Duruşma gibi açık olan işlemlerin istisna olarak gizli yapılması da gerekebilir.

Kovuşturma evresindeki işlemler arasında, soruşturma evresindekilerden farklı olarak (No. 412), yer, zaman ve şahıs bakımlarından bir bağ vardır. Bunlar kaide olarak başka başka şahıslar tarafından, başka başka zamanlarda, başka başka yerlerde yapılmazlar. Meselâ duruşmada hâkimlerin değişmemesi şarttır. Kararı verenler de aynı hâkimler olacaktır. Kovuşturma evresi işlemlerinin bir yerde çok kere aynı salonda yapılmasının sebebi de budur. Bunların farklı zamanlarda yapılmaması da duruşma hazırlığının kısa sürmesinde ve özellikle duruşmanın kesiksiz yapılmasında ve hükmünün çok kısa bir zaman içinde verilmesinde kendisini gösterecektir (No. 468).

Kovuşturma evresindeki işlemleri yargılama makamları kaide olarak, taraflar hazır oldukları halde yüzekeşli yaparlar.³⁶⁰⁷ Bu kaidenin istisnaları da vardır (No. 468).

³⁶⁰⁴ Maddî olay bakımından beraat kararının duruşmasız verilmesi doğru değildir. Çünkü maddî meseledeki hatayı gidermeğe imkân yoktur. Bu karar temyiz edilince Yargıtay maddî ciheti ele alamayacağından, iddia makamının tezi muhakemesiz reddedilmiş duruma düşecektir.

³⁶⁰⁵ Uygulamada ceza kararnamesi ile beraat veya düşme kararı verilmeğe çalışılması böyle bir ihtiyacın duyulduğunu ve ceza vermek ihtiyacını gidermek için kabul edilmiş ceza kararnamesi müessesini vasıta gibi kullanıp bu ihtiyacın karşılanmasına çalışıldığını göstermekteydi. “Ceza kararnamesi ile beraat kararı verilemez” (2. CD 11/4/44, YK 44, 113) veya “ceza kararnamesi ile düşme kararı verilemez” denilmesi (2. CD 28/4/80 YKD 85, 1035) doğrudur. Fakat bunu *duruşmasız beraat veya düşme kararı verilemez* manasına almak doğru değildir. *Erem* de bu ihtiyacı duymakta ve sonunda beraat edeceği daha baştan belli olan sanık hakkında duruşma yapılmadan beraat kararı verilmesi imkânının sağlanmasını istemektedir (s. 542).

³⁶⁰⁶ CGK 19/11/84, İBD 84/10-12, s. 722. Bu kararın gerekçesinde sorguya dayanılmış ve “duruşmada sanık sorguya çekilmeden beraat kararı verilmesi kanuna aykırıdır” denilmiştir. Sorguya çekmekle yetinmek duruşma devresinin büyük bir kısmının atlanması anlamına geleceğinden, bizce çok olumlu bir davranıştır. Ama gerekçe olarak, bizce, duruşmanın giriş bölümü ile açık olarak başlamasının öneminden, bu bölümde talî dâvalara imkân verilmesinden ve dolayısı ile herhangi bir yönden yetkisiz mahkemenin beraat kararı vermesinin bu suretle önlenebileceğinden de söz edilmesi daha isabetli olurdu.

³⁶⁰⁷ Bu da bir çeşit *çelişmedir*. Ancak karşılıklı fikir alışverişi olan çelişme tarafların hazır bulunmasını gerektirdiğinden, birinci basıdan (s. 534) farklı olarak, bu özelliğe *yüzekeşlilik* demeye uygun bulduk.

68. § II. DURUŞMA HAZIRLIĞI AŞAMASI

462. Duruşma hazırlığı aşamasının gayesi, makamları, görevleri ve bölümleri. 463. Kovuşturma evresinin başlama bölümü. 464. Duruşma hazırlığının delil toplama bölümü. 465. Sonuç çıkarma bölümü. 466. Duruşmayı hazırlama bölümü.

462. DURUŞMA HAZIRLIĞI AŞAMASI: GAYESİ, MAKAMLARI VE BÖLÜMLERİ.

I. Duruşma hazırlığının gayesi.

Duruşma hazırlığı aşamasının gayesi, duruşmayı, *kesiksiz* yapılacak şekilde hazırlamaktır. Kovuşturma evresinin hazırlanması gayesi ile yapılan soruşturma evresi duruşmayı hazırlamaz. Diğer taraftan, soruşturma evresinin de eksikleri görülebilir. Bunların da tamamlanması, yani yeni bir soruşturma yapılması, bir bakıma duruşmanın hazırlanması demektir, zira bunlar tamamlanmazsa, duruşmanın kesiksiz yapılması imkânsız olur. Görülüyor ki duruşma hazırlığı aşaması, duruşmaların mümkün olduğu kadar kesiksiz yapılabilmesi ihtiyacını gidermek için kabul edilmiştir.³⁶⁰⁸

II. Makamlar.

Duruşma hazırlığı aşaması, muhakemenin bir parçası olduğundan, muhakemenin üç makamına (No. 33), yani *iddia*, *müdafaa* ve *yargılama* makamlarına bu aşamada de rastlamaktayız. Bu aşamada en hazırlıklı makam iddia makamı olduğu halde, onun bile bazı hazırlıklara ihtiyacı olabilir. En fazla hazırlık ihtiyacını duyanlar savunma ve yargılama makamlarıdır.

Sanık ise kovuşturma açılmasına karar verildiğini çağırı kağıdını aldığı anda öğrenmiştir (No. 458). Sanık ancak bundan sonra savunma için gerekli hazırlıklara başlayacak, lehinde deliller arayacak, aleyhte delilleri çürütecek bilgileri edinmeğe çalışacak, teknik müşavir olan uzmanlara başvuracak, müdafii arayacak ve belki de müdafiiye para tedariki için girişimde bulunacaktır.

Yargılama makamı da dosya ile ilk defa karşı karşıya gelmektedir. Baştan aşağı inceleyip eksikler varsa tamamlamak yargılama makamının görevleri arasındadır.³⁶⁰⁹ Yargılama makamının mahkeme ve hâkimlik çeşitleri burada da vardır. Toplu mahkemelerde hâkimlik makamı, başkanlık ve naiplik gibi adlar aldığından, en zengin çeşidi, yani toplu mahkemeyi esas tutacağız.

III. Görevler ve bölümler.

Duruşmayı geniş manasında hazırlamak gayesi ile yapılan iş, yani görev dördü muhakeme vasıtaları ile, biri kovuşturma evresinin başlaması ve biri sonuçlandırılması ile ilgili olmak üzere, altı grupta toplanabilir: 1. Kovuşturmaya başlama (No. 463). 2. Delil toplama (No. 464). 3. Sonuç çıkarma (No. 465). 4. Duruşmayı hazırlama (No. 466). 5. Koruma: Duruşma hazırlığı aşamasında de koruma tedbirlerine başvurulabileceği veya alınan tedbirlerin kaldırılabilmesi açıktır. 6. Norm arama ve değerlendirme: Sabit görülecek olayın hukuk normları karşısındaki durumunu tespit etmek ve isnat konusundaki hukukî meseleyi çözmek için mahkeme, normlar bakımından da bir araştırma yapacaktır. Olayın hangi normdaki tipe gireceğini bilmek bir diğer söyleyişle hukukî vasfını belirlemek ve

³⁶⁰⁸ Tatbikatta duruşma hazırlığında delil toplama işlemi çok defa yapılmamakta ve bu yüzden duruşmalar çok uzamaktadır. Bu ihmalin sebebi, bizce, duruşmaların uzamasına alışma sonucu olarak, duruşmayı kesiksiz yapmanın bir ihtiyaç olarak henüz duyulmamasıdır. *Erem* uygulamada duruşma hazırlığında sadece tensip kararı verildiğini, bunun da esaslı işlem yapılmadığını belirtmektedir (6. bası, numarasız paragraf, s. 294). Bunun nedenini *Erem*, 5. basıya (s. 287) kadar duruşma hazırlığının faydasız gözükmeye diye açıklamakta ve buna da gerekçe olarak sonsoruşturmaya “muhakeme” yerine “sonsoruşturma” denilmesini göstermekte idi (s. 285-287). 6. basıda sadece faydasız gözükmeye gerekçesine yer verilmemiş olması, esasta bir değişiklik getirmemektedir. Sonsoruşturma yerine muhakeme dersek hâkimlerimiz duruşma hazırlığının faydasını görecekler mi? İş kelimesinin sihri ne mi kaldı? Bizce, önsoruşturmada deliller tam toplanmadığından, duruşma hazırlığı lüzumu daha fazla duyulmalıdır. “Delil toplama işini duruşmada yaparım, duruşma uzarsa uzasın” denirse elbet duruşma hazırlığı faydasız gözüktür. Duruşma hazırlığında delil toplanması için, dosyanın önceden incelenmesi gerekir. Halbuki tatbikatta çok defa hemen duruşma gönü tayin edilmekte ve sonradan vakit bulunursa ve ihtiyaç duyulursa dosya incelenmektedir. İşin içyüzü şudur: Duruşmada delil toplanmasını yasaklamaya ceza muhakemesinin bünyesi elvermemektedir. Kapının böylece aralık kalmasından faydalanan insanların onu ardına kadar açmaktadırlar.

³⁶⁰⁹ Yargılama makamının ve özellikle başkanlığın eksikleri görebilmesi ve hazırlıkları iyice yapabilmesi için hiç olmazsa ağır cezalı işlerde sanığın bu devrenin başında sorguya çekilmesi mecburi kılınmalıdır (CPPF 272).

muhtemel normlar bakımından çeşitli değer hükümleri verebilmek için, mahkemenin hazırlıklı olması gerekir (No. 312). Duruşma, sırf hukukî bir meselenin halli gayesi ile kesilmemelidir. Hâkimler meslekten hukukçu olduklarından bu bakımdan bir hazırlığa çok defa ihtiyaç duyulmaz. Ancak, bazı hallerde bu konularda en azından bilgileri tazeleme biçiminde bir çalışma ve hazırlık, ilerde duruşmanın kesiksiz yapılmasını sağlayacaktır.

Duruşma hazırlığı aşamasının bu altı görevinin yapılması için gerekli işlemler, bu aşamanın altı bölümünü teşkil eder. Morfolojik uygunluk prensibi gereğince, ihtiyaç duyulmayan bölümlerden vazgeçilebilir (No. 407).

Bu aşamadaki kararlara uygulamada çok defa *tensip kararı* denilmektedir.

463. KOVUŞTURMA EVRESİNİN BAŞLAMA BÖLÜMÜ.

I. İddianame.

Kamu dâvası kovuşturma yapılmak üzere mahkeme önüne dâva açan iddianame (No. 433) ile gelecektir.³⁶¹⁰ Dosyada fazla olarak iddianamenin kabulü kararı da olacaktır (CMK 175).³⁶¹¹ Özel muhakeme normlarının dâva açan iddianame yerine geçen başka adlar taşıyan belgeler öngördüğü vardır (No. 434). Hâkim ve avukatların görev suçlarında (No. 56, 222) bakanlığın izni üzerine en yakın ağır ceza savcılığı *sonsoruşturma iddianamesi* niteliğindeki iddianamesini düzenleyip sorsoruşturma açma kararı vermesi için ağır ceza mahkemesine verecek (AvK 59, HSK 93), mahkemenin sorsoruşturma açma kararı üzerine, iddiada değişiklik olmadığı sürece, yeni bir iddianameye ihtiyaç duyulmayacaktır.³⁶¹²

II. İddianamenin kabulü veya iadesi.

İddianamenin esas hakkındaki hükmü verecek olan görevli ve yetkili mahkemeye verilmesinden sonra, bu mahkeme 15 gün içinde iddianamenin iadesi kararı verebilir (CMK 174). Yeterli şüphe varsa, eksik soruşturma işlemi yoksa ve şekil şartlarına uygunsa, gerekçeli bir “iddianamenin kabulü kararı” (CMK 175/1) verilecek ve bu karar duruşmayı açmak için okunacaktır (CMK 191/1).

Duruşma hazırlığı devresi, kovuşturma evresinin ilk devresidir. Gerçi kovuşturma evresi de muhakemenin ikinci safhasıdır ve bundan önce bir önsoruşturma yapılmaktadır. Dâvanın daha önce açılması üzerine bir yargılama makamı kararı ile kovuşturma evresinin açılmasına karar verilmiş olması gerekmekte ise de ihtiyaçlar dolayısı ile, ağır olmayan suçlarda veya teminata zarar vermeyen hallerde istisna olarak dâva açan iddianame kabul edilebilir.

Bizde 1973'ten beri, ağır cezalı işlerde de bir istisna yersiz olarak kabul edilmişti (No. 433). Dâva açan talepname üzerine yargılama makamına, hatta eylemin suç teşkil etmemesi gibi esasa taallük eden sebeplerle talepnameyi reddetmek ve ilksoruşturma sonunda da iddianın mahkeme önüne götürülemeyecek kadar zayıf olduğu anlaşılırsa sorsoruşturmayı açmamak ve dolayısı ile uyuşmazlığı mahkemece yargılatmamak imkânları verildiği halde, dâva açan iddianamenin kanunlarla kabulünden sonra, gerekiyorsa, talepname gibi iddianamenin de reddi veya duruşma hazırlığı sonunda iddianın duruşmaya geçilemeyecek kadar zayıf olduğu anlaşılırsa duruşmaya geçilmemesi kararı verilmesi

³⁶¹⁰ Bu iddianame, ilksoruşturma yapılmış ise *sonsoruşturma iddianamesi* (No. 453), yapılmamışsa *dâva yürüten iddianamedir* (No. 458).

³⁶¹¹ Mülga şahsî dâvada iddianame niteliğindeki şahsî dâva dilekçesi sulh veya asliye hâkimine verilir (CMUK 350), bu hâkimler, bir çeşit ilksoruşturma yaparak sonunda sorsoruşturma açılması niteliğinde “duruşmanın açılması kararı” veya sorsoruşturmanın açılmaması niteliğinde “dâvanın reddi kararı” verirlerdi (CMUK 352) (No. 115).

³⁶¹² Bu hukuka aykırılık nedeniyle dava kabul olunmamalı, yanlışlıkla olmuşsa, hükme tesiri olmayacağından bozma nedeni sayılmamalıdır (No. 529). İddianame ile kovuşturma evresinin açılmasının istenmesi ve kovuşturma evresinin açılmasına yargılama makamlarınca karar verilmesinin sonucu olarak, özel muhakeme normları gereğince verilmiş kovuşturmanın açılması kararı varken yeni bir kovuşturma açma kararına ihtiyaç yoksa da, hâkim veya avukatların görev suçlarındaki muhakemesindekinin aksine, mülga memur muhakemesinde olduğu gibi, özel muhakeme sisteminde iddia makamının iddianamesi öngörülmemişse, savcılığın mahkemeye “iddianame” ile gitmesi gerekiyordu (No. 458). Bunun faydası özel sistemdeki sorsoruşturma kararının iddianame sanılmasını ve dolayısı ile yargılama ile iddia görevlerinin birbirlerine karıştırılmasını önlemektir. Bu iddianamenin bulunmaması, hukuka aykırılık ise de bozma sebebi olmamalı, bunun müeyyidesi sadece kabul edilmezlik olarak kabul edilmeliydi.

durumu düzenlenmelidir.³⁶¹⁶ Nitekim mehzaz kanuna göre, 1942-1950 devresi dışında (No. 433) sonsoruşturmaya daima sonsoruşturma açılması kararı ile geçilmekte ve bu kararı mahkeme vermektedir (No. 448). İlksoruşturmadan geçen ağır ve karışık işlerde esasa geçmemek imkânları tanındığı halde, ilksoruşturmadan geçmeyen daha basit işlerde bu imkânın tanınmaması, yapılacak duruşmalarla hem mahkemeleri hem tarafları hem bilirkişileri ve tanıkları boşu boşuna uğraştırmaktan başka işe yaramayacaktır.

Bizce, dâva açan iddianame üzerine, talepten önce olduğu gibi, iddianame veya icabında dâva reddedilebilmeli, kabulden sonra da uyuşmazlığın doğrudan doğruya yargılanmasına engel olan sebepler varsa, yargılamanın ilerlemesine engel olan bir karar verilmelidir. Diğer taraftan sonsoruşturmanın açılması kararı da gerektiğinde mahkemece reddolunabilmeli, kabul edildikten sonra da gerektiği yargılamanın ilerlemesine engel olan kararlar verilebilmelidir (No. 71).

III. Kabul edilen iddianamenin sanığa bildirilmesi.

Mahkeme iddianamenin kabulü kararı verdikten sonra duruşma gününü belirler ve hazır bulunması gereken kişileri çağırır (CMK 175/2). Çağrı kâğıdı ile birlikte, iddianame sanığa tebliğ olunur (CMK 176/1). Müdafanın hazırlıklarını yapabilmesi için (CMK 177, 179), bu gereklidir ve insan haklarıdır (İHAS 6/3 a, b ve d).

Dosya mahkemeye gelmiş ve iddianame mahkeme tarafından kabul edilmiş olduğu için, artık sınırlama koymadan dosyanın müdafî tarafından incelenmesi sağlanır (CMK 153/4), masrafları kendisine ait olmak üzere, sanığa da dosya fotokopisi verilir. Sanığa bu aşamada dosya fotokopisinin verilmemesi, müdafaa hakkının kısıtlanması sayılır. Mülga Kanun bunu açıkça belirlememişti. Yeni Kanun ise, sanığın duruşma gününden en az 5 gün önce başka tanık ve bilirkişilerin davet edilmesi veya müdafaa delillerinin toplanması için dilekçe verebilmesini (CMK 177/1) veya doğrudan doğruya davet ettireceği veya duruşmaya getireceği tanık ve bilirkişileri makul bir süre içinde bildirebilmesini (CMK 179/1) açıkça kabul etti. Mahkemenin duruşma hazırlığında gerekli kararları isabetle alabilmesi için, müdafanın görüşünden yararlanması da ancak böyle sağlanabilir. Uygulamada görüldüğü üzere hemen duruşma günü tayin edilir ve onunla birlikte iddianame bildirilirse, pek çok bakımdan geç kalınmış, müdafaa hakkı yersiz olarak sınırlandırılmış olacağından, “*sanığın isnadın mahiyet ve sebebinden en kısa zamanda... etraflı bir surette haberdar edilmek*”, “*müdafaaasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak*” ve “*müdafaa tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı şartlar altında davet edilmesini ve dinlenmesinin sağlanması*” hakları (İHAS 6.3.a, b ve d) çiğnenmiş olur. Dosya iddianame ile mahkemeye geldiği ve iddianamenin kabulü kararı verildiği için, müdafî istediklerini bildirebilmek için, dosyayı serbestçe inceleyebilir (CMK 153/4) (No. 257). Sanık için bir sınırlama varsa da denetim altında incelemesi elbet mümkündür. Daha iyisi, tehlikeli belgelerin fotokopilerinin verilmesidir (No. 249).

Sanığın müdafaa haklarını daha iyi sağlamak için, iddianamenin mahkemeye verilmesi beklenmemeli, iddianame düzenlenmeden önce de sanığın ve varsa müdafinin görüşü alınmalıdır (No. 433, VII). Meselâ sanığın toplanmasını isteyeceği bir delil sayesinde savcının iddianame vermekten vazgeçmesi de pekâlâ mümkündür ve böylece mahkemelerin işi de azaltılmış olur (No. 433, VI). Alman Kanununda ve Dönmezer Tasarısında olduğu gibi, en iyisi, *savcının araştırmalarını bitirdiğini, dosyaya kaydettiği tarih, gizliliğin kalktığı tarih olarak kabul edilmelidir.*

IV. Verilebilen kararlar.

İddianame mahkemeye geldikten sonra genel esaslara göre şöyle hareket edilebilir:

1. Dâvanın kabule şayan olmaması kararı.

İddianamenin kabulü kararının da (CMK 175), kabule şayan olmadığı için, geri çevrilebilmesi gerekir. Genel esaslara göre şöyle hareket edilmelidir: İddianamede muhakeme hukuku müeyyidesini gerektiren bir aykırılık varsa veya muhakeme şartları gerçekleşmemişse, mahkeme dâvanın kabule

³⁶¹⁶ Erem (n. 153) de bu görüştedir.

şayan olmadığına karar vermeli ve dosyayı geri çevirmelidir.³⁶¹⁸ Mesela, iddianamede savcının ismi veya imzası yoksa³⁶¹⁹ böyle hareket edilmelidir. Mahkemeyi kovuşturma evresine geçemeyecek işlerle uğraştırmamak için, mahkemenin kovuşturma açmak veya açmamak yönünde karar vermesinin düzenlenmesi (CMK 174) yerinde olmuştur.³⁶²⁰ CMK'nın iddianamenin iadesi (CMK 174) ve kabulü (CMK 175) kararlarını düzenlemesi³⁶²¹ yerinde olmuştur.³⁶²² 1985 de ilksoruşturma kaldırıldığına göre mahkemeyi kovuşturma evresine geçemeyecek işlerle uğraştırmamak için, iddianamenin kabulü veya iadesi konusunda mahkemenin karar vermesinin, kanunla düzenlenmesi isabetlidir.³⁶²³

2. *Sonsoruşturmanın açılması kararının veya dava yürüten iddianamenin reddi kararı.*

Sözü geçen belgelerde muhakeme hukuku müeyyidesini gerektiren bir aykırılık varsa, bu belgelerin reddine karar verilmelidir (No. 71). Örneğin, iddianame düzenlendikten sonra hakkında dâva açılmış olan şüphelinin soruşturma evresinde ifadesi alınmamışsa (No. 433) veya soruşturma evresinin yapılması adliye-dışı makamlara verilmişse³⁶²⁴, bu karar gerekli hususları ihtiva etmiyorsa³⁶²⁵ bu yolda hareket edilmelidir.³⁶²⁶

V. İddianame yerine geçen belgeler.

Ceza Muhakemesi Kanunu *iddianame yerine geçen belgelerle* kamu davası açılmasını kabul etmiş (CMK 191/3-b), ancak bunların iadesi konusunu düzenlememiştir.³⁶²⁷

³⁶¹⁸ Uygulamada iddianamede hangi suçtan dolayı dâva açıldığına açıklanması için dosyanın savcılığa tevdi gerektiğinden söz edilmektedir (3. CD 16/11/82 YKD 83/1, 119). Bunun anlamı dâvanın kabule şayan görülmemesidir. Bu karar verildiğine göre, kabule şayan kararı da verilebilecek demektir.

³⁶¹⁹ 2. CD 8/4/1949, Çağlayan 66 II, 188.

³⁶²⁰ Bu konuda Alman örneğinden daha fazla yararlanılması doğru olurdu (No. 445).

³⁶²¹ Mülga CMK da iddianamenin yalnız başına (veya 1985 den önce olduğu gibi sonsoruşturmanın açılması kararı ile birlikte) mahkemeye gelmesi halinde, iddianamenin (veya sonsoruşturmanın açılması kararının) kabulü veya reddi konusunda kanunda norm yoktu.

³⁶²² İddianamede önemli bir aykırılık varsa; (a - iddianame CMK 170 inci maddeye aykırı olarak düzenlenmişse; b - suçun sübütuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenmişse; c - öndemeye veya uzlaşmaya tabi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılabilir işlerde öndeme veya uzlaşma usulü uygulanmadan düzenlenmişse; CMK 174) veya muhakeme şartı gerçekleştirilmezse, mahkeme iddianameyi (CMK 170) iade edebilir.

³⁶²³ 2. CD 8/4/59 Çağlayan “66” II, 188, 3. CD 10/2/51, 931-942.

³⁶²⁴ Tatbikatta bu hallerde verilen karara, vazifeszlik kararı denilmektedir. Maksat işin mülga Memur Muhakemesi Kanununa göre soruşturma açacak yetkili kurula gönderilmesi idi. Daha önce gitmiş ve kurul “bu kanuna girmez” demişe, mahkeme red kararı vermeyip dâvaya bakar (CGK 12/3/73 RKD 73, 90; 2/4/73 RKD 73, 93; 10/1/72 7). 29/12/86 YKD 87/6 931; k-m: (CGK 31/3/86 YKD 86/7/1039).

³⁶²⁵ Kanunda bu hususta sarahat yoksa bu şekilde hareket etmede mahzur yoktur. Tatbikatta, reddi kabul eden kararlar gibi (2. CD 8/4/49 ve 4. CD 16/2/52, Çağlayan II, 188) etmeyen kararlar da (4. CD 12/3/45) vardır. Yücedivan, soruşturma açılması kararı mahiyetinde olan TBMM kararını kabul etmemiş ve gereği yapılmak üzere Başsavcılığa iade etmiştir (20/7/63, 15-25).

³⁶²⁶ Gaiplik sebebi ile sonsoruşturmanın durmasına karar verildikten sonra gaiplik kalkınca iş mahkemeye geldiğinde, Yargıtay “sonsorşturmanın durması kararı ile birlikte açılma kararı verilemeyeceğine göre usulüne uygun açma kararı olmadığı halde mahkûmiyet kararı verilemez” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir (5. CD 12/5/80 İKİD 81 268). Bu kararı isabetli bulmuyoruz. Sonsoruşturmanın durması kararı ancak sonsoruşturmanın açılmasından sonra söz konusu olabileceğine, açılmamış sonsoruşturmanın duruşmada mümkün olamayacağına göre, açıkça söylenmiş olsa da olmasa da sonsoruşturmanın açılması kararı verilmiştir. Kabule göre de “usulüne uygun açılma kararı yoksa”, “mahkeme işin başında ret kararı vermeliydi, sonradan farkına vardysa, müeyyide kabuledilmezlik değil, yokluk olduğundan, mahkemenin durması kararı vermeliydi” diye bozmalıydı.

³⁶²⁷ Bu konudaki Kanunun suskunluğu Memurların Yargılanması Hakkındaki Kanun açısından, savcının iddianame düzenleyecek olması nedeniyle büyük bir problem yaratmıyorsa da, “Üniversite ilk soruşturmasında” olduğu gibi, adliye dışı bir makam sonsoruşturmanın açılması kararı veya benzeri bir karar vererek, “iddianame yerine geçen bir belge” hazırladığı hallerde, sanık hakları açısından, iddianamenin iadesi garantisinin işlememesi tehlikesi doğmuş bulunmaktadır. Gerçekten, bir üniversite rektörü hakkında artık kalkmış bulunan “ilk soruşturma” yapılarak, sonsoruşturma kurulu tarafından lüzum-u muhakeme kararı verilmiş ve bu Danıştay da re’sen incelenerek onaylanmışsa, “lüzum-u muhakeme kararı”, “iddianame yerine geçen belge” olmaktadır. Re’sen kovuşturulan diğer sanıklar hakkında C. savcısı tarafından düzenlenen iddianame (CMK 170) kamu davasını açmadığı halde (CMK 175/1), rektör hakkında lüzum-u muhakeme kararıyla kamu davası açılmış sayılması

VI. Duruşma hazırlığında verilen diğer kararlar.

İddianamenin iadesi kararı verilmemişse yargılamaya devam olunması mecburidir. Ancak gerekirse yargılamaya devama engel olan kararlar verilebilir (No. 71). Duruşma hazırlığı aşamasında yer veya diğer yönlerden yetkisiz olduğunu gören mahkeme, yetkisizlik kararı verebilir. Düşme sebepleri gerçekleşmişse, düşme kararı verilir. Durma sebepleri varsa, bu karar (CMK 223/8), ret sebepleri varsa, bu karar verilir (CMK 223/8).

İddianame reddedilmemişse veya dâvanın kabule şayan olmadığı kararı verilmemişse, yargılamaya devam olunmak mecburidir. Ancak, gerekirse, devama engel olan kararlar elbet verilebilir. Kovuşturma evresi açılmıştır diye, lüzumu kalmadığı önceden anlaşılan bir duruşmanın yapılmasını kanun koyucu istemiş olamaz.³⁶²⁸ Bizce, bu aşamada şu kararlar verilebilir:

1. Yetkisizlik kararları.

Duruşma hazırlığı aşamasında de mahkeme her yönden yetkisizlik kararı verebilir.³⁶²⁹

2. Dâvanın düşmesi kararı.

Düşme sebepleri varsa, mahkeme yine duruşma hazırlığı aşamasının her anında dâvanın düşmesine karar verebilmelidir (No. 460).

3. Muhakemenin durması kararı:

Durma sebepleri varsa (No. 71), mahkeme duruşma hazırlığı aşamasında da muhakemenin durması kararı (CMK 223) verebilmelidir.³⁶³⁰

4. Dâvanın reddi kararı:

Ret sebepleri (No. 71) varsa ve bunlar duruşma hazırlığının başında değil de sonradan görülmüşse, dâvanın reddi kararı (CMK 223) da verilmelidir. Burada söz konusu olan ret sebepleri arasında kabul edilmezlik müeyyidesini gerektiren aykırılıklar dahil değildir. Zira kabul edilmekle aykırılık giderilmiş sayılmaktadır (No. 290).³⁶³¹

haksızlık olur. Bu nedenle, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanununun, Yüksek Öğretim Kanununun 53 ncü maddesini de değiştirdiği ve Danıştay tarafından onaylanmış lüzum-u muhakeme kararı olsa dahi muhakemenin CMK 174 uyarınca eksikliklerini saptadığı, “iddianame yerine geçen belgeyi” iade edebileceği kabul edilmelidir. Aksi takdirde, bu tür davalarda olgun olmayan, yeterli delili toplanmış bulunmayan iddialar, eskiden olduğu gibi, mahkemeleri uzun yıllar delil araştırması yapmak durumunda bırakacaktır.

³⁶²⁸ Bu yolda İtalyan Kanununda mevcut normun (CPPI 421), bizde de kabulü, tereddütlere son vereceği için faydalı olacaktır.

³⁶²⁹ İstisna sadece ilksoruşturmadan geçen işlerde yer yönünden yetkisizlik kararı verilememesi idi (No. 208).

³⁶³⁰ Durma, ancak başlamış işlerde mümkündür. Bu nedenle kovuşturma başlamamış bir işte kovuşturmanın durdurulmasından söz edilmesi ve bu konuda CMK 149/4 ile StPO 154 II ye dayanılması (*Yenisey*, II. n. 620) isabetli değildir. Kaldı ki mülga CMUK 149/4 de tekrar takibata başlanır denilmiş olması onun başlamış olduğunu göstermektedir. StPO 154 II de ise açıkça “önceden kamu dâvası açılmış bulunduğu takdirde” denilmektedir.

³⁶³¹ Önsoruşturmanın Memur Muhakemesi Kanununa girmesine rağmen iş yetkili kurula gitmeden sorgu hâkiminin sonsoruşturma açma kararını vermesi veya savcının dâva açan iddianame düzenlemesi bizce kabul edilmezlik müeyyidesini gerektiren aykırılık sayılmalı ve bu işlemler başta reddolunmaz, yani zımnen kabul edilirse dâva reddelonmamalıdır. Tatlibatta vazifesizlik adı verilen bu kararların zımnî kabulden sonra da, hattâ duruşmada verildiği görülmektedir. Sonsoruşturma safhasından, bu safhaya geçme lüzumu olup olmadığını araştırmak için yapılan önsoruşturmaya geçmek sisteme aykırıdır. Sonsoruşturmaya geçme lüzumunu sorgu hâkimi görmüştür. Tarafsız ve bağımsız hâkim karar verdiği göre sanık için teminatsızlık yoktur. İddianame ile mahkemeye gelen işlerde de kovuşturma yapılmış ve mahkeme de önceden reddedmiyerek yargılamaya başlamıştır. İdare Kurulunun vereceği sonsoruşturmanın açılması kararına lüzum kalmamıştır. Bu çözüm, memur muhakemesi sisteminin memur için bir teminat oluşuna ters düşmemektedir. Zira bu teminat oluş, suçlu memurun kayırılması anlamına gelmeyeceğine ve sonsoruşturma açılması veya açılmaması kararı da genel normlara dayanılarak verileceğine göre, ilksoruşturmanın teminat teşkil etmesinden başka bir şey değildir. Bu teminatla memur olmayanlar hakkında ilksoruşturma yapılmayan hallerde de bu memurlar için ilksoruşturma yapılması sağlanmıştır (*Kunter*: Üniversite ilksoruşturması ve memur muhakemesi sistemimiz, İHFM “43”, 1979, 1-4, 23). Kaldı ki, meselâ mahkûmiyet kararının bu nedenle bozulması (4. CD 29/3/77, 2331-1971; 5. CD 3/5/84 YKD 84/11, 1733; CGK 23/9/85 YKD 85/12, 1834; 4. CD 30/9/87 YKD 88/6 855) Memur Muhakemesi Kanununa göre yapılan idarî tetkikatta, başka tavsifile de olsa fiili mahkeme kararı ile sabit olmuş kişi hakkında men’i muhakeme, yani sonsoruşturma açılmaması kararı verilebilmesi düşünülmemeyeceğine göre, neye yarayacaktır? Yahut

464. DURUŞMA HAZIRLIĞININ DELİL TOPLAMA BÖLÜMÜ.

Delillerin ve bunları değerlendirecek bilgilerin önsoruşturmada toplanmış olması kaide olmakla beraber (No. 459), duruşma hazırlığında da bunları toplama zorunluğu istisna olarak duyulabilir.³⁶³² Bir bakıma, önsoruşturmanın eksiklerini giderme ve kovuşturmayı hazır hale getirme işi olan delil toplama şöyle düzenlenmiştir:

1) Sanık daha bazı delillerin toplanmasını, taallûk ettikleri olayları göstermek şartıyla ve duruşmadan en az beş gün önce dilekçe ile isteyebilir (CMUK 212). Başkan, isteği haklı sebeplerle reddedebilir (CMUK 213, 238) (No. 476).

2) Başkan gerekli gördüğü delillerin toplanmasına kendiliğinden veya istek üzerine karar verebilir (CMUK 214).

3) Başkan, bilirkişi incelemeleri yaptırılmasına da karar verebilir. Gerçekten başkanın dinlenilmek üzere bilirkişileri duruşmaya çağırma yetkisi vardır (No. 466). Bu bilirkişilerin önsoruşturmada inceleme yapmış kimseler olması şart olmadığına göre bunları tayin yetkisi de başkana aittir. Ancak bilirkişinin mütalâasını duruşmada hemen bildirememesi incelemelerini çok defa önceden yapmasına bağlı olduğundan duruşma hazırlığı aşamasında bu kimselere gerekli incelemeler yaptırılmış olmalıdır.

4) Mahkeme, hastalık veya malûliyet veya katlanılması mümkün olmayan başka bir sebeple bir tanığın veya bilirkişinin uzun zaman veya süresi belli olmayan bir zaman içinde duruşmada hazır bulunması kabil olmayacağını anlarsa, bir naip marifetiyle veya istinabe yolu ile onun dinlenmesine karar verir (CMUK 216/1). Bizzat kendisi de dinleyebilir. Bu hüküm meskenlerinin uzak olması sebebiyle getirilmeleri müşkül olan tanık ve bilirkişilerin dinlenmesinde de uygulanır (CMUK 216/2). Tanık veya bilirkişinin bu suretle dinleneceği günden, işin gecikmesine sebebiyet vermeyecekse, sanığa, müdafiyeye ve savcıya haber verilir. Bunların dinlemede hazır bulunmaları şart değildir (CMUK 217). Bu normlar, duruşmada bulunmak ödevinden kurtarılan sanık hakkında da uygulanmalıdır (No. 219).

5) Mahkeme, duruşmanın hazırlanması için ihtiyaç duyarsa keşif ve muayene yapılmasına da karar verir (CMUK 218). Bunlar duruşma salonunda yapılamayacak keşif ve muayenelerdir. Duruşmanın kesiksiz yapılmasında bu tedbirin faydası büyüktür.

6) Hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılan istisnaî haller dışında, sanık sorguya çekilmedikçe duruşmaya başlanamaması gerekirken, duruşma günü için çağırılmış tanık ve bilirkişinin dinlenmesinin kabul edilmiş olması (CMUK 237/1) da bizce, duruşma öncesinde yani duruşma hazırlığında yapılmış bir işlem niteliğindedir (No. 479). Tek fark orada bu dinlemeyi istinabe olunan mahkeme veya naip hâkim yaptığı halde burada dâvaya bakan mahkemenin yapmasıdır.

465. SONUÇ ÇIKARMA BÖLÜMÜ.

Duruşma hazırlığı aşamasında, gerekiyorsa deliller de toplandıktan sonra, sıra sonuç çıkarmağa gelir. Bu sonuç, normal olarak duruşmaya geçilmesi olduğundan, duruşmaya geçilecekse ayrı bir karara ihtiyaç duyulmaz. Ancak bu sonucun, morfolojik uygunluk prensibi gereğince (No. 407), duruşmaya

beraat kararı bozulursa (CGK 4/10/76 İKİD 77, 5186; k-m: 4. CD 20/9/77 YKD 78, 1031) ondan daha üstün bir karar mı verilecektir. İddia bakımından da mesele yoktur. Bir başka kovuşturma makamı iddia görevini yapmıştır. Bütün bunlar gösteriyor ki İdare Kurulunun soruşturma açılması kararı vermemiş olması ancak kabul edilmezlik müeyyidesini gerektiren bir aykırılık sayılmalı, önceden redde sebep olmalı, fakat reddedilmeyip kabul edilmişse artık bir daha nazara alınmamalıdır. Duruşmada beliren vasfa göre işin memurların muhakemesi kanununa girdiği anlaşılrsa dahi duruşmaya devam edeceğinin son zamanlarda mahkemelerce de benimsendiği vardır (CGK 1/11/65, Çağlayan "66" I, 98; 15/5/67 RKD 68, 5. CD 3/5/84 YKD 84/II 1733; k-m: CGK 12/3/73 İKİD 73, 1977; 18/3/68 İKİD 68, 10344; 22/1/68 İKİD 68, 6348; 5. CD 19/2/86 YKD 86/7 1056). Aynı şekilde idare kurulunun soruşturma açılması kararı üzerine soruşturma yapıp bir karara varıldıktan sonra, iddianame yok diye bozulmamalı, her temyiz sebebinin bozma sebebi olmadığı hatırlanmalıdır (k-m: 4. CD 30/1/70 Alicanoğlu, 266; 13/6/75 İKİD 75, 3714). Mahkûmiyet kararının "mecburî ilksoruşturma yapılmadı" diye bozulmasında da (5. CD 15/3/74 RKD 74, 73) isabet yoktur. Soruşturmaya geçilsin mi diye yapılacak olan ilksoruşturma yeniden yapılsa başka sonuç mu alınacaktır?

³⁶³² Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (AKBK) R(87)18 numaralı tavsiye kararında, ancak yargılama makamlarının ilksoruşturma yapılmasını yararlı görmemesi halinde mahkemenin mahkemenin kovuşturma yapacağını belirtilmesi (II.a) de göstermektedir ki hakim tarafından ilksoruşturma yapılmamış işlerde, mahkeme veya başkan yararlı gördüğü takdirde bu boşluğun duruşma hazırlığında, hatta gerekiyorsa duruşmada, yargılama makamlarında yapılacak bir soruşturma ile doldurulması gerekmektedir.

geçilmemesi, daha doğrusu duruşmanın atlanması ve sonuç çıkarma aşamasına geçilmesi şeklinde olabilmesi de mümkündür: İsnat çok kuvvetli ise, duruşma aşaması atlanarak, ceza verilebilecek haller olabilir (No. 460, II, 3).³⁶³³ Maddî olay sabit olsa da sanığın beraatına karar verileceği anlaşılırsa, bu karar duruşmasız verilebilmelidir (No. 460, II, 7).

466. DURUŞMAYI HAZIRLAMA BÖLÜMÜ.

Duruşma hazırlığı aşamasında duruşma aşamasına geçmek sonucuna varılmışsa (No. 645), duruşmanın dar manada hazırlanması da gerekir. Bundan maksat, duruşmanın kesiksiz yapılabilmesini sağlayacak işlemlerin yapılmasıdır. Duruşma isterse geç başlasın, elverir ki kesilmelerle uzamasın. Bu işlemler şunlardır:

1) Başkan gerekiyorsa, sanığa müdafî tayin eder (No. 131, 188).

2) Delil olabilecek eşya yani belgeler ve kabilse belirtiler savcılıkça dosya ile birlikte mahkemeye verilmiş olmakla beraber (CMUK 207/1) yeni bazı eşyanın da duruşmada hazır bulunmasına lüzum duyulabilir. Başkan bunları da buldukları yerlerden getirir.

3) Başkan duruşma gününü de tayin eder: a) Duruşma günü dâvaların geliş sırasına göre tâyin edilir; fakat bazı hallerde sıranın öne alınmasını kanun emretmiştir. Devlet ve hükümet nüfuzunu kıran, genel ahlâka aykırı olan suçlar ile yağma, yol kesme, adam kaldırma ve öldürme cürümlerine ait dâvalarda öncelikle hareket edilir (CMUK 206/2). Özel kanunlarda da bu yolda hükümler vardır (Meselâ mülga MmMK 18; 1936-3005 m. 9).

b) Duruşmanın bir günde ve ara verilmeksizin bitmesi yani kesiksizliği prensibi de gözönünde tutularak bütün sanıkların, tanıkların, bilirkişilerin, teknik müşavirlerin gelebileceği bir tarih seçilmelidir. Eğer bunların çokluğundan dolayı duruşmanın bir günde bitirilemeyeceği anlaşılırsa, bir kısmı sonraki celselere davet edilebilir (CMUK 207). Kesiksizlik prensibine göre sonraki celse kaide olarak ertesi günkü celsedir.

c) Duruşma hazırlığında istinabe veya niyabet yolu ile dinlemelerin, yapılan keşiflerin, yaptırılan bilirkişi incelemelerinin bitmiş olması da lâzımdır (No. 464).

ç) Müdafaayı sağlamak da göz önünde tutulacak bir noktadır. Sanığa sorsoruşturmanın açılmasını öğrenmesi ile duruşma arasında müdafaaya imkân verecek kadar bolca zaman verilmelidir. Kanundaki bir haftalık sürenin asgarî olduğu (CMUK 210) unutulmamalı ve ihtiyaca göre daha uzun bir süre verilmelidir. Tebligatın gecikebileceği de hesaba katılmalıdır.

d) Duruşmanın saati de isabetli olarak tâyin edilmelidir. Aynı gündeki duruşmaların saatleri, muhtemel devam süreleri göz önünde tutularak tâyin edilmelidir.³⁶³⁴

4) Başkan, duruşma gününden savcüyü haberdar eder. Bundan maksat savcının gerekli davetleri yapabilmesidir (CMUK 207). Ancak tatbikatta celpnameler mahkemece çıkarılmaktadır.³⁶³⁵ Sanığa duruşma davetiyesinin gönderilmemesi, müdafa hakkını kısıtlar. Sanığa gönderilen celpnamede mazereti olmaksızın gelmediği takdirde tutuklanacağı veya zorla getirileceği yazılır (CMUK 209). Sanığın hazır bulunmamasına rağmen duruşma yapılması kabul edilen hallerde, fazla olarak, gelmese de duruşma yapılabileceği belirtilir (CMUK 225). Sanık tutuk ise, duruşma günü kendisine tebliğ olunur ve duruşmada kendisini müdafa için bir talepte bulunup bulunmayacağını, bulunacaksa, neden ibaret olduğunu bildirmeye davet edilir. Bu işlemin yapılması için tutuk mahkeme kâtibinin yanına getirilir (CMUK 209). Sanık gaip ise, davet ilân şeklinde olacak ve celpnamede mazereti olmadan gelmezse, duruşmanın gıyabında yapılacağı ihtarı da bulunacaktır (No. 285). Müdafî, sanıktan ayrı olarak davet

³⁶³³ Sulh hâkimlerinin dâva açılmayan işlerde mülga ceza karnamesi ile verdikleri cezalar, dâva açılan işlerde, duruşma yapılmadan, ceza karnamesi ile verilebilmelidir.

³⁶³⁴ Saat gösterilmesi, cezadaki bildirimleri de düzenleyen Tebligat Kanunu gereğidir (TebK 62). Duruşma saatinin kamu davasına katılana bildirilmemesinin iddia hakkının kısıtlanması sayılmasını (CGK 28/12/1981; YKD 81/5, 699) çok isabetli bulmaktayız.

³⁶³⁵ 1975 Alman reformunda davetleri mahkemenin yapması kabul edilmişti (*Grauhan*, 396). CMK'nın da aynı yönde düzenleme yaptığı görülmektedir.

edilecektir (CMUK 211). Katılan, vekili, teknik müşavirler (No. 337) de davet edilecektir. Sanık duruşmada bulunmak ödevinden kurtarılmış olsa da davet edilmelidir (No. 247).

5) Sanığın davetiyesi ile birlikte, daha önce tebliğ edilmemişse (No. 463), iddianame de sanığa bildirilmelidir. 1985 de CMUK 208. maddeye eklenen fıkra ile sulh mahkemelerinde dâva açan iddianamenin tebliğ edilmeyeceğinin kabul edilmesi çok isabetsiz olmuştur. Anayasa Mahkemesi dokuzuncu baskıdaki görüşlerimizin doğrultusunda, 14.7.1988 tarih ve E. 1997/41, K. 1998/47 sayılı kararı ile iptal etmiştir (RG. 24.3.1999) (No. 433, VII).

6) Sanık ve savcı iddianamede gösterilenlerden başka tanık ve bilirkişilerin davet ettirilmesi duruşmadan en az 5 gün önce dilekçe vererek başkandan isteyebilirler (CMUK 212, 215). Başkanın kararı derhal ilgiliye bildirilecektir. Zira, ilgilinin ret halinde bu kimseleri doğrudan doğruya davet ettirme yetkisi vardır. Sanık fazla olarak bu kimseleri yanında da getirebilir (CMUK 213, 215) (No. 477). Sanık ve savcı bu kimselerin isimleri ile adreslerini birbirlerine gecikmeden bildireceklerdir. Bundan maksat, duruşmaya ara vermeleri önlemektir (CMUK 239/2). Yeni Kanun bu hükmü almadı.

7) Başkan, mülga Kanuna göre kendiliğinden, taraflarca gösterilenler dışında tanık ve bilirkişilerin çağırılmasına karar verebiliyordu (CMUK 214).

8) Duruşma sırasında şikâyeti belirtilen ifade üzerine, suçtan zarar görenden davaya katılmak isteyip istemediği sorulur (CMUK 238/2). Başkan, yapılacak katılma istekleri hakkında savcının, sanık ve varsa müdafinin mütalâasını alarak bir karar verebilir (CMK 238/3).

9) Başkan, para cezasında “önödeme” isteyen sanığın müracaatı üzerine (CK 75), muhakeme masraflarını da hesaplayarak ödenecek miktarı, tediye fişi kesmesi için savcılığa bildirir. Ödemenin yapıldığı duruşmadan önce bildirilirse mahkeme düşme kararı verir (No. 431).

10) Mahkeme, sanığın duruşmada bulunmak ödevinden kurtarılmasına (bağışık tutulmasına) karar verebilir.³⁶³⁶ Bu takdirde sanık, ağır cezalı suçlarda daima, diğerlerinde önsoruşturmada sorguya çekilmemişse, istinabe yolu ile sorguya çekilirdi (CMUK 226) (No. 247).

69. § III. DURUŞMA DEVRESİ

467. Duruşmanın gayesi, görevi ve bölümleri. 468. Duruşmanın özellikleri. 469. Duruşma aşamasında yargılamanın özellikleri. 470. Duruşmada hazır bulunması gereken kimseler. 471. Duruşmada hazır bulunabilecek kimseler. 472. Duruşma ve oturumları. 473. Duruşmaya ara verilmesi ve duruşmanın başka bir gün yapılması. 474. Duruşmanın idaresi. 475. Duruşmanın giriş bölümü. 476. Duruşmanın delil toplama bölümü. 477. Delilleri ortaya koyma bölümü: a) Delillerin ortaya konulması ve şekilleri. 478. b) Delillerin ortaya konulmasının kabul edilmesi. 479. c) Delillerin ortaya konulmasında kaideler. 480. c) Delillerin tek tek tartışılması.

467. DURUŞMANIN GAYESİ, GÖREVİ ve BÖLÜMLERİ.

I. Duruşmanın gayesi.

Duruşma kovuşturma evresinin en çok faaliyeti gerektiren ve hüküm üzerinde etkili olan bir devre olduğu için, kovuşturma deyince akla çok defa duruşma gelir (No. 460). Duruşma bütün muhakemenin en önemli aşaması, tepe noktası olup, gayesi, “sonuç çıkarma aşamasına” geçmeyi mümkün kılmaktadır.

II. Duruşmanın görev ve bölümleri.

Duruşmanın gayesine erişmek için yapılan işlemler onun görevini meydana getirir. Duruşmanın görevinin yapılması ile ilgili işlemler dört bölümde toplanabilir: 1) Duruşmaya giriş bölümü (No. 475),

³⁶³⁶ Kantar, 216.

2) Delilleri toplama bölümü (No. 476), 3) Delilleri ortaya koyma bölümü (No. 477, 480), 4) Koruma bölümü.

Morfolojik uygunluk prensibi gereğince (No. 407), ihtiyaç duyulmayan faaliyetlerden vaz geçilebilecektir. Meselâ korumaya ait hiçbir işlem yapılmadan duruşma aşamasının sona ermesi mümkündür. Duruşma aşamasında soruşturmaya yani delil toplamaya lüzum duyulmaması halinde, toplama bölümü de atlanabilir. Bitti sanılan bir bölümün bitmediği, o bölüme giren bir işlemin yapılmasına ihtiyaç duyulmakla anlaşılırsa, o bölüm faaliyetine devam olunabileceği de şüphesizdir. Meselâ delillerin ortaya konması bölümü bittikten sonra, yeniden delil toplanabilir (No. 484).

III. Geniş manada duruşma ve dar manada duruşma

Tarafların *hükümün ne şekilde olması gerektiği hakkındaki mütalâalarını bildirmeleri* demek olan *tartışma faaliyeti* (No. 482) kolektif olan muhakemenin kolektif olan sonuç çıkarma aşaması faaliyetine dahil olduğu halde, kolektiflik nazara alınmadığından, delil ortaya konulması ile sonuç çıkarmanın ayrı mahiyette faaliyetler olduğu hesaba katılmadan, yargılama makamının kararı bütün dikkati çektiğinden, eski alışkanlıkla, duruşmada yapılan bir faaliyet olarak kanunlarda düzenlenmiştir.³⁶³⁷ Gerçekten, duruşma eskiden, tek evreli olan muhakemenin başından, mahkemece hüküm verilmesinden önceye kadar çok defa sadece tarafların yaptıkları faaliyetleri ifade etmekte idi. Bugün de kanunumuz, yargılama makamının da faaliyette bulunabileceğini kabul etmekle beraber, mahkemece hüküm verilmesine kadar yapılan faaliyetleri, eski *geniş manası ile duruşma* adı altında toplamıştır (CMK 223/1). Bu sebeple biz de duruşmayı biri *dar manada*, yani delillerin ortaya konması bölümü sonuna kadar, diğeri *geniş manada*, yani mahkemece hüküm verilmesine kadar olan kısım manasına kullanmak zorunda kalacağız.

IV. Duruşmanın başlaması.

Duruşma, tayin edilmiş olan gün ve saatte mahkeme salonunda, duruşmada hazır bulunması mecburî olan kişilerin (No. 470) hepsinin yerlerini almaları ile başlar, bir diğer söyleyişle açılır. Kanun (CMK 191/1) *duruşmaya, sanığın ve müdafisinin hazır bulunup bulunmadığı, çağırılmış tanık ve bilirkişilerin gelip gelmedikleri saptanarak* başlanır, demektedir. Yoklamadan olumlu sonuç alınırsa, mahkeme başkanı veya hâkim duruşmanın başladığını açıklar ve iddianamenin kabulü kararını okur.³⁶³⁸

Duruşmanın açılması için yoklamadan önce Başkanın duruşmayı *açtığını* açıklaması gerekir. Yani, duruşma yoklamadan önce açılır. Duruşmada hazır bulunması gereken kişiler gelmemişse, duruşma yapılamaz. Yeniden gün tayin edip, duruşmanın yeni tarihte yapılmasına karar verilmelidir. Duruşmada hazır bulunması gereken kişiler arasında, kaide olarak sanık vardır. Sanık hazır değilse, istisna söz konusu olmadıkça, duruşma yapılamaz (CMK 193/1). Yapmak için, *başlamak* gerektiğine göre, duruşmanın başladığı da kabul olunamaz. Böyle olunca, ara verme de söz konusu olamayacağından (No. 473), duruşma için yeni bir gün tayin edilmeli, nisap olmaması yüzünden yapılamayan toplantılarda olduğu gibi, durum bir tutanakla tespit edilip, duruşmanın belirlenen yeni tarihte yapılmasına karar verilmelidir.³⁶³⁹ Yapılmağa başlatılmaması gereken duruşma yapılmağa başlanmış ise, yapılanlar yapılmamış sayılmalıdır.³⁶⁴⁰

³⁶³⁷ Biz de birinci basıda (s. 550) tartışmayı duruşma devresinde incelemiştik.

³⁶³⁸ Her ne kadar mülga kanun *duruşmaya tanıkların ve bilirkişilerin yoklamaları ile başlanır*, demekte idi ise de (CMUK 236), bundan maksat duruşma başladığında ilk yapılacak işleri belirtmekti. Ceza Muhakemesi Kanunu konuya açıklık getirerek, *yoklama ile duruşmanın başlaması kararı* arasında ayırım yapmıştır (CMK 191/1). Alman doktrini de duruşmanın yoklamadan önce başlayacağı kanaatindedir (*Kantar*, 221; *Yenisey* II, n. 653). Alman kanununda *duruşma olayın açılması ile başlar* (StPO 243/I) denilmesi ile ne kastedildiğini *Yenisey* belirtmiyor. Öyle sanıyoruz ki başkanın *duruşma başlıyor* diye başlama olayını açıklaması aranmaktadır. Nitekim başkan duruşmanın bittiğini de bildirmektedir.

³⁶³⁹ İlk oturuma sanıklardan bazısı gelmemişse, sanık hazır bulunmadan duruşma yapılabilecek istisnaî durum yoksa ayırma kararı verilmedikçe, duruşma yapılamaz. Gelmeyen muhakemesi ayrılmak şartı ile gelenler hakkında duruşma yapılabilir (1. CD 18/5/44, YK 44, 140).

³⁶⁴⁰ Sanık hazır olmadığı halde, hazırmış gibi, kanunsuz olarak duruşma başlatılmış ve yapılmışsa ne olacaktır? Meselâ, madde itibariyle yetkisizlik kararı verilmişse, bu karar CMUK 263. madde gereğince, duruşmada verilmiş bir karar sayılacak mıdır? Bu soruya evet de (1. CD 9/2/63, *Çağlayan* “66” II, 302) hayır da (1. CD 23/11/44, YK 45, 26) denilmiştir. Bizce, mesele duruşmanın başlamış olup olmadığı değil, kanunsuz yapılan duruşmanın hukuk bakımından yok sayılıp sayılmayacağı

Duruşma için çağrılan sanık gelmeyince ve dolayısıyla sorguya çekilemeyince, gelmiş olan tanık ve bilirkişilerin mahkemece dinlenmesinin 1985'te kabul edilmesi (CMUK 237/1, cü.2; CMK 206/1, cü.2), kanunda *delillerin ortaya konması* denmiş olmasına rağmen bu nitelikte değildir. Zira delilin ortaya konulması, ancak duruşmada söz konusu olur, duruşma yapılmayan bir durumda yapılan işlem delillerin ortaya konulması niteliğini taşıyamaz.³⁶⁴¹

V. Duruşmanın sona ermesi.

Duruşmanın sonu, duruşmaya verilen manaya göre değişir. Dar manada duruşma, delillerin ortaya konulmasının bitmesi ile sona erer. Bundan sonra tartışma yani taraf mütalâalarının bildirilmeleri ile başlayan sonuç çıkarma aşaması gelir. Kanunda olduğu gibi, geniş manada duruşma ise, son söz sanığa verildikten ve mahkemece delil ortaya konmasına lüzum görülmedikten sonra duruşmanın bittiğinin başkan tarafından bildirilmesi ile sona erer.³⁶⁴² Kanun buna, *hükmün açıklanması* (CMK 231) demektedir.³⁶⁴³

Her tartışmadan sonra mahkeme muhakkak geniş manada duruşmayı bitirecek ve hükmü verecek değildir. Mahkeme, tartışma sonunda, daha başka delillerin ortaya konulması lüzumuna tartışma sırasındaki veya henüz hüküm tefhim edilmeden önceki istek üzerine veya kendiliğinden, kanaat getirip bu yolda bir karar verebilir. Bu takdirde tekrar delillerin ortaya konulması bölümüne ve ondan sonra tartışma bölümüne dönlür. Delillerin ortaya konulmasını daima tartışma takip edecek ve geniş manada duruşma aşaması muhakkak tartışma bölümü ile bitecektir.

468. DURUŞMANIN ÖZELLİKLERİ.

Duruşma, kovuşturma evresinin bir aşaması olduğundan, bu evrenin 1) sözlülük, 2) açıklık, 3) bağlılık ve 4) yüzekeşlilik özellikleri (No. 461), bu aşamanın da özellikleridir. Fazla olarak bu aşamaya mahsus 5) vasıtasızlık ve 6) kesiksizlik özellikleri de vardır. Muhakemeyi muhakeme yapan duruşmanın bu özellikleridir. Zorunluklar yüzünden kabul edilebilecek istisnalar, hiçbir zaman muhakemenin tez ve antitezin karşılaştırılıp hep birlikte senteze varılış demek olan kolektifliğine, birlikte düşünüşü ifade için kullandığımız tabirle, çelişmeye (No. 21), yaygın tabirle *diyalektiğe* dokunmamalıdır. Aksi halde, yapılan ne duruşma denilebilir ne de muhakeme.³⁶⁴⁴

I. Sözlülük.

Duruşmanın *sözlü* olması (No. 268), dosyadaki bütün belgelerin okunmasını gerektirmez. Ancak okunmayanlar da mahkemece nazara alınmayacaktır. Hangi belgelerin okunacağı, hangi belgede tespit edilmiş işlemlerin tekrar edileceği tafsilâtlı bir şekilde düzenlenmiştir (No. 479).

II. Açıklık.

meselesidir. Mahkemelerin bu hallerde kanunsuz duruşma yapmasını kesin olarak önlemek için, yapılmış duruşmaları yapılmamış saymak gerekir. Bozma sebebi saymak (CMK 308/5) her zaman yetmez.

³⁶⁴¹ Biz 1985 değişikliğini şöyle açıklıyoruz: Kanun tanık veya bilirkişilerin erken dinlenmesine bazı hallerde müsaade etmiştir (No. 400). Bu erken dinlenme (CMK 180/1) duruşma hazırlığında naip hâkim veya istinabe olunun hâkim tarafından yapılır. Dinlenen tanık hakkında düzenlenen tutanak, duruşma hazırlığında, hatta soruşturma evresinde yapılan erken dinlenmelerde olduğu gibi, belge delilini oluşturur, sanık ele geçirilip de duruşmaya başlandığında, sırası geldikçe okunarak ortaya konacak ve tartışılacaktır. Ancak ortada tanık beyanı delili değil, belge delili bulunduğu kabul edilecektir. Gerekirse tanık tekrar dinlenebilir.

³⁶⁴² Nitekim mülga 253. madde “duruşmanın sona erdiği tefhim olunduktan sonra hüküm verilir” demekte ve 254, 257 ve 261. maddeler de hükmün verilmesi ve bildirilmesi faaliyetinin duruşma içinde olmadığını göstermekteydi.

³⁶⁴³ Bizce, hüküm tefhim edildikten sonra hâkimlerin duruşma sona erdi demelerinin veya bunun kanunda belirtilmesi anlamsızdır. Gerçi sona eren bir şey vardır ama o da kovuşturma evresinin son bölümü ve dolayısı ile kovuşturma evresinin bütünüdür. Alman Kanunu şimdi duruşmayı üçüncü ve en geniş anlamında kullanmakta ve “duruşma hükmün tefhimi ile sona erer” demektedir (StPO 260, I)

³⁶⁴⁴ *Sami Selçuk*, İstanbul Hukuk Fakültesi'nde 15/11/85 de verdiği konferansta, duruşmanın özelliklerinin diyalektiği sağlandığını vurgulamış, aksi takdirde gereksiz bir orta oyununa döneceğini söylemiş, batılıların tartışma anlamına gelen tabir kullanmalarına karşı bizde dur kökünden gelen duruşma denmesinin Türk uygulamasını iyi yansıttığını, fakat bu uygulamanın hukukun isteklerine ve gereklerine uymadığını belirtmiştir.

Duruşmanın açıklığı (No. 272) kaidesinin ihlâli, *hukuka kesin aykırılık* denilen, mutlak temyiz sebeplerindedir (CMK 289) (No. 530). Adaletin gizli kapaklı dağıtılması sonuca tesir edebileceğinden, hükmün bozulması ve yeniden açık duruşma yapılması kabul edilmiştir. Bu halde bozma lâzımdır, çünkü bozma üzerine açık duruşma yapılarak zararın tamiri mümkündür. Fakat gizli yapılması gereken bir duruşma açık yapılmış ise, hüküm bozulmayacaktır, çünkü yeniden gizli duruşma yapmakla zararı telâfiye imkân olmadığından bozmanın da manası yoktur (No. 529).

III. Bağlılık.

Duruşmanın bağlılığından (No. 461) maksat, şahıs, yer ve zaman bakımından duruşma işlemleri sırasında bir bağ kabul edilmesidir. Meselâ duruşmada hâkimlerin aynı olması şarttır (No. 470). Duruşma işlemleri kaide olarak aynı salonda yapılır. Duruşmanın kesiksiz olması da zaman bakımından bağlılıktan başka bir şey değildir.

IV. Yüzeğeşlilik.

Duruşmada tarafların hazır bulunması, *yüzeğeşlilik* (No. 461) demektir. Çelişme (No. 21) en iyi bu şekilde mümkün olur. Duruşmanın yüzeğeşliliğinin istisnaları da vardır. Örneğin kaldırılan sulh ceza mahkemelerinde savcı bulunmuyordu. Sanığın yokluğunda duruşma yapılması da bazı hallerde istisna olarak kabul edilmiştir (No. 247). Her iki taraf bakımından bir istisnaya da bu aşamada, duruşma hazırlığındaki gibi (No. 464), naip hâkimin veya istinabe olunan mahkemenin tanık ve bilirkişi dinlemesinde rastlamaktayız (CMK 180, 181).

V. Vasıtasızlık.

Mahkeme delillerin muhtevalarını kaide olarak vasıtasız bir surette öğrenir. Soruşturma evresinde bir yazılı işlemde tespit edilmiş olan delillere *atıf yapılmakla yetinilemez*. Bütün deliller duruşma aşamasında ortaya konacak ve mahkemece vasıtasız olarak öğrenilecektir. Bu kaidenin de bir tanığın veya bilirkişinin naip hâkim veya istinabe olunan mahkeme vasıtası ile dinlenmesinde olduğu gibi, istisnaları yok değildir (No. 206, 219).³⁶⁴⁵

VI. Kesiksizlik.

Duruşmanın kesiksiz (*inkıtasız*) olması da kanunun duruşma için kabul ettiği bir özelliktir. Kanun bu özelliği CMK 190/1 ile vurguladı: *duruşmaya ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilir*.³⁶⁴⁶ Bu özellik sözlülük ve bağlılık özelliklerinin olduğu kadar, delillerin takdiri ve kanaate göre hüküm verilmesi esaslarının da zarurî bir neticesidir. Kesiksizliğin *ara verme* biçiminde istisnaları vardır. Ancak ara verme istisnası kısa olmalıdır ki, kesiksizlikten söz edilebilsin. Ara vermenin kısası olan *tehir* ile uzun olan *tâlik* arasında fark gözetilen ve talikten sonra soruşturmayı baştan başlatan kanunun sistemi, yavaş yavaş kuşa benzetilerek 1985 de büsbütün kaldırıldığından, *kesiksizlik*, üzülerek belirtelim ki, artık bizde duruşmanın bir özelliği olmaktan tamamen çıkmış, böylece sözlülük, bağlılık ve vasıtasızlık özellikleri de zedelenmiştir.³⁶⁴⁷ Biz bunu bir dereceye kadar önlemek üzere duruşmaya ara verilmesi ile duruşmanın başka bir gün yapılması kararları arasında bir ayırım yapılmasını öneriyoruz (No. 472, 473).

469. DURUŞMA AŞAMASINDA YARGILAMANIN ÖZELLİKLERİ.

I. Yargılamanın özellikleri.

Muhakemenin bir parçası olan duruşma aşamasının özellikleri, muhakeme görevi iddia, müdafaa ve yargılama görevlerinden meydana geldiğinden, bu üç görev bakımından müşterek olan özelliklerdir.

³⁶⁴⁵ Başkasından duyduğunu söyleyen tanığın beyanı (*hear-say*). Amerikan hukukunda delil sayılmamaktadır. Almanya son zamanlarda özellikle casusluk, uyuşturucu kaçakçılığı suçlarında, güvenilir kaynağın adının açıklanmaması sebebi hakkında resmî mercilerden rapor alınması yoluna gidilmekte ve eğer açıklanan gerekçe duruşmanın gizli yapılmasını, sanık ve müdafinin salondan çıkartılmasını gerektiren bir nedene dayanıyorsa, duyduğunu söyleyen kişinin tanıklığı kabul edilmektedir (*Yenisey*, II, n. 626).

³⁶⁴⁶ Mülga 219. maddede bunu *duruşma ara vermeksizin cereyan eder* diye ifade etmişti.

³⁶⁴⁷ Tehir ve talik farkının kaldırılması ne hazindir ki, 1985 değişikliği gerekçesinde tarihî bir tekâmül olarak gösterilebilmiştir.

Buna karşılık duruşma aşamasında sadece yargılama ele alınırsa, her yargılamada olduğu gibi, iki özellik göze çarpar. Bu özellikler de *meccurîlik* ve *devamlılıktan* ibarettir (No. 71).

II. Duruşmada verilen kararlar.

Yargılamanın meccurî olması, yetkisi içine giren yargılama işlemlerini belli bir mahkemenin yapmaktan kaçınmaması; devamlı olması da engeller olmadıkça uyuşmazlığı doğrudan doğruya çözmek için gerekli faaliyetleri yapmasıdır. Ancak meccurîlik *yetkisizlik kararı* verilmesine mâni olmadığı gibi, devamlılık da dâvayı kabule şayan görmemeğe, kabulden sonra da yargılamanın ilerlemesine engel olan kararlar vermeğe mâni değildir (No. 71). Mahkeme, duruşma aşamasında da şu kararları verebilecektir:

1. Yer yönünden yetkisizlik kararı.

Duruşma aşamasında mahkeme kaide olarak her yönden ve her zaman yetkisizlik kararı verebilmesinin istisnası yer bakımından yetkisizlik kararında ortaya çıkar: Sanık yetkisizlik iddiasını sorgusundan önce bildirmek zorundadır.³⁶⁴⁸ Mahkeme de bu iddiaya karşı kararını sorgudan önce verir. Benzer bir kural istinafta da vardır: sanık yer bakımından yetkisizlik iddiasını istinafta *incelemenin başlamasından* ve *duruşmalı işlerde inceleme raporunun okunmasından* sonra ileri süremez, istinaf mahkemesi de bu aşamadan sonra yetkisizlik kararı veremez (CMK 18/1 ve 2) (No. 208).

2. Madde yönünden yetkisizlik (görevsizlik) kararı.

Mahkemelerin görev kamu düzenini ilgilendirdiği için, görev meselesi kovuşturma evresinin her aşamasında re'sen dikkate alınır (CMK 4/1) ve alt derece mahkeme iddianamenin kabulünden sonra işin görevini aştığını veya görevi dışında kaldığını görürse, görevsizlik kararı verir (CMK 5/1). Kural budur. Fakat, *çoğu yapan azı da yapar kuralı* gereği, üst dereceli mahkeme duruşmaya başladıktan sonra işin alt dereceli mahkemenin görevine girdiğini anlarsa, artık görevsizlik kararı veremez ve işe bakmak zorundadır (CMK 6) (No. 194).³⁶⁴⁹

3 Muhakemenin durması kararı.

Engelin kalkmasını beklemek üzere muhakemenin olduğu yerde kalması ve engel kalkınca aynı yerden devam etmesi sonucunu doğuran “durma sebepleri” (No. 44, 71) varsa, muhakeme geçici olarak yapılmayacaktır, yani duracaktır. Duruşma sırasında böyle bir sebebin bulunduğunu (*soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılması gibi*) tespit eden ve bu sonucu çıkaran karara, “durma kararı” denilir (CMK 223/8).³⁶⁵⁰ Duruşma sırasında bir durma sebebi çıkarsa, muhakemenin durması kararı verilir.³⁶⁵¹

4. Dâvanın reddi kararı.

³⁶⁴⁸ Mülga Kanununa göre ise ilksoruşturmadan geçen işlerde hiçbir zaman yer bakımından yetkisizlik kararı verilemiyordu. İlksoruşturmadan geçmeyen işlerde ise iddianame okunduktan sonra yetkisizlik kararı verilemezdi.

³⁶⁴⁹ Mülga Kanundaki düzenlemeye göre, yüksek mahkeme duruşmaya başladıktan sonra, *duruşmada anlaşılın vasıf ve mahiyeti* ileri sürerek madde itibariyle görevsizlik kararı vermezdi. Ceza Muhakemesi Kanunu önce *iddianamenin kabulü* kriterini benimsemişti. Daha sonra yapılan değişiklikle, bu sınır kaldırıldı: *Duruşmada suçun hukuki niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemez* şeklini aldı (CMK “2006-5560” 6).

³⁶⁵⁰ Mülga Kanun, *muhakemenin durması* kararını *hüküm* olarak saymıştı (CMUK 253). Duruşma sona ermiş ve hakikî hüküm, yani uyuşmazlığı doğrudan doğruya çözen bir karar verilebilecek hale gelinmiş, fakat çıkan durma sebebi yüzünden hakikî hüküm verilemeyip onun yerine durma kararı verilmişse, bu da bir hüküm sayılabilir. Ancak duruşma sona ermeden verilen durma kararının hüküm olmadığı açıktır. Durma sebebi kalkınca, meselâ gaip olan sanık çıkagelince veya yapılmamış olan şikâyet yapılınca, duruşma devresi devam edecektir. Duruşmanın kaldığı yerden mi, yoksa yeni baştan mı başlayacağı meselesi, durma kararının hüküm olup olmaması ile ilgili değildir ve bu mesele her tehir ve talikte ortaya çıkmaktadır. Ayrıca bkz.: 8. CD. 26.6.95 (E. 1995/8379, K. 1995/9939): Atılı suç köy muhtarı olan sanığın idari görevi ile olmakla Memurin Muhakematı Kanununa göre idari soruşturma yapılarak sonucunda *lüzümü muhakeme kararı* verildiğinde davaya devam olunmak üzere CMUK 253'e göre durma kararı verilmesi gerekirken iddianame ile açılan davaya devamlı hüküm verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

³⁶⁵¹ Mülga Kanun bunu “hüküm” saymıştı. Gerçekten, bu karar mahkemenin verdiği en son kararsa, “hüküm” sayılması doğru idi. Yeni Kanun “durma kararı” hüküm olarak kabul etmedi (CMK 223/1) ve itiraz yolunu açtı (CMK 223/18).

Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa “davanın reddine” karar verilir (CMK 223/7). Örneğin yurt dışında veya içinde kesin hüküm verilmiş olması davanın reddi sebebidir. Kanun, muhakeme şartı bakımından sadece bazı sebepleri nazara almıştır; gerçekleşmemesi muhakemenin tekrarlanmasına engel olan muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi ile dâva açan iddianamede kabule şayan olmamadan başka bir müeyyideyi gerektiren aykırılık bulunması halinde dâvanın reddine karar verilmelidir (No. 71). Duruşma hazırlığı devresinin kovuşturmayla başlama bölümünde olduğu gibi (No. 463), burada da ret sebepleri arasında, *kabul edilmezlik müeyyidesini gerektiren aykırılıkları* saymaya imkân yoktur, zira *duruşma hazırlığındaki zımnî kabul* üzerine artık aykırılık kalmamıştır. Bunun içindir ki, 4483’e tabi bir işte, soruşturma adli makamca yapılmışsa, duruşma devresinde artık, görevsizlik kararı diye adlandırılan ret kararı verilmemek gerekir (No. 463).

Soruşturma evresinin sonunda hazırlanan *iddianamenin iadesi kararı* da (CMK 174) bir tür *davanın reddi kararıdır*. Kanun iddianamenin iadesi sebeplerini sınırlı sayıda sayarak tahdit etmiş olsa da önceden verilmiş kesin hüküm veya aynı konuda görülmekte olan bir dava bulunduğu anlaşıldığında iddianamenin iadesi kararı verileceği açıktır. Örneğin, önceleri davanın gerçek kişi değil, hükmi şahıs hakkında açılmış olması veya cezayı etkilemeyeceği anlaşılan iddianame hatalarında da davanın reddi kararı verildiği görülmüştü.³⁶⁵⁴

5. Dâvanın düşmesi kararı.

Ceza Kanununda öngörülen düşme sebepleri varsa (No. 71), ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde bu karar verilir (CMK 223/8) (No. 71, 485). *Ortadan kaldırma kararı* verilemez.³⁶⁵⁵

470. DURUŞMADA HAZIR BULUNMASI GEREKEN KİMSELER.

I. Hâkimler.

Mahkemenin kanunî nisapta hâkim huzuru ile kurulması³⁶⁵⁶ lâzımdır (CMK 188/1). Kanun, *duruşmada hâkim, Cumhuriyet savcısı ile zabıt katibinin ve Kanunun zorunlu müdafiliği kabul ettiği hallerde, müdafinin hazır bulunması şarttır*, diyerek (CMK 188/1), açık bir düzenleme yapmıştır. Mahkemenin kanun dairesinde kurulmaması, “hukuka kesin aykırılık” oluşturur ve mutlak temyiz sebeplerindendir (CMK 289) (No. 530).

Kesiksizlik ilkesi gereğince duruşmaya ara vermeksizin devam edilerek hüküm verilecektir (CMK 190/1). Duruşmada hâkimin hazır bulunması da mecburi olduğundan, hâkimin değişmemesi gerektiği anlaşılmaktadır. Mülga Kanundaki düzenleme daha açıktı ve *duruşma hükme katılacak hâkimlerin huzuru ile ara vermeksizin yapılır* (CMUK 219) hükmü vardı. Bu nedenle, duruşmada hâkim değişmemeli, fakat kurulda değişiklik olursa, yeni katılan hâkim eskiden yedek üye olarak duruşmada hazır bulunmamış ise, duruşma yeniden başlamalıdır. Eski tutanakların okunması ile yetinilmemelidir. Kanunda tekrarlama hakkında açık bir hüküm yoksa da CMK 188/1’deki *duruşmada hükme katılacak hakimlerin hazır bulunması şarttır* tabirini başka şekilde anlamağa da imkân yoktur. Kanun uzun sürebilecek duruşmalarda, duruşmanın en baştan itibaren tekrarlanmasının önüne geçmek amacı ile, *yedek hâkim* bulundurulabilmesi öngörülmüştür (CMK 188/3; GVG 192/2). Hâkimin aksine, savcının veya müdafinin bir başkası ile değiştirilmesi mümkündür (StPO 227).

II. Zabıt kâtibi.

³⁶⁵⁴ CGK 21.9.1999 (E. 1999/1, K. 1999/198): Sanığın dava konusu edilen adam öldürme eylemleri: askeri mahkemece, daha önce TCK 149/2 maddesi kapsamında unsur suçlardan bulunduğu ve eğer mezkûr kamu davası iddianamesine dahil edilseydi tertip olunan idam yaptırımını etkilemeyeceği düşüncesiyle CMK 253/3 maddesi uyarınca davanın reddine karar verilmesi doğrudur.

³⁶⁵⁵ 10. CD. 8.3.1999 (E. 1999/1507, K. 1999/2268): Şikâyet hakkı bulunmadığı gerekçe yapıldığı halde “düşme” yerine, “ortadan kaldırma kararı” verilemez.

³⁶⁵⁶ Kurulda değişiklik olursa, duruşmanın yeniden başlaması gerekir, eski tutanakların okunması ile yetinilmemelidir (CMK 188). Öcalan davasında, askeri hâkim değiştikten sonra duruşma yeniden başlamadığı için, ihlal kararı verilmiştir.

Duruşmada zabıt katibinin de bulunması lâzımdır. Duruşma sırasında zabıt kâtibi değişebilir. Bu takdirde her biri kendisinin tuttuğu zaptı imzalayacaktır. Duruşma hakkındaki hükümlere riayet edilip edilmediği ancak duruşma tutanağı ile ispat olunabileceğinden ve bu kısımlara karşı ancak sahtelik iddiası yapılabileceğinden (CMK 222), ceza muhakemesinde ifade sahiplerinin imzaları alınmadığından, tutanağın ve dolayısı ile zabıt kâtibinin rolü büyüktür. Bunun içindir ki zabıt kâtibinin de hâkim gibi tarafsız olabilmesi lâzımdır ve yine bunun içindir ki zabıt kâtibinin de hâkim için belirlenen hallerde görev yapamaması ve reddinin istenebilmesi kabul edilmiştir (CMK 32) (No. 182, 183).

III. Cumhuriyet savcısı.

Duruşmada savcılık makamının temsil edilmesi yüze karşılık özelliğinin icabıdır. Ancak, asliye ceza mahkemelerinde uzunca bir süre Cumhuriyet savcısı yoktu.³⁶⁵⁷ Makamı birden fazla temsilci de işgal edebilir. Mahkeme, yanında bulunan savcılık makamına mensup olan savcı ve yardımcılarından hepsini kabule mecburdur. Hatta bunlardan biri savcının arzusu hilâfına gelse de mahkeme kabul etmezlik edemez. Bulunması gereken hallerde, savcı olmadan duruşma yapılmaz, yapılması *hukuka kesin aykırılık* oluşturan mutlak temyiz sebeplerindedir (CMK 289) (No. 530).

Bu kuralın önemli istisnası, çocuk mahkemeleridir: Çocuk mahkemelerindeki duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz; kanun yoluna, mahkemenin bulunduğu yerdeki Cumhuriyet savcılarını başvurur (ÇKK 25/1). Çocuk ağır ceza mahkemelerinde (ÇKK 25/2) ise, C. savcısı vardır. Bu konuda diğer bir istisna sulh ceza mahkemeleri idi; bunlarda yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmuyordu. Sulh ceza mahkemeleri kaldırılınca bu istisnayı düzenleyen fıkra da yürürlükten kaldırıldı (mülga CMK 188/2).

IV. Sanık.

Sanığın duruşmada hazır bulunması yüze karşılık özelliğinin olduğu kadar, müdafaa hakkının (No. 248) da bir sonucudur. Bunun içindir ki sanık *hazır bulunmuyorsa*, duruşma yapılmayacağı kaidesi kabul edilmiştir (CMK 193).³⁶⁵⁸ Sanığın yokluğunda duruşma yapılması istisnayı teşkil eder. Bu istisna hazır olmıyan sanıklar hakkındaki duruşmalardır (No. 247). Gaip hakkında duruşma yapılması istisnası kaldırılmıştır (CMK 244/2) (No. 64).

Tebliğin sanıktan başkasına ve hele ilânla yapılmış olması yetmemekte, sanığın yokluğundaki kovuşturmaları düzenleyen Taban Kuralların birincisi (No. 247), sanığın çağırıldığını gerçekten öğrenmesi şartını koşmaktadır. Bizde, kusuru olmaksızın tebliğden haberdar olmama halinde eski hale getirme istenebilmesi, bu şartın gerçekleşmesini sağlamaktadır (No. 283, 295).

V. Müdafî.

Müdafaanın önemi ve toplumsal müdafaa makamının kabulü (No. 124, 129), mahkemece tayin edilmiş olsun olmasın, müdafinin huzuru ile duruşma yapılmasını gerektirir. Müdafî aracılığı ile yapılan savunmanın önemi ve yararı göz önünde tutularak (No. 124), müdafî herhangi bir mazeretle bulunamayacaksa, duruşmaya başlanmamalı, başlanmış ise ara verilmelidir.

Kanunumuz müdafinin mahkemenin istemi üzerine Baro tarafından (CMK 156/1) tayin edilmiş olup olmamasına göre farklı hükümler kabul etmiştir:

1) CMK 150 hükmüne göre görevlendirilen müdafî hazır bulunmazsa, derhal yenisi tayin olunur. Bu takdirde kanun ara verilebileceğini bildirmekte ise de (CMK 151/1), başlamamış duruşmaya ara verme

³⁶⁵⁷ Asliye ceza mahkemelerinde de 2011 yılından 2020 yılına kadar Cumhuriyet savcısı yoktu. *Soruşturma işlemlerinin etkinleştirilmesi yolu ile yargının hızlandırılması için* 2011 yılından itibaren asliye ceza mahkemelerindeki Cumhuriyet savcıları önce iki yıl için duruşma salonundan çıkarıldı, daha sonra bu süre 2014-6572 sayılı Kanun ile CMK'nın Yürürlük Kanununa eklenen geçici 9. madde ile 31.12.2019 tarihine ve 7201-2019 sayılı Kanun ile getirilen geçici 11. madde ile 01.09.2020 tarihine kadar uzatılmıştı. Duruşmada iddia görevinin yapılmaması hâkimi savcının görevlerini üstlenmeye yöneltir ve savunmanın karşı görüş bildirme olanağını ortadan kaldırır. Benzer durumlarda AİHM adil yargılanma hakkı ihlali kararları vermiştir. Asliye cezalı duruşmalarda artık Cumhuriyet savcıları hazır bulunmaktadır (*Yenisey/Nuhoğlu 2022*, dn. 577).

³⁶⁵⁸ 1985-3204 numaralı kanunla yapılan değişiklikle, CMUK 223. maddenin başına "Bu kanundaki istisnalar saklı kalmak kaydı ile" sözleri ilâve edilmiştir. Edilmeseydi, istisnalar saklı kalmayacak mıydı? Bari istisnaların maddeleri gösterilseydi de bu ilâveyi, ilgilileri arama zahmetinden kurtarmak düşüncesi ile açıklayabilseydik.

söz konusu olamayacağından, bunu, *duruşma başlamışsa duruşma başlaması için yeniden gün tayin edilir, ikinci oturumda olduğu gibi, duruşma başlamışsa, ara verilir ve sonraki oturumun gün ve saati belirlenir, manasına anlamak gerekir. Ceza Muhakemesi Kanunu, oturuma ara verilebileceği gibi, oturumun ertelenmesine de karar verilebilir, demiştir (CMK 151/1). Yeni müdafî de savunmasını hazırlamak için yeterli zaman olmadığını beyan ederse, oturum ertelenir (CMK 151/2).*³⁶⁵⁹

2) Mülga Kanuna göre, sanığın seçmiş olduğu müdafinin özüünün bulunması, duruşmaya ara verilmesini isteme hakkını sanığa vermezdi (CMUK 221/2).³⁶⁶⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu, yerinde olarak, bu hükme yer vermedi. Ancak, CMK 151/1 de, sadece *zorunlu müdafiden* söz etti, *seçilen müdafiyi* gene düzenleme dışı bıraktı.

3) Alman Hukuku, Türk Hukuku gibi, *seçilmiş müdafî ve mecburi müdafî* ayrımını yapmaktadır. Ağır suç işlediğinden şüphelenilen sanıkların müdafisinin bulunması zorunludur. Alman Hukuku buna zorunlu müdafaa (*notwendige Verteidigung*) adını vermekte ve bunu mecburi müdafilikten (*Pflichtverteidigung*) ayırmaktadır.³⁶⁶¹ Bu hizmetin ücretsiz olarak yapıldığı söylenmiştir.³⁶⁶²

³⁶⁵⁹ Mülga Kanundaki, “müdafii kusuru ile duruşmaya araverilmesi (ve duruşmanın yapılmasının başka güne bırakılması) halinde bundan doğan masraflar müdafiyeye yüklenir, ayrıca disiplin cezası tertip olunur (CMUK 141/2) hükmü”, yeni kanuna alınmamıştır. Kanun disiplin cezasını belirlemediğinden Baroca verilecek demektir. Yeni Kanun disiplin cezası yolunu da kapatmıştır. Ancak, Ceza Kanununun 200 ve 314 üncü maddelerinde belirtilen suçlardan ve terör suçlarından tutuklu veya hükümlülerin müdafî veya vekillerinin „yasaklanması“ kabul edilmiştir (CMK 151/2).

³⁶⁶⁰ Bu norm, kanunun mahkemeyi ara vermeğe mecbur tutmadığını göstermekten ileri gidemezdi. Karar, mahkemenin ihtiyarına bırakılmış demektir. Müdafî aracılığı ile yapılan müdafanın önemi ve yararı göz önünde tutularak ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine ters düşmemek için (İHAS 6.3.c) mahkeme yine duruşma başlamamışsa başlatmamalı, başlamışsa ara vermelidir. Müdafî kusurlu ise disiplin cezası ve masraflarla ilgili normlar burada da uygulanmalıdır.

³⁶⁶¹ Alman Kanunu (StPO 140) bütün ağır suçlarda ve olgu veya hukuk açısından karmaşık olan davalarda, “zorunlu müdafilik” kabul etmiştir. Ayrıca bir de yıl sınırlaması yapılmış ve “iki yıldan fazla hapsi gerektirme” ölçütü kabul edilmiştir. Bu kapsama girmeyen suçlarda dahi, adil yargılanma hakkı gerektiriyorsa, zorunlu müdafilik benimsenmiştir. Zorunlu müdafiliğe tabi suçlarda, müdafinin “duruşma sırasında” hazır bulunmaması, “hukuka kesin aykırılık” teşkil eder ve hükmün bozulmasına neden olur. Zorunlu müdafiliğe tabi suçlarda, şüpheli veya sanık kendisine bir avukat seçerse, bu kişi “müdafî” sıfatını alır. Sanık kendisine bir müdafî seçmediği durumlarda, Almanya’da “mahkemece” ona bir müdafî tayin edilir (Bizde ise, görevlendirilmenin Barolar tarafından yapılması esasının benimsendiği bilinmektedir.) Almanya’da avukat bu görevlendirmeyi reddedemez, bir başka avukata vekalet vererek de görevi ona devredemez. Her ne sebeple olursa olsun, ağır suç işlemiş olan sanığın müdafisinin olmaması halinde, mahkeme ona bir müdafî görevlendirir. Müdafisi olmamasının sebebi, sanığın parasının olmaması olabilir. Alman Mahkemeleri sadece kovuşturma evresi için zorunlu müdafî atamaktadır. Ancak, ağır suçlarda, soruşturma evresi için de zorunlu müdafî görevlendirme yapılması, içtihat yolu ile kabul edilmiştir. Bizdeki, soruşturma evresinde ifade alma sırasında, Baro tarafından görevlendirilen CMK Avukatlığı, Almanya’da yoktur. Almanya’da bu tür hukuki yardım, dernek şeklinde birleşmiş avukatlar (*Strafverteidigerverein*) tarafından hazırlanan listeler üzerinden, polis merkezlerindeki nöbetçi avukatlar tarafından, toplu olarak yapılmaktadır. Orada nöbet tutan avukat, merkeze getirilen ve avukat isteyen bütün yakalananlara hukuki yardımda bulunmaktadır.

³⁶⁶² Buradaki bütün mesele, müdafinin ücretinin ne kadar olacağı ve kimin tarafından ödeneceği meselesidir. Alman Hukukunda, Medeni Muhakeme Kanununun 464/a II No. 2 ve 91/II maddeleri ile, muhakeme masrafları açısından şöyle bir düzenleme yapılmıştır: Beraat eden sanık, müdafiiye ödediği ücreti Devlettten geri alabilir. Fakat avukatlık ücret tarifesinin üzerinde bir anlaşma yapılmışsa ve avukat davanın görüldüğü yer yargı çevresi dışında bir yer barosuna kayıtlı ise, aradaki fark ödenmez. Ancak, avukat şüphelinin yerleşim yerindeki bir avukatsa ve yerleşim yeri davanın görüldüğü yer değil ise, aşırı da olsa, müdafî ücreti muhakeme masrafları arasına alınarak, sanığa geri ödenir. Bu kabul, sanığın kendi güvendiği bir müdafinin hukuki yardımından yararlanmasını sağlamak için yapılmıştır (*Kühne*, Strafprozessrecht, 6. Bası, Heidelberg 2003, s.103). Mahkûm olan sanığa tayin edilen zorunlu müdafinin ücreti ise, StPO 141 uyarınca, ilk görevlendirme aşamasında, müdafie Devlet tarafından ödenir. Zorunlu müdafî olarak atanan avukat, ücret talebini, Hazineye karşı yönelmek üzere, esas hakkında hüküm veren mahkemeye bildirir (§ 97 BRAGeBO). Atamayı yapan mahkeme bu talep üzerine, sanığın “ailesinin ve kendisinin geçimini sağlamasını” engellemeyecek şekilde, müdafinin ücretini ödeme kabiliyetine sahip olup olmadığını araştırır (§ 100 II BRAGeBO). Ödeme kabiliyeti varsa, mahkûm olan sanık, zorunlu müdafinin ücretini de ödemeye mahkûm edilir. Bu olanak yoksa, mahkeme, zorunlu müdafinin, daha önceden Kanunla belirlenmiş ve *düşük olmayan ücretinin*, Hazine tarafından ödenmesine karar verir. Serbest piyasada ceza avukatlığı yapan avukatların, müvekkilleri ile, Kanunda belirlenen liste ücretinin üstünde anlaşmaları yapmaları mümkündür. Daha düşük ücretle genç avukatların zorunlu müdafilik görevi üstlenmeleri, Almanya’da da serbest avukatlık yapanların tepkisini çekmiş ve hizmetin kalitesinin düştüğü, iyi hazırlanmadan davalara çıktıkları eleştirileri yapılmışsa da (*Kühne*, 109), genel olarak sistemin iyi çalışmakta olduğu belirtilmektedir. Hukukumuzda 1992 yılında “CMUK avukatlığı” olarak başlayan ve yakalanan şüphelilere hukuki yardım yapılmasına olanak sağlayarak, insan hakkı ihlallerinin önemli şekilde azalması sonucunu doğuran, Yeni CMK 147 ile devam ettirilen uygulama, kesintiye uğratılmamalıdır. Yeni Kanunun kabul ettiği “mecburi müdafilik”, “zorunlu müdafilik” ve “vekillik”, Adliyenin “adil yargılama” ilkelerine uygun çalışmasının garantisidir. Uygulamada ortaya çıkan sorun, “ucuz” ve “kalitesi tam olgun olmayan” müdafilik hizmetinin genelleşmesi tehlikesidir. Bunun önlenmesi için, getirilen iyi sistemi (yani “mecburi” ve “zorunlu”

471. DURUŞMADA HAZIR BULUNABİLECEK KİMSELER.

Duruşmada hazır bulunabilecek kimseler şunlardır:

Sanığın kanunî temsilcileri: Duruşma gün ve saati sanığın kanuni temsilcisine bildirilir ve bunlar duruşmaya kabul edilir. Talep ederlerse kanuni temsilci duruşmada dinlenebilir (CMK 155/1) (No. 128).

Sanığın eşi: Sanığın eşi de tebligat yapılmaksızın duruşmada hazır bulunabilir ve isterse dinlenebilir (CMK 155/2) (No. 128).

Şahsi dava ve şahsi hak davaları (No. 110, 120) kaldırıldığı için, bunların vekili duruşmada hazır bulunamayacaktır (No. 237).³⁶⁶³

Katılan ve vekili: Kanunumuz katılan bakımından zorunlu vekillik kabul etmiştir: Suçun mağduru veya suçtan zarar göreni çocuk, sağır dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olması halinde, istemi aranmaksızın kendisine avukat görevlendirilir (CMK 239/2). Cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla olan suçlarda ise isteği bağlı zorunlu vekil atanır (CMK 239/1). Katılanın vekili veya görevlendirilen vekil duruşmada hazır bulunabilecektir (No. 240).

Katılan sıfatı almamış olan mağdur ve şikayetçinin vekili: Mağdur ve şikayetçinin hakları arasında vekilin hukuki yardımından yararlanma hakkı vardır. Soruşturma veya kovuşturma evresinde vekili yoksa, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla olan suçlarda kendisine isteği bağlı zorunlu vekil atanır (CMK 234/1-a,3 ve b,5). Mağdur onsekiz yaşını doldurmuş, sağır dilsiz veya meramını ifade edemeyecek derecede malul olur ve bir vekili de yoksa, istemi aranmaksızın kendisine avukat görevlendirilir (CMK 234//2). Mağdur veya şikayetçinin vekili veya görevlendirilen vekil soruşturma ve kovuşturma evresinde yapılan işlemlerde hazır bulunabilecektir.

Kanun zorunlu müdafî açısından duruşmada hazır bulunmayı bir koşul olarak mecburiyet şeklinde düzenlemişken (CMK 188/1), zorunlu vekil bakımından zorunluluk öngörmemiş, bazı hallerde ihtiyari bırakmıştır (CMK 234).

Adli görüşmeciler: Mağdurun ikincil mağduriyetini önlemek amacı ile görev yapan *uzmanlar* da (CMK 236/4) duruşmada hazır bulunabilen kişiler arasındadır.

472. DURUŞMA VE OTURUMLARI.

I. Kesiksizlik.

müdafiliği, vekilliği) kaldırmak veya sınırlandırmak yoluna gidilmemelidir. Hukuk Devleti ilkelerinin günlük yaşantıya yansıtılmasında ve uygulanmasına büyük önemi bulunan "savunma" erkinin zayıflatılmaması gerekir. Hukuken elde edilmiş bulunan kazanımlar, "avukatlara ödenen ücretlerin karşılanamaz hale gelmesi" gibi, uygulama sorunları yüzünden, terk edilmemeli, ücretin kaynağı sorunu çözümlenmelidir. CMK 150 uyarınca yapılan "zorunlu müdafilik" ile, CMK 147 uyarınca yapılan "mecburi müdafilik" ayrı ayrı ele alınmalıdır. a) *Zorunlu müdafîye ödenecek ücret:* Kanaatimizce, Alman örneğinde olduğu gibi, zorunlu müdafinin (CMK 150/2 ve diğerleri) "makul ölçüler içinde tatminkar" olması gereken ücreti, mahkum olan sanık tarafından ödenmelidir. Zorunlu müdafinin ücretinin sanık tarafından ödenmesinin, ayrı bir ceza gibi etki yapacağı hallerde, bunu mahkeme kararı ile Hazineye yüklemek düşünülebilir. Adalet hizmetinin görülmesi için, bütçeye gerekli ödeneğin tahsis edilmesi şarttır. b) *İfade alma ve sorgudaki "mecburi müdafîye ve vekile" (yani CMK 147 avukatına) ödenen ücret:* CMK 147 uyarınca, yakalanan veya ifadesi alınan kişinin ifadesinin alınması veya sorgusu sırasında hukuki yardım yapan "mecburi avukatlık", Türkiye'de artık yerleşmiştir. Yakalanan kişiler, kendi seçtiği bir avukat yoksa, Barolar tarafından görevlendirilen müdafiler tarafından hukuki yardım yapılması, sektete uğratılmamalıdır. Bu hukuki yardımın tamamen ücretsiz olarak yapılması, Adalet sisteminin işleyişinde, *adil yargılama hakkının* gerçekten uygulanır hale getirilmesi için çok önemlidir. CMK 147 hukuki yardımı 1992'den bu yana sorunsuz çalışmış, fakat CMK 150 *zorunlu müdafiliği* de eklenince ödeme sıkıntıları ortaya çıkmıştır. CMK 150 zorunlu müdafiliğine ödenen ücret, yukarıdaki gibi halledilebilirse, CMK 147 "mecburi müdafilik" sistemi eskisi gibi devam edebilir. Ancak çok gerekli görülürse, bu alanda, Baroların rücu hakkı işletilebilir.

³⁶⁶³ *Şahsi hak davalısı ve vekili:* Mülga Kanuna göre katılan veya şahsi dâvacı şahsi hak dâvası da açmışsa, şahsi hak dâvası ceza dâvası ile birleştirilerek görülüyordu. Bu sebeple şahsi hak dâvalısı ve vekili de ceza dâvasının duruşmasında hazır bulunabileceklerdi. Ceza Muhakemesi Kanunu şahsi hak davasını kabul etmedi.

Kesiksiz olmak, duruşmanın özelliklerinden³⁶⁶⁴ biridir (No. 468). Ancak, bazı haller duruşmanın kesilmesini gerektirebilir. Bu takdirde duruşma, *ara verilerek* yapılır. Duruşma bir bütündür. Bu bütün, aralar çıkarılmak suretiyle hesaplanır. Kesikli yapılan bir duruşma zarurî olarak iki veya daha fazla parçadan meydana gelecektir. Duruşmanın bu parçalarına *oturum* (celse) adı verilir.³⁶⁶⁵ Kanunda (CMK 151/1), *duruşmaya ara verme* ve *oturumun ertelenmesi* ayrımı yapıldığına da dikkat çekmek isteriz. Duruşma sözlü, bağlı ve vasıtasız olduğu için, duruşmanın kesiksiz yapılması zarurîdir. Diğer taraftan, hâkimlerin duruşmadan edindikleri kanaate göre delilleri takdir edip hüküm vermeleri de duruşmanın kesiksiz yapılmasını gerektirmektedir. Tatbikatta olduğu gibi, birkaç ay ara verilen bir duruşmaya yine böyle aralar verilirse ve bu uzun aralardan sonra duruşma yeniden başlamazsa ne sözlülük özelliğinin hikmeti kalır ne de hâkimin kanaati hakikati aksettirir.³⁶⁶⁶ Mahkemeler günde 20, 30 hattâ 40 duruşma koyacakları yerde, duruşmaları iyice hazırlayarak ve sanık, tanık ve bilirkişi sayısına göre bir günde bitirebilecekleri kadar duruşma koymalıdır. Bir günde bitirilemeyeceği önceden kestirilen duruşmalarda davetiyelerin (CMK 175/2), başka günler için çıkarılabileceği de unutulmamalıdır. Bizde duruşmaların kesikli yapılmasına, ekseriya soruşturma evresinin ve duruşma hazırlığının iyi yapılmaması, gelmeyen tanık ve bilirkişi hakkında kanunî müeyyidelerin uygulanmaması ve gelenlere de tazminat verilmemesi, verilse de binbir müşkülle alınabilmesi gibi haller sebep olmaktadır. Tebligat işlerinin iyi yürümemesi de duruşmaların uzamasında rol oynamaktadırlar.

Duruşmaya devam edememenin zarurî olduğu halleri kanun da hesaba katmış³⁶⁶⁷ ve bu hallerde duruşmaya ara verebileceğini kabul etmiştir (No. 473). Ancak tehir ve talik arasındaki fark kaldırıldığından, hepsine ara verme denildiğinden ve dolayısı ile uzun süreli ara vermeden sonra dahi duruşmaya baştan başlamak sisteminden vazgeçildiğinden, kesiksizlik bizde duruşmanın özelliği olmaktan çıkmıştır (No. 468).

Ceza Muhakemesi Kanunu, kabul ettiği *iddianamenin iadesi* kurumu ile (CMK 174) bu durumu düzeltti. Gelecekte arka arkaya yapılan celselerle hüküm verileceğini bekliyorduk, ancak 2022 yılı itibariyle, eski alışkanlıkların devam ettiğini görmek, düşündürücüdür.

II. Yetkisizlik.

Duruşmanın kesiksizliği, duruşmanın aynı mahkemede sona ermesi bakımından olup, herhangi bir yönden yetkisizlik halinde, işin yetkili mahkemeye gönderilmesine engel değildir. Bu takdirde orada yeni bir kesiksiz bir duruşma başlayacaktır.

Ancak bu yeni duruşmada, her işlemin tekrarlanması gerekmeyebilir. Nasıl istinabe olunan mahkemede yapılanlar tekrar edilmiyor, tutanak okunuyorsa, burada da gönderen mahkemenin duruşma tutanağının okunması ile yetinilebilir.³⁶⁶⁸ Hangi hallerde tutanak okunması ile yetinilebileceği, ayrı bir sorundur (No. 479).

473. DURUŞMAYA ARA VERİLMESİ ve DURUŞMANIN BAŞKA BİR GÜN YAPILMASI.

I. Kavram.

³⁶⁶⁴ Duruşmanın başlayıp, bitmesi, kesiksiz yapılması gerekir. Bir günde bitmeyeceği anlaşılan duruşmalarda davetiyeler başka günler için çıkarılıyordu (mülga CMUK 207/2). Ceza Muhakemesi Kanunu, duruşmanın tek celsede biteceğinden emin olduğu için olsa gerek, bu kuralı kaldırdı.

³⁶⁶⁵ Kanunda, hatalı olarak, sanki birden fazla duruşma olabirmiş gibi oturumlara da duruşma dendiği vardır. Meselâ CMK 207/2, 224/2.

³⁶⁶⁶ *Taner*, 297.

³⁶⁶⁷ Meşhut suçların muhakemesinde duruşmanın kesiksizliği prensibinin daha kolaylıkla uygulanması mümkündür. Bunun içindir ki mülga Meşhut Suçların Muhakemesi Kanunu “duruşmanın bir oturumda bitirilmesi lâzımdır” kaidelerini kabul etmiş, zaruretlerle ara verme ihtimalini de hesaba katarak istisnâî normlar sevk etmişti. Bu arada genel hükümlere göre kovuşturma yapılacaksa dosyanın savcılığa iadesinin öngörülmesi, birinci duruşmanın bittiğini ve yenisinin sıfırdan başlayacağını dolaylı olarak göstermekte idi (1936-3005 No. K. m. 9) (No. 473).

³⁶⁶⁸ Uygulamada, yeniden sorguya çekmenin arandığı vardır (7. CD 24/5/78 Yasa No. 7, 78, 1275). Bizce, yeni duruşma, ilk defa yapılmıyorsa ele alınmalı, sanık hazır bulunmadan duruşma yapılabilecek haller de bulunduğu göz önünde tutulmalıdır.

Duruşmaya “ara verilmesi” ile, “duruşmanın başka bir gün yapılması” (*oturumun ertelenmesi*; CMK 151/1) farklı kavramlardır. Birincisinde duruşma açılmakla kalmamış, yapılmaya da başlanmıştır (No. 476). Ara verme halinde yeni bir duruşma değil, başlamış olan duruşmanın yeni bir oturumu söz konusu olduğundan kalınmış olan yerden devam olunacaktır. *Duruşmanın başka bir gün yapılmasına* (oturumun ertelenmesine) karar verilmesi halinde ise, duruşma yapılmaya başlanmamış yahut yapılanlar duruşma sayılmamıştır. Bu nedenle tâyin edilen günde duruşmaya baştan başlanacaktır.

Kanunumuzda ara vermenin kısa ve uzun olan, *tehir* ve *tâlik* farkı mevcut olduğu ilk zamanlarda, tehirde duruşmaya kısa bir ara verilir, *tâlikte* başka bir gün duruşma yapılması söz konusu olduğundan, işe yeniden, sıfırdan başlanırdı. Fark 1985 de tamamen kaldırılmış ve kesiksizlikten artık söz edilemez olmuştur (No. 468). Biz ara verme nedeni olarak gösterilen hallerden hiç olmazsa bazılarında, duruşmanın başka bir gün yapılmasına karar verilmesinin içtihat yolu ile kabulü sayesinde duruşmanın kesiksizlik ve dolayısı ile sözlülük, bağlılık ve vasıtasızlık özelliklerinin zedelenmekten bir dereceye kadar kurtarılabilceğini düşünüyoruz.

II. Mehazdaki durum.

Almanya'da duruşmaya en çok üç haftaya kadar ara verilebilir (StPO 229/1). Ancak, başladıktan sonra kesintisiz olarak arka arkaya en az on gün kadar devam etmiş olan duruşmaya bir aya kadar ara verilebilir (StPO 229/2). Bu süreler içinde devam etmeyen duruşma yeniden başlar (StPO 229/4).

III. Ara verme düzenlemesinin geçirdiği aşamalar.

Tehir, talik ve ikisini birden ifade eden ara vermenin bizdeki düzenlemesi şu aşamalardan geçmiştir:

1. 1985 yılına kadar tehir ve talik ayrımı vardı. Tâlike mahkeme, tehire başkan karar verirdi. Bu bakımdan Alman kanunundan farkımız yoktu.

2. 1936 değişikliğine kadar bizde de tehir ile tâlik arasında duruşmanın devamı veya yeniden başlaması farkı vardı. Bu fark çok önemli idi. Maksat duruşma oturumları izlenim ve hatıralarının tazeliğini muhafaza idi. 1985 de ikisine birden ara verme denilerek fark büsbütün kaldırıldı. Artık duruşmayı yeniden açıp sıfırdan başlayarak yapmak diye bir şey kalmadı. Ancak duruşma başlamamış ise, yeniden başlanacağından, hiç olmazsa uygulamada, duruşmaya yeniden başlamak üzere, araverme kararı değil, duruşmanın başka bir gün yapılması kararının vermek uygun olacaktır. Memleketin durumu, kanaatimizce, tehir ve tâlik farkının kaldırılmasını zarurî kılmamaktadır. Kanunun diğer hükümleri bu farkın bizde de kabul edilebilmesini sağlayacak imkânları vermektedir.

3. Tehir ile tâlik arasında zaman bakımından fark bizde de 1936 dan önce vardı. Ayırıcı ölçü 7 gündü. 8. gün devam edilirse tehir, daha fazla araverilirse tâlik sayılıyordu. Devam ve yeniden başlama farkı kaldırılınca, zaten zaruret olunca 8 günden fazla tehire de kanun imkân verince (CMUK “1936-3006” 222) zaman bakımından fark da kalmamıştı. 1985 de “tutuklu işlerde zaruret olsa dahi bu süre 30 günü geçemez” denilmekle, tutukluluğun devamının kontrolü sağlanmış ise de kesiksizliğin fiilen ortadan kalkmasına yol açan durum önlenmiş değildir.

4. 1985 de tehir ve tâlik birleştirilip “duruşmaya araverme” kararı yetkisi mahkemeye tanınca (CMUK “1985-3206” 221) tehire başkanın, tâlike mahkemenin karar vermesi farkı da ortadan kalkmıştır (CMK 190).

5. Ceza Muhakemesi Kanunu ise, sadece *ara vermeyi* kabul etti (CMK 190).

IV. Ara verme süresi.

Ara vermenin kıstasının aşağı sınırı yoktur. Bu ara beş on dakikalık dinlenme, bir iki saatlik yemek tatili olabileceği gibi vaktin ilerlemesi ile ertesi güne kadar bütün bir gece boyunca da olabilir. Duruşmanın aralıksız yapılması demek, yemeden, içmeden, uyumadan duruşma yapmak demek değildir. Beşerî olan bu zaruretler dışında da yine kısa bir ara vermek gerekebilir. Meselâ duruşmanın o gün bitmeyeceği anlaşılır, fakat ertesi gün başka bir duruşma için davetler yapılmıştır ve o duruşmanın bütün günü alacağı muhakkaktır. Bu takdirde duruşma bir iki gün sonraya bırakılabilir. Kanun tek celsede biten duruşmayı hedeflediği için, süre vermedi, zorunlu hallerde “makul” süre³⁶⁷¹ ölçütünü

³⁶⁷¹ Ara verme makul sürede yargılanma hakkını ihlal edici nitelikte olmamalıdır (Özbek 2005, 780)

kabul etti (CMK 190/1). Oturum aralarının uzun tutulması, duruşmanın doğrudan doğruyalığı ve sözlülük ilkelerine uygun değildir.³⁶⁷²

V. Kısıklık.

Uygulamada ara vermelerin kısa olmasına özen gösterilmeli, zaruret bahanesine başvurulmamalı, duruşma hazırlığı tam yapılmadan duruşmaya başlamamak suretiyle zaruretler de ortadan kaldırılmağa çalışılmalıdır. Mahkemeler uzun süre ara vermek zorunda kaldıklarında, eğer duruşmaya başlamamışlarsa başlamamalı veya başlamamak sayılacak kadar az işlem yapmışlarsa, yapmamışçasına, ara verme sebebi kalktığıında duruşmaya yeniden başlamayı mümkün kılmak üzere ara verme kararı değil, duruşmanın başka bir tarihte yapılması kararı vermelidirler. Kesiksizlik böylece bizde de kısmen de olsa uygulanır hale getirilmelidir (No. 468).

VI. Ara verme sebepleri.

Kanunda ara verme sebebi olarak gösterilen hallerin bazılarında ara verme yerine duruşmanın başka gün yapılması kararı verilebileceği görüşündeyiz. Meselâ davetiyenin bildirilmesi ile duruşma günü arasında bir haftadan az bir zaman bırakılmışsa, kanun “ara verilmesini isteme hakkında” söz etmekte ise de (CMK 190/2)³⁶⁷³, sanığın, eski tâbirle “tâlik” istemesi, duruşmanın o gün başlamamasını istemesi anlamına geldiğinden, “duruşmanın falan tarihte yapılmasına karar verildi” denilmesi elbet mümkündür.³⁶⁷⁴ Kaldı ki sanığın seçtiği müdafinin mazeretinin kabul edilmesine ve ara verilmesine de kanun engel değildir. Bu takdirde de duruşma yapılmayıp başka bir gün yapılmasına³⁶⁷⁵ karar verilmelidir.

Kanunda ara verme nedeni olarak gösterilen hallerin başlıcaları şunlardır:

1. Sanığın mahkemeye gelmemiş olması (No. 247, 470).
2. Davetiyenin sanığa tebliği ile duruşma günü arasında en az bir hafta geçmemiş olması (No. 466). Bu halde ara verme istemek hakkı olduğunu başkan duruşmada sanığa hatırlatmak mecburiyetindedir (CMK 190/2).
3. Müdafinin manisi dolayısı ile hazır bulunamaması (No. 470).
4. Bir delilin ortaya konulması isteğinin kabul edilmesi (No. 477).
5. Ek savunma gerekmesi (No. 482).
6. İddia ve müdafaayı layığı ile hazırlamak için talike ihtiyaç gösteren değişiklikler olması (No. 482).
7. Bekletici mesele çıkması (No. 52, 157).
8. Savcının ve sanığın getirdiği veya mahkeme kararı ile davet ettirdiği tanık ve bilirkişilerin ve teknik müşavirin isimleri ile meskenlerinin diğer tarafa geç bildirilmesi (No. 466).

VII. Mülga Meşhut Suçların Muhakemesi Kanunundaki durum.

Meşhut Suçların Muhakemesi Kanunu (m. 9) duruşmanın bir oturumda bitirilememesi halinde duruşmayı başka bir güne tehir etmeye olanak sağlamış, genel muhakeme usulüne geçilmesi yolunu da açık tutmuştu (No. 432-1).

³⁶⁷² Centel/Zafer, 442.

³⁶⁷³ CMUK 221.

³⁶⁷⁴ Bunun gibi, mahkemece tayin edilmiş müdafinin duruşmada hazır bulunmaması halinde kanun ara verme, eski tâbirle talik kararı verileceğini göstermişse de (CMUK 141), bu durumda duruşma yapılamayacağına göre duruşmayı yapmanın başka bir güne bırakılması suretiyle tâyin edilen günde sıfırdan başlatmak kanunun ruhuna uygun düşecektir.

³⁶⁷⁵ Mülga Meşhut Suçların Muhakemesi Kanunu (m. 9), duruşmanın bir oturumda bitirilememesi halinde, kaideden nasıl ayrılacağına ayrıca göstermişti. Kanunî zaruretler dolayısı ile bir oturumda işin karara bağlanması mümkün olmazsa, bu imkânsızlığı doğuran noksanların en çabuk vasıtalarla ikmal için lâzım gelen müddet göz önünde tutularak duruşma ona göre başka bir güne tehir edilecekti. Yıldırım muhakemesinden genel muhakemeye geçilmesi de mümkündür.

474. DURUŞMANIN İDARESİ.

Duruşmanın idaresi başkana aittir. İdare, muhtelif işlemleri gerektirir. Bunlar şu şekilde sınıflandırılabilir:

I. Şekil bakımından idare işlemleri.

Duruşmayı açmak, kapamak, duruşmanın ne suretle cereyan edeceğini düzenlemek, okunacak belgelerin sırasını tayin etmek, ilgililere söz vermek, sözlerini geçici olarak kesmek, tehire karar vermek, tanıkların ve bilirkişilerin yoklamalarını yapmak, sanığın duruşma sırasında savuşmasını önlemek için gerekli tedbirleri almak, tanığa görevinin önemini anlatmak, tanığa beyandan veya yeminden çekinme hakkını bildirmek sanığa bazı haklarını, meselâ isterse cevap vermeyebileceğini, müdafiden yararlanabileceğini hatırlatmak, gizli duruşmalarda bazı kimselerin hazır bulunmasına müsaade etmek, Devlet sırrı tanığını dinlemek (CMK 47/2) gibi. Kanun “duruşmayı mahkeme başkanı veya hâkim yönetir, delillerin ikame edilmesini sağlar”, demekle (CMK 192/1) bunları kastetmiştir.

Duruşmaya iştirak edenlerden, hatta üyelerden biri³⁶⁷⁶, başkanın idareye müteallik olarak verdiği bir karar³⁶⁷⁷, kanun bakımından kabule şayan olmadığı (hukuken kabul edilemeyeceği) sebebinin öne sürerse, bu hususta mahkeme karar verir (CMK 192/2).

II. Sanığın sorgusu.

Sanığın susma hakkı vardır; konuşmayı tercih ederse, sanığı sorguya çekmek başkana aittir (CMK 192/1). Bilirkişinin sanığa mahkeme başkanı, hâkim veya Cumhuriyet savcısının izni ile doğrudan soru sorması (CMK 66/6), bu kaidenin istisnasını oluşturur. Başkandan başka kişiler, sormak istedikleri soruları başkana bildirir, bunları sorup sormamak hususunda başkan takdir yetkisini kullanır.³⁶⁷⁹ Ceza Muhakemesi Kanunu doğrudan soru kavramını düzenleyerek, sanık dahil, diğer süljelere başkan aracı kılmadan bizzat soru yöneltme hakkı tanıdı (CMK 201).

III. Delillerin ortaya konması.

Kanun, delillerin *ikame edilmesini* (*ortaya koyma* terimi de kullanılmaktadır; CMK 206/1) başkanın görevleri arasında saymıştır (CMK 192/1).³⁶⁸⁰ *Delilleri ortaya koymak* tabiri içinde, özellikle, tanıkların, bilirkişilerin, kanunun “uzman” diye adlandırdığı teknik müşavirlerin beyanda bulunmalarını sağlamak ve soruların nasıl sorulacağını tayin etmek vardır.

Soruları başkanın sorması kaidesinin istisnaları şunlardır:

a) Ceza Muhakemesi Kanunu “doğrudan soru yöneltme” hakkı vermiştir (CMK 201). Mülga Kanuna göre üyeler, savcı, sanık ve müdafî, tanıklara, bilirkişilere, teknik müşavirlere başkanın müsaadesi ile sualler sorabilirlerdi (CMUK 233). Savcının, sanık ve müdafinin *icapsız* veya *taallûku bulunmayan suallerinin sorulmasını* başkan menedebilirdi (CMUK 234/2). Bir sorunun caiz olup olmadığına tereddüt edilirse, mahkeme karar verirdi (CMUK 235).

b) Bilirkişi ve uzman başkanın müsaadesi ile soru sorabilir (CMK 66/6).

c) Karşılıklı soru sorma (çapraz sorgu) sisteminde mülga Kanuna göre (CMUK 232), başkan; savcı ile sanık tarafından gösterilen tanıklarla bilirkişilere soru sormayı, savcı ile müdafinin birlikte vaki isteği üzerine, kendilerine tevdi ederdi. Bu takdirde her biri evvelâ kendi gösterdikleri olmak üzere kendilerine tanıklara ve bilirkişilere sualler sorabilirlerdi. Bundan sonra başkan da gerekli gördüğü sualleri sorabilirdi. Karşılıklı soru sorma halinde de başkan, *icapsız* sualler sorulmasını menedebilirdi (CMUK 234/2). Bir taraf müsaadeyi kötüye kullanırsa, başkan müsaadeyi geri alabilir (CMUK 234/1).

IV. Duruşmada disiplinin sağlanması.

³⁶⁷⁶ Üyeler alenen itiraz etmeyip, kurulun müzakereye çekilmesini başkandan istemelidir (*Kantar*, 241).

³⁶⁷⁷ Bu kararlar, şeklen olmasa da, fikren karardır (No. 274).

³⁶⁷⁹ *Kantar*, 235.

³⁶⁸⁰ Kanunda “*réception des preuves*” karşılığı olarak “delillerin dinlenmesi” denilmiştir. Doğrusu *delillerin ortaya konmasıdır*.

Kanun duruşmada disiplini sağlamak görevini de başkana vermiştir. Duruşmaların bir ciddiyeti olmalıdır. Başkan, salonda laubaliliğe müsaade etmez. Disiplini bozan şahısları dışarı çıkartır (CMK 203/2). Bu disiplin müeyyidesinin, uygulanmadan önce, hatırlatılması uygun olur. Duruşmada dinleyici sıfatı ile bulunması uygun görülme yenleri de başkan dışarı çıkarabilir (No. 272).

Sanık veya müdahil de disiplini sağlamak amacı ile dışarıya çıkarılabilir. Gelen oturumlarda da duruşmayı önemli derecede aksatacağı anlaşılıyorsa ve hazır bulunması gerekli görülmezse, mahkeme yokluğunda duruşma yapma kararı alabilir.

Ancak, sanığın müdafisi yoksa, mahkeme Barodan bir müdafî görevlendirilmesini ister. Oturuma yeniden alınan sanığa, yokluğunda yapılan işlemler açıklanır (CMK 204).

Bir kimse duruşma sırasında mahkemeye karşı münasip olmayan bir söz söyler veya bir hareket yaparsa disiplin suçu işlemiş demektir (No. 340).³⁶⁸¹ Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK 204) duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sanığın *tutuklanması* hükmüne yer vermedi: sadece duruşma salonu dışına çıkarma yetkisi ile yetindi. *Tutuklama kararı verme yetkisi* sadece duruşma sırasında işlenen suçlar bakımından kabul edildi (CMK 205).

Başkan duruşmanın düzenini bozan kişinin salondan çıkmasını emreder. Bu emir savunma hakkının kullanılmasını engellemek koşulu ile verilebilir (CMK 203/2). Kişi dışarı çıkarılmaya karşı direnirse zor kullanılabilir. Duruşmanın düzeni avukat tarafından bozuluyorsa, avukat disiplin hapsine konulamaz (CMK 203/3) veya para cezası verilemez (AvK 58/2). Görüldüğü gibi, duruşmanın disiplini bakımından başkana tanınan yetkiler, müdafinin hürriyetine (No. 254) engel olmamalıdır. Disiplin bakımından hapse koyma yetkisinin avukatlara teşmil edilmemesi yerinde bir düzenlemedir.

475. DURUŞMANIN GİRİŞ BÖLÜMÜ.

Duruşmada yapılacak işlemlerin sırası Kanun tarafından belirlenmiştir. Bu akışta meydana gelebilecek olan sapmalar, bazı hallerde hukuka aykırılık oluşturur: eğer yapılan bu aykırılık neticesinde sanığı korumağa hizmet eden bir kurala aykırılık yapılmışsa, bu durum gerçekleşir. Aşağıda duruşmanın giriş bölümünde yapılan işlemler açıklanacaktır.

I. Duruşmaya başlama.

Duruşma, hazır bulunması mecburî olan kişilerin yerlerini almaları ve başkanın bunu “saptaması” ile, başlar. Bundan sonra, mahkeme başkanı veya hâkim, “iddianamenin kabulü kararını okuyarak”, duruşmanın başladığını açıklar (CMK 191/1). Hâkimlerle, savcı, zabıt kâtibinin her zaman, sanık ve müdafinin istisnalar dışında hazır bulunmaları mecburidir. Bulunması mecburî kişilerden biri, meselâ sanık hazır değilse, hazır bulunmadan veya gaip iken, ikisini birlikte ifade eden tabirle yokluğunda duruşma yapılan istisnâ bir durum yoksa, duruşma yapılamayacak ve dolayısı ile başlayamayacaktır. Bu nedenle, nisap bulunmadığı için yapılamayan toplantılarda olduğu gibi, duruşmanın yapılması başka bir güne bırakılır. Dikkat edilmelidir ki burada ara verme durumu yoktur. Çünkü ara verme, ancak başlamış duruşmada söz konusudur (No. 473). Burada sadece, duruşmanın başlaması için yeni bir tarih tayini durumu vardır.³⁶⁸⁴

Çağırılan günde sanığın gelmemesi ve dolayısı ile sorguya çekilememesi halinde, gelmiş olan tanık ve bilirkişinin dinlenmesinin 1985 de kabul edilen hüküm, önce kabul edilmemesine rağmen, 2005-5353 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, tekrar Kanuna (CMK 206/1) girdi: “*Tebliğata rağmen sanığın mazeretsiz olarak gelmemesi sebebiyle sorgusunun yapılamaması olması, delillerin ortaya*

³⁶⁸¹ Bu kişi mülga kanuna göre mahkeme kararı ile tutuklanırdı (No. 375). Tutuk 24 saat içinde aynı mahkemece sorguya çekilerek disiplin cezasına çarptırılır. Bu ceza, bir haftaya kadar hafif hapis ve hafif para cezası idi. Disiplin gereği duruşma salonundan çıkarılan veya tutuklanan kişi sanık veya katılan ise, sonraki oturumda da duruşmayı önemli ölçüde aksatacağı anlaşılırsa, hazır bulunması gerekli değilse, yokluğunda duruşmaya devam edilmesine karar verilebilirdi. Ancak bu karar esasa ilişkin iddia ve müdafaanın yapılmasına engel olmamalı idi (CMUK 379) (No. 247). Duruşmada hakiki suç işlenirse, mahkeme suç tutanağını savcılığa gönderir ve gerekirse failin tutuklanmasına karar verirdi (CMUK 380). CMUK 379/1’e göre, duruşma sırasında mahkemeye karşı münasip olmayan bir söz söyleyen veya hakaret eden “her bir kimse”, mahkeme kararı ile tutuklanırdı.

³⁶⁸⁴ Duruşma yapılmaya başladığında açıldığının, başlanmadığı hallerde de başlaması için tayin edilen gün ve saatin başkan tarafından dinleyicilere bildirilmesi uygun olacaktır.

konulmasına engel olmaz. Ortaya konulan deliller, sonradan gelen sanığa bildirilir.” Burada yersiz olarak, “delillerin ortaya konmasından” söz etmesi, duruşmanın başladığını gösteremez; zira Kanunun bir yandan “duruşma yapılamaz” derken, öbür yandan yapıldığını kabul etmesi düşünülemez. Bu dinlenme, bizce, duruşma hazırlığında olduğu gibi, erken dinlemedir (No. 400). Zira, deliller ancak duruşmada ikame edilir, daha doğrusu ortaya konulur. Duruşma yapılamıyorsa delilin ortaya konması da mantık gereği mümkün olamaz (No. 467).

II. Tanık, bilirkişi ve teknik müşavirlerin yoklaması.

Bu yoklamadan maksat, duruşmaya ara verme hususunda beyanda bulunmak üzere ilgililere fırsat vermektir.³⁶⁸⁵ Zira taraflar ittifak ederlerse, mahkeme bir delilden vazgeçebilir (CMK 206/3) ve duruşma başlayabilir. Yoklamadan sonra³⁶⁸⁶ sadece tanıklar salondan çıkarılacak (CMK 191/2) ve sıraları geldikçe birer birer içeri alınacaktır. Her tanık ayrı ayrı ve sonraki tanıklar yanında bulunmaksızın dinlenir (CMK 52).

Başkan tanıkların, bilirkişinin ve teknik müşavirin yoklamasını yaparak, ilgililere “duruşmaya ara verme” hususunda talepte bulunma imkânı verir. Taraflar ittifak ederlerse, mahkeme bir tanığın dinlenmesinden veya bir delilin ortaya konulmasından vazgeçebilir (CMK 206/3).³⁶⁸⁷

III. Sanığın kimliğinin saptanması.

Tanıkların ve bilirkişilerin yoklamasından sonra, Başkan bağısız olarak duruşmaya alınan sanığın kimliğini saptar (CMK 147; 191/3-a). Bundan sonra sanığın kişisel ve ekonomik durumu hakkında kendisinden bilgi alınır (CMK 191/3-a).³⁶⁸⁸ Bu tespitten maksat, sanığın kimliği hakkında gerekli bilgileri almak (No. 244) ve isnat edilen suçu hangi koşullarda işlediğini ve dolayısıyla kişiliğini öğrenmektir. Tanıklıkta olduğu gibi (No. 348) sanığı dini sorulamaz. Sabıkalı olup olmamak kişisel durumla ilgili hallerden ise de, bu nokta sadece cezayı ilgilendirdiğinden Alman Hukukunda sanığın sabıkası sadece hüküm açısından önemli olduğu ölçüde araştırılır ve sabıkanın ne zaman araştırılacağına başkan karar verir (StPO 243/5). Sabıka delillerin ortaya konulmasından sonra ve adli sicilün okunması yolu ile ortaya konursa, delillerin değerlendirilmesinde ön yargı yaratmaz. Ancak hakimleri dosyadaki adli sicil kaydının olumsuz tesirinden kurtarmak mümkün olmadığından, suçluluğun tespiti ve cezanın tayini işlemlerinin ayrılmasının bir yararı da (No. 147) burada ortaya çıkmaktadır.

Sanığın kişiliğini öğrenmek yararlı ise de (No. 147), suçu ve kusur derecesi bakımlarından önem taşıdığından, sorgu niteliği alabilecektir.³⁶⁸⁹ Bu nedenle kişilik hakkında sorular kimlik çerçevesini aşmamalı, sorular “sorgu” niteliği taşıyamamalıdır. Zira, sırası daha sonra gelecek olan sorgu, ayrıca ve sanığa esas hakkında cevap vermek isteyip istemediği sorulacak, yani susma hakkı hatırlatılarak soru sorulacaktır³⁶⁹⁰ (CMK 147).

³⁶⁸⁵ Kantar, 244.

³⁶⁸⁶ Mülga CMUK 236/3 uyarınca, tanıklar sanığın kimliği hakkındaki bilgilerin saptanmasından sonra çıkarılıyordu. Ceza Muhakemesi Kanunu, Kunter Hoca'nın 9. basıda yaptığı öneri yönünde, tanıkların kimlik tespitinden önce, yoklamadan hemen sonra çıkarılmasını emretti.

³⁶⁸⁷ Katılanın şahsi hak istemesi, Ceza Muhakemesi Kanunu tarafından kabul edilmemesine (CMK 237) rağmen, “katılanın kişisel haklarını ispat için gösterdiği delilden vazgeçebilmesi” hükmü (CMK 206/4), varlığını sürdürüyordu. Hata sonradan fark edildi ve dördüncü fıkra yürürlükten kaldırıldı (CMK “2005.5353” 206).

³⁶⁸⁸ Mülga Kanun “şahsi hallerin öğrenilmesi” terimini kullanıyordu.

³⁶⁸⁹ Kişisel hallerin Almanya'daki gibi, sorgu sırasında sorulması yerinde olur (StPO 136/III).

³⁶⁹⁰ 1992 değişikliğinden önce işlenen suçlarda istisna tanınmaktadır: 8. CD. 30.10.95 (E. 1995/12824, K. 1995/14080): Tekerrüre esas alınan hükmün 3831 sayılı Kanundan önce işlenmiş olması ve suç konusu tabancanın elde edilmesi nedeniyle 3081 sayılı Kanun kapsamına girdiği, bu nedenle tekerrüre esas alınamayacağı düşünülmeden mülga TCK 81/2'nin uygulanması bozmayı gerektirmiştir. 24.9.1992 tarihinde yapılan sorguda CMUK 135 ve 236. maddelerinin uygulanmaması bozma nedeni değildir. 8. CD. 1.6.95 (E. 1995/7402 K. 1995/8158): 6136 sK. ya aykırılıktan verilen hükümlülük kararı incelendi. Sanığın sorgusundan önce CMUK 236/2 hükmüne aykırı olarak iddianame ve eklerinin okunmaması sanığın sorgusunun 3842 sK. ile değişik CMUK 135'e uygun yapılmaması ve haklarının hatırlatılmaması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması bozmayı gerektirmiştir. 10. CD. 13.3.95 (E. 1995/1475, K. 1995/1883): Sorgusu hiç yapılmamış sanığın sorgusu için ayrı ayrı tarihlerde çıkartılan iki ihzar müzekkeresi ile zamaşımı kesilmiştir.

Sanık kimlik sorularına cevap vermeğe ve doğru söylemeğe mecburdur (No. 250, 251). Kanunda açıklama yoksa da, nerede oturduğu sorulabilir. Zira, CMK 106/1 salıverilen sanığın yetkili yargı merciine veya tutukevi müdürüne adresini ve varsa telefon numarasını bildirmek yükümü öngörmüştür.³⁶⁹¹ Önceden verilen adreste değişiklik meydana geldiğinde, bunun da yeniden beyanda bulunmak veya iadeli taahhütlü mektup yolu ile bildirilmesi mecburiyeti vardır (CMK 106/2).

IV. Duruşmanın başka bir gün yapılmasını veya ara verilmesini isteme hakkının sanığa hatırlatılması.

Çağırma kağıdının tebliği ile duruşma günü arasında bir hafta geçmemişse, kanuna göre, sanık ara verilmesini istemek hakkına sahiptir ve bu hakkın başkan tarafından sanığa hatırlatılması gerekir (CMK 190/2). Mülga Kanun duruşmaya çağırılmış ve gelmiş olan tanık ve bilirkişilerin isim ve adreslerinin kendisine geç bildirilmesi halinde de sanık ara verme isteyebilirdi (CMUK 239). Kanun (CMK 207) bu hükmü almadı. Bu hak da kıyas yolu ile hatırlatılmalıdır.

Hazır bulunacak kişilerin yerlerini almaları ile duruşma açılmış ve yapılmaya başlanmış olduğundan, burada ara verme terimi yersiz değilse de henüz sadece yoklama yapılmış ve sanığın kimliği tespit olunmuştur. Sorgusu dahi yapılmamıştır. Bu nedenle, duruşmayı başlamamış sayıp, ara verme kararı yerine, tayin edilecek yeni tarihte duruşmanın yapılmasına karar vermek daha uygun olacaktır (No. 721).

V. İlk talî dâvaların açılması.

Çok defa iptidâî itiraz diye adlandırılan bu dâvaların açılması, bu yolda bir istekte bulunmak ile olur. Mülga Kanuna göre yer itibarıyla yetkisizlik (CMUK 17), şüphe sebebi ile hâkimin reddi (CMUK 24) gibi bazı talî dâvaların (No. 96) *iddianame okunmazdan önce* açılması lâzımdı. Ceza Muhakemesi Kanunu ise, yetkisizlik iddiasının zamanını değiştirdi: ilk derece mahkemesinde *sorgudan önce*, istinafta incelemenin başlamasından veya duruşmadan veya duruşmalı işlerde ise, inceleme raporunun okunmasından önce bildirme ölçüsü kabul edildi (CMK 18/2, 25/1).

VI. İddianamenin anlatılması.

Artık sıra sanığa iddianın ayrıntılı olarak bildirilmesine gelmiştir. Kanun önceleri çok önemli bir işlem olan iddianamenin *okunmasını* ön görmüştü. Kanunda yapılan değişiklikle okunma, *anlatmaya* dönüştürüldü (CMK 191/3-b). İddianame sanığa tebliğ edilmiş olsa bile, duruşmada mutlaka anlatılması gerekir. Ancak, basit suçlarda iddianamenin anlatılmaması hükmü etkilemez, zira hüküm buna dayanmaz.³⁶⁹² Bizce, seri muhakeme usulünde de mahkeme şüpheliyi müdafî huzurunda dinlemeden önce (CMK 250/9) talep yazısını okumalı veya anlatmalıdır.

VII. Yetkisizlik kararının okunması.

Eğer kovuşturma önce başka bir mahkemede başlamış ve orası yetkisizlik kararı vermişse, iddianame veya kamu davasının açılması kararından sonra her yönden yetki bakımından verilmiş olan bu karar da anlatılmalıdır.³⁶⁹⁴

VIII. Önödemenin veya uzlaşmanın hatırlatılması.

Önödeme tabi bir iş, yanlışlıkla kovuşturmaya gelmişse, sanığa önödeme imkânı hatırlatılmalıdır. Uzlaşmaya tabi işlerde de (CMK 253) kamu davasının açılması halinde uzlaştırma işlemleri mahkeme tarafından yapılacağından (CMK 254), sanığa bu husus hatırlatılmalıdır (No. 431).

³⁶⁹¹ Önceki basılarda adres değişikliğini bildirmenin mecburî olmasını ve bunun sanığa hatırlatılmasının (CPPF 114) bizde de kabul olunmasını önermiştik.

³⁶⁹² 1985'ten önce ilksoruşturma yapılan işlerde soruşturmanın açılması kararı okunurdu. Bu karar iddianame değildi. Ancak tereddütlerin yenilmesi, sanığın kendisi, dinleyicilerin de sanığı sorgu hâkiminin suçlu bulduğunu sanmamaları için, savcının soruşturma açılmasını isteyen iddianamenin veya karar farklı ise ona uygun düzenleyeceği iddianamenin okunması uygun olurdu. Bugün de bu sorun, istisna olarak, soruşturma açılması kararı ile mahkemeye gelen işlerde karşımıza çıkmaktadır. Meselâ memur muhakemesindeki durum böyledir (No. 81). Savcının, karar ile kovuşturmaya getirilmesi kabul edilmiş olan iddiaları içeren bir iddianame düzenlenmesi ve duruşmada onun anlatılması CMK 191/3-b maddeye uygun olur. Ceza kararına karşılama üzerine yapılan duruşmada da (CMUK 390/1), iddianame yerine geçmesi için, itiraz dilekçesi (No. 428 IV) okunuyordu.

³⁶⁹⁴ 4. CD 22/1/70, Alicanoğlu 431.

IX. Sanığın sorguya çekilmesi.

Sorgunun³⁶⁹⁵ başında kendisine isnat edilen suçun neden ibaret olduğu sanığa anlatılır, susma hakkı, müdafiden yararlanma hakkı bildirilir ve bu hususta cevap verip vermeyeceği sorulur.³⁶⁹⁶ Sanık açıklamada bulunmaya hazır olduğunu bildirdiğinde (CMK 191/2-d), usulüne göre (CMK 147) sorgusu yapılır. Sorgu, sanığın kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınarak yapılır (CMK 147/1-f). Sorgu yapılmadan deliller ikame edilebilir (CMK 206/1).³⁶⁹⁷

476. DURUŞMANIN DELİL TOPLAMA BÖLÜMÜ.

I. Delil toplama talebi.

1. Kural.

Geniş manada deliller soruşturma evresinde ve onu tamamlayan duruşma hazırlığı aşamasında toplanmış olacağından, duruşma aşamasında delil toplanmasına, yani bir *tamamlayıcı soruşturmaya*, kaide olarak, ihtiyaç duyulmayacaktır. Çeşitli sebeplerle bu ihtiyaç sonradan ortaya çıkabilir. Maddi hakikati arayan ceza mahkemesi bunun için duruşmanın tehir veya tâlikini göze alır (No. 473).

Duruşma için çağırılmış olan tanık ve bilirkişilerin dinlenmesi veya dosyadaki belgelerin okunması biçiminde gerçekleşen *delillerin ortaya konmasından* farklı olan “delil toplama”, ancak duruşmada delil olabileceklerin, yani delil kaynaklarının (No. 322) duruşmadan önce araştırılması ve duruşmaya getirilmek üzere hazırlanması anlamına gelir. Bunun içindir ki, duruşma sırasında delil toplanması da bir *delil kaynağını* gerekiyorsa, araştırıldıktan sonra duruşmaya getirilmesinin ve dolayısı ile, ortaya koyma ispat için belli bir delilin duruşmada ele alınması anlamına geldiğine göre (No. 477), o kaynaktan çıkacak delilin duruşmada ortaya konmasının kabul edilmesi demektir. Bu nedenledir ki, duruşma sırasında delil toplanması için verilecek karar, sonuçta, duruşmada hazır olmayan bir delilin ortaya konması kararı şeklinde kendisini gösterir. Delil toplama isteklerinin çok defa delilin ortaya konması biçiminde gerçekleşmesinin sebebi burada aranmalıdır.

2. Delilin veya olayın geç bildirilmesi ret nedeni olmaz.

Bir tanığın, bilirkişinin veya teknik müşavirin daveti veya bir diğer delilin ortaya konması duruşma sırasında da hüküm tefhimine başlanmadan önce olmak şartı ile³⁷⁰⁰, istenebilir. Mahkeme böylece bir delilin ortaya konulması hakkındaki isteğin kabul olunması veya reddedilmesi hususunda bir karar verir. Maddî hakikat arandığı için, bir delilin ortaya konmasına müsaade edilmesi kaideyi teşkil eder ve bir delilin ortaya konulmasını istemede gecikme, isteğin reddine sebep teşkil etmez (CMK 207). Mülga Kanuna göre, dinlenecek tanık veya teknik müşavirin ismi karşı tarafa geç tebliğ edilmiş ise, karşı taraf delillerin ortaya konulması bitmeden önce, bilgi edinmek üzere, duruşmanın talikini isteyebilirdi (CMUK 239/2). Yeni Kanun bu ara verme sebebini kabul etmedi (CMK 207).

³⁶⁹⁵ Duruşmada sorgunun mecburiliği tartışılmış, sanık duruşmada bulunmaktan kurtarılmışsa, iş ağır cezalı olmasa da mecburî olduğuna karar verilmiştir (İçBK 13/5/74). Bizce duruşmada sorgu ile duruşmada hazır bulunmama meseleleri birbirine karıştırılmıştır. Sanık hazırsa elbet sorguya çekilir. Değilse, sorgunun gerekip gerekmediği, duruşmada sorgu meselesi değil, hazır bulunmanın düzenlenmesi meselesidir (No. 247). Sanığın şahsi haklarının sorulması «kusurun belirlenmesinden» sonra yapılmalıdır. (*Schuldinterlokut*) = (*Zwischenentscheidung*) görüşü çerçevesinde, önce kusur tesbit edilmeli, sonra müeyyide belirlenmelidir. Şahsi haller ilk başlangıçta sorulursa, sanığın susma hakkı da ihlal edilmiş olur. Hakların bildirilmesi kapsamına da bu girmelidir.

³⁶⁹⁶ Almanya’da bu sorma 1965 reformu ile mecburî kılınmıştır. Biz sormayı ilk sorguda mecburî kılan eski Alman sisteminden ilk günden beri ayrıldığımızdan, bu bakımdan bir değişikliğe ihtiyacımız yoktur. 135. maddedeki ayrılışın kasdı olduğu anlaşılmalıdır (Hazırlık çalışmaları, s. 152-156). Buna karşılık, hatırlatma konusunda Almanya’dakine benzer bir değişikliğe ihtiyacımız vardı. Orada ilk sorguda, beyanda serbest olduğundan fazla olarak, her zaman hattâ sorguya çekilmeden önce seçeceği müdafî ile danışma hakkı olduğu, lehinde somut delil toplanmasını isteyebileceği de hatırlatılmaktadır (StPO 136, I).

³⁶⁹⁷ Duruşmaya tanıkların ve bilirkişinin yoklaması ile başlanır. Bundan sonra sanığın açık kimliği ve şahsi durumu tesbit edilir. Daha sonra iddianame okunur ve sanık sorguya çekilir. Bu yapılmadan kanıt da toplanamaz (CGK 19.12.1994, E. 1994/322, K. 1994/343).

³⁷⁰⁰ *Taner*, 307.

II. Delilin ortaya konulması talebinin reddi.

Duruşma sırasında “delil toplanması” istenirse, bunun duruşma sırasında “ortaya konulması” konusunda da bir karar vermek gerekir. Mahkeme, bir delilin ortaya konması isteğini ancak haklı sebeplerle reddedebilir. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK 206/1) bu sebepleri üçe³⁷⁰³ indirmiştir: a) Delil kanuna aykırı³⁷⁰⁴ olarak elde edilmişse, b) Delil ile ispat edilmek istenen olayın karara etkisi yoksa. c) İstem, sadece davayı uzatmak maksadıyla yapılmışsa.

477. DELİLLERİ ORTAYA KOYMA BÖLÜMÜ: a) ŞEKİLLERİ.

I. Delillerin ortaya konması.

Delillerin duruşmadaki durumunu tayin eden kaide şudur: *Hüküm, ancak duruşmaya getirilmiş ve hâkim huzurunda tartışılmış olan delillere dayanabilir* (CMK 217/1, cü.1) (No. 324). Naip hâkim veya istinabe olunan mahkeme huzurunda ortaya konulan deliller, bu işlemlere ait tutanaklar duruşmada okunacağı ve tartışılacağı için, bu kaide dışında değildir.

Delillerin duruşmada ortaya konulması üç şekilde olur: (a) Ya tanık, bilirkişi veya teknik müşavirin söyleyeceklerini açıklaması imkânının verilmesi şeklinde tecelli eder, buna tanığın (bilirkişi veya uzman'ın) *dinlenmesi* denilir (CMK 210/1), (b) yahut yazılı bir belgenin *okunması* suretiyle muhtevası herkesin bilgisine sunulur (CMK 211 vd), (c) yahut sübutla ilgili herhangi bir eşyanın, meselâ kullanılan tabancanın ilgililere tetkik etmeleri için gösterilmesi şeklinde olur.³⁷⁰⁵

Ceza Muhakemesi Kanunu *delillerin ortaya konması ile ilgili tanımı* almadığı gibi, CMK 192'de *delillerin ikame edilmesi* terimini kullandığı halde, CMK 206 ıncı maddesinde kelimelerini tercih etmiştir. *Delil ikame etme* ile *delil ortaya koyma* arasında fark olduğu düşüncesine kapılıp, bunlara farklı anlamlar verenler çıkmasından korkarız.

Delillerin müşterekliği prensibi (No. 332) gereğince, delillerin duruşmada ortaya, yani kolektif hükme iştirak edenlerin hepsinin önüne, konulması için, *ortaya konulmasının önce kabul edilmesi* lâzımdır (No. 478).

II. Delil kavramı.

Delil kavramı, delillerin ortaya konulması bahsinde açıklanmış olup, *delil* tabiri geniş manada kullanılmıştır (No. 321).

478. b) DELİLLERİN ORTAYA KONULMASININ KABUL EDİLMESİ.

I. Kabul kararı.

Tanık, bilirkişi ve teknik müşavirin duruşmaya davet edilmiş olması, ortaya konulmalarının kabul edildiğini gösterir. Bunların dinlenmesi mecburîdir. Duruşma hazırlığında başkanın iddianamede veya kovuşturmanın açılması kararında gösterilen tanıklar ve bilirkişilerle sanığın duruşmadan beş gün önce dilekçe ile bildireceği tanıklardan ve bilirkişilerden yani teknik müşavirden uygun gördüklerini ve savcının keza davet edilmesini istediklerini ve bunlar dışında kendisinin tanık ve bilirkişi olarak çağırılmasını tensip ettiklerini davet ettirebileceğini (No. 345, 466) gördük (CMK 177). Sanık da başkandan davetini isteyip de ret olunanları doğrudan doğruya davet ettirebileceği gibi, dilekçe

³⁷⁰³ Mülga CMUK 238. madde 7 red sebebi göstermekte idi: a) Ortaya konmasını kanunun kabul etmediği bir delil meselâ, polisteki ikrarın okunması (CMUK 247) istenmişse (kanun tâbiri ile, delil ikamesi kanun hükümleri mucibince caiz değilse), b) Herkes tarafından bilindiği için isbat edilmek istenen hususun ispatına yer görülmezse (kanunun tâbiri ile, delilin belli açık bir hususa taallûku itibariyle ikamesi lüzumsuzsa), c) Delil ile ispat edilmek istenen olayın karara tesiri yoksa veya sanık lehine evvelce sabit olmuş bir duruma ilişkin ise, d) Delil hiç bir surette maksada elverişli değilse, e) Delilin elde edilmesi imkânı yoksa, f) İstek işi uzatmak maksadı ile yapılmışsa, g) Sanığın beraatını ispat edecek önemli bir iddia ileri sürülüp de bu iddiada bildirilen olay gerçeğe uygun olarak kabul edilebilecek mahiyette ise.

³⁷⁰⁴ Mahkeme sanığa yüklenen suçu, *hukuka uygun* bir şekilde elde edilmiş her türlü delille sabit görebilir (CMK 217/2).

³⁷⁰⁵ Mülga Kanunumuz tanık ve bilirkişiler hakkında “dinleme” sair deliller hakkında “irat edilme” tabirini kullanmıştır (CMUK 238). İrat edilme, “*production*” tabirini karşılamaktadır. Ancak bu tabirler, delil getirenin “ikame” filini ifade etmekte, delillerin duruşmada ortaya konulduğu belirtilmemektedir. Tanığın ikamesi, yani dinlenmesinin istenmesi nasıl tanığın dinlenmesinden ayrı ise, diğer delillerin ortaya konulmasının istenmesi de ortaya konulmasından ayrıdır ve ayrı tabirle ifade edilmelidir.

vermeden de yanında duruşmaya getirilebilir (No. 466). Demek ki sanığın beraberinde getirdiği tanıklar ve teknik müşavirler, davet edilmiş tanık ve teknik müşavirler gibidir, yani bunların davet edilen tanık ve teknik müşavirlerden farkı yoktur. O halde bunların da dinlenmesi mecburîdir.³⁷⁰⁶ Meğerki, 2018 yılında eklenen *duruşmayı uzatmak amacı* (CMK 178, cü.2) veya bir *haklı ret sebebi* (CMK 206/2) söz konusu olsun (No. 476).

II. Diğer delillerin durumu.

Diğer delillerin mahkemeye dosya ile birlikte verilmiş olması, onların ortaya konulmasının kabul edilmesini gerektirir. Bunların ortaya konulması mecburîdir.

III. Ek soruşturma.

Hazır bulunmayan bir delilin ortaya konulmasına ilk defa duruşmada karar verilmesi, soruşturmada ve onu tamamlayan duruşma hazırlığında yapılan soruşturmalara ek bir soruşturma yapılması ve delil toplanması demektir (No. 476).

IV. Delilden vazgeçme sorunu.

Ortaya konulması kabul edilmiş olan bir delilden³⁷⁰⁷ sanık ve savcı (varsa katılanlar) vazgeçmedikçe (CMK 206/3), bir kelime ile taraflar istemiş olmadıkça³⁷⁰⁸, mahkeme vazgeçemez. Böyle bir ittifak halinde, mahkeme vazgeçmeğe mecbur değildir.³⁷⁰⁹ Bu vazgeçme, o delilin hakikatin meydana çıkarılmasında önemli olmadığına üç muhakeme makamı tarafından da kabulü demektir. Meselâ sanığın ikrarı samimi ise, daha doğrusu karşı tarafa ve hâkime samimî olduğu kanısını vermişse, duruşmayı başka bir oturuma bıraktıracak diğer delillerden vazgeçmek, işleri sakıncasız olarak çabuklaştırır.³⁷¹⁰

V. İlk defa duruşmada ortaya çıkan delil.

İlk defa duruşmada ortaya çıkan bir delilin ortaya konması mecburî olsa dahi, mahkeme üç sebepten biriyle ortaya koymayı kabul etmeyebilir. Meselâ doğrudan doğruya davet edilen veya beraber getirilen tanıkları, eğer muhakemeyi uzatmak maksadı varsa (CMK 206/2-c), mahkeme dinlemeyebilir.³⁷¹¹ Bu ret sebebinin 2018 yılında CMK 178'e de ayrıca eklendiği görüyoruz.

479. c) DELİLLERİN ORTAYA KONULMASINDA KAİDELER.

I. Tanıkların dinlenmesi.

Duruşmanın sözlülüğü prensibi gereğince tanıkların duruşmada dinlenmesi gerekir. Tanığın daha önce verdiği ifadenin tutanağı veya yazdığı yazıyı okumasına izin verilemez (No. 346). Dinleme kuralı bilirkişi için geçerlidir, bilirkişi çağırılmamışsa vermiş olduğu rapor okunur (No. 336). Dinleme sırasında bilirkişinin raporuna bakmasına izin verilmelidir.

II. Ortaya koyma sırasında taraflar hazır olmalıdır.

³⁷⁰⁶ Sanık isterse doğrudan doğruya davet, isterse beraber getirme yoluna gidebileceğine göre, birinci halde dinlemeyi mecburî ikincisinde ihtiyarî saymanın makul ve makbul bir sebebi olamayacağına kaniyiz (k-m: *Kantar*, 307; *Tosun* sadece hâkimin kendi bilirkişisini dinlemesi şartı ile mecburiyeti kabul etmektedir (I, 794).

³⁷⁰⁷ Bu delilin, daha doğrusu beyanda bulunacak tanığın kamu tanığı olması da mümkündür (k-m: 2. CD 9/10/51, *Çağlayan* “66” II, 313).

³⁷⁰⁸ Savcı bulunmayan sulh mahkemelerindeki duruşmalarda, savcı yetkisini haiz olan şahsî dâvacı veya müdahil yoksa, sadece sanığın muvafakati kâfidir (k-m: 2. CD 11/11/59, *Çağlayan* “66” II, 313).

³⁷⁰⁹ *Kantar*, 261.

³⁷¹⁰ Sanığın kabul ettiği ceza kararlarıyla cezalandırılmasında en ileri şeklini gördüğümüz bu vazgeçme, duruşmada bizce tarafların istemesine değil, kabulüne bırakılmalıydı. Mülga Kanuna göre, şahsî hak dâvasında ise davacı tek başına delilinden vazgeçebilirdi (CMUK 238/5).

³⁷¹¹ Esasen CMUK 238. maddenin 3. fıkrası yanlış tercüme edilmişti (*Kantar*, 265). 1973 tadili de isabetli olmamış, mahkemenin davet ettikleri ve sanığın isteyip de mahkemenin reddi üzerine doğrudan doğruya davet ettirebildikleri ve hatta önce davetini istemediği halde duruşmaya beraberinde getirdikleri hariç kalmaktadır. Madde amaca göre yorumlanmalıdır.

Delillerin müşterekliği prensibi gereğince, hüküm verme faaliyetine iştirak eden tüm şüphelilerin delil ikame edilirken salonda hazır olması gerekir ki, buna karşı diyeceğini söyleyebilsin. Kanunda bu kurala aykırı olan bir düzenleme vardır. CMK 206/1, cü.2 uyarınca, sanık tebligata rağmen mazeretsiz olarak duruşmaya gelmemişse, delil ikamesine başlanabilir, ortaya konan deliller sonradan gelen sanığa bildirilir. Sisteme ters düşse de, gelmiş olan tanık ve bilirkişilerin tekrar çağrılmasındaki güçlük nazara alındığında, bu istisnayı duruşma hazırlığında yapılan *erken dinleme* gibi yorumlamalı ve dinleme tutanağını hüküm verirken öyle değerlendirmelidir. Aksi halde, tanık dinlenirken sanığın hazır bulunmaması, soru sorma ve sordurma hakkını kısıtlar ve İHAS 6/3 e aykırı olur. Düzenlenen tutanak, *erken dinleme tutanakları* gibi kabul edilmeli, *belge delili* olarak onlar nasıl sanığın hazır bulunduğu duruşmada ortaya konuyorsa ve okunuyorsa, aynı işlemler burada da yapılmalıdır. Maddedeki “*Sonradan gelen sanığa ikame edilen deliller bildirilir*” cümlesini böyle anlamak gerekir.³⁷¹²

III. Duruşmada tanıklıktan çekinen tanığın önceki ifadesi de okunamaz.

Duruşmada tanıklıktan çekinen bir kişinin daha önce verdiği ifadenin tutanağının okunması da yasaktır (CMK 210/2). Tanığın önceki ifadesini alan kişinin tanık olarak dinlenmesi de caiz değildir.

IV. Çelişkinin giderilmesi.

Bir tanığın duruşmadaki beyanı ile evvelki beyan ve ifadeleri arasında çelişki varsa evvelce alınmış ifadesi okunarak çelişkinin giderilmesine çalışılır (CMK 212/2). Tanık, duruşmada, bir noktayı hatırlayamadığını söylerse, varsa eski beyan ve ifadesini ihtiva eden tutanağın o noktaya ait kısmı okunarak hatırlamasına yardım edilir. Kolluktaki eski beyanın okunması da mümkündür. Hukuk mahkemesinde verilen beyan da okunabilir.³⁷¹³ Sanık bakımından ise; sanığın hâkim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamaları ile Cumhuriyet Savcısı tarafından alınan veya müdafinin hazır bulunduğu kolluk ifadesine ilişkin tutanaklar çelişki bulunması halinde duruşmada okunabilir. Kolluk ifade alırken müdafinin hazır bulunmadığı durumlarda, sanığın kolluğa verdiği ifadenin tutanağının duruşmada okunması yasaklanmıştır. Bu bir yeniliktir.

Her tanığın dinlenmesi bittikten sonra ve bilirkişinin dinlenmesiyle herhangi bir belgenin okunmasından sonra bunlara karşı bir diyecekleri olup olmadığı³⁷¹⁴ katılana veya vekiline veya Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafisine sorulur³⁷¹⁵ (CMK 215).

Tanıklar ayrı ayrı dinlenir. Sonradan dinlenecek tanıklar kendilerinden önceki tanıkların dinlenmesinde hazır bulunamaz (CMK 52/1). Tanık dinlendikten sonra, duruşma salonunda bekler. Salonu ancak, başkanın müsaadesi ile terk edebilir. Bunun için önceden taraflara sorulması kuralı (mülga CMUK 241) CMK’ya alınmamıştır.

Soruşturmada tanıkların birbirleri ile şüpheli ile yüzleştirilmeleri yasaktır. Sadece gecikmesinde sakınca bulunan veya kimliğin belirlenmesine ilişkin hallerde yüzleştirme kabul edilmiştir (CMK 52/2).

Tanıkların dinlenmesi sırasında görüntü veya sesler kayda alınabilir ancak, mağdur çocukların, duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından

³⁷¹² Mülga CMUK 237 inci maddesinin 1985 şekline göre yapılacak olan *delil ikamesi*, kanunda genel tabir kullanılmış ise de, sadece beyan delili bakımındandır, yani gelen tanık ve bilirkişinin dinlenmesi söz konusudur. Bu kişileri bir daha çağırmanın güç belki de imkânsız olacağı düşünülerek hazır ele geçirmişken dinleyelim denilmiştir. Bu istisnanın belge delili bakımından kabulünü haklı gösterecek hiçbir neden yoktur. Belgeler sanık geldiğinde de okunabilir. Diğer taraftan, 244 inci maddenin 1985-3206 numaralı kanunla değişik 2 inci fıkrasında sadece 186 ve 216 inci maddelere atıp yapılması, belge okumakla yetinilmediği düzenleyen 1 inci fıkranın 237 inci maddedeki dinlemede uygulanmayacağı anlamına gelmez. Zira kanun koyucunun, sanığın hazır olmadığı bir toplantıyı, yanlışlıkla duruşma sanması onu duruşma yapmayacağı, duruşma hazırlığında yapılmış bir işlem yani 216 inci maddeye girmesi gereken bir durum karşısında bulunduğumuz gerçeği bir yana, 237 inci maddede sanığa bildirmeden söz edilmesi de bunu açıkça göstermektedir.

³⁷¹³ Bu beyan, özel olarak düzenlenen bir *itirazdır*.

³⁷¹⁴ Meselâ, “evvelce ak demişsin, şimdi kara diyorsun, hangisi doğru” diye sorulmalıdır.

³⁷¹⁵ Sorulmaması, bozma sebebi sayılmaktadır (CGK 13/10/30, Çağlayan “66” II, 337; 1. CD 6/11/40, 3615/2879; 2. CD 22/4/49 Çağlayan “66” II, 337). Sadece sanığa sormak yetmez. Savcı ve müdafî de 1965’ten beri Almanya’da olduğu gibi (§ 259a) (*Barosio*, 250), diyeceğini bildirebilmelidir. Ancak fırsattan faydalanıp son tartışmalarda söylenecekleri ileri sürülürse, başkan sözü kesmelidir. Gerekliyorsa, kıyasla CMUK 235 uygulanmalıdır.

zorunlu olan kişilerin tanıklığında bu kayıt zorunludur (CMK 52/3). Bu fıkra hükmü uygulanması suretiyle elde edilen ses ve görüntü kayıtları sadece ceza muhakemesinde kullanılır.

Soruşturma evresinde yapılan işlemlerde; özellikle şüphelinin ifadesinin alınması veya sorgusu, tanık ve bilirkişinin dinlenmesi veya keşif ve muayene sırasında Cumhuriyet savcısı veya sulh hakiminin yanında *zabıt kâtibi* bulunur. Müdafî veya vekil sıfatıyla hazır bulunduğu işlemlerle ilgili tutanakta avukatın isim ve imzasına da yer verilir. Adli kolluk görevlisi bulunuyorsa onun da imzası alınır ama, 2014 değişikliği uyarınca, terör suçlarında soruşturma ve kovuşturma evresinde açık kimlik yerine sadece kimlik numaraları yazılır (CMK 169/7).

Tanıklar soruşturma evresinde dinlenirken taraflar bulunamaz (CMK 169). Sanığın hazır bulunmasının tanığın hakikate uygun beyanda bulunmasına mâni olabileceği durumlarda hakim sanığın bulunmasına karar verebilir (CMK 84/3).

480. c) DELİLLERİN TEK TEK TARTIŞILMASI.

I. Delillerin bir bütün olarak değerlendirilmesi.

Delillerin ortaya konulması, yani duruşmadaki kolektif hüküm verme faaliyetine katılanların hepsinin delillerin muhtevalarını öğrenmesinin mümkün kılınması, tartışmaya imkân vermek içindir. Delillerin bütün olarak değerlendirilmesi (No. 322) konusundaki tartışma, duruşmanın ileri bölümünde topluca yapılacaktır. Ancak delillerin ortaya konulması bölümünde dahi, her delil ortaya konuldukça, değerinin tartışılmasına imkân verilebilmelidir ki delillerin sağlamlık bakımından değeri (No. 322) anlaşılabilir.

II. Delillerin tartışılma usulü.

Delillerin tek tek tartışılması şöyle düzenlenmiştir.

1) Tanığın, bilirkişinin, teknik müşavirin veya suç ortağının başkan tarafından dinlenmesinden ve herhangi bir belgenin okunmasından sonra taraflara bunlara karşı bir diyeceği olup olmadığı³⁷¹⁶ sorulur³⁷¹⁷ (CMK 215) ve böylece *doğrudan soru* (CMK 201) yöneltme imkânı verilir.

2) *Doğrudan soru*, hâkimi aracı yapmadan sorulan soru anlamına gelmektedir. Bu soru ve cevaplar, delilin değeri hakkında fikir edinmeğe yarar. Bu aşamada tarafın kendi lehine olan tanığa doğrudan sorduğu sorunun *anlattırıcı soru* olması gerekir. Karşı tarafın tanığın sorulan sorunun ise *yönlendirici soru* tipinde olması yerinde olur. Tanık, bilirkişi ve teknik müşavir anlattırıcı ve yönlendirici sorular sorularak dinlendikten sonra salondan çıkarlar.³⁷¹⁸

3) Tanıklar, beyanlarının birbirini tutmamaları halinde gerekiyorsa, yüzleştirilebilir (CMK 52/2). Yüzleştirmenin gayesi, hangisine değer verileceğini tayin etmek, yani ipuçları elde etmektir (No. 348, 422).

³⁷¹⁶ Hazır bulunmayan sanığa, hazır bulunduğu ilk oturumda ne diyeceğinin sorulması şart değildir (k-m: 2. CD 25/11/59, Çağlayan “66” II, 336) çünkü duruşmanın sanık hazır bulunmadan yapılmasına kanunun müsaade etmesi, ne diyeceğinin sorulmamasına müsaade etmesi demektir. Duruşmada sanığın hazır bulunmaması kanunsuz ise, meselâ hastalandığı için dışarı çıkarmak gibi, bozma sebebi, ne diyeceğinin sorulmaması (2. CD 18/10/49, Çağlayan “66” II, 336) değil, kanunsuz hazır bulundurulmama olmalıdır. Zira hazır bulunan sanığın hakkı sadece işin sonunda ne diyeceğini bildirmek değil, aynı zamanda bulunan gerekli sualleri de sorabilmektir.

³⁷¹⁷ Maddede sadece sanıktan söz edilmişse de, bizce, müdafîye de savcıya da sorulmalıdır (k-m: Kantar, 279). Dinlenecek tanığın isminin geç bildirilmesinin tâlik sebebi sayılması (CMUK 239), bütün tarafların tanık ve bilirkişi hakkında inceleme yapmalarını ve icabında, bunların beyanlarına karşı diyeceklerini söyleyebilmelerini hatta bilirkişileri red davası açabilmelerini mümkün kılmak içindir. 1975 Alman reformunda, sayılan işlemlere sanığın sorgusu da eklenmiş ve isterlerse savcıya ve müdafîye de söz verileceği açıklanmıştır.

³⁷¹⁸ Mülga Kanuna göre ise, başkan, bunların salondan çıkmasına müsaade etmeden önce, savcıdan ve sanıktan “soracaktır” (CMUK 241). Maksat, onların sorularına mâni olmamaktır. Yeni Kanun bu hükme yer vermedi.

70. § IV. DURUŞMADAN SONUÇ ÇIKARMA DEVRESİ

481. Duruşmadan sonuç çıkarma devresinin gayesi, görevleri ve bölümleri. 482. Tartışma bölümü. 483. Hüküm bölümü: a) Hüküm ve çeşitleri. 484. b) Hükümün unsurları. 485. c) Cezanın belirlenmesi. 486. ç) Hükümün verilmesi, açıklanması ve hükümün açıklanmasının geri bırakılması.

481. DURUŞMADAN SONUÇ ÇIKARMA DEVRESİNİN GAYE, GÖREV ve BÖLÜMLERİ.

I. Gaye, görevler.

Sonuç çıkarma devresi, asıl ceza muhakemesinin son evresinin son aşamasıdır. Bu aşama ile asıl ceza muhakemesi sona erdiğinden, sonuç çıkarma aşamasının gayesine varması demek, asıl ceza muhakemesinin gayesine varması demektir. O halde, bu aşamanın gayesi, asıl ceza muhakemesinin gayesidir, yani bir suç isnadı konusunda çıkan uyuşmazlığın kolektif olarak ve yargı halini alacak bir hükümle çözülmesidir (No. 3, 14). Bu gayeye erişmeyi sağlayan son faaliyetlerin yapılması da bu aşamanın görevlerini teşkil eder. Bunlar da mütalâa bildirilmesi ve hüküm verilmesi görevleridir. Sonuç çıkarma aşaması bu görevlere uygun olarak iki bölümde toplanabilecek olan faaliyetleri gerektirir. Bu bölümler de tarafların hüküm hakkındaki mütalâalarını bildirmesi yahut kısaca tartışma bölümü (No. 482) ve hüküm bölümüdür (No. 483).

II. Kolektiflik.

Sonuç çıkarma aşaması muhakemenin bir parçası olduğundan, muhakeme gibi, iddia, müdafaa ve yargılama görevlerinden meydana gelir. Kanunumuzun duruşma tabirini eksik ve geniş manada kullanmasına ve hüküm verenin yargılama makamı olmasına bakıp, bu aşamada diğer makamların görevi olmadığı ve sonuç çıkarma aşamasının sadece yargılama makamının hüküm vermesinden ibaret olduğu sanılmamalıdır. Taraflar da mütalâaları ile hükümün verilmesine, yani sonuç çıkarılmasına katılmaktadırlar (No. 467 IV).

482. TARTIŞMA BÖLÜMÜ.

I. İddia ve müdafaa makamlarının esas hakkında mütalâaları.

1. Tartışma bölümünün niteliği.

Kovuşturma evresinin dar manadaki duruşma aşaması bitince, yani deliller ortaya konduktan ve tek tek tartışıldıktan sonra, sonuç çıkarma aşamasının birinci bölümü olan *tartışma bölümüne* sıra gelir.³⁷¹⁹ Tartışma bölümünden sonra yeni deliller çıkarsa, bunlar hakkında bir ek soruşturma açılır ve deliller ortaya konduktan sonra yeni bir tartışma bölümü başlar.³⁷²⁰

2. Esas hakkındaki mütalâa.

Tartışma bölümünün kabulüne sebep, hükümün kolektif verilmesini sağlamak için taraflara uyuşmazlığı çözecek olan bir yargılama makamına ışık tutmak üzere hükümün nasıl olması gerekeceği hakkındaki mütalâalarını bildirme imkânının verilmesidir (No. 31, 530). Bu mütalâalara, *esas hakkında mütalâa* denir. Savcılık hükümün nasıl olması gerektiği hakkındaki görüşünü bu esas hakkındaki mütalâası ile - buna *esas hakkında iddia* da denilmektedir - açıklayacak ve artık şüphesi kalmayıp mahkûmiyet kararı verilmesini düşünüyorsa, ancak o zaman, sanığın cezalandırılmasını isteyecektir. Ondan önceki mütalâaları, hüküm esas almadığından, ceza isteme niteliğinde değildir (No. 97).

3. Tartışmada söz alma sırası.

Kanun tartışmanın hangi sıraya göre yapılacağını göstermiştir: Önce katılan veya vekiline, sonra savcıya, ondan sonra hemen sanığa veya müdafisine veya kanuni temsilcisine söz verilecektir (CMK 216/1). Bu demektir ki, tartışma bölümünü de içeren *geniş anlamda duruşma* (No. 467) muhakkak

³⁷¹⁹ İtalyan Kanunu bu bölüme *son tartışma* adını vermektedir (CPPI 468).

³⁷²⁰ Savcı esas hakkındaki mütalâasını bitirdikten sonra, tekrerrür konusundaki belgeler okunduğundan, savcıdan tekrar mütalâa alınmalıdır (1. CD 16/6/81 YKD 82/2 257).

sanığın son sözü³⁷²¹ ile bitecek ve hâkimler onun etkisine yenileri katılmadan kararlarını vereceklerdir. Bu da demektir ki, sanık son sözünde, meselâ yeni bir delilin ortaya konulmasını istemiş ve bu da kabul edilmişse, tartışma bölümü tekrarlanacak ve son söz yine sanığın olacaktır. Görülüyor ki; ilk önce iddia makamını işgal edenler, sonra müdafaa makamını işgal edenler konuşacak, mütalâalarını bildirecektir (No. 30).

4. Müdafîye söz verme yükümü.

Ceza Muhakemesi Kanunu, müdafîye ortaya konulan delillerle ilgili tartışmada söz verme mecburiyeti getirmiştir (CMK 216/1).³⁷²² Ancak, 2017 olağanüstü hâl döneminde kabul edilen ve sonra kanuna giren kural, müdafîye verilen bu hakkın önemini azaltmıştır: Zorunlu müdafinin delillerin tartışılması sırasında hazır bulunmaması ve dolayısı ile karşı görüşü bildirememiş olması, hükmün açıklanmasına engel teşkil etmez (CMK 216/3, cü.2).

5. Tartışmanın içeriği.

Tartışma, sadece sübuta, yani maddî meseleye (No. 142) taallük etmez; mahkeme hukukî meseleyi de çözeceğinden, bu mesele hakkındaki görüşler, yani tarafların mütalâa mahiyetindeki hükümleri ile, iddia ve müdafaa da yer alacaktır. İddia ve müdafaa, hukukî mesele hakkında görüşlerini belirtirken, kullanılacak hukuk normunu tayin için şahsî mütalâalarına olduğu kadar, başkalarının mütalâalarına da yani mahkeme içtihatlarına, doktrine ve hukuki mütalâalara dayanabilirler.

II. Cevap mütalâalar.

1. Cevap verme hakkı.

Fikirlerin çarpışmasından hakikat kıvılcımı çıkar sözünün doğruluğu göz önünde tutulursa, duruşmada hakikati aramak isteyen kanun koyucunun da fikirlerin çarpışmasına imkân vermesi gerekeceği derhal anlaşılır. Bunun içindir ki, Ceza Muhakemesi Kanununa göre (CMK 216/2), iddia makamı iddiasını yaptıktan, daha doğrusu esas hakkındaki mütalâasını söyledikten ve müdafaa makamı da müdafaaasını yaptıktan sonra, savcı sanığa cevap verebilecektir. Keza sanık ve müdafisi de savcının bu cevabına cevap vermek hakkını haizdir. Başkanın izni ile katılan da cevap verebilir.

2. Son söz hakkı.

En son söz sanığındır (CMK 216/3). Son sözün sanığa verilmesi, müdafaa bakımından çok önemlidir. Bunun içindir ki son sözün *hazır bulunan*³⁷²³ sanığa verilmemesi mutlak temyiz sebebi (hukuka kesin aykırılık) (CMK 289) ve dolayısı ile, bozma sebebi sayılmaktadır.³⁷²⁴ Sanık savunmasını tercüman vasıtasıyla yapmışsa, son sözü tercümanla sorulmalıdır.³⁷²⁵

Son söz hakkının SEGBİS aracılığı ile kullandırılması konusu gündemdedir. Uygulamada duruşmanın SEGBİS üzerinden yürütüldüğü ve son sözün de böyle alındığı görülmektedir. Bizce

³⁷²¹ CGK 5.3.96 (E. 1996/22, K. 1996/31): Son söz sanığındır. Bu husus sanığın mutlak savunma hakkı ile ilgilidir. Sanığa söz verildikten sonra bir işlem yapılmış ise sanığa yine söz hakkı verilmelidir. Bu kurala uyulmaması mutlak bozma nedenidir. 7. CD. 14.9.95 (E. 1995/6003, K. 1995/6777): C. Savcısının esas hakkındaki mütalâasından sonra muteriz vekiline söz hakkı verilmemesi bozmayı gerektirir. 8. CD. 29.6.95 (E. 1995/9138, K. 1995/10356). Kararın açıklandığı oturumda hazır bulunmasına rağmen sanığa savunma ve son söz hakkı verilmeyerek CMUK 251'e aykırılık yapılması bozmayı gerektirmiştir.

³⁷²² Mülga Kanun müdafîye otomatik olarak söz vermektan bahsetmemişti. Müdafîye söz verilmesi için onun söz istemesi lâzımdı. Kanun, sanık namına müdafinin müdafaaada bulunabileceğini tasrih etmekte, fakat yine müdafaaaya ilâve edecek başka bir şey olup olmadığının sanığa behemehal sorulacağını da tasrih etmekte idi (CMUK 251/3). Müdafinin toplum adına müdafaa yaptığı göz önünde tutulursa, müdafaa yapmak için söz istemesi şartının aranmasının yersiz olduğu derhal anlaşılır. Mülga Kanunun bu hükmü müdafî vasıtası ile müdafaaanın ferdi müdafaa olarak kabul edildiği zamanların kalıntısı idi (No. 129).

³⁷²³ Sanık hazır bulunmadan veya gıyabında duruşma yapılmasını kanunun kabul ettiği hallerde, son sözün sanığa verilmemesi de caiz görülmüş demektir (4. CD 24/9/63, Çağlayan "66" II, 341). Bu takdirde son söz, sanığın temsilcisi olan müdafîye verilmelidir (7. CD 28/10/76 YKD 77, 1758).

³⁷²⁴ CGK 6/7/64 (Çağlayan "66" II, 339); 15/1/62 (Çağlayan "66" II, 344); 9/12/59 (Çağlayan "66" II, 345). Suçunu kabul etmiş olması, son sözün sanığa verilmesine engel olmaz (CGK 20/11/78 Çağlayan "81" II, 463). Son sözün sanığa verilmemesi nedeniyle sair yönleri incelenmeyen hükmün usulî nedenle bozulması gerekmiştir (CGK 10.3.1998, E. 1998/22, K. 1998/81).

³⁷²⁵ 8 CD. 19.11.1991, E. 1991/10426, K. 1991/11285.

doğrudanlık kuralını ihlal eden bu uygulamaya son verilmesi gerekir. Belli işlemler bakımından SEGBİS kullanılabilir ama bunlar istisna olmalıdır.

III. Ek müdafaa ve ek iddia.

İddia ve müdafaa makamlarının son mütalâalarını hazırlamaları için ilgililere süre verilmesine kaide olarak cevaz verilmemiştir (duruşmanın kesiksizliği prensibi). Duruşmaların süratle bir sonuca varması için bu kaideyi hakkı ile uygulamak lâzımdır.³⁷²⁶ İddia ve müdafaa makamlarını işgal edenlerin hazırlıklı olması gerekmektedir. Ancak hazırlıklı olmamağı gerektiren, mazur gösteren haller de olabilir. Bu takdirde duruşmaların kesiksizliği prensibinden ayrılmak ve her iki tarafa veya sadece bir tarafa hazırlanmak için süre vermek ve duruşmayı tehir veya talik etmek zarurî olabilir. Ek müdafaa veya ek iddiayı gerekli kılan bu istisnaî haller kanunda şöyle gösterilmiştir:

1. Hukukî niteliğin değişmesi.

Suçun iddianamede veya iddianamenin kabulü kararındaki³⁷²⁷ hukukî niteliği değişirse, bu değişiklikten sanığa haber verilir ve müdafaa yapabilmemesi imkânı sağlanır.³⁷²⁸ Aksi takdirde, ancak eski tavsife göre mahkûm edilebilir (CMK 226/1).

Ek savunmayı hazırlamak için çok defa süre vermeye ihtiyaç olur. Onun için sanık talep ederse *süre belirlenerek* duruşmaya ara verilir (CMK 226/3). CMUK iddianamede yazılı suçtan daha ağır bir madde hükmüne maruz bırakıldığını veya cezanın artırılmasını gerektiren yeni haller bildirerek savunmasını hazırlayamadığı itirazında bulunursa, mahkemenin *duruşmanın başka güne bırakılmasına karar vermesini* amirdi (CMUK 258/3).

“Hukukî nitelik” suçun adının konulması şeklinde dar mânâda anlaşılmalı, ceza verilmesinde dayanan normlardaki değişikliklerde de ek savunma imkânı verilmelidir.³⁷²⁹ “Ek savunma” adı verilen bu müdafaaı hazırlayabilmek için, çok defa süre vermeğe lüzum hâsıl olur. Onun için, sanık isterse, “ek savunmasını hazırlamak için süre”, yani duruşmaya “ara” verilir (CMK 226/3). “Ara vermeyi” düzenleyen CMK 190 da “ek savunma” için süre vermenin gösterilmemiş olması ilginçtir. Ceza Muhakemesi Kanunu, mülga CMUK 258/4’te yer alan, “bundan başka değişiklikler” kelimeleri ile, “gerek kendiliğinden” kelimelerini yeni metne (CMK 226/3) almadı.³⁷³⁰ Böylece, ek savunma için süre verme sadece Kanunda gösterilen hallerde uygulanabilir hale geldi. Ceza Muhakemesi Kanununa göre, mahkeme *sadece istem üzerine* ek savunma süresi verebilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu köklü

³⁷²⁶ Tatbikatta müdafilerin, hatta savcılarının haklı sebep olmadığı halde süre istedikleri, bu yüzden muhakemelerin uzayıp gittiği çok görülmektedir.

³⁷²⁷ Veya kamu davasının açılması kararındaki: Mülga Memur Muhakemesi Kanununda olduğu gibi kanunlarımızda varlığını sürdürdüğü için olduğu kadar bilimsel açıdan mücerret muhakeme şemasını da göz önünde tutmak gerektiğinden, 1985 de maddeden çıkarılmış olmasına rağmen, ek müdafaa bakımından, rastlandığı yerlerde, kovuşturma evresinin açılması (lüzumu muhakeme) kararının esas tutulacağına eskisi gibi belirtmek ihtiyacını duyduk.

³⁷²⁸ Savcının esas hakkındaki iddiasını okuduğu oturumda ek müdafaa için süre verilmiş, sonraki oturumda soruşturma genişletilmiş ve dokuz ay sonra yeniden esas hakkında mütalâa beyan eden savcı eski iddiasını tekrar etmiş ve ilk oturumda sanık ve vekilleri müdafaalarını yapmışlarsa, elbet müdafaa imkânının sağlanmadığı söylenemez (CGK 30/4/84 İKİD 85/4, 3282). (10) Meselâ mülga TCK 266 yerine mülga TCK 267 ile indirilmiş ceza tayininde (k-m: 4, CD 19/7/63, Çağlayan II, 455), içtima yerine teselsül kabulünde (CGK 19/12/68, DİB 69, 19) ek müdafaa gerekir. Buna karşılık gösterilmiş olan maddenin uygulanmaması, değişiklik değildir (CGK 8/1/73 RKD 73, 32; k-m: 4. CD 31/5/68, İKİD 68, 6481). 4 CD. 8.2.1999 (E. 1998/12450, K. 1999/747): İddianamede yer alan TCK 51 uygulanmadığı halde, CMK 258 uyarınca ek savunma verilmemesi yasaya aykırıdır.

³⁷²⁹ Mesela mülga TCK 266 yerine mülga TCK 267 ile indirilmiş ceza tayininde (k-m: 4 CD, 19.7.1963, Çağlayan II, 455), içtima yerine teselsül kabulünde (CG 19.12.1968, DİB 69, 19) ek müdafaa gerekir. Buna karşılık gösterilmiş olan maddenin uygulanmaması, değişiklik değildir (CG 8.1.1973, RKD 73, 32). 4 CD, 8.2.1999, 12450/747): İddianamede yer alan TCK 51 uygulanmadığı halde, CMK 258 uyarınca ek savunma verilmemesi yasaya aykırıdır (İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi).

³⁷³⁰ Durumda hâsıl olan sair değişiklikler de iddia ve müdafaa makamlarının layığı ile hazırlanması için duruşmanın talikini gerektirebilir. Mülga Kanuna göre bu lüzumu mahkeme takdir edecek ve istek üzerine veya kendiliğinden ara verme kararı verebilecekti (CMUK 258/4).

bir değişiklik yaparak, *iddianamede kanuni unsurları gösterilen suçun değiştiği kanun hükmünden başkası*³⁷³¹ ile mahkûm edilebilmek için, sanığın hazır bulundurulması şartını koydu (CMK 226/1).

Ek savunma isteyebilmek için, sanığın değişiklikten haberdar olması gerekir. Bu nedenle suçun hukuki niteliğinin değiştiğinin sanığa haber verilmesi gerekir. Kanun söz konusu bildirimlerin varsa müdafisine yapılmasını ve müdafinin sanığa tanınan haklarda onun gibi yararlanmasını öngörmüştü (mülga CMK 226/4). Anayasa Mahkemesi 2024 yılında verdiği kararlar, aşağıda (IV) açıklandığı gibi, sanığı tamamen devreden çıkararak bu kuralı iptal etti.

2. Cezanın artırılması veya güvenlik tedbiri uygulanması.

Ceza kanununda tayin edilmiş olup cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin³⁷³² uygulanmasını gerektiren hallerin³⁷³³ ilk defa duruşma sırasında ortaya çıkması veya ileri sürülmesi halinde dahi, sanığa bildirilmesi ve müdafaasını yapabilecek bir halde bulundurulması ve istek halinde duruşmaya ara verilmesi lâzımdır. Aksi halde bu hallere dayanılarak ceza artırılamaz (CMK 226/2).

3. Meydana gelen diğer değişiklikler.

Mülga Kanunda *durumda hasıl olan sair değişiklikler* nedeni ile de duruşmanın taliki istenebiliyordu. Mahkeme istek üzerine veya kendiliğinden talik kararı verebiliyordu (CMUK 258/4). Bu hüküm CMK'ya alınmadı.

4. Tavsifte sanık lehine değişiklik.

CMK 226 ncı maddenin 1 inci fıkrasının sözünü ettiği *hukukî nitelikteki değişme*, sanık lehinde de olabilir. CMUK 258/son fıkradaki “daha az ceza verilmesini gerektiren hal” hükmünü kabul etmemek suretiyle, yerinde olarak “lehe veya aleyhe değişikliklerde ek savunma verme mecburiyeti” koydu. CMK 226/2 “cezanın artırılmasını veya cezaya ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirebilecek olan ve ilk defa duruşmada ortaya çıkan hallerden” söz etmekte ise de, cezanın azaltılmasını gerektirebilecek olan haller de sonradan ortaya çıkabilir. Bu durumlarda da gerek iddia gerek müdafa bakımından ek mütalâaya ve bunların hazırlanması için zamana ihtiyaç duyabileceğinden ek iddia ve müdafa imkânı sağlanmalıdır.

Sağlanmamanın müeyyidesi ise farklı düzenlemelerdir: a) İddia makamına imkân sağlanmaması daha az ceza ile mahkûmiyete engel olamamalıdır. b) Müdafa makamına imkân sağlanmaması da daha az ceza ile mahkûmiyete engel olmaz. Ancak sanık lehindeki bu yeni durumların mahkemece duruşma sonunda sabit görülmemesi sonucu bir mahkûmiyet kararı da verilememelidir.³⁷³⁴

³⁷³¹ Bu düzenleme, geçiş döneminde Yargıtay'da bulunan ve “kanunen bozularak” esas mahkemelerine geri gönderilmiş bulunan hükümler açısından büyük önem taşımıştır. Bozmadan sonra, ilk hüküm ortadan kalktığı için, yeniden duruşma açılacak, bu duruşmada CMK 23/3 kıyasen uygulanacağından, önceki yargılamada görev alan hakim bulunamayacaktır. Bu durum bütün delillerin Yeni CMK uyarınca tekrar ikame edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Başka hakimın esas hakkında edindiği kanaat, yeni hakimde yoktur. Suç tipleri unsurları Yeni Ceza Kanunda farklıdır. Yakında önceki kanuna göre açılmış bu davalar bakımından düşme kararları verilmesi belirlenebilir.

³⁷³² Güvenlik tedbirlerinin ceza ile birlikte uygulanabileceğini gösteren bu düzenleme, Çocuk Hukuku açısından önemlidir: TCK 31/2 deki düzenleme, “ya sadece tedbir, veya sadece ceza” uygulanabileceği şeklinde anlaşılabilir; biz ise, gerek CMK 226/2 ve gerekse CMK 223/6 maddeler hükümlerine dayanarak, ceza sorumluluğu bulunan 12-15 yaşlarında çocuk için, hem ceza, hem de tedbir uygulanabileceğini düşünüyoruz.

³⁷³³ Tatbikatta “sanık mükerrirliğini mahkemeden iyi bilir” denilerek tekerrür halinin istisna edilmesi (4. CD 27/9/46, Akdoğan - Tüzün - Perinçek m. 258: CGK 12/10/59, Çağlayan “66” II, 460) kanatımızca doğru değildir. Sanık tekerrür hükümlerinin uygulanabileceğini bilmelidir ki uygulanmaması gerektiği kanaatında ise bunu açıklama imkânını bulabilin. Tekerrürle artırma için ek müdafa arandığı da vardır (4. CD 14/4/53, Çağlayan “66” II, 465, CGK 15/7/63, Çağlayan “66” II, 455). Buna karşılık, herhangi bir müdafaayı gerektirmiyen ve hâkimin suça veya cezasına göre otomatik olarak vereceği ek ceza veya emniyet tedbiri bakımından ek müdafa kabul edilmemesi (CGK 27/9/65 Alicanoğlu 418; 8. CD 17/11/77 YKD 78, 138) mümkündür. Fakat bunun için, meselâ “trafik ehliyetnamesinin geri alınması ceza değil, tedbirdir” denilmesi isabetsizdir.

³⁷³⁴ Uygulamada, yokluğunda yargılanan sanığa müdafa imkânı verilmesi konusu sorunlar çıkarmaktadır. 1981-2639 numaralı kanunla mülga CMUK 258. maddeye eklenen 6. fıkrâ, firarî sanıklar hakkında 1. fıkrâ hükmü uygulanmaz diyerek yeni lehte durumların mahkemece sabit görülmemesine cevaz vermiştir. 1985-3206 numaralı kanun bu fıkrâyı değiştirdi ve ek müdafa için çağırıldığı yolundaki meşruhatı ihtiva eden davetiyenin tebliğine rağmen sanığın gelmemesi veya tebligatın yapılamaması hallerinde yeni lehte durumların mahkemece sabit görülmeyle beraber sanığın bu durumlardan faydalanmadığı bir

IV. Ek savunmayı yapacaklar.

Suçun hukuki niteliğinin değiştiği hallerde ek savunmayı prensip olarak sanık bizzat yapar: “sanığa haber verilip savunmasını yapabilecek bir halde bulundurulması” gereklidir (CMK 226/1). Sanığa tanınan haklardan, müdafisi, onun gibi yararlandırılıyordu (mülga CMK 226/4). Bu kural Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa sonradan eklenmiş ve CMUK'tan CMK'ya geçmişti. Mülga CMUK 226 bu kaideye bazı koşullarla bir istisna tanıdı.³⁷³⁵ Oysa, sanığın müdafisi seçmesi, kendisini bizzat müdafaadan vazgeçtiği manasına gelmez. Sanığın savunma hakkını kısıtlar şekilde uygulandığı için Anayasa mahkemesi 2024 yılında verdiği kararla bu kuralı iptal etti.

Duruşmadan bağımsız tutulan (CMK 196) bir sanığın, suç niteliğinde değişiklik nedeniyle duruşmada hazır bulundurulması mecburiyeti ortaya çıkmamalıdır. Bizce, haber verilen sanığın bizzat gelmesi aranmayabilir. Elverir ki haberi olsun ve bu halde dahi müdafisinin müdafaası ile yetindiğini kabul edebilelim.

V. Duruşmanın bitmesi.

Mahkeme artık hükmü verebileceğine, olayı aydınlatmak için yapılacak başka hiçbir iş kalmadığına kanaat getirince, başkan duruşmanın bittiğini açıklar (CMK 223/1). Duruşmanın sona erdiği açıklanmadan hüküm verilmesi bozma sebebidir.³⁷³⁶ Buradaki *duruşma*, muhakemeyi yargılamadan ibaret sanan eski devirlerin kalıntısı olan *geniş manada duruşmadır*. Ancak tartışmadan sonra, mahkeme tekrardan delil ikame edilmesini gerekli görürse, yeni deliller ikame edildikten sonra gelen duruşma bölümleri tekrarlanacaktır.

483. HÜKÜM BÖLÜMÜ: a) HÜKÜM VE ÇEŞİTLERİ.

I. Hüküm.

Hüküm, yargılama makamının önüne getirilmiş olan uyuşmazlığı çözen, diğer bir söyleyişle, doğrudan doğruya yargılayan karardır. Bu karar, uyuşmazlığı çözdüğü için, ara kararı değildir ve doğrudan doğruya çözdüğü için de hakikî bir son karar, yani *hükümdür*. *Mahkûmiyet kararı* denilmesinde olduğu gibi, hüküm olduğunu belirtecek başka bir cihet varsa, *son* sıfatı kullanılmayabilir.

Mahkeme *ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve fail hakkında* verebildiği hükmünde (CMK 225/1), bütün yargılama kararlarında olduğu gibi, tarafların ve bu arada özellikle savcılarının³⁷³⁷ mütalâaları ile bağlı değildir (CMK 225/2). Mülga Kanuna göre, *temyiz* edilebilmesi, yeni Kanuna göre ise, *istinafa* tabi olması, hükmün başlıca özelliğini teşkil eder.

II. Hükümün çözeceği meseleler.

Asıl ceza muhakemesinde yargılanacak uyuşmazlık, somut olayın hukuk normları karşısındaki durumunu tespit ettiği için, uyuşmazlığın çözülmesi demek, biri maddî, diğeri hukukî, birincisi delil,

mahkûmiyet kararı verilmesini mümkün kıldı. Ancak tebligatın yapılmaması halinde, ek müdafa imkânının sağlandığını söylemek her zaman mümkün olmayabilir. Meselâ adresin yanlış yazılması gibi sanığa yüklenemeyecek bir kusur yüzünden tebligat yapılamamış olabilir. Mahkeme, sözü geçen mahkûmiyet kararını vermek için, tebligatın sanığın kusuru ile yapılamamış olmasını aramalıdır.

³⁷³⁵ Koşullar şunlardı: a) Mahkemece ek müdafa için sanığın hazır bulundurulmasına ihtiyaç duyulmamalı. Zira bu şart, sanığın yokluğunda duruşma kabulünün temel şartıdır. Mahkeme ihtiyaç duymazsa, sanığın yokluğunda ek müdafa yapılabilmemesinin de temel şartı gerçekleşmiş olur. b) Ağır ceza mahkemesinde yapılan duruşma söz konusu olmamalıdır. Zira, sanığın, müdafisine verdiği temsil yetkisinin de nihayet madde itibarıyla yetki bölüşülmesinden doğan bir sınırı vardır. Sulh veya asliye mahkemelerinde gerekirse madde itibarıyla yetkisizlik kararı verileceğinden, ek müdafaayı gerektiren değişiklikler bakımından temsil sınırsız değildir. Ağır ceza mahkemesi ise en ağır cezayı verebilmektedir. Başka memleketlerde olmadığı halde bizde 1973'ten beri ağır cezalı işlerde de varestede tutma kabul edildiğine göre, hiç olmazsa ek müdafa bakımından bir sınır koymalı idik. Mülga Kanuna göre haber de verilemiyorsa eski tavsife göre ceza verilebiliyordu (CMUK 258/1). Uygulama, sanığın şahsen çağırılması, hatta gerekiyorsa zorla getirilmesi yolunda idi. 1973 de müdafinin ek müdafaası ile yetinme kayıtsız şartsız kabul olundu (CMUK 226/4).

³⁷³⁶ 10 CD. 8.3.1999 (E. 1999/1507, K. 1999/2268).

³⁷³⁷ Alman uygulamasında, savcılar sert davrandıkları ve bunu mahkemelerin sanık lehinde karar verme imkânına sahip olmaları için yaptıkları belirtilmektedir (*Herrmann*, 79).

ikincisi norm adlı muhakeme vasıtalarına başvurulmasını gerektiren iki meselenin çözülmesi demektir: Hukukî meselede üç tali meseleye ayrıldığından, hüküm dört meseleyi çözmek zorundadır:

1. Maddî mesele.

Önce maddî mesele çözülecek, delillere başvurularak fiil öğrenilecek ve sübut konusunda bir hükme varılacaktır. Suç teşkil ettiği iddia edilmiş ve isnat sırasında sınırlandırılmış bulunan fiili sanığın işlediği sabit olmazsa veya işlemediği sabit olursa beraat kararı verilecektir.

2. Hukukî mesele.

Sübut meselesi sanık aleyhine çözüldüğü takdirde, ikinci iş, sabit olan olayın hukuk normları karşısındaki durumunu tespit etmek yani eylemin suç teşkil edip etmediğini araştırmaktır. Hukuk normları vasıta olarak kullanılacak ve varılacak sonuç eylemin suç teşkil etmediği, yani iddia makamınca ileri sürülmemiş de olsa, hukuk normlarındaki suç tiplerinden hiçbirine uymadığı şeklinde ise, sanık hakkında yine beraat kararı verilecektir.

Eylem suç teşkil ediyorsa, hangi normdaki suç tipine uyduğu da gösterilecektir. Eylemin suç teşkil etmesi sanığın suçlu olması demek olduğundan bu meseleye suçluluk meselesi de denilir. Mahkeme hukukî tavsif de denilen bu konuda iddia ve müdafaanın mütalâaları ile, elbet bağlı değildir (CMK 225/2).

3. Ceza sorumluluğu meselesi.

Sanığın suçlu olduğu anlaşılırsa, sıra üçüncü meseleye, yani sanığın sorumlu olup olmadığını araştırmaya gelecektir. Sanığın eylemi suç teşkil ettiği halde, geniş manada “ceza” sorumluluğu olmayabilir.

Bilindiği gibi, sorumsuzluk sebepleri, “dâvayı düşüren” ve “muhakemeye engel olmayan” diye ikiye ayrılır. Muhakemeye engel olmayanlarda ne karar verileceği kanunla ayrıca gösterilmediğinden, beraat kararı verilmek gerekmektedir. Kanun *kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı* (CMK 223/3) ile *ceza verilmesine yer olmadığı kararı* (CMK 223/4) arasında ayırım yaptı (aşağıda IV, 2 ve 3). Bizce, aradaki farkı belirtmek üzere ayrı bir ad konulması doğrudur. Buna *sorumsuzluk kararı* veya dar manada ceza sorumluluğu söz konusu ise³⁷³⁸, uygulamadaki adı ile *cezanın düşmesi kararı* denilebilirdi. Muhakemeye engel olan sorumsuzluk sebepleri ise, dâvayı düşürmüş olacaklarından, burada söz konusu olamayacaklardır.

4. Yaptırım meselesi.

Sorumluluk meselesi de sanık aleyhine çözülmüşse o suç karşılığında kanunda gösterilmiş olan ceza adı müeyyidenin uygulanması meselesine sıra gelecektir. Cezayı ihtiva eden bu karara, “cezalandırma kararı” anlamına “mahkûmiyet kararı” denilmektedir.³⁷³⁹

III. Hüküm terimi.

Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra *hüküm* verilir (CMK 223/1). Biz daha önceki basılarda, mahkemenin en son verdiği kararı belirtmek üzere, *sonkarar* terimini kullanmıştık. Ceza Muhakemesi Kanunu uyuşmazlığı çözen *son karar* kavramını düzenlememiş, onun yerine duruşmaya son veren karar manasına olmak üzere *hüküm* adlı müesseseyi ele almıştır. Kanunda kullanılan terimlere öncelik vermek ve Kabahatler Kanunundaki düzenlemelerle karışmasını önlemek amacı ile, biz de artık “hüküm” terimini kullanacağız.

IV. Hüküm türleri.

³⁷³⁸ Emniyet tedbiri sorumluluğu söz konusu ise ve şartları bulunmadığı için bu tedbir uygulanamıyorsa “ceza düşmesi” denilemeyeceğine göre “sorumsuzluk” demek gerekecektir. Kanun böyle bir karar tipi öngörmediği sürece “beraat” kararı vermekten başka çare yoktur.

³⁷³⁹ Mahkûmiyet, sanığı “hükümlü” (mahkûm) durumuna sokmak demektir. Lehide hüküm verilen de hükümlüdür. Nitekim eskiden *mahkûmun-leh* ve *mahkûmun-aleyh* ayrımı vardı. Sonradan mahkûm terimi sadece mahkûmun-aleyh yerine kullanılır oldu. Ceza muhakemesinde mahkûmiyet yerine cezalandırma, hükümlü yerine cezalı denilmesi daha yerinde olacaktır.

Kanun'un tasnifine göre, "hüküm" sayılan mahkeme kararları şunlardır:³⁷⁴⁰ "Hakiki hüküm"³⁷⁴¹ esas çözen, "beraat" (CMK 223/2), "ceza verilmesine yer olmadığı kararı" (CMK 223/3 ve 4), "mahkûmiyet" (CMK 223/5) ve "güvenlik tedbirine hükmedilmesi" (CMK 223/6).

Davanın reddi (CMK 223/7) ve düşmesi (CMK 223/8) kararları da, "dolayısı ile yargılama" yaptıkları için, hüküm³⁷⁴² sayılabilir. Kovuşturma evresinde mahkemece verilen dâvanın düşmesi ve reddi kararları uyumsuzluğu dolayısı ile yargıladıklarından, en son karar olmadıkları halde, hüküm sayılabilirler ve bunlara karşı hakikî son kararlarda olduğu gibi, temyiz adli kanun yoluna gidilmesi kabul edilebilir.

Kanun "adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararını" ise, kanun yolu bakımından "hüküm" sayarak (CMK 223/10), "istinaf" yolunu açmıştır. "Durma kararı" hüküm sayılmamıştır (CMK 223/8).

1. Beraat Kararı (CMK 223/2).

İddianamede belirtilen ve sanığa yüklenen fiilin; a) kanunda suç olarak tanımlanmamış olması; b) sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması; c) failin kast veya taksirinin bulunmaması; d) yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin (ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler: TCK 24 - 34) bulunması; e) yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması halinde, "beraat kararı" verilir.

Derhal beraat kararı verilebilecek hallerde başka karar (durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı), verilemez (CMK 223/9).

2. Kusurun bulunmaması dolayısıyla "ceza verilmesine yer olmadığı kararı" verilmesi (CMK 223/3).

Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, geçici nedenlerin bulunması, suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması ve kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi halleri Kanunda tek tek sayılmış ve bu belirtilen durumlarda verilecek hükme, "kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı" adı verilmiştir.

3. Fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen "ceza verilmesine yer olmadığı kararı" verilmesi (CMK 223/4).

İşlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen; etkin pişmanlık, şahsi cezasızlık sebebinin varlığı, karşılıklı hakaret ve "işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı" dolayısı ile faile ceza verilmemesi hallerinde, "fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen ceza verilmesine yer olmadığı kararı" verilecektir.

4. Mahkûmiyet kararı (CMK 223/5).

Yüklenen suçun işlendiği sabit olursa, bu karar verilir.

5. Güvenlik tedbirine hükmedilmesi kararı (CMK 223/6).

Kanunda, "yüklenen suç işlediği sabit olursa, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmlenir", denmiştir.

³⁷⁴⁰ Mülga Kanun beş karara hüküm adını vermişti (CMUK 253): 1) beraat kararı, 2) mahkûmiyet kararı, 3) dâvanın reddi kararı, 4) dâvanın düşmesi kararı, 5) muhakemenin durması kararı.

³⁷⁴¹ Daha önceki basılarda hüküm yerine "sonkarar" terimini kullanıyorduk. Ancak, Kabahatler Kanunu ayrı terminoloji yaratarak, *sonkarar* terimini kabahatlerde adli yargı tarafından verilen karar için kullandı. Biz de bu nedenle, karışıklık olmaması için, kanunda (CMK 223) kullanılan *hüküm* kelimesine döndük.

³⁷⁴² Uygulamada Ceza Kanunundaki sözlere bakılıp sanki ayrı birer çeşitmiş gibi farklı kararlardan söz edildiği vardır. Meselâ mülga 1964.466 numaralı kanunda, *beraat kararı* yanında *ceza verilmesine yer olmadığı kararına* yer verilmişti. Halbuki meselâ meşru müdafaa halinde suçun hukuka aykırılık unsuru olmadığı için, kanunda *ceza verilmez* denmiş olması (Mülga TCK 49), bu durumda *beraat kararı* verilmesini önlemez ve Muhakeme Kanununun sistemine uymayan bir karar çeşidi uydurmağı haklı göstermez.

Aynı maddenin 3. fıkrasında “yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı nedeni varsa”, “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verileceğine göre, küçük ve gençler hakkında aynı fiilden dolayı iki karar birden verileceği anlaşılmaktadır.

7. *Davanın reddi kararı (CMK 223/6).*

Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için verilmiş bir hüküm varsa veya dava görülmekte ise, davanın reddi kararı verilir. Gerçekleşmemesi muhakemenin tekrarlanmasına engel olan muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi ile, dâva açan işlemlerde *kabul olunmazlık* dışında bir Muhakeme Hukuku müeyyidesini gerektiren bir aykırılık bulunması hallerinde verilen dâvanın reddi kararı, muhakeme faaliyetine ve bu arada yargılamaya son verirse de uyuşmazlığı dolayısı ile çözmez. Tali muhakemelerde, meselâ kanun yollarında dâvanın esasının kabul edilmemesi halinde de ret kararı verilir. Asıl muhakemelerde dâvanın esas bakımından kabul edilmemesi halinde dâvanın reddi tâbiri kullanılmamalı, esası halleden bir karar verilmelidir.

8. *Davanın düşmesi kararı (CMK 223/8).*

Ceza Kanunundaki düşme sebepleri gerçekleşmişse, bu karar verilir. İlk defa açılan dâva bakımından aranan muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi ve gerçekleşme imkânının da kalmaması ile zamanaşımı ve genel af gibi muhakemeye engel olup dâvayı düşüren sorumsuzluk hallerinde düşme kararı verildiği gibi, kovuşturmanın başka Devlete aktarılmasında, Türkiye'nin kovuşturma yetkisine yeniden kavuşması imkânsızlaşınca da, düşme kararı verilmelidir.³⁷⁴³

9. *Derhal beraat kararı verilebilmesi.*

Derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez (CMK 223/9). Gerçekten, durma ve düşme sebepleri³⁷⁴⁴, aleyhe sonucu önlemek için kabul edilmişlerdir ve lehe sonuca engel olmazlar. Sanık lehinde bir kararın derhal verilebileceği hallerde düşme kararı verilemez (CMK 223/9). Düşme kararı, durmadan farklı olarak, geçici değildir ve uyuşmazlığı dolayısı ile de olsa çözen, yargılayan bir karardır. Düşme sebebi, bazen, zamanaşımı ve genel afta olduğu gibi olayın belli bir tavsifini gerektirir. Bu tavsifi, düşme kararını verecek yargılama makamı yapacaktır.

10. *Görevsizlik kararı (CMK 223/10).*

Adli yargı dışındaki bir yargılama makamının görevli olduğu için verilen görevsizlik kararlarının “hüküm” sayılması, yeni bir düzenlemedir.

11. *Durma kararı (CMK 223/8).*

Durma kararı “hüküm” değildir. Soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olur da, şartın gerçekleşmediği anlaşılırsa, gerçekleşmesini beklemek üzere, “durma kararı” verilir. Bu karara itiraz edilebilir.

Durma kararı şu hallerde verilebilir; durma sebeplerinin başında, muhakeme şartının gerçekleşmemiş, fakat henüz gerçekleşebilir olması gelir. Bu hallerde, lehte kararın verilebilmesinde

³⁷⁴³ Almanya’da bugün diğer bazı hallerde de, meselâ önemsiz suçlarda bazı şartlarla ve bu arada mahkûmiyet bakımından kamu yararı yoksa (§ 153/2), siyasi suçlarda başsavcının dâvayı geri alması ile (153d/2) düşme kararı verilebilmekte, bu yeni imkânlardan yararlanan hâkimlerin sayısı artmakta ve bu yol *suç olmaktan çıkarmanın* bir türü sayılmaktadır (Herrmann, 80).

³⁷⁴⁴ CGK 14.12.92 (E. 1992/317, K. 1992/349): Evlenmek vaadiyle kızlık bozma suçu şikâyete tabidir. Şikâyet süresinin başlangıcı genel ilkeler uyarınca belirlenir. Kızlık zarı anatomik yapısı itibariyle bozulmamışsa eylem teşebbüs aşamasında kaldığında şikâyet süresi bu tarihte başlar. 6. CD. 18.11.92 (E. 1992/7445, K. 1992/7836): Hırsızlık suçu takibi şikâyete bağlı suçlardan bulunmadığından ve şahsi dava ile takip edilemeyeceğinden usuli işlemlerin durdurulması yerine şahsi davasının gelmediğinden bahisle davanın düşürülmesine karar verilemez. CGK. 7.7.1988 E. 1998/8-197 K. 1998/264 (YKD 1998, 1531): Altı aylık asli dava zamanaşımına tabi bulunan «mal beyanında bulunmama» suçlarında suç tarihinden itibaren bir yıl içinde hükümlülük kararı verildiğinde bu tarihten itibaren 6 aylık asli zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlar. Suç günü 6.6.1997 olup bu karar 25.9.1997 günü verilmekle zamanaşımı kesilmiş, bu tarihten itibaren 6 aylık asli zamanaşımı işlemeye başlamıştır. Ceza Genel Kurulunda incelemenin yapıldığı 12.5.1998 gününde 6 aylık asli zamanaşımı dolmuş bulunduğundan, «davanın ortadan kaldırılması karara» doğrudur.

veya kanun yolu muhakemesi yapılabilmesinde olduğu gibi bazı istisnalar dışında, muhakeme bir kararla durdurulur.

Muhakemenin ilerlemesini sağlayan bir işlemde Muhakeme Hukuku müeyyidesini gerektiren aykırılıkların bulunması halinde verilen işlemin reddi kararı muhakemeyi kendiliğinden durdurur. Aykırılık giderilirse, muhakeme faaliyeti durduğu yerden başlar. Meselâ mücerret muhakeme şemasındaki ilksoruşturma sonunda verilmiş olan sonsoruşturmanın açılması kararının mahkemece reddinde durum böyledir. Eğer müeyyide kabule şayan olmamak ise, ret kararı verilmemesi, kabul edilmesi demektir ve sonunda aykırılığın nazara alınmasına engel olur.

Bir durma sebebi de, kovuşturmanın aktarılmasıdır. Bu konudaki Avrupa Sözleşmesine göre, dâva açılmışsa aktarma kararını dâvayı gören yargılama makamı verecektir (1977-2080 m. 2). Aktarma kararı, durma kararı niteliğindedir.

Yeni bir durma sebebi de Uyuşmazlık Mahkemesinde dâva açılmasıdır. Mahkeme, görev yönünden yetkililik kararından sonra Uyuşmazlık Mahkemesine gidildiğini resmen öğrendiğinde dâvayı durdurur. Altı ay içinde karar gelmezse yargılamaya devam eder (UMK 18).

Durma sebebi ortadan kalkınca muhakemeye nasıl devam olunacağını kanun açıkça düzenlememiştir. Bizce, yargılama makamı, sebebin kalktığını hangi suretle olursa olsun öğrendiğinde, durma kararının geri alınması anlamına da gelen “muhakemeye devam kararı” vermelidir. Bu kararı ilksoruşturma 1985’te kaldırılmadan önce sorgu hâkimi de verebilirdi. Şimdi dar mânâda ceza muhakemesinde sadece sonsoruşturmada söz konusu olabilen bu kararı mahkeme verecektir. Talî ceza muhakemelerinde iş hangi yargılama makamının elinde ise onun vereceğinde tereddüt edilmemelidir. Muhakemeye devam olunması kararı kesindir.³⁷⁴⁵

V. Son karar - hüküm ilişkisi.

Durma kararı, “hüküm” değildir, çünkü mahkemenin en son kararı değildir. Yeni Kanun durma kararını itiraza tabi bir mahkeme kararı (CMK 223/8) olarak düzenlemiştir. Son karar ile kanunun “hüküm” adını verdiği karar arasındaki ilişki şöyle özetlenebilir: Beraat ve mahkûmiyet adlı hükümler de uyuşmazlığı dolayısı ile çözdüğünden son karar sayılabilir. Muhakemenin durması kararı, kovuşturmanın ve dolayısı ile muhakemenin yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın³⁷⁴⁶ gerçekleşmediği anlaşılırsa gerçekleşmesini beklemek üzere verilir (CMK 223/8). Bu karar, henüz hüküm verilemeyecek zamanlarda verilmişse, uyuşmazlığı doğrudan doğruya veya dolayısı ile çözmediğinden, hüküm değildir.³⁷⁴⁷

Milletvekili seçilen sanık hakkında açılmış olan kamu davasının durdurulmasına karar verilir.³⁷⁴⁸

³⁷⁴⁵ Kovuşturma evresinde mahkemece verilen muhakemenin devamı kararı, CMUK 298’deki istisnalar arasında bulunmadığından kaide gereği itiraz mümkün değildir. Kanunun hüküm adını verdiği son kararlardan olmadığından temyiz yolu da söz konusu olamamaktadır (CMUK 305). Burada söz konusu olan durmanın muhakemenin durması olduğuna dikkat edilmelidir. Durma sebeplerinin bazen infazı da durdurduğu vardır. Mahkûmiyet kararı kesinleştikten sonra verilebilen infazın durdurulması kararının geri alınması demek olan infaza devam kararına karşı, infaz sırasında verilen bir karar olduğundan, acele itiraz yoluna gidilebilir (CMUK 405/3).

³⁷⁴⁶ Bu konuda suça ve suçlunun cezalandırılmasına tesir eden sebeplerin kovuşturma şartı denilegelen muhakeme şartı olmadığı hatırlanmalıdır. Hele muhakemenin ilerlemesine engel olmayan muhakeme hukuku hataları yapılmış olması, meselâ memur muhakemesine giriyor (veya girmiyor) diye başlamış muhakemede girmediğinin (veya girdiğinin) anlaşılması halinde durma kararı verilmemelidir.

³⁷⁴⁷ Biz hüküm verilecek hale gelmiş ve mahkûmiyet hükmü verilmediği için onun yerine durma kararı verilmiş ve bu da açıkça belirtilmişse, bu durma kararının hüküm sayılması mümkün ise de, durma sebebi kalkınca otomatik olarak mahkûmiyet kararı verilemeyeceğinden, durma kararları hüküm sayılmaktan çıkarılmalıdır görüşünde idik. Yeni Kanun ise bir ara yol bularak, “durma kararına itiraz edilmesini” kabul etti (CMK 223/8).

³⁷⁴⁸ C. Başsavcılığı tarafından dokunulmazlığın kaldırılması talebi ile düzenlenen fezleke ve dava dosyası Adalet Bakanlığı eli ile TBMM Başkanlığına gönderilir. Anayasa ve Adalet Komisyonlarından oluşan Karma Komisyonun görüşü alındıktan sonra Komisyonunda görüşme yapılır ve İç Tüzüğü’nün 132. maddesine göre kurulan Hazırlık Komisyonu dokunulmazlığın kaldırılmasına karar verebilir. Bundan sonraki aşama, 1995 değişikliği ile kabul edilen «itiraz» prosedürüdür. Anayasa’nın 85 ve 2949 sayılı yasanın 34. maddeleri gereğince, Anayasa Mahkemesine itiraz etmek mümkündür. Uygulamada ise, itirazların genellikle red edildiği görülmektedir (AyMhkk 31.7.98, E. 1998/38, K. 1998/50; Yargı Mevzuatı Bülteni 75, 4).

484. b) HÜKMÜN UNSURLARI.

Mahkemenin verdiği *hüküm* de, *psikolojik açıdan bir hüküm* olduğundan, her hüküm gibi, bir mesele, bir sonuç ve bir gerekçeden meydana gelir.

I. Mesele.

Hükümde meselenin açıkça belirtilmesi hem isabetli karar vermek hem de kararın anlaşılmasını kolaylaştırmak bakımından çok önemlidir. Bu belirtme, sabit görülen fiilin³⁷⁴⁹ anlatılması (CMK 230/1-c) şeklinde olmakta ise de kararda meselenin sadece “maddî” olanının ele alınması yetmediği gibi, olayın tafsilatlı olarak hikâye edilmesi, asıl halli gereken meselenin gözden kaçmasına, iyi belirmemesine de sebep olabilir.

Kanun (CMK 230) hükmün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususları hüküm türlerine göre ayrı ayrı düzenleyerek, “mecburi yetki” kapsamına alarak saymıştır.

II. Hüküm fıkrası.

Duruşma sonunda “hüküm fıkrası” okunur ve gerekçesi ana çizgileri ile açıklanır (CMK 231/1). Hükümün sonucuna, “hüküm fıkrası” adı verilir (CMK 231/1, 232/6).³⁷⁵⁰ Hüküm fıkrası, mahkûmiyet halinde suçluya, çeşitli işlemler sonunda verilen *sonuç-cezayı* da belirtir. Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir (CMK 231/4).

1. Hüküm fıkrasının muhtevası.

Hüküm fıkrası, uyuşmazlığın çözülüş şeklini gösterdiği için çok önemlidir. Hükümün sözle bildirilmesinde (açıklanmasında) dahi, hüküm fıkrasının duruşma tutanağında yazılı olması ve okunması mecburî tutulmuştur. Keza, bu önem dolayısı ile, hüküm fıkrasının, hakimler dahil, “herkes tarafından” ayakta dinlenmesi (CMK 231/4) kabul edilmiştir.

İnfaz için Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilen de budur (CGİK 5). Bu sebeple hüküm fıkrasında sadece beraat veya mahkûmiyet denmemeli, bütün sonuçlar³⁷⁵¹ gösterilir.³⁷⁵² Hüküm fıkrasında, 223 üncü maddeye göre verilen kararın ne olduğu, uygulanan kanun maddeleri, verilecek ceza miktarı,

³⁷⁴⁹ CGK 19.4.93 (E. 1993/79, K. 1993/108): Sanığın çalmadığını beyan ederek, çalınan Koçun bedelini ödemek suretiyle şikayetçi ile anlaşmayı kabul etmesi, yüklenen suç işlediğini kabule yeterli bir kanıt sayılmaz. Ceza yargılamasında, şüphenin bulunduğu yerde, mahkûmiyet kararından söz edilemez. CGK. 8.2.93 (E. 1992/365, K. 1993/26): Mağdurenin anlatımları çelişkilidir. Müşteki de polis ifadesinin doğru olmadığını, kızdığı için ona iftira ettiğini söylediğine göre, mağdurenin hazırlıktaki anlatımlarına itibar edilemez. Sanığın inkara yönelik savunmasına itibar edilmesi gerekir. CGK 24.12.90 (E. 1990/297, K. 1990/359): Sanığın yüklenen suç işlediğine dair duruşmadaki inkara yönelik savunmasının aksini gösterir cezalandırılmasına yeterli, her türlü kuşkudan uzak, kesi ve inandırıcı kanıt bulunmadığından, suçun cesedin yanındaki kemerle işlenip işlenmediği hususunda Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan alınacak mütalaa da sanık yönünden sonucu etkilemeyecektir. CGK. 10.12.90 (E. 1990/257, K. 1990/257): Sanığı ancak hâkim sorguya çekebilir. Hazırlık soruşturmasında henüz sanık sıfatı almamış şüphelinin dinlenmesi sorgu değil, ifade almadır. Sorgu, savunma vasıtası olup kanıt elde etmek kabul edilmiş bir kurum değildir. Duruşma dışı ikrarı içeren tutanağın delil olabilmesi için ikrarın hâkim önünde yapılması zorunludur.

³⁷⁵⁰ CMUK 261. maddedeki “hüküm fıkrası” tâbiri, sonuç mânâsına geldiği ve uygun olduğu halde 268. maddenin 4. fıkrasındaki hüküm fıkrası tâbiri 1985 değişikliğine kadar hatalı idi. Zaten bu madde hüküm fıkrasını değil, hükmü düzenleyen bir maddedir. Kaldı ki sonkararın oturum tarihini, hakimlerin adını ihtiva eden kısmının hüküm fıkrası olmadığı açıktı. Hüküm fıkrası sadece sonuca ihtiva eden kısımdır. Nitekim maddenin aslında ve İstanbul Komisyonu Tasarısında 268. maddede “hüküm fıkrası” tâbiri yerine *hüküm* denilmiş ve bu bilgilerin hüküm fıkrasında değil, hükümde bulunması lüzumu belirtilmiştir. 1985 değişikliğinde bu hatanın farkına varılmamış ve hüküm fıkrası 261. maddede düzenleneceği yerde, sadece bir atıf ile yetinilmiş ve 268. maddenin 4. fıkrasında düzenlenmiş ve hüküm fıkrasında yeri olmayan hâkim, savcı, zabıt kâtibi isimleri gibi hususlar fıkradan çıkarılmıştır. 9 CD 26.5.2003 (E.2003/210, K. 2003/902, YKD 2003/1459): Gerekçeli karar yazılırken sorun bölümünde somut olay ile suçun işlenişindeki özellikler ve suçun ne şekilde işlendiği açıklanarak, gerekçe kısmında delillerle irdelenip delille sonuç arasında bağ kurulmalı ve hukuki nitelendirme yapılmalı, sonuç bölümünde ise hüküm fıkrasının yer alması gerekirken, bu özelliğe dikkat edilmeden dosya numaralandırılarak bu numaralara gönderme yapılmak suretiyle karar yazılması doğru değildir.

³⁷⁵¹ Nitekim 1985 değişikliğinde gösterilmiştir: “Hüküm fıkrasında CMUK 253. maddeye göre verilen kararın ne olduğunun, uygulanan kanun maddelerinin, verilen ceza miktarının, kanun yollarına başvurunun mümkün olup olmadığının tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekiyordu (CMUK “1985-3206” 268/4).

³⁷⁵² CGK 10/1/62 Çağlayan “66” III, 508.

kanun yoluna başvurma ve tazminat isteme olanağının bulunup bulunmadığı, başvuru olanağı varsa süresi ve mercisinin *tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça* gösterilmesi gerekir (CMK 232/6).

Başvuru yolları gösterilmemişse, hükmün sanığa açıklanması veya tebliği hukuken geçerli olmaz ve hükmün kesinleşmesi gerçekleşmez. “Tazminat isteme olanağının bulunup bulunmadığını, varsa süresi ve merciini, tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterme mecburiyeti (CMK 232/6) de uzlaşma bakımından önem taşır: uzlaşma ile biten soruşturmalarda tazminat davası yolu kapanır (CMK 253).

2. Gerekçeli karar.

Hükmün sonucu olan hüküm fıkrası, bazen mesele ve gerekçe ile birlikte yazılır ve okunur. Buna tatbikatta “gerekçeli karar” denilir.³⁷⁵³

3. Kısa karar.

İkinci bir şekil de 232’nci maddede belirtilen hususların yazılıp okunmasıdır. 231’nci madde “hüküm fıkrası” derken, bu ikinci şekli göz önünde tutmuştur. Buna uygulamada “kısa karar” adı verilmektedir. Bu takdirde mülga Kanun mesele ve gerekçenin 3 gün içinde yazılması ve dosyaya konmasını öngörmüştü. Yeni Kanun süreyi onbeş güne çıkardı (CMK 232/3). Sonradan yazılıp dosyaya konulacak olan sadece mesele ve gerekçe olduğuna göre, evvelce yazılmış ve okunmuş olan hüküm fıkrasında yani kısa kararda hiçbir değişiklik yapılamaz.³⁷⁵⁴

III. Gerekçe.

1. Hükmün başının yazılması.

Hükmün başına, “*Türk Milleti adına*” verildiği yazılır (CMK 232/1). Hükmü veren mahkemenin adı, mahkeme başkanının ve üyelerinin veya hâkimin, Cumhuriyet savcısının ve zabıt katibinin, katılanın, mağdurun, vekilinin, kanuni temsilcisinin ve müdafisin adı ve soyadı yazılır.

Sanığın ise, açık kimliğinin yazılması (CMK 232/2) yükümü vardır. Sanık gözaltında veya tutuklu kalmışsa, bunun süresi ve halen tutuklu olup olmadığı hükmün başına yazılır (CMK 232/1-d).

Suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi da hükmün başında belirtilir. Beraat kararında bunlar yer almaz, zira, işlenen suç yoktur (CMK 232/2-c).

2. Gerekçenin yazılması.

Hükmün gerekçesi, tümüyle tutanağa geçirilmemişse, açıklanmasından (CMK 231/1-4) itibaren en geç onbeş gün içinde dava dosyasına konulur (CMK 232/3).

³⁷⁵³ Bu takdirde kısa kararın ayrıca yazılıp duruşma tutanağına geçirilmesi gerekmez (6. CD 15/12/79 *Çağlayan* “81” II, 772).

³⁷⁵⁴ *Erem*, 542. Tatbikatta, sonuçtaki değiştirme, “kısa kararla gerekçeli karar arasında teşviş yaratma” olarak kabul edilmekte ve “esas olan tefhim edilen kısa karardır” denilerek gerekçeli karardaki fark nazara alınmamaktadır. Kısa kararın esas olması, sanığın lehine olması ile izah edilmemelidir. Sanık aleyhine de olabilir ve yine esastır, çünkü yazılmış ve okunmuş olan odur. Yeniden yazılması söz konusu dahi değildir. Mahkemenin kısa karardaki hatasını düzeltmek için dahi, sonucu değiştirme yetkisi yoktur. Unutulan hususlarda bir karar verip eksikliği tamamlamak suretiyle dahi hüküm fıkrasında değişiklik yapılamaz. Sonradan ve ayrı bir karar vermek imkânı varsa, ayrı bir karar verilebilir. Hüküm fıkrasında değişikliğe müsaade edilmemesinin sebebi, mahkemelerin hükümlerinde son derece dikkatli ve ciddi davranmalarını sağlamaktır. Aksi takdirde gereği kadar dikkatli ve ciddi davranılmayacağından korkulur. Diğer taraftan, esas değil diye, gerekçeli kararın kısa karardan farklı bırakılması da doğru değildir. Herkes gerekçeli kararla kısa kararı karşılaştırmayacağından, her seferinde sanık gelip doğruyu gösteremeyeceğinden, fark varsa, giderilmeli ve gerekçeli karar kısa karara uydurulmalıdır. Bunu İtalya’da olduğu gibi (CPPI 476: 3), mahkeme düzeltme şeklinde, hatta re’sen yapılabilir. Tatbikatta normlar müsait değil, diye düzeltme kabul olunmadığı (2. CD 15/1/60, *Çağlayan* “66” II, 483), olağan kanun yolu ile aykırılığın giderilmesine çalışıldığı (3. CD 14/10/65, Ç. II, 490), bazen da “hukukî değeri yok” diye bu yolun kabul edilmediği (4. CD 22/6/65, *Çağlayan* II, 491; CGK 5/3/62, *Çağlayan* II, 549) vardır. İlâve edelim ki, karar tefhim veya tebliğ anında, yani bildirildiğinde değil, verildiği yani yazılıp imzalandığı anda tamam olmuştur. Ancak, bildirmeden önce ve gerekiyorsa düzeltme çaresine başvurularak yeni bir karar verilebilmesi kabul edilmeli ve meselâ hata görüldüğü veya sonradan çıkan kanuna göre yapılması gereken yapılmadığı halde, “evvelce yazılıp imzalandı” diye, tefhim veya tebliğ mecburî olmamalıdır. 1985 de olduğu gibi kanun değişince, eskiden yazılmış hüküm fıkrasına bazı ilâveler yapılarak yeniden düzenleme gerekebilir (8. CD 14/11/85 YKD 86/7 1061). Bunun teşviş ile, değişiklik ile ilgisi yoktur.

Mahkeme kararlarında gerekçe gösterilmesi mecburidir (AY 141/3, CMK 34). Bizce, gerekçe gösterme mecburiyetinin istisnaları kabul edilmelidir.³⁷⁵⁵

3. Hükümün gerekçesinin içeriği.

Hükümün gerekçesi yazılırken CMK 230 ile düzenlenen kurallara uyulur. Buradaki, “hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen” ve hükümde kullanılmayan delillerin gerekçede “ayrıca ve açıkça” gösterilmesi mecburiyeti yenidir.

a) Mahkûmiyet hükmünün gerekçesi.

Mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde, iddia ve savunmada ileri sürülen görüşler gösterilir CMK 230/1-a). Mahkûmiyet kararlarında, ilgililerin temyiz etmeyeceklerini bildirmeleri halinde, “sabit olan eylem ile kanun maddelerinin belirtilmesi” yetmelidir.

Gerekçede, duruşmada ikame edilen deliller “tartışılır” ve “değerlendirilir”. Hükme esas alınan deliller belirtilir. Reddedilen deliller de belirtilir. “Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilenlerin” ayrıca ve açıkça gösterilmesi yükümü vardır (CMK 230/1-b).

Gerekçede, mahkemenin ulaştığı kanaat belirtilir. Bunun için, sanığın suç oluşturan ve sabit görülen fiili belirtilir ve bu fiilin hukuki nitelendirilmesini yapar (CMK 230/1-c).

Cezanın belirlenmesi aşamasında; bu hususta ileri sürülen istemler dikkate alınarak, Ceza Kanununun 61 ve 62 nci maddelerinde belirlenen sıra dahilinde cezayı belirler (CMK 230/1-c).

Sanığın yüklenen suçu işlediği sabit olmasına rağmen, ceza sorumluluğu bulunmaması nedeniyle, ceza yerine veya ceza ile birlikte “güvenlik tedbirine” hükmolunması gerekiyorsa (CMK 223/6), hükümün gerekçesi CMK 230 da gösterilen standartlara uygun olmalıdır.

³⁷⁵⁵ *Mülga CMUK daki düzenleme.* Hükümün gerekçesinde nelerin bulunacağı şöyle düzenlenmişti: a) Mahkûmiyet kararlarının gerekçesinde kaide olarak gösterilecek hususlar şunlardır: 1) Suçun kanunî unsurları olmak üzere sabit ve muhakkak addedilen olaylar (sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili) (CMK 230/1) ve eğer delil başka olaylardan çıkarılmışsa bunlar (CMUK 260/1). Bir olayın sabit olarak gösterilmesi ise, niçin sabit sayıldığına gösterilmesi demek olduğundan, delillerin muhtevaları ve bunların karşılaştırıldıkları tecrübe kaideleri de birlikte gösterilmelidir. Tecrübe kaidelerinin gösterilmesinin istisnası, karine kabul edilmesi halidir. 2) Duruşma sırasında ileri sürülmüş olmaları şartı ile, Ceza Kanununda yazılı olan cezanın kaldırılmasını veya hafifletilmesini veya ağırlatılmasını gerektirecek mahiyetteki hallerin sabit addedilip addedilmediği (CMUK 260/2); bu hususta ileri sürülen istemleri de dikkate alarak, CK 61 ve 62 nci maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın belirlenmesi; CK 53 vd. uyarınca, cezaya mahkûmiyet yerine veya cezanın yanısıra uygulanacak güvenlik tedbirlerinin belirlenmesi (CMK 230/1). Bu bentte de sübut konusu ele alındığından, delil muhtevası ile tecrübe kaidesi de gösterilmelidir. Duruşmada ileri sürülmüş olmak şartından da anlaşıldığına göre, bu bent tarafların iddialarının cevaplandırılmasını amaçlar. Meselâ meşrû müdafaa veya teşebbüs ileri sürülmüşse neden sabit görülmediği açıklanacaktır. 3) Ceza Kanununun uygulanan maddesi ve ceza miktarını tâyine hâkimi sevkeden haller (CMUK 260/3, 268/4). Ceza miktarını tâyine sevkeden hallerden maksat, kanunî hallerdir, yani temel-cezadan kalkıp sonuç-cezaya varmağı haklı gösteren tekerrür, teşebbüs gibi hâkimin takdirine bırakılmayıp cezanın artırılması veya indirilmesi sonucunu doğuracağını kanunun gösterdiği hallerdir (CMK 230/1c). 4) Ceza Kanunu umumî surette daha hafif bir cezanın uygulanmasını hafifletici bir sebebin mevcudiyetine bağlı kılmışsa, bu sebeplerin bulunduğu kabul veya reddolunduğu takdirde bu husustaki karar da gerekçede açıklanacaktır (CMUK 260/4) (CMK 260/1-c). Bundan maksat, takdirî hafifletici sebeple indirme yapıp yapılmadığının gösterilmesidir. Hatırlatalım ki, Ceza Hukukunda “takdirî ağırlatıcı sebep” yoktur. Ağırlatıcıların hepsi kanunîdir. Cezanın ertelenmesi ve CİK 4 ile hürriyeti kaldırıcı cezanın başka müeyyidelere çevrilmesi konuları da bu bende sokulmalı idi. Yeni CMK erteleme konusunu da dahil etti (CMK 260/1-d). b) Beraat kararlarının gerekçesinde, sanığa isnat olunan eylemin sabit olmamasından mı, yoksa sabit olmasına rağmen mahkûmiyeti gerektirmemesinden mi beraat kararı verildiği gösterilecektir (CMUK 260/6) (CMK 260/2). Görülüyor ki, beraat kararı maddi mesele bakımından olduğu kadar hukukî mesele bakımından da bahis konusu olabilecektir. Hukukî meselenin iki şekilde halli mümkündür. Ya eylem suç tiplerinden birine uymamaktadır, yani sanığın suçsuz olduğu anlaşılmıştır yahut suç tiplerinden biri bahis konusu olmasına, eylemin suç teşkil etmesine ve dolayısı ile cezalandırılabilme unsuru, yani tip karşılığında ceza müeyyidesi bulunmasına rağmen faile ceza verilmemesi, bir diğer söyleyişle failin ceza sorumluluğu bulunmaması kabul olunmuştur, bu takdirde fail sorumsuzdur. Görülüyor ki, mülga Yeni CMK ise, beraat kararını; “suçun” sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması” ve “işlendiğinin sabit olmaması” şeklinde ayırdı. Beraat kararı ile “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” da açıkça belirtti (CMK 223/2). Kanunumuza göre (beraat kararı) sadece (suçsuzluk kararı) demek olmayıp, (sorumsuzluk kararı da) (beraat kararı) diye adlandırılmıştı. c) Aleyhine kanun yoluna gidilmeyen kararların kısa yazılması işleri azaltacaktır. Kanunumuz “kısaltılmış karar” sistemini mahkûmiyet kararlarında ve ilgililerin temyiz etmeyeceklerini bildirmeleri halinde “sabit olan eylem ile kanun maddelerinin belirtilmesi” şeklinde kabul etmişti (CMUK 260/5).

Cezanın ertelenmesine, hapis cezasının adli para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilmesine veya ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına veya bu hususlara ilişkin istemlerin kabul veya reddine karar verilirse, bunlara ait dayanaklar, gerekçede gösterilir (CMK 230/1-d).

Görüldüğü gibi, hükmün mesele kısmında, sanığın suç teşkil ettiği iddia edilmiş olan *fiili*³⁷⁵⁶ ve bunun suç teşkil ettiği iddiasının dayanakları belirtilir.³⁷⁵⁷

Hüküm, iddianamede sınırlandırılmış olaya inhisar edeceğinden³⁷⁵⁸, meselenin belirtilmesi, bu norma riayet edilip edilmediğinin de kontrol edilmesini sağlayacaktır.

³⁷⁵⁶ Sanığın yazı içerisindeki “hangi sözlerle” cumhuriyeti tahkir ettiği karar yerinde gösterilip tartışılmadan ve gerekçe gösterilmeden hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır (9 CD. 5.7.1999, E. 1998/2508, K. 1999/2953) (Bu metin İstanbul Barosu bilgi bankası arşivinden alınmıştır. Sanıkların silahlı çeteye yardım ve yataklık niteliğinde görülen ve sabit kabul edilen “eylemlerinin” neler olduğu karar yerinde gösterilmelidir (9 CD. 4.12.2000, E. 2000/1986, K. 2000/3073).

³⁷⁵⁷ Mesela, bir olayda (H) silahla ağır biçimde yaralanmıştır. Kolluk görevlilerince olay yerinde inceleme yapılmış, olay yerine yakın olan (O)’nun evinin *bahçe duvarının dibinde boş mermi kovanları* bulunmuş; sürdürülen *araştırma sonucu* failin (O) olduğu sonucuna varılmış; ancak, tanık olarak dinlenen mağdurun yakınları mağdura ateş eden kişinin (C) olduğunu söylemeleri üzerine (C) hakkında dava açılmış; daha sonra aynı tanıklar, mağdura ateş edenin (L) olduğunu ileri sürmüşler; bunun üzerine (L) hakkında da dava açılmıştır. Yerel Mahkeme, (C)’nin beraatine ve (L)’nin mahkûmiyetine karar vermiş; (L) hakkındaki hüküm temyiz edilmiştir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, *tanıkların çelişkili ifadeleri* ile özellikle kolluk görevlilerinin düzenledikleri *olay tutanağı ile olay yeri krokisini* dikkate alarak (L) hakkında mahkûmiyet kararı verilemeyeceğini belirtmiş ve hükmü bozmuştur: “Hasan’ı kasten öldürmeğe tam derecede teşebbüsten sanık Levent’in yapılan yargılanması sonunda; hükümlülüğüne ilişkin (K) Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 22.11.2002 gün ve 316/317 sayılı hükmün Yargıtay’ca incelenmesi sanık tarafından istenilmiş olduğundan dava dosyası C. Başsavcılığından tebliğname ile Dairemize gönderilmekle incelendi ve aşağıdaki karar tespit edildi. Olay sonrası *emniyet görevlilerince tutulan tutanakta mahallen yapılan ilk tespitlere dayanılarak* failin Orhan olduğunun belirtilmesi, olay yeri krokisinde *boş mermi kovanlarının* Orhan’ın evinin bahçe duvarı dibinde bulunduğunun gösterilmesi, olay günü beyanları alınan tanıklar mağdurun kızları Seyran ve Aysel, yeğeni Yalçın’ın açıkça ateş edenin Cihan olduğunu söylemeleri ve sonraki C. Savcılığı ifadelerinin de bu yönde olması, mağdur ile eşi Sultan ve kızlarından Aysel’in C. Savcılığında alınan beyanları da nazara alındığında, sonradan değişen ve Orhan’ın kayden olmasa da kardeşi olduğu anlaşılan yaşı küçük olması nedeniyle daha az ceza alacağı bilinen Levent’e suçun yüklenmeye çalışıldığının nazara alınmayarak Orhan’ı kurtarmaya yönelik ve tamamen önceki beyanları ile *çelişen ifadeler* CMUK.nun 254. maddesine aykırı bir değerlendirme ile itibar edilerek sanık Levent’in mahkûmiyetine karar verilmesi, yasaya aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmele hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi karar verilmiştir. (1. CD, 09.10.2003, 2003/1200-2266) (Ali Kınacı 2004). Diğer bir olayda, Kolluk görevlileri, bir ihbar üzerine sanığın evinde bir bölümü *27 paketçik* içinde olmak üzere 1206 gram esrar bulmuşlar. Sanık, ettiği kenevirlerden elde ettiği bu esrarı kullanmak amacı ile bulundurduğunu savunmuştur. Aynı olayla bağlantılı olarak yakalanan diğer sanıklar ise, sanığın hazırladığı esrarlı sigarayı *birkaç kez kendilerine ikram ettiğini* ve birlikte kullandıklarını söylemişlerdir. Yerel Mahkeme, suç konusu esrarı satmak amacı ile bulundurduğunu kabul ederek sanık hakkında TCK’nın 403/5. maddesi uyarınca mahkûmiyet hükmü kurmuş; Yargıtay 10. Ceza Dairesi, sanığın özellikle esrarın bir bölümünü *27 paketçik* haline getirip bulundurması nedeniyle hükmü onamıştır: Sanık (H)’nin; kendi yetiştirdiği hint kenevirinden elde ettiği net 1206 gram esrarın bir bölümünün *27 paketçik* halinde bulunması; değişik zamanlarda yanına gelen diğer sanıklara hazırladığı esrarlı sigarayı birkaç kez ikram ederek onlara kullandırması nedeniyle; eyleminin TCK’nın 403/5. maddesine uyan suçu oluşturduğunun kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir (10. CD, 25.10.2001, 2001/18991-22849) (Ali Kınacı 2004).

Başka bir olayda kolluk görevlilerince yapılan genel yol denetimi sırasında (A) yönetimindeki otomobil şüphe üzerine durdurulmuş; otomobilde (B) isimli ikinci bir kişinin olduğu görülmüş; otomobilde yapılan arama sonucu, arka koltuk ile bagaj bölümlerinde içleri boş durumda *2 adet gizli bölme* olduğu saptanmış, bu bölümlerden *svap örnekleri* alınmıştır. Sanıklar, kolluk ve C. savcısı tarafından alınan ifadelerinde, otomobildeki gizli bölmeleri kendilerinin yaptıklarını, bu otomobil ile başkasına ait uyuşturucu maddeyi ücret karşılığında İstanbul’a götürüp sahibine teslim ettiklerini söylemişler; ancak, sözü edilen ve kimliği bilinmeyen kişi ile uyuşturucu maddenin ele geçirilmesi mümkün olmamıştır. Svap örnekleri laboratuvarda incelenmiş ve morfin kalıntılarının rastlandığı belirtilmiştir. Sanıklar hakkında uyuşturucu madde ticareti yapmak için *teşekkül oluşturmak* suçundan dava açılmış; yargılama aşamasında sanıklar herhangi bir uyuşturucu madde taşımadıklarını belirterek suçlamayı reddetmişlerdir. Sanık (A) ayrıca, otomobili 2 yıl önce satın aldığı ve gizli bölmelerden haberi olmadığını ileri sürmüştür. Yerel Mahkeme sanıkların uyuşturucu madde ticareti yapmak için *teşekkül oluşturmak* suçundan TCK’nın 403/10. maddesi gereğince cezalandırılmalarına karar vermiştir. Yargıtay 10. Ceza Dairesi, özellikle otomobilde gizli bölmeler bulunması ve buralardan alınan *svap örneklerinde morfin kalıntılarının* rastlanması nedeniyle hükmü onamıştır: “Suça konu araçtaki *zula* yerinden alınan *svap* örneğinin polis laboratuvarında incelenerek verilen rapor içeriğine (*morfin kalıntılarının rastlanması*), Mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun şekilde oluşan inanç ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre; sanıklar vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının ve duruşmalı inceleme sırasındaki sözlü savunmasının reddiyle, hükmün (*TCK 403/10 ve 59 gereğince mahkûmiyet*) istem gibi onanmasına karar verilmiştir. (10. CD, 09.10.2003, 2003/1295-20123) (Kınacı 2004).

³⁷⁵⁸ CMUK 257. maddenin 1. fıkrasında sadece “iddianamede gösterilen fiil”den bahsedilmişti. Talepname ile açılan davalarda sınırı talepname çizmekte ise de, işin soruşturmaya muhakkak bir iddianame ile geleceğini kabul ettiğimizden,

Hükümdeki “olay” ile iddianamedekinin örtüşmesi³⁷⁵⁹ gerekir.³⁷⁶⁰

b) *Beraat hükmünün gerekçesi.*

Beraat kararının gerekçesinde, eylemin sabit olmadığı için mi, yoksa sabit olmasına rağmen, “suç teşkil etmediği için” mi beraat kararı verildiği açıklanır. Ayrıca, 223’üncü maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hallerden hangisine dayanıldığının gösterilmesi gerekir (CMK 230/2).

c) *Ceza verilmesine yer olmadığı kararının gerekçesi.*

Ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın gerekçesinde, 223’üncü maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında belirtilen hallerden hangisine dayanıldığının gösterilmesi gerekir (CMK 230/3).

ç) *Diğer karar ve hükümlerin gerekçesi.*

Yukarıda belirtilen hükümlerin dışında başka bir karar veya hükmün verilmesi halinde bunun nedenleri gerekçede gösterilir (CMK 230/4).

4. *Gerekçe gösterme mecburiyetinin sakıncaları.*

Mahkeme kararlarında ve bu arada hükümde de gerekçe gösterilmesi mecburîdir (AY 141/3; CMK 34). Kaide budur.³⁷⁶¹ Fakat gerekçe göstermenin ne demek olduğunu, yani nelerin gerekçeye dahil olduğunu Anayasa da 34. maddede göstermemiştir. Bunu, Yazılı İlmî veya İctihadi Hukuk tâyin eder. Nitekim kanunumuz hükmün gerekçesinde neler bulunacağını belirtmiştir (CMK 230, 232).

Gerekçe gösterme kaidesinin uygulandığı belli özel durumlarda haklı görülemeyecek bir sonuçla karşılaşılırsa, istisna kabul edilmesine Anayasa da Kanunun 34 üncü maddesi de engel olamaz.³⁷⁶² Çünkü istisnalar bir ihtiyacın, bir zorunluğun ifadesidir ve her kaide bakımından söz konusu olabilir. Ve çünkü Anayasaya aykırı olmak başka şeydir, Anayasadaki kaidenin istisnası olmak yine başka şeydir.

Bizce, gerekçe göstermek maddî bakımdan imkânsızsa, imkânsız denecek kadar güçse veya zararı yararından çok olacaksa, istisna kabul edilmelidir. İstisnayı haklı gösteren sebepler varsa gerekçe ya hiç gösterilmez ya da tam gösterilmeyebilir. Bu takdirde meselâ *takdire* denilmesi yetmelidir.³⁷⁶³ Bunun

bu iddianamede de olay sınırlandırılmış olacağından, maddede talepten bahsedilmesini, 3. basıdan beri eksiklik saymıyoruz.

³⁷⁵⁹ *Özbek* 2005, 872. Hüküm iddianamede belirtilen fiil veya faile ilişkin olabilir. Bu aynı zamanda davasız yargılama olmaz ilkesinin de bir sonucudur.

³⁷⁶⁰ İddianamenin konusu, belgelerde dökümü belirtilen “eşyayı çalma” olduğuna göre, iadenin de belgedeki eşyayı aynen kapsaması gerekir (CGK 10.10.2000, E. 2000/175, K. 2000/193). (Bu metin İstanbul Barosu bilgi bankası arşivinden alınmıştır). İddianamede, sanığın ve müştekinin oğulunun da iştirak halinde maliki buldukları arazideki meyvalı zeytin ağaçlarını müştekinin izni olmadan sökme eyleminden mülga CK 516/6 ve 522. maddeleri ile dava açıldığına göre sanığın götürdüğü bu ağaçlardan faydalandığı ileri sürülerek iddianamede tarif edilen eylemden başka “hırsızlık” suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır (CGK 21.12.1999, E. 1999/10, K. 1999/320).

³⁷⁶¹ 4 CD. 22.9.1999 (E. 1999/370, K. 1999/1575): Anayasanın 141/3, CMK 32 ve 260. maddeleri uyarınca mahkeme kararlarında, tüm verilerin ulaşılan suçların, sav, savunma ve tanık anlatımlarına ilişkin değerlendirmelerin açık olarak gerekçeye yansıtılması, suçun yasal öğeleri ve kabul edilen olayların gösterilmesi gerekir.

³⁷⁶² k-m: 7/6/76 tarihli İçBK, ertelememe kararında takdire denilmesini yeterli bulmamaktadır. 4. CD. 1.4.1996 (E. 1996/1506, K. 1996/2523): Mahkeme kararlarının herkesi inandıracak ve yargıtay denetime olanak verecek biçimde gerekçeli olması gerekir. 2. CD. 24.3.95 (E. 1995/2419, K. 1995/3803): Her ne kadar hükmün esasını kısa karar teşkil etmekte ise de yargıtay denetimine de imkan verecek şekilde maddi olaylarla sübut nedenlerinin kuşkuya yer vermeyecek şekilde açıklanarak gerekçeleri ile birlikte gösterilmesi gereklidir. 9. CD. (E. 1994/751, K. 1994/2382): Bir atıfet maddesi olmayıp yargısal denetime tabi bulunan mülga TCK nun 59. maddesinin uygulanmasında denetime olanak verecek şekilde gerekçe gösterilmesi gerekir.

³⁷⁶³ İki sınır arasında ceza tâyin edilirken, eskiden takdire denilmesi kabul edilmiyor, tam gerekçe aranıyor. Bu da kolay değişti. Gösterilenler de tartışılıp bozma sebebi sayılıyordu. Bu yüzden mahkemeler aşağı haddi yukarı çıkamaz oldular. Bu da kanunlardaki cezanın az görülmesine ve artırılmasına yol açtı. 1973 tâdilindeki gerekçe göstermek hükmü (CMK 32) mutlak anlaşılırsa, yine aynı sakıncalar doğacaktır. Netekim bazan yine takdire demekle yetinilmediği ve tartışıldığı vardır (CGK 19/3/73 RKD 73, 58). Hattâ 7/6/76 tarihli İçBK erteleme kararlarında takdire denilmesini veya kanundaki sözlerin tekrarını

en klâsik örneği, temel-cezanın iki sınır arasında seçilmesidir. Kanun bu seçimde hâkimi tamamen serbest bırakmak istemiştir.³⁷⁶⁴

5. Gerekçeli hükmün imzalanması.

Karar ve hükümler bunlara katılan hakimler tarafından imzalanır. Hakimlerden biri hükmü imza edemeyecek hale gelirse, bunun nedeni mahkeme başkanı veya hükümde bulunan hakimlerin en kıdemlisi tarafından hükmün altına yazılır. Hükümlerin nüshaları ve özetleri mahkeme başkanı veya hâkim ile zabıt kâtibi tarafından imzalanır ve mühürlenir (CMK 232/7).

IV. Bozmadan sonra verilen hüküm.

İlk derece mahkemesinin hükmü istinaf mahkemesi veya Yargıtay kararı ile bozulmuşsa, ilk hüküm bozulma ile ortadan kalkmış olacağından, eski hükme, kısmen de olsa, atıf yapmakla yetinilemez. Yeni hüküm, ilk defa veriliyormuşçasına yazılmalıdır.³⁷⁶⁵ Bu nedenle, geçiş dönemi yargılamalarında “ek müdafaa” hakkı verilerek, hakkaniyete uygun bir yargılama yapılamayacağı görüşüdeyiz.

485. c) CEZANIN BELİRLENMESİ.

Cezanın belirlenmesinde, farklı özellikleri olan şu kavramlar vardır: “temel ceza”, “sonuç ceza”, “asıl mahkûmiyet”.

I. Asıl mahkûmiyetin belirlenmesi.

Suçlulardan her birine verilecek asıl cezanın (asıl mahkûmiyet) tayininde³⁷⁶⁶ yapılacak ilk iş, eylemin uyduğu suç tipi karşılığında kanunda konulmuş olan ceza bakımından “temel cezanın” (TCK 61/1) bulunmasıdır. Bunun arkasından, sırasıyla; teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak, “sonuç ceza” belirlenir (TCK 61/5).

1. Temel cezanın belirlenmesi.

a) Sabit cezalar.

Ceza sabitse, mesele yoktur; temel ceza budur.

b) Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar.

Kısa süreli hapis cezası seçenek yaptırımlardan birine çevrilmişse (aşağıda II), uygulamada “asıl mahkûmiyet”, TCK 50/5 hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbiridir. Yeni Kanun, mülga CİK 4/4’de yer alan, “bu hükmün uygulanması, kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez”, hükmüne yer vermediği için, “sonuç olarak belirlenen onbeşbin lira dahil adli para cezasına mahkûmiyet hükümleri” istinaf edilemeyecektir (CMK 272/3-a). Bu mahkûmiyet kararları hakkında kanun yararına bozma (CMK 309) yolu uygulanabilir.

yetersiz bulmuştur. Bu hatalı karar sadece ertelememede uygulanmalıdır. Son zamanlarda takdire dayanıldığı için açıklanması ile yetinildiğini görerek sevinmekteyiz (CGK 19/3/84 YKD 84/6 929).

³⁷⁶⁴ Bu seçimde mahkeme elbet bazı hususları göz önünde tutacaktır. Sadece kusur oranına bakmak, meselâ “sanık ve mağdur yarı yarıya kusurlu ise cezanın oranlı olması gerekir” demek isabetli değildir. Nitekim böyle bir bozmaya uymayan mahkeme, kararında “taksirli suçlarda adalet kavramını kusurdan ibaret görmeğe imkân yoktur. Adalet fiilden hasil olan neticeye bigâne kalmamalıdır. Suçtan hasil olan netice ile ceza arasında da... bir denge kurulması icap eder”denmiş bu görüş genelkurulca da benimsenmiştir (CGK 12/3/84 İKİD 84/10 2894).

³⁷⁶⁵ CGK 4/2/74 Çağlayan “80” 759; 8/12/80 Çağlayan “80” III, 751. Temyiz üzerine önceki karar bozularak ortadan kalktığından, yapılan yargılama sonunda yeniden CMK 260, 261, 268 ve 308/7. maddelerine uygun hüküm kurulmalıdır (9 CD. 3.4.2000, E. 2000/757, K. 2000/883) (Bu metin İstanbul Barosu bilgi bankası arşivinden alınmıştır).

³⁷⁶⁶ Suçluluğun tesbitinden sonra cezanın tâyinine hemen her dille “sentencing” denilmektedir. Hâkimlerin nasıl, niçin, neden şu veya bu cezayı verdiğini konusu 1968 Bellagio Kollokyumunda ele alınmış, (Actes du II éme, Colloque international, Milano, 1971). Avrupa Konseyi de bu konuda çalışmış ve 1973 de bir seminer tertiplemiş ve alt-komitenin raporunu (CEPC: Sentencing, Strasbourg, 1974) yayınlamıştır. Bu raporda gerekçe gösterme, sadece ve genel olarak temenni olunmuş, açıklanmaması mümkün gerekçelerden söz edilmiştir (s. 31). İlâve edelim ki gerekçe göstermek mecburiyeti ve gerekçede nelerin gösterileceği meselesi, cezanın tâyininde önemli rol oynamaktadır.

c) *Temel cezanın belirlenmesi.*

Ceza sabit değilse, yani aşağı ve yukarı hadleri varsa³⁷⁶⁷, cezanın suçlunun kişiliğine uydurulmasını sağlamak üzere, mahkeme bu hadlerden birini veya bunlar arasında uygun bulunduğu bir cezayı temel-ceza olarak, serbestçe takdir eder: hakim, somut olayda; suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zamanı ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırları arasında “temel cezayı” belirler (TCK 61/1).

Cezalar seçimlik ise mahkeme aynı amaçla bunlardan birini seçer.

d) *Adli para cezasının belirlenmesi.*

Adli para cezaları kanunda belirlenen tam gün sayısına göre belirlenir (TCK 52).³⁷⁶⁸

2) *Temel ceza üzerinden yapılan artırma ve indirmeler.*

Temel ceza üzerinden TCK 61’deki sıra takip edilerek kanuni artırma ve indirmeler yapılır. Sıranın sonunda takdiri hafifletici sebep gelir.³⁷⁶⁹ Böylece, seçenek yaptırımlara çevrilebilen cezalar (aşağıda II) dışındaki cezalar bakımından, “sonuç ceza” ve “asıl mahkûmiyet” meydana gelir.

3) *Hükmün açıklanmasının geri bırakılması konusunda “takdir yetkisinin” kullanılması.*

Asıl mahkûmiyet belirlendikten sonra, erteleme ve seçenek yaptırımlara çevirme konularının değerlendirilmesine geçilmeden önce, mahkeme sanığın rızasını alarak (CMK “2010-6008” 231/6), buna izin verilen cezalar (CMK ‘2006-5560’ 231/5) bakımından, *hükmün açıklanmasının geri bırakılması yetkisinin* kullanılıp kullanılmayacağı konusunda bir karar verir (CMK ‘2006-5560’ 231/7).

Uzlaşmaya tabi olan suçlarda, uzlaşma yolu denenip (CMK 231/5), başarısız olmuşsa, buna rağmen hükmün açıklanmasının geri bırakılması yolu takdir edilebilirse de önödemeye tabi olan suçlarda uzlaşma yolu kapalıdır (TCK 75/1).

II. Seçenek yaptırımlara çevirmeler.

TCK 61/1 ve 5 uygulandıktan sonra bulunan ceza, her zaman “sonuç ceza” değildir. Yeni Ceza Kanunu da cezanın kişiliğe uydurulması amacı ile, kısa süreli hapis cezalarını başka seçenek yaptırımlara çevrilmesini kabul etmiştir. Mülga CİK 4 bunlara “tedbir” demişti, ama niteliği itibariyle, bunlar müeyyide idi.³⁷⁷⁰ Ceza Kanununda “yaptırım” terimini kullanması yerindedir.

³⁷⁶⁷ Kanun belli bir suç karşılığında her zaman aşağı ve yukarı hadleri göstermeyebilir. Hadlerden biri gösterilmemişse kaide olarak o cezanın genel haddine bakılır. Bu kaidenin hapis cezasında yukarı had bakımından bir istisnası vardır. Madde yönünden yetki söz konusu olduğundan, ağırcezalık olması istenen suçlarda yukarı haddin açıkça gösterilmesi istenmiş ve gösterilmemişse 5 sene olması kabul edilmiştir (TCK 15). Ağırcezalık suçlarda hapsin sınırı 1979 da 10 yıla çıkarılınca, 15. maddedeki 5 yıl da 10 yıla çıkarılmalı idi. Diğer taraftan, kanunkoyucunun yukarı haddi gösterip göstermeme bakımından hataya düştüğü vardır. Meselâ mülga CK 264/6 da “ceza beş yıldan aşağı olmamak üzere haptistir” denilmiştir. Halbuki yukarı had gösterilmediğine göre o da 15. maddeye göre 5 yıl olacaktır ki hem 5 yılın aşağı had olarak gösterilmesine hem de cezaları artırmak maksadına aykırı düşmektedir. O zaman, istisna söz konusu olamadığına göre kaide dönüp dolaşıp genel yukarı hadde bakıp 20 sene kabul etmekten başka çare kalmaz (CGK 7/3/83 YKD 84/3 439). Kanunkoyucu bu suçu tekrar asliyelik yapmak istiyorsa, yukarı haddi en fazla 10 sene olarak belirlemelidir. CGK. 15.12.1998 (E. 1998/5-311, K. 1998/386, YKD 1999/541). Sanığın teselsül içinde yer alan basit ve nitelikli zimmet suçlarına ait para cezaları, basit ve nitelikli zimmetlerin sayısı ve kendilerine özgü misil artırımları ile ayrı ayrı belirlenip içtimaya tabi tutulduktan sonra sonuç para cezasının belirlenmesi gerekir.

³⁷⁶⁸ Bu konuda, suç karşılığında gösterilmiş olan para cezalarının, enflasyon yüzünden değiştiği hatırlanmalı ve her ceza tâyin edişte, önce o suç karşılığı olarak gösterilmiş olan para cezasının artmış olup olmadığına bakılmakta ve artmışsa alt ve üst sınırları hesaplanmakta idi. Yeni Ceza Kanunu “gün para cezası” sistemini benimseyerek, önemli bir yenilik yaptı.

³⁷⁶⁹ Mülga Kanundaki temel-ceza üzerinden kanunî sebeplerle artırma ve indirmelerin sırasını ve sınırlarını Mülga TCK 29 gösteriyordu. Sıranın sonunda takdiri hafifletici sebep ve tekerrür gelmekte idi. artırma ve eksiltmeler sonunda para cezası veya hafif hapsin genel sınırının altına düşülürse, ceza yerine “adli tevbih” yapılyordu (mülga TCK 29/7). Yeni Kanun adli tevbihi olmadı. Bu azarlama da bizce, suç karşılığı olduğundan bir cezai müeyyide idi.

³⁷⁷⁰ *Mülga Kanunlardaki düzenlemeler.* Mülga CK 29 uygulaması sonunda elde edilen ceza, her zaman, sonuç-ceza değildir. Çünkü Ceza İnfaz Kanunu, hürriyeti bağlayıcı cezaların başka müeyyidelere çevrilmesini kaide olarak, kabul etmişti. Bu çevirmenin amacı, cezayı suçlunun kişiliğine sair hallerine ve suçun işlenmesindeki özelliklerine uydurmaktı. Bu

Bu “seçenek yaptırımlar” şunlardır: adli para cezasına çevirme (TCK 50/1-a); iade veya tazmin (TCK 50/1-b); bir eğitim veya islah kurumuna devam (TCK 50/1-c), belli bir yere gitme ve belli faaliyetleri yapma yasakları (TCK 50/1-d), ehliyet ve ruhsatların geçici olarak geri alınması (TCK 50/1-e), kamuya yararlı bir işte çalıştırılma (TCK 50/1-f).

Kanun çevirmeyi şöyle düzenlemiştir: Bir yıl veya daha az hapis cezası (kısa süreli şahsi hürriyeti bağlayıcı ceza: TCK 49/2) çevrilebilir.

Taksirli suçlarda uzun süreli cezalar da (sade) para cezasına çevrilebilir (Mülga CİK 4/3). Hürriyeti bağlayıcı disiplin cezaları çevrilemez (İçBHG 2.11.1983).

Çevirme kural olarak ihtiyaridir (TCK 50/1). Mahkeme seçenek yaptırıma çevirme kararı verirken, (a) suçlunun kişiliğine, (b) sosyal ve ekonomik durumuna, (c) yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve (d) suçun işlenmesindeki özelliklere bakar (TCK 50/1).

İstisnalar da vardır (TCK 50/3) (Mülga CİK “79-2248” 4): Seçimlik cezalar da para cezasına çevrilebiliyordu. Yeni Kanunda hapis cezası ile adli para cezası seçimlik olarak öngörülmüş ve mahkeme hapis cezasına hükmetmişse, bu ceza artık adli para cezasına çevrilemez (TCK 50/2).

Çevirme sonucu uygulanan tedbire riayetsizlik halinde kusur yoksa başka tedbire çevrilebiliyordu (Mülga CİK 4/5, 6, 8). Yeni Ceza Kanununa göre, hüküm kesinleştikten sonra C. Savcılığınca yapılan tebligata rağmen 30 gün içinde seçenek yaptırımın gereklerini yerine getirilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasını tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir (TCK 50/6). Bu durumda, “asıl mahkûmiyet verilen adli para cezası veya tedbir” sayılmaz.

III. Erteleleme.

Sonuç-ceza tâyin edildikten sonra, konusu bu cezanın ertelenip ertelenmemesi olan ayrı bir hâdisе muhakemesi de karara bağlanır (TCK 51).

IV. Cezanın yerine getirilmesi ile ilgili kararlar.

Mahkemenin işi ertelemekle de bitmez. Cezaların yerine getirilmesinin düzenlendiği de vardır: Mahkeme, cezadan mahsup edilmesi gereken günleri hesaplayacak ve yerine getirilmesi gereken bakiye cezayı tâyin edecektir. Kanun³⁷⁷¹ şahsi hürriyeti sınırlayan bütün halleri mahsup kapsamına almıştır. Adli para cezasına hükmedilen hallerde, bir gün yüz TL. sayılarak, bu cezadan indirim yapılır (TCK 63).

müeyyideler şunlardır: 1) para cezası, 2) iade veya tazmin, 3) bir eğitim veya islah kurumuna devam, 4) belli bir yere gitme ve belli faaliyetleri yapma yasakları, 5) ehliyet ve ruhsatların geçici olarak geri alınması. Maksud belli bir haktan mahrumiyet olduğundan, ruhsat veya ehliyet belgesinin sonradan alınmasını önlemek için, hakkın kısıtlanmasından söz edilmeliydi. Mülga İnfaz Kanunu bu çevirmeyi şöyle düzenlemişti: a) Her suç için verilen ceza, ağırhapis dışında kalan ve kısa süreli sayılan hürriyeti bağlayıcı ceza ise yani bir yıl veya daha az hapis ve hafif hapis ise, çevirme mümkündür (mülga CİK “88-3506” 3/4, 4/1). b) İstisna: taksirli suçlarda uzun cezalar da, sadece para cezasına olmak şartı ile, çevrilebiliyordu (CİK 4/3). Hürriyeti bağlayıcı disiplin cezaları bakımından da bir istisna kabul olunmuş ve bunların çevrilemeyeceğine karar verilmişti. c) Çevirme ihtiyarı idi (mülga CİK 4/1). İstisna: a) Suç tarihinden önce, para cezasına veya tedbire çevrilmiş olsa dahi, hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmemiş olanlar hakkında hükümlenen 30 güne kadar (dahil) hürriyeti bağlayıcı cezalar ile b) suç tarihinde 18 yaşını bitirmemiş olanların kısa cezalarında çevirme mecburî idi (mülga CİK “79-2248” 4/2). d) Seçimlik cezalardan hürriyeti bağlayıcı seçilip, seçimliktekinden daha da az para cezasına veya diğer müeyyidelere çevrilebilirdi. e) Çevirme sonucu olan tedbire riayetsizlik halinde mahkeme kısmen veya tamamen eski cezaya veya riayetsizlik kusurlu değilse başka bir tedbire çevirirdi (mülga CİK 4/5, 6, 8).

³⁷⁷¹ (51) Para cezasının ödenmemesi halinde “hapse çevrilmesi”, daha doğrusu “hükümlünün ödemeye zorlanmak için tutuklanması”, 1973-1712 numaralı kanunla kabul edilmişti. Ancak çocuklar bu uygulamanın dışında tutulmuşlardı. Normal olarak bu hapis cezası” (!) 3 (mükerrirlerde 5) yılı geçemez. Bu “hapse çevirme” mahkûmiyet kararında yazılmamış olsa bile, savcı tarafından yapılabilirdi. Hükümlü hapis denen bu tutuktuktan önce para cezasını öderse tutuklama kararı kaldırılırdı. Üçte birini öderse ve isterse geri kalanı birer aylık iki taksite bağlanırdı. Bu özel tutuklamada geçen her gün 10.000 lira sayılmakta idi. Hükümlü kaldığı her gün için 10.000 lira indirildikten sonra kalanı öderse derhal salıverilirdi (CİK “88-3506” 5/6-10). Özel infaz usullerinde öngörülmüştür. Altı aydan az süreli hapis cezaları geceleri ceza infaz kurumunda, kadın ve 63 yaşını bitiren hükümlülerin cezaları konutunda çektirilmesine karar verilebilir (CGİK 110). Mülga İnfaz Kanunu, savcı veya hükümlünün talebi üzerine, kısa süreli cezaların oturlan yerde veya hafta sonlarında veya sadece geceleri yerine getirilmesi bakımından mahkemeye yetki vermişti. Gerçi bu uygulama kesinleşen ceza bakımındandı. Fakat daha önce, hele istenirse, ceza verilirken de, taksitte olduğu gibi kesinleşmede uygulanmak üzere, gerekli kararın verilememesi için hiç bir sebep yoktu.

Mahkeme para cezasına hükmettiğinde, gerekli³⁷⁷² görüyorsa, toplamı 2 seneyi geçmemek üzere, belli sürelerde ve belli taksitlerle ödenmesine karar verir.³⁷⁷³ Taksitlerden biri süresinde ödenmezse, geri kalanın tamamının ödeneceğini de gösterir.

Ödenmeyen para cezasının “hapse çevrilmesi” mümkündür (TCK 52/4).

V. Cezaların toplanması.

Mülga Kanunlara göre, birleştirilen muhakemelerde aynı sanığın birden fazla mahkumiyeti halinde, cezaların içtimaı gerekirdi. Yeni Ceza Adalet Sistemi TCK 68 - 78'deki içtima sistemini terk etmiştir. Yeni CİGK, her bir cezanın diğerinden bağımsız olmasını kabul etmiştir (CGİK 99). Mahkeme mahkûmun koşullu salıvermeden yararlanması için, bir toplama kararı verir (CGİK 107). Birleştirilen muhakemelerde aynı sanığın birden fazla mahkûmiyeti halinde cezaların içtimaı gerekirdi.³⁷⁷⁴ Her suçun cezasını tâyinde, ceza toplamının yukarı sınırına göre verilebilecek miktar nazara alınır.³⁷⁷⁵

486. ç) HÜKMÜN VERİLMESİ, AÇIKLANMASI.

I. Müzakere ve oy verme.

Mahkeme salonunda yapılan duruşmanın sonunda başkan duruşmanın sona erdiğini açıklar (CMK 223/1) ve duruşmanın sonuç çıkarma bölümü başlar. Hükmün verilmesi için, diğer çeşit kararlarda da olduğu gibi, mahkeme toplu ise kurulun gizli olarak müzakere yapması (CMK 227) ve oy vermesi (CMK 229) gerekmektedir (No. 278).

Uygunluk prensibi (No. 406) burada da kendini gösterir. Hükmün verilmesi bazen pek kısa tutulabilir ve mahkeme makamını işgal eden hâkimler müzakere odasına dahi çekilmeden, basit olan işlerde savcı yoksa, kürsüde birbirleri ile fısıldaşarak kararlarını verebilirler. Savcının da bu sırada hazır bulunması bozma sebebi olabilir.

Geniş manada duruşmanın bitmesi ile hükmün verilmesi arasında ancak *gereğinin düşünülmesinin* gerektirdiği kadar bir zaman geçmelidir. Tefhim süresi bizde önceleri duruşmanın sona ermesinden itibaren en fazla bir hafta idi (CMUK 261/1), ama 1985 de kaldırılmıştı.³⁷⁷⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu da tefhime (hükmün açıklanması) ilişkin bir süreye yer vermedi (CMK 231). Alman Kanunu ise en fazla iki haftalık bir süre vermiştir. Duruşma sona erdikten sonra iki hafta içinde hüküm açıklanmazsa,

³⁷⁷² Bir suçtan verilen ceza taksidde bağlanmışsa diğeri de bağlanmalıdır (8. CD. 22/12/76 YKD 77 597).

³⁷⁷³ Taksidde bağlanacak ceza, tutuklama mahsubundan sonraki cezadır (5. CD 4/10/77 YKD 78, 1400). İstenmişse, taksit hakkında karar verilmemesi bozma sebebidir (4. CD 18/12/73 RKD 74, 63; CGK 21/6/76 YKD 77, 1296). Taksitlerin her ayın ilk beş günü ödenmesi kararı, infazda karışıklığa yol açar diye bozulmuştur (CGK 9/6/75 YKD 75/1, 20). Taksit öngörülmüşse, süre belirtilmelidir (CGK 24/11/76 YKD 76, 734). Mahkeme taksitsiz ödenecek de diyebilir (CGK 29/11/76 YKD 79, 109; k-m: 4. CD 8/12/76 YKD 77, 1013). Savcının infaz sırasında taksidde bağlama yetkisi (CİK 5/8), mahkemenin taksit konusunda hiç bir karar vermemesi halindedir.

³⁷⁷⁴ Tahsil mercileri ayrı olan para cezaları içtima ettirilmez (7. CD 30/6/76 YKD 77, 1324).

³⁷⁷⁵ Bu bakımdan ikinci suç için, toplama sınırını geçtiği için verilemeyecek ceza, paraya da çevrilemez (1. CD 13/12/77 YKD 78, 1017). CGK 15.12.1998 (E. 1998/5-311, K. 1998/386, YKD 1999/541): Sanığın teselsül içinde yer alan basit ve nitelikli zimmet suçlarına ait para cezaları, basit ve nitelikli zimmetlerin sayısı ve kendilerine özgü misil artırımları ile ayrı ayrı belirlenip içtimaı tabi tutulduktan sonra sonuç para cezasının belirlenmesi gerekir. *Sokullu-Akıncı* (Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, Kunter'e Armağan, 1998, 325), tüm suçluların cezaevine konulmasının sakıncalı olduğunu, bazı suçlular için tek seçenek cezaevi olmasına rağmen, bazıları için farklı alternatiflerin uygulanabileceğini belirtmektedir. Elektronik izleme (telefon robotu metodu, kilitli bilezik metodu ve telefon gerektirmeyen cihazlar), kamuya ait bir yerde zorunlu kalma, zararın giderilmesi ve toplum hizmeti-kamu yararına çalışma gibi yeni metotların bizde de uygulanmasını önermektedir.

³⁷⁷⁶ Duruşmanın bittiği bildirilince, hemen karar verilemiyorsa, hâkimler kurulu müzakereye, (tek hâkim de gereğini düşünmeğe) çekilmeli, müzakere kaç saat sürerse sürsün, sonunda derhal karar verilmeli, mümkünse bütünü ile değilse hüküm fıkrası yazılıp imzalanmalı ve tefhim olunmalıdır. Duruşmanın bitmesinden sonra bir hafta içinde hükmün tefhimine kanunumuzun müsaade etmesi, duruşma bitti deyip, hükmün verilmesi için bir hafta, hatta tatbikatta görüldüğü üzere, daha fazla ara verilmesine sebep olmaktadır. Böylece hâkimler sonradan, meselâ savcı ile temas edebilmekte, onun son sözlerinin tesiri altında karar verebilmekte ve böylece duruşma yapılması ve son sözün sanığa verilmesi yolundaki hükümler tesirsiz hale gelmekteydi. Tatbikatta rastlanan gecikmelerin sakıncaları için Bk. *Yüce*, 61.

duruşmanın yeniden yapılması mecburiyeti ön görülmüştür (StPO 268/2). Bu konuda duruşmada ara vermeye ilişkin StPO 229 uygulanmaktadır.

II. Hükümün açıklanması ve tebliği.

Hükümün bildirilmesi, *açıklanması* veya *tebliği* şeklinde olur. Bu konuda, istisna olarak temsil yetkisi ile müdafiyeye bildirmenin sanığa bildirme sayılacağı hatırlanmalıdır (No. 128). Zorunlu müdafinin bulunmaması duruşma yapılmasına ve dolayısıyla mahkûmiyet hükmünün açıklanmasına engel olduğu için, 2017 yılında 694 sayılı KHK ile CMK 216/3'e, 'Bu aşamada zorunlu müdafinin duruşmada bulunmaması hükmün açıklanmasına engel teşkil etmez.' cümlesi eklenmiştir.

1. Hükümün açıklanması.³⁷⁷⁷

Mahkeme heyeti tekrar duruşma salonuna geldiğinde, sanık duruşma salonunda hazır ise, gizli yapılan müzakerenin sonucunda mahkemenin ulaştığı vicdani kanaati ifade eden *hüküm fıkrası* (CMK 232) okunur, hükümün gerekçesi ise ana hatları ile *anlatılır* (CMK 231/1).

Hükümün açıklanması sırasında hükümün gerekçesi tümüyle tutanağa geçirilmemişse, açıklanmasından itibaren onbeş³⁷⁷⁸ gün içinde dava dosyasına konulur (CMK 232/3).

Hükümün gerekçesinin daha sonra yazılması halinde bunu kimin imzalayacağı sorunu ortaya çıkar. Duruşmaya katılardan başka bir zabıt kâtibi tarafından başka bir zabıt kâtibi tarafından yazılıp imzalanması, hukuka uygundur. Kural olarak hâkim imzalarının duruşmaya katılın hâkim tarafından atılması gerekir, duruşma tutanağının hüküm esasını oluşturan kararın açıklandığı oturuma katılmayan hâkim tarafından imzalanması usule aykırılık teşkil ediyordu. Kanun koyucu bunun üzerine 2016 yılında maddeye yeni bir fıkra ekledi: *Hüküm sonucu tefhim edildikten sonra hâkim gerekçeli kararı imzalamadan ölür veya kararı imzalayamayacak hali düşerse, yeni hâkim hükme uygun olarak gerekçeli kararı bizzat yazar ve imzalar. Bu durum toplu mahkemelerde meydana gelirse, hüküm diğer hakimler tarafından imzalanır ve diğer hâkimin imza edememesinin sebebi hüküm adına yazılır* (CMK 232/5).

Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir (CMK 231/4).³⁷⁷⁹

Hüküm açıklanırken sanık hazır ise, varsa kanun yolu bildirilir. Bu bildiriş açık ve tam olmalı, nereye baş vuracağı ve süresini de kapsmalıdır (CMK 231/2). Kanun, "tazminat isteyebileceği bir hal varsa" bunu da (CMK 144) beraat eden sanığa bildirilmesini ve merci ile süresinin de açıklanmasını öngörmüştür (CMK 231/3).

Hükümün açıklanması ile *duruşmanın sonuç çıkarma aşaması* ve dolayısı ile onun son aşaması olduğu *kovuşturma evresi* sona erer.

2. Tebliğ.

Aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim ve mahkeme kararları, hazır bulunamayan³⁷⁸⁰ ilgisine vasıtalı bildirmeye, yani *tebliğe*³⁷⁸¹ başvurularak duyurulur. Gerçekten, ilgiliye tefhim sırasında gerekçe okunsa da temyiz dilekçesini hazırlamak için elde metne ihtiyaç olduğu açıktır.

³⁷⁷⁷ Kararın sözle bildirilmesine, evvelce *tefhim* deniliyordu (CMUK 261).

³⁷⁷⁸ Mülga Kanun döneminde bu süre üç gün idi (CMUK 268/1).

³⁷⁷⁹ Mülga Kanunda *herkes tarafından* ibaresi yoktu, kural *Hüküm fıkrası ayakta dinlenir* idi (CMUK 261/2). Bu nedenle, artık hüküm fıkrası okunurken, hakimlerin de ayağa kalkması gerekecektir.

³⁷⁸⁰ Duruşmada hazır bulunmamanın *hukuken geçerli bir mazerete dayalı olup olmaması* 2005 değişikliği sonrasında önemli olmaktan çıkmıştır (CMK 35/2).

³⁷⁸¹ Mülga Kanuna göre, hüküm temyiz edilirse, tefhim edilmiş olsa dahi, buna rağmen tekrar tebliğ edilirdi (CMUK 314). Bu, temyiz layihasını hazırlamak için gerekli idi. Temyiz dilekçesinde temyiz sebepleri gösterilse bile yine tebliğ lâzımdı (AsYİTÇBK: 22/1/69, RG 21/3/69). Bu tebligatın yapılmaması, temyiz yargılamasına engel oluyordu (1. CD 29/12/52, *Çağlayan* "66" III, 147). Ceza Muhakemesi Kanununda bu hükme yer verilmedi (mülga CMK 295/1). 2024 yılında 7499 sayılı Kanun ile *istinaf ve temyiz sürelerinin* (CMK 273/1 ve 291/1) *hüküm gerekçesi ile birlikte tebliğ edildiği tarihten itibaren başlaması* kabul edildiği için, ek dilekçe kurumunu düzenleyen CMK 295 1 Haziran 2024 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır (No. ??).

Hükmün tebliği vasıta ile bildirilmesidir. Bu da üç şekilde olur: 1) tevdi suretiyle, 2) gösterme suretiyle, 3) ilân suretiyle.

Kendisine hüküm tebliğ edilecek kimselerin başında sanık gelir. Gaip hakkında duruşma yapılmasına istisna olarak müsaade edilen hallerde gaip sanığa hüküm tebliğ edileceği gibi, gaip olmayan fakat duruşmada ve hükmün tefhimi sırasında hazır bulunmayan sanığa da hüküm tebliğ edilecektir³⁷⁸², meğerki her iki halde de sanığı temsil eden müdafîye tefhim veya tebliğ edilmiş olsun.

486-1. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI.

I. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kavramı.

1. HAGB kavramı.

İki yıl veya daha az hapis cezası veya adli para cezasına mahkûm edilen sanık hakkında verilen hükmün açıklanması beş yıl ertelenebilir. Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmü, müsadere dışında hukuki bir sonuç doğurmaz. Sanık beş yıllık deneme süresi içinde kasıtlı suç işlemezse kamu davasının düşmesine karar verilir (CMK 231/5 vd). Yargıtay tarafından “koşullu bir düşme nedeni” olduğu kabul edilen HAGB kararının³⁷⁸³ maddi ceza hukuku yönü ağır bastığı için kesinleşmiş hükümler açısından dahi *geçmişe yürüme esası* benimsenmiş ve takdir hakkının kullanılmasını sonuçlandıran hallerde duruşma açılması³⁷⁸⁴ gerektiğine karar verilmiştir.

2. Kullanmak için uyuşturucu suçlarında kamu davasının açılmasının ertelenmesi.

Türk Ceza Kanununun 191 inci maddesinde düzenlenen kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme veya bulundurma suçunda artık *kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı* verilmesi mecburiyeti öngörülmüştür. Ancak, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK 188) veya bu maddelerin kullanılmasını kolaylaştırma (TCK 190) suçlarından dolayı yapılan kovuşturma evresinde, suçun münhasıran TCK 191 kapsamındaki kullanma suçunu oluşturduğu anlaşılırsa, sanık hakkında bu madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir (TCK 191/8) ve bu maddede aksine düzenleme bulunmayan hallerde CMK 171 ve 231 maddeler hükümleri uygulanır (TCK 191/9).

Daha önceki düzenlemede ise, *hükmün verilmesinin geri bırakılması* adı altında özel bir düzenleme yer almakta idi.³⁷⁸⁵

3. Çocuk Ceza Hukukundaki HAGB.

2006 yılında yapılan değişiklikle çocuk hukukundaki HAGB ile genel usuldeki aynı hükümlere tabi kılındı. Oysa çocuklara ilişkin özel bir düzenleme yapılması gerekmektedir. İleride çocuklar hakkında özel düzenleme yapılmasını tekrar bekliyoruz. Bu yöndeki ÇKK 23’deki hükme göre, yapılan yargılama sonunda Ceza Muhakemesi Kanunundaki koşulların varlığı halinde mahkemece HAGB verilebilir. Ancak çocuklar açısından denetim süresi üç yıldır (No. 488/VIII).

II. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı.

³⁷⁸² 1965 Alman reformunda, duruşma tutanağı tamamlanmadan gerekçenin tebliğ edilmemesi kabul edildi (*Barosio*, 267), 1975 reformunda da süre beş haftaya çıkardı (*Grauhan*, 398). Aslında bu da indirmeydi, çünkü uygulamada daha uzundu (*Herrmann*, 80).

³⁷⁸³ CGK 19.2.2008, E. 2006/6.md-346, K. 2008/25; CGK 10.3.2009, E. 2009/11-41, K. 2009/52.

³⁷⁸⁴ CGK 3.2.2009, E. 2008/10250, K. 2009/13.

³⁷⁸⁵ Mahkeme bu suçlardan dolayı “*hüküm vermeden önce*”, “kullanıcı” hakkında “*tedavi ve denetimli serbestlik kararı*” verebiliyordu (TCK 191/2). “Kullanmak için satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi” hakkında ise, sadece denetimli serbestlik kararı verebiliyordu. Tedavi ve denetimli serbestlik yükümüne tabi tutulan kişiye rehberlik edecek bir “uzman” görevlendiriliyor, uzman, kişiye öğütte bulunup ve yol gösteriyor ve üçer aylık sürelerle kişinin gelişmesi hakkında hâkime rapor veriyordu (TCK 191/3). Tedavi ve denetimli serbestlik yükümlerine uygun davranan kişi hakkında “*davanın düşmesi kararı*”, aksi takdirde davaya devam olunarak, hüküm veriliyordu (TCK 191/5). Bu suç nedeni ile cezaya hükmedildikten sonra da hükmolunan cezanın “*infazı erteleniyor*” (TCK 191/6), tedavi ve tedbir kararının gereklerine uygun davranılması halinde *ceza infaz edilmiş sayılıyor*, aksi halde ceza derhal infaz ediliyordu (TCK 191/7).

Aşağıda 1 Haziran 2024 tarihinde yürürlüğe giren 2024-7499 sayılı Kanun ile değişen 'hükmün açıklanmasının geri bırakılması' kurumu açıklanacaktır.

1. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin koşulları.

a) Asıl ceza davasında mahkûmiyet kararı verilmesi koşulu.

Sanık hakkında yapılan yargılama sonunda, ispat faaliyeti bitirildikten sonra, sanığın isnat edilen fiili kusurlu bir şekilde gerçekleştirdiği için, suçlu olduğu tespit edilirse mahkûmiyet kararı verilir ve cezanın belirlenmesine (TCK 61) geçilerek, ceza belirlenir. Mahkemenin sanığın işlediği iddia edilen fiili sabit görmüş olması ve bu fiili kasten veya taksirle işlemiş bulunduğu vicdani kanaat getirerek (CMK 217/1), sanık hakkında bir mahkûmiyet hükmü (CMK 223/5) kurmuş olması gerekir. Ancak, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verirse, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez (CMK 231/7).

b) Sonuç cezanın iki yıl veya daha az hapis veya adli para cezası olması koşulu.

Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl³⁷⁸⁶ veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir (CMK 231/5, cü.1). Dolayısıyla, koşulları gerçekleşmişse, mahkeme *hükmün açıklanmasını geri bırakıp* bırakmayacağını takdir³⁷⁸⁷ eder ve ikinci bir karar daha vererek, kurulmuş olan *hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına* karar verebilir. Bu kararın verilmesi için istemde bulunulması gerekmez.³⁷⁸⁸

Sonuç ceza olarak hükmedilen hapis cezasının iki yıllık süresinin *birden fazla suçtan mahkûmiyet* halinde hesaplanması konusunda (CMK 231/5) Kanunda açıklık yoktur. Yani hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verirken nazara alınacak olan ceza miktarı konusunda, toplam ceza mı yoksa her bir suç için verilen cezanın ayrı ayrı mı ele alınacağı konusu düzenlenmemiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 3.2.2009 tarih ve 13 numaralı kararı ile sanığın yükümlülüklerine uygun davranması halinde düşme kararı verilmesi sonucu doğduğunu dikkate almış ve bu niteliği ile HAGB kurumunun sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birini oluşturduğunu vurgulamıştır. Düşme nedenlerinin her bir suç yönünden ayrı ayrı nazara alınması gerektiği için birden fazla suçtan mahkûmiyet halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı hususunun her suç yönünden ayrı değerlendirilmesi gerektiği içtihat edilmiştir.³⁷⁸⁹

c) Daha önce kasıtlı suçtan mahkûm olmama koşulu.

Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması gerekir (CMK 231/6-a). Daha önce *taksirli* bir suçtan mahkûm olmak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması engeli değildir. Kanunda *mahkûm olma* kelimesi kullanıldığı için, bunun *kesinleşmesi* yeterli görülmekte, *infaz edilmiş* olması aranmamaktadır.³⁷⁹⁰

ç) Mahkemece yeniden suç işlemeyeceği kanaatine varılması koşulu.

³⁷⁸⁶ “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması” kurumu 2006 yılında 5560 sayılı kanunla ilk defa düzenlendiği sırada aranan koşullar, davanın konusunun “soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bir suç” olması ve mahkemenin *sonuç ceza olarak hükmettiği cezanın adli para cezası* veya bir yıl veya daha az süreli hapis cezası olması ve tarafların uzlaşmaya varamamış olmaları idi (CMK “2006-5560” 231/5). Daha sonra 2008 yılında yapılan değişiklikle, şikâyet şartı kaldırıldı, hapis cezasının sınırı iki yıla yükseltildi. Ancak, Anayasanın 174’üncü maddesinde koruma altına alınan İnkılap Kanunlarında yer alan suçlarda (ve askeri suçlarda) hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulanması kabul edilmedi (CMK “2008-5728” 231/14).

³⁷⁸⁷ YN 2023, 850; Mahkeme her somut olayda ceza sınırına bakarak hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı konusunda takdir yetkisini kullanmak ve bu konuda bir karar vermek mecburiyetindedir (2. CD 31.1.2007, 7620/1092; bu ve benzer nitelikteki kararlar için bakınız; Ünver/Hakeri 2010, 674.).

³⁷⁸⁸ CGK 13.11.2007, K.8-171/235 (Ünver Hakeri 2010, 674).

³⁷⁸⁹ YN 2023, 850.

³⁷⁹⁰ CMK 231. maddesinin 6. fıkrasının (a) bendinde olumsuz koşul olarak öngörülen daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamaktan anlaşılması gereken husus, mahkûmiyetin kasıtlı bir suçtan doğmasıdır. Anılan bentte hükmolunan ceza yönünden herhangi bir ayırım gözetilmediğinden, hükmolunan cezanın hapis veya adli para cezası olmasının, bu koşul açısından herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması gerekir (CMK 231/6-b). Mahkeme bu kanaatini oluştururken sanığın kişilik özelliklerini ve duruşmadaki tutum ve davranışlarını göz önünde bulundurur. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilebilmesi için karar gerekçesinde (No. 28) somut bilgi ve belgelere dayanılmalı, *sanığın yeniden suç işlemeyeceği hususunda bir kanaate varılmadığı* şeklinde soyut ifadelerle yetinilmemelidir.³⁷⁹¹ Buna rağmen, Yargıtay'ın gerekçe konusunda hassas davranmadığı görülmektedir.³⁷⁹²

d) Suçun işlenmesi ile doğan zararın tamamen giderilmesi koşulu.

Mağdurun veya kamunun suçun işlenmesi ile uğradığı zararın aynen iade, önceki hale getirme veya tazmin yolu ile tamamen giderilmesi gerekir (CMK 231/6-c). Ancak herhangi bir zararın doğmadığı veya zarar doğurmaya elverişli bulunmayan suçlar yönünden bu koşul aranmayacaktır. Örneğin 6136 sayılı Yasanın 13. maddesine aykırılık halinde herhangi bir zarar bulunmadığından zararın giderimi koşulu aranmaz. Ancak sanığın buna olanak bulamadığı hallerde zararın aylık taksitler halinde ödenmesi koşulu ile HAGB kararı verilebilir (CMK 231/9).

Burada uğranılan zararlardan kastedilen maddi zararlar olup manevi zararlar bu kapsamda değerlendirilmemelidir.³⁷⁹³

Maddi zararın bizzat sanık tarafından yerine getirilmesi gerekmeyip sanık adına onun bilgisi ve rızası tahtında üçüncü kişiler tarafından da tazmin, aynen iade veya eski hale getirme suretiyle giderilmesi de olanaklıdır.

Zararın belirlenmesinde hâkim kanaat verici basit bir araştırma yapmalı, fakat hukuk hâkimi gibi gerçek zararı tam anlamıyla saptamaya çalışmamalıdır. Zira kişi giderilmediğini düşündüğü gerçek zararının saptanarak kalan kısmına da hükmedilmesini ileride hukuk mahkemesinden isteyebilir. Yargıtay hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildikten sonra suçtan zarar görenin ayrıca manevi tazminat davası açabileceğini kabul etmektedir.³⁷⁹⁴

Maddi zararın bizzat sanık tarafından yerine getirilmesi gerekmeyip, sanık adına onun bilgisi ve rızası tahtında üçüncü kişiler tarafından da tazmin, aynen iade veya eski hale getirme suretiyle giderilmesi de olanaklıdır. Ancak, herhangi bir zararın doğmadığı veya zarar doğurmaya elverişli bulunmayan suçlar yönünden bu koşul aranmayacaktır. Örneğin, 6136 sayılı Yasanın 13. maddesine aykırılık halinde, herhangi bir zarar bulunmadığından zararın giderimi koşulu aranmaz.

e) Sanığın HAGB'yi kabul etmesi koşulu kaldırılmıştır.

Sanığın kabul etmemesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemiyordu.³⁷⁹⁵ Sanığın açıklanması geri bırakılan asıl ceza davasında verilen hükmü istinaf veya temyiz edebilmesi için, kanun koyucu HAGB kararını kabul edip etmeme konusunda sanığa bir tercih hakkı vermişti (CMK

³⁷⁹¹ Yargıtay da *dosya kapsamına göre yeniden suç işlemeyeceğine kanaat getirilmediği* şeklindeki soyut gerekçe ile hükmün açıklanmadığının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesini kanuna aykırı bulmuştur (YN 2023, 851; 4 CD 15.04.2009, 2090/7612).

³⁷⁹² Örneğin, Yargıtay kasten yaralama, görevliye direnme, belgede sahtecilik, dolandırıcılık ve hakaret suçlarından sabıkalı bulunduğu adli sicil kaydından anlaşılan sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmaması ile ilgili olarak *sanığın kişilik özellikleri göz önüne alınarak yeniden suç işlemeyeceği konusunda mahkemece yeterli kanaat oluşmadığından sanık hakkında 231. maddesi uygulanmamıştır*, şeklindeki gerekçeyi yeterli ve yasaya uygun bulmuştur (CGK 27.03.2012, E. 2011/4, 253, K.2012/117).

³⁷⁹³ YN 2023, 852; CMK'nın 231/6-c de belirtilen zarar kavramı belirlenebilir maddi zarara ilişkin olup, manevi nitelikte zararı kapsamaması karşısında sanıkların kişilik özelliklerinin göz önüne alınarak karar verilmesi gerekir (CD 05.10.2009: E. 2009/13696 K. 2009/15351).

³⁷⁹⁴ YN 2023, 853; 11. CD, E. 2016/8334, K. 2018/7310, T. 26.9.2018; 4. HD, E. 2016/6656, K. 2016/8136 T. 21.6.2016.

³⁷⁹⁵ Değişikliği yapan "2010-6008" numaralı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olanların, bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren onbeş gün içinde mahkemeye başvurmaları halinde, mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı geri alınır ve Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesinin yedinci fıkrasındaki kayıtla bağlı olmaksızın, başvuruda bulunan sanık hakkında yeniden hüküm kurulur.

231/6, mülga cü.2). 2024-7499 değişikliği ile HAGB kararının istinaf edilmesi benimsendiği için, kabul koşulu kaldırıldı.

Buna karşılık, *basit yargulamada verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için sanık tarafından yazılı olarak karşı çıkılmaması koşulu* halen aranmaktadır (CMK 251/4). Bu bir çelişkidir.

2. HAGB kararı verilemeyen haller.

a) İnkılap Kanunları.

Anayasa 174 ile koruma altına alınan inkılap kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak HAGB uygulanamaz (CMK 231/14).³⁷⁹⁶

b) Çek suçları.

Çek Kanunu'nun 5/10. fıkrası uyarınca karşılıksız çek keşidesi suçunda HAGB uygulanamayacaktır.

c) Önödeme, uzlaştırma veya seri muhakemeye tabi suçlar.

Bir suçta önödeme, uzlaştırma veya seri muhakeme uygulanabiliyorsa önce bu yolların denenmiş olması gerekir. Bu suçlarda ilk işlem olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez (CMK 174/1-c).

Askeri suçlarda seçenek yaptırımlar ile önödeme uygulanmasında özellikler vardır, fakat kural olarak HAGB uygulanabilir. HAGB uygulanamayan haller AsCK Ek m. 17 ile düzenlenmiştir (No. 83/IV).³⁷⁹⁷

Uzlaştırmaya tabi suçlar bakımından, bu usul uygulanmadan HAGB kararı verilemez (CMK 231/5, cü.2). Taraflar uzlaşmış, fakat edimin yerine getirilmesi ileri tarihe bırakılmış, takside bağlanmış veya süreklilik arz ediyorsa, sanık hakkında CMK 231'deki koşullar aranmaksızın *hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı* verilir ve uzlaşmanın gerekleri yerine getirilmezse, mahkeme tarafından CMK 231/11'deki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır (CMK 254/2).

ç) Tekrar suç işleyen HAGB'li sanık.

Hakkında uygulanan beş yıllık zorunlu denetim süresi içinde yeni bir kasıtlı suç işleyen sanık hakkında bir daha HAGB kararı verilemez (CMK 231/8-a).

d) Cezasızlık algısı yaratan haller.

AİHM ve AYM kararları doğrultusunda cezasızlık algılaması yaratan hallerde kamu görevlileri hakkında verilen hapis cezaları hakkında da HAGB uygulanmamalıdır. İlk derece mahkemesinin HAGB kararı vermesi takdirine bağlıdır. Mahkeme bu takdir yetkisini kullanırken AİHM içtihatlarını dikkate alması yerinde olur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Zeynep Özcan/Türkiye* kararında³⁷⁹⁸ HAGB uygulamasının hükmü etkisiz kılma sonucu doğurduğunu ve Sözleşmenin kötü muameleden korunmaya yönelik standardına uygun düşmediğine karar vermiş ve HAGB'nin *kabul edilemez tedbirler* kategorisine girdiğini belirtmiştir: “Suç kamu görevlisinin görevini kötüye kullanmasından veya yetkisini aşmasından kaynaklanıyorsa, özellikle işkence ve kötü muamele içeriyorsa HAGB kararı verilemez.” Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru üzerine verdiği kararda³⁷⁹⁹ cinsel saldırı suçunu işleyen kişi hakkında HAGB kararı verilmesinin Anayasa'nın 17/3. fıkrasını ihlal ettiğini kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi 15.01.2020 tarihli kararında³⁸⁰⁰ aksi

³⁷⁹⁶ Söz konusu kanunlardan sadece 30.11.1925 tarih ve 677 sayılı “Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun” ceza hükmü içermektedir. En son TCK 230/5'deki *evlenmenin dinsel törenini yaptırma suçu* da yürürlükten kalkmıştır.

³⁷⁹⁷ Demirağ 2023, 419.

³⁷⁹⁸ Kaya, s. 428

³⁷⁹⁹ YN 2023, 849; AYM, EA Başvurusu, Başvuru No: 2014/19112, 17.05.2018.

³⁸⁰⁰ “... Ancak eyleme devlet görevlilerinin bir dahlinin olup olmaması, mağdurun ve failin yaşı ile cinsiyetleri, eylemin süresi ve şiddeti gibi her somut olayın koşullarına göre incelenmesi gereken bazı kriterlerden bahsedilebilecektir. Somut olayda başvuru temyiz kudretine sahip olsa da çocuk olması sebebiyle yetişkin bir insana göre daha dezavantajlı konumdadır. Diğer taraftan ilk cinsel birliktelik sırasında başvuru on sekiz yaşından küçük ise de on yedi yaşını birkaç ay fazlayla doldurmuş,

görüşü kabul ederek reşit olmayan cinsel ilişki suçunda (TCK 104) HAGB kararı verilebileceğini kabul etmiştir. Oysa etkin ve caydırıcı yaptırımın uygulanması gereken cinsel suçlarda HAGB kararı verilmesi kabul edilmemelidir.

Anayasa Mahkemesi *Elif Aydın Dost* kararında³⁸⁰¹ sanık hakkında zor kullanmak yetkisinin sınırını aşmak suretiyle başvuruçunun parmağında kırık meydana getirerek yaralanmasına sebep olduğu eylemi sabit görülerek TCK'nun 256. maddesi delaletiyle 86/1. fıkra uyarınca onbir ay yirmi gün hapis cezası ile cezalandırılarak HAGB kararı verilmesinin, insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele yasağını ihlal ettiğini kabul etmiştir.

3. HAGB kararına karşı kanun yolu.

a) İstinaf.

Kanunda sadece HAGB kararının istinaf edilebileceği belirtilmiş, açıklanması geri bırakılan *ön hükümden* söz edilmemiştir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı istinaf yoluna başvurulabilir (CMK 231/12, cü.1). İstinafın genel kuralı uyarınca bazı adli para cezaları istinaf edilemez: CMK 272/3 hükümleri saklıdır.

Ancak dikkat etmek gerekir ki, *istinaf* yolu sadece 1 Haziran 2024 tarihi ve *sonrasında* verilen³⁸⁰² hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı açıktır. Daha önce verilen kararlara *itiraz yolu* uygulanmaya devam etmektedir.³⁸⁰³

b) Üst mahkemelerin ilk derece mahkemesi sıfatı ile verdiği HAGB kararlarının temyizi.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının BAM veya Yargıtay tarafından ilk derece mahkemesi sıfatı ile bakılan ceza davalarında verilmesi halinde, HAGB kararına karşı temyiz yolu açılmıştır (CMK 231/12, cü.3). Karara karşı temyiz yolu açık olmasına rağmen, CMK 272/3'teki istinaf yolunu kapatan kurala yollama yapılmıştır.

c) Kanun yolu incelemesinin kapsamı.

HAGB kararına karşı, yerine göre yapılan istinaf ve temyiz yollarında *karar ve hüküm*, usul ve esasa ilişkin *hukuka aykırılıklar* yönünden incelenir (CMK 231/12, cü.4).

2024 değişikliği öncesinde HAGB kararı *itiraz* üzerine incelendiğinde, Yargıtay *aleyhe bozma yasağının* uygulanması³⁸⁰⁴ ve uygulanmaması³⁸⁰⁵ yönünde çelişkili kararlar vermişti. CMK 231/12. fıkrasındaki yeni düzenleme, *istinaf* merciine esasa da girerek inceleme yapma imkânı verdiği, diğer bir

son ilişki sırasında ise on sekiz yaşını doldurmak üzeredir. Suçun failinin ise geçmişte bu türden bir cezaya mahkûm olduğuna dair bir bilgi bulunmamaktadır. Bu duruma göre rızaya dayalı cinsel birliktelik nedeniyle fail hakkında bir ceza yargılaması yapıldığı ve yargılama sonucu hapis cezasına hükmedildiği gözetildiğinde failin hayatında olumsuz etkiler yaratacağı değerlendirilmesi yapan Mahkemece HAGB kararı verilmesinin cezayı etkisiz kıldığı ve Anayasa'nın 17/3. fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağını ihlal ettiği söylenemeyecektir ...", AYM G.O. Başvurusu B. no: 2016/2470, 15.1.2020.

³⁸⁰¹ Başvuru No: 2014/19954, T. 22.06.2018.

³⁸⁰² Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararın karşı kanun yolunu istinaf olarak düzenleyen kural (CMK 231/12) 1 Haziran 2024 tarihi ve sonrasında verilen HAGB kararları hakkında uygulanır (2024-7499 sK m. 22 ile CMK'ya eklenen GEÇİCİ MADDE 6/2-a).

³⁸⁰³ 1 Haziran 2024 tarihinde *önce* verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları hakkında *itiraz* kanun yolunun uygulanmasına devam edilecektir. Bu itirazların incelenmesindeki usul genel usulden farklıdır: İtiraz inceleyen merci karar ve hükümde usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılık tespit ederse, gerekçesini göstererek karar ve hükmü kaldırır ve dosyayı hükmü veren mahkemeye gönderecektir (CMK 231/12'nin AYM kararı ile iptal edilmesinden sonra yürürlüğe giren ve 2024-7999 sK ile değişmeden önceki şekli) (2024-7499 sK m. 22 ile CMK'ya eklenen GEÇİCİ MADDE 6/2-b).

³⁸⁰⁴ Yargıtay 14 CD'si kıyas metodunun ceza hukukunun aksine ceza muhakemesi hukukunda kural olarak serbest olduğunu ve ceza muhakemesi hukukunda genişletici yorum yapılabileceğini belirterek, HAGB kararı aleyhine yalnızca sanık tarafından itiraz kanun yoluna başvurulması sebebiyle aleyhe değiştirme (bozma) yasağı gereği ilk verilen ceza miktarından daha fazla cezaya karar verilemeyeceğini kabul etmiştir (14. CD, 24.12.2018, E. 2017/7422, K. 2018/7718).

³⁸⁰⁵ Buna karşılık Yargıtay 1 CD'si HAGB kararının CMK'nın 223/1. maddesinde öngörülen davayı esastan sonlandırıcı, hüküm niteliğinde olmadığı aleyhe bozma veya aleyhe değiştirme yasağının sadece davanın esasını çözümlen hükümlerle sınırlı olarak istinaf veya temyiz yasa yolunda kabul edildiği, bu nedenle HAGB kararına itirazda yasağın uygulanması gerekmeyeceğine karar vermiştir (1. CD, 06.09.2021, E. 2021/5595, K. 2021/11719).

ifade ile sadece HAGB'nin koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği değil, sübuta ilişkin de karar verebileceği için *aleyhe değiştirme yasağının uygulanması gerektiği* kanaatindeyiz.

ç) *İstinaftan sonra temyiz.*

Bölge adliye mahkemesinin istinaf davasında verdiği kararlara karşı kural olarak CMK 286 kapsamında temyize gidilebilir (CMK 231/12, cü.2). Ancak, CMK 286/2'deki beş yıl ve daha fazla hapis cezasına mahkûmiyette temyiz yolunun kapanması kuralı nedeni ile, istinaftan sonra temyize gelen dava sayısının çok az olacağı açıktır. CMK 286/3'teki suç listesinde yer alan suçlarda ise temyiz yolu açıktır.

d) *HAGB kararına karşı kanun yolu ile ilgili içtihat ve AYM kararları.*

Yargıtay 22.01.2013 tarih ve 2013/15 sayılı kararı ile bu görüşünü değiştirmiş, yerinde olarak itirazı yerinde gören merciin aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar vereceğini vurgulamış ve merciin itirazı yerinde görmesi halinde HAGB kararını kaldırarak dosyayı hükmü açıklaması için yargılamayı yapan asıl mahkemesine göndermesi gerektiğini belirtmiştir. Ceza Genel Kurulu belirtilen kararında³⁸⁰⁶ itiraz merciin sadece 231. maddede belirtilen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği hususuyla ilgili bir inceleme yapmayacağını; bu inceleme kapsamında sübuta ilişkin bir değerlendirme yapabileceğini kabul etmiştir. Yargıtay itiraz merciin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen hükmü sübut, vasıf ve uygulama noktalarından inceleyebileceğini, bu noktalarda hukuka aykırılık bulunduğunu tespit ettiğinde, bu sebebe bağlı olarak belirtilen kararını kaldıracağını, bundan sonra görevli mahkemenin yeni bir hüküm vereceğini, bunun yeni bir hüküm olduğunu belirtmiştir. Söz konusu CGK kararında; suç niteliğinin değiştiğine yönelik başvuruların da itiraz merci tarafından değerlendirilebileceğini, gerekli gördüğünde cevap vermesi için itirazı müdafisine tebliğ etmesi gerektiğini, Cumhuriyet savcısı ile müdafisini dinleyebileceğini, ihtiyaç duyduğu konular varsa gerekli araştırma ve incelemeyi yapabileceğini kabul edilmiştir.

CGK'nun HAGB kararına itirazın incelenme usulüne ilişkin bu kararına rağmen, 231/12. fıkra Anayasa Mahkemesinin 20.07.2022 tarihli kararı³⁸⁰⁷ ile iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi iptal kararının gerekçesi olarak belirli ve etkili bir denetim yolunun öngörülmediğini kabul etmiştir.

4. *Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının sonuçları.*

a) *Sanık hakkında kurulan hükmün hukuki sonuç doğurmaması ve müsadere istisnası.*

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinde iki karar vardır. İlk karar esas mahkemesinin asıl ceza davasında sanık hakkında kurduğu mahkûmiyet kararıdır. Bu kararın üzerine inşa edilen *hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı* ise, mahkûmiyet hükmünün hukuki bir varlık kazanmasını engelleyen, tali ceza davasında verilen ikinci karardır. Bu ikinci karar varlığını koruduğu sürece *ön mahkûmiyet hükmü* hukuken sonuç doğurmaz (CMK 231/5, cü.3).

Asıl ceza davasında verilen hükümdeki cezalar HAGB kararı ile askıya alınırken, güvenlik tedbiri niteliği taşıyan müsadere kararları bakımından istisna tanınmıştır. Eşyanın mülkiyetini Devlete geçiren bir yaptırım olan müsadere HAGB kararına rağmen uygulanacaktır (CMK 231/5, cü.3).

b) *Sanığın zorunlu veya takdiri olarak denetime tabi tutulması.*

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi hâlinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur (CMK 231/8, cü.1). Mahkemenin takdirine göre belirleyeceği ve bir yıldan fazla olmayan süreyle sanığın bir eğitim programına devam etmesi, ücret karşılığı çalıştırılması, belli yerlere gitmekten yasaklanması, belli yere devam etmesi ya da takdir edilecek başka bir yükümlülüğü yerine getirmesine karar verilebilir (CMK 231/8, cü.2).

c) *Dava zamanaşımının durması.*

Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur (CMK 231/8, cü.4). Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur (CMK 231/8). Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tabi tutulur. Sanık, denetim süresi içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemece

³⁸⁰⁶ CGK 22.01.2013, E. 2012/10-534, K. 2013/15. Aynı yönde CGK 03.03.2020. E. 2016/1150, K. 2020/148.

³⁸⁰⁷ AY Mah. 20.07.2022, E. 2021/121, K. 2022/88.

belirlenen bir denetimli serbestlik tedbirine de tabi tutulabilir. Hangi tedbire karar verilebileceği kanunda sayılmıştır. HAGB kararının kesinleşme tarihi ile yeniden kasıtlı bir suç işlenmesi veya somut olayda karar verildi ise yükümlülükler aykırı hareket edilmesi tarihleri arasında zaman aşımı durmaktadır.³⁸⁰⁸

Ancak, sanık ister bir yükümlülüğe tabi tutularak denetim altında tutulsun, isterse herhangi bir yükümlülük yüklemeyerek beş yıl süreyle denetime tabi tutulsun, denetim süresi içinde dava zaman aşımı durur. Sanık, denetim süresi içinde kasıtlı bir suç daha işlerse, bu suçtan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez ve bu suçun işlendiği tarih, duran zaman aşımı süresinin tekrar işlediği tarihtir. Yeni işlenen suç dolayısıyla zaman aşımının tekrar işlemeye başlayacağı tarih açısından ikinci suçtan dolayı verilen kararın kesinleştiği tarihi esas alan kararlar bulunduğu gibi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılması için tensip kararı verildiği tarihi dikkate alan Yargıtay kararları da vardır. *Epözdemir*,³⁸⁰⁹ dava zaman aşımı süresinin denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüğe aykırı davranıldığı tarihte yeniden işlemeye başlanacağını kabul etmektedir. Bu kabulünü doğrulayan Yargıtay kararlarına da dayanmıştır.³⁸¹⁰

*Baştürk*³⁸¹¹ ise zaman aşımının durmasını objektif kriterlere bağlamış ve davanın yürütmesini imkânsız kılan bazı fiili durumlarda zaman aşımı süresinin baştan başlamayıp kaldığı yerden devam edeceğini, hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararında da bu kararın kesinleştiği, yani kararın uygulanma kabiliyetinin kazandığı ve denetim süresinin başladığı tarihten itibaren duracağını belirtmiştir.³⁸¹²

ç) HAGB kararlarının mahsus sisteme kaydedilmesi.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi hâlinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir (CMK 231/13).

d) Davanın düşmesi kararı.

Sanık denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemezse ve yükümlülüklerine uygun davranırsa, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılır ve askıda olan kamu davası hakkında düşme kararı verilir (CMK 231/10).

5. Mahkemenin askıdaki hükmü açıklaması ve buna karşı itiraz.

a) Yeni kasıtlı suçta askıdaki hükmün açıklanması.

Sanık denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işler veya yükümlülüklerine açıkça aykırı davranırsa, mahkeme askıdaki hükmü açıklar (CMK 231/11, cü. 1). Esas mahkemesinin asıl ceza davasında kurduğu *ön hüküm*, üzerindeki HAGB kararından kurtulunca, daha önce verilmiş olan bu hüküm esas mahkemesi tarafından CMK 231/1-4 maddedeki kurallara uygun olarak açıklanır.

b) Sanığın yükümlülüğü yerine getirememiş olması halinde yeni mahkûmiyet hükmü kurulması.

Sanık kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremedi ise, mahkeme sanığın bu durumunu değerlendirerek cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmın infaz edilmemesine karar verebilir. Koşulları varsa, mahkeme cezanın ertelenmesi veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine de karar verebilir. Bunun için mahkemenin yeni bir mahkûmiyet hükmü kurması gerekir. (CMK 231/11, cü. 2).

c) Açıklanan veya yeni kurulan hükme itiraz.

³⁸⁰⁸ *Albayrak* 2021, 127.

³⁸⁰⁹ *Epözdemir* 2021, 326-328.

³⁸¹⁰ 2 CD 13.2.2013, E 2012/30554, K 2013/2842.

³⁸¹¹ *Baştürk* 2021, 454.

³⁸¹² *Baştürk*, Yargıtay'ın duran zaman aşımının denetim süresi içinde işlenen suçtan dolayı verilen hükümlülük kararın kesinleşmesi şartıyla suçun işlendiği tarihte yeniden işlemeye başlanacağını (2 CD 13.2.2013, E2012/30554, K 2013/2842), yükümlülüğü yerine getirmeme durumunda ise mahkemenin dosyayı yeniden ele aldığı tarihte işleyeceğini (15 CD 22.1.2013, E 2012/15270 K 213/951) nakletmektedir (*Baştürk* 2021454).

Daha önce verilmiş olup yeni açıklanan hüküm veya yeni kurulan hüküm Kanun koyucu 2024 değişikliği ile bu hükümlere karşı sınırlı bir itiraz yolu açmıştır (CMK 231/11, cü. 3).

ç) İtiraz mercii nin incelemesinin kapsamı.

İtiraz mercii yapacağı değerlendirmeyi bu aşamada ancak ilgili fıkra da belirtilen koşullarla (*denetim süresi içinde kasıtlı suç işlenip işlenmediği veya yükümlülüklere aykırılık yapıp yapılmadığı* konuları ile) sınırlı olarak yapabilir (CMK 231/11, cü.4). Buna karşılık, esas mahkemesinin HAGB'ya bağladığı hüküm ilk verildiği sırada *istinaf* edilse idi veya üst mahkemenin ilk derece sıfatı ile verdiği ve HAGB'ye bağlanan hüküm *temyiz* edilse idi, HAGB kararı ve hüküm, usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılıklar yönünden incelenecekti (CMK 231/12, cü.4).

d) Kanun yararına bozma yoluna başvurma sorunu.

Kanun yararına bozma kurumu, temyiz ve istinaf incelemesinden geçmeksizin kesinleşen hüküm ve kararlardaki hukuka aykırılıkların giderilmesi için kabul edilmiştir (CMK 309) (No. 570). 2024 değişikliği ile HAGB kararına karşı istinaf yolunun açılması ile birlikte, daha öce önem taşıyan kanun yararına bozma yolu tartışması gündemden düşmüştür. Ceza Genel Kurulu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının dayanağını oluşturan mahkûmiyet hükmü ise hükmün açıklanması, düşme kararının verilmesi veya yeni bir mahkûmiyet hükmünün tesisinden sonra temyiz incelemesine konu olabileceğini, temyiz yoluna başvurulmadan kesinleşmesi halinde ise koşulları bulunduğu takdirde kanun yararına bozma yolu ile incelenebileceğini ve denetlenebileceğini kabul etmekteydi³⁸¹³

III. HAGB kurumunun ceza adaleti ilkeleri açısından değerlendirilmesi.

1. HAGB'nin sisteme girmesi ve geçirdiği evrim.

Hapis cezasının olumsuz etkilerinden kaçınmak ve ilk defa suç işleyen failleri infaz sistemi içine dahil etmeden topluma kazandırma fikirlerinin ürünü olarak gelişen alternatif yaptırımların hedefi, faile muhakemenin yürüyüşü sırasında veya hüküm verildikten sonra hukuk toplumuna geri dönüş imkanlarının sunulmasıdır. Bu yönde Dönmezer Tasarısı *hükmün tefhiminin geri bırakılması* önerisi³⁸¹⁴

³⁸¹³ CGK, 07.04.2009, E. 2009/3-64, K. 2009/83. Karar tarihinde istinaf kanun yolunun henüz yürürlüğe girmediğine dikkat edilmelidir. Aynı yönde bkz. CGK, 02.10.2018, E. 2015/392, K. 2018/389: Hagb kararının kanun yararına bozma yasa yoluyla da denetlenmesi mümkündür. Ancak, kanun yararına bozma yasa yolunda, hagb kararı, 309. maddede aleyhe bozma yasağının sadece davanın esasını çözümlleyen hükümlerle sınırlı olarak kabul edilmesi nedeniyle 231/5-14. fıkralarındaki koşullar kapsamında denetlenecek, hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının bulunup bulunmadığı, ceza miktarı, daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkûmiyet, zararın giderilip giderilmediği, suçun İnkılap Yasasında belirtilen suçlardan bulunup bulunmadığı, Askeri Ceza Yasası ile 3713 sayılı Yasa kapsamındaki suçlardan olup olmadığı ve denetim süresinin doğru tayin edilip edilmediği gibi hususlar denetlenecektir. HAGB kararının dayanağını oluşturan mahkûmiyet hükmü ise, hükmün açıklanması, düşme kararının verilmesi veya yeni bir mahkûmiyet hükmünün tesisinden sonra temyiz incelemesine konu olabilecek, temyiz yasa yoluna başvurulmadan kesinleşmesi hâlinde ise koşulları bulunduğu takdirde kanun yararına bozma yasa yolu ile incelenebilecektir. Hükmün içeriğindeki hukuka aykırılıklar ancak hükmün hukuken varlık kazanması halinde olağan ve olağanüstü yasa yolları denetimine konu olabileceğinden, henüz hukuken varlık kazanmayan bir hükmün ne olağan ne de olağanüstü yasa yolu denetimine konu olması mümkün değildir. Bu itibarla, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verildiği durumda, hükmün içeriğine dâhil bulunan hukuka aykırılıkların kanun yararına bozma yasa yolu ile denetlenmesi imkânı bulunmamaktadır.

³⁸¹⁴ CMUKT 2001: *Hükmün geri bırakılması, denetimli serbestlik: Madde 229.*— Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda fiilin cezası, para cezası veya en çok üç yıla kadar (üç yıl dahil) hapis veya hafif hapis cezasından ibaret bulunduğu mahkeme, bir yıl ile iki yıl arasında belirleyeceği bir denetim süresi içinde sanığı denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutarak, hükmün tefhimini geri bırakabilir. Bu süre içinde dava zamanaşımı durur. Hükmün geri bırakılması için gerekli koşullar şunlardır; a- Bir suç nedeniyle sanık aleyhinde ilk defa kamu davası açılmış olması, b- Sanığın yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaat gelmiş olması, c- Sanık hakkında kişilik özellikleri itibarıyla bir cezaya hükmedilmesine gerek görülmemesi, d- Suçun sebebiyet verdiği zararların giderilmiş olması, e- Suçla bozulan huzur ve sükûnun avdet etmiş bulunması. Bu karara itiraz edilebilir. Hakkındaki hüküm geri bırakılmış olan sanık, denetim süresi içinde bir suç işler veya denetimli serbestlik tedbirinde kendisine yüklenen davranış kurallarını ısrarla ihlâl edecek olursa mahkeme geri bıraktığı hükmü açıklar. Denetim süresi kanun ve nizamla uygun olarak geçirildiğinde davanın düşmesine karar verilir. Müsadere olunan veya suç nedeniyle mülkiyeti Devlete geçmiş olan şeyler geri verilmez.

229 uncu maddenin gerekçesi. Maddede yer alan "hükmün geri bırakılması" bugün hemen bütün Batı ülkelerinin ceza mevzuatında yer alan bir kurumdur. Özellikle 1950'li yıllardan sonra Kara Avrupası ceza hukukuna girmiş ve bugün gerek Batı ve gerek Doğu Avrupa ülkeleri ceza sistemlerindeki yerini almıştır. "Hükmün geri bırakılması" kurumu önce Anglo-Sakson hukukunda ortaya çıkmış ve daha sonra Kara Avrupası hukukunu etkileyerek ceza kanunlarına girmiştir. Nitekim Fransız hukukunda bu kurum, ilk önce 2.2.1945 tarihli Kanunla küçük suçlular hakkında uygulanmaya başlanmış, daha sonra

ile ilk adımı atmıştı.³⁸¹⁵ Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe girdiği sırada Kanuna dahil edilmeyen bu kurum, hapis cezasının ertelenmesinden sonra, *denetim süresi yükümlülüklerine uygun veya iyi halli geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır*,³⁸¹⁶ şeklindeki düzenlemenin (TCK 51/8) sertliğini yumuşatmak amacı ile, önce çocuk muhakemesine (ÇKK 23), sonra da genel ceza muhakemesine eklendi (2006-5560).³⁸¹⁷ *Ertelenen hapis cezasını infaz edilmiş sayan TCK 51 deki düzenlemenin olumsuz etkileri, hükmün açıklanmasının geri bırakılması yöntemi ile, orta ağırlıktaki suçlar açısından ortadan kaldırılmıştır.*³⁸¹⁸ *Mahkemenin belirlediği yükümlülüklerine uygun davranan kişi hakkında cezaya*

1975 yılında yapılan değişiklikle yetişkinleri de kapsamına almıştır. Belçika’da aynı kurum 29 Haziran 1964 tarihli bir Kanunla hukuk sistemine getirilmiştir. Bu örneği, Hollanda, Japonya, Polonya, İsviçre gibi ülkelerde de görmek olanaklıdır. Hükmün geri bırakılması kurumu Anglo-Sakson hukuk sisteminde yargılanması tamamlanmış olan sanığın belli bir süre denetim altında tutulması “*probation*” esasına dayanır. Hâkim, sanığın suçluluk ve kusurluluğunu saptamakla beraber cezaya hükmetmeyi geri bırakmakta ve onu belirli bir süre içinde denetim altında tutmaktadır. Davranışları, tâbi tutulduğu denetim süresi içinde olumlu bulunduğu takdirde suçlu için bir mahkûmiyet kararı verilmemektedir. Böylece deneme süresini başarıyla geçirmiş olan suçlu, damgalama süreci dışına çıkarılmakta, bir yargı kararına muhatap olmamaktadır. Bu kurum, çağdaş ceza hukukunun amaçlarından biri olan kişiyi mümkün olduğu kadar damgalamamayı ve toplum ile uyum sağlanmasını gerçekleştirici bir uygulama niteliğindedir. İşte çağdaş ceza hukukunda vatandaşlık hakkını kazanmış olan bu kurum, bu Tasarıyla Türk hukukuna getirilmektedir. Böylece Türk ceza uygulamasında yeni bir döneme girildiğini söylemek olanağı vardır. Tasarının bu maddesinde yer aldığı şekliyle hükmün geri bırakılması konusunda hâkime tam bir takdir hakkı verilmiştir. Maddede, hükmün geri bırakılması ile ilgili koşulların somut olayda gerçekleşmiş olması sanık hakkında hükmün geri bırakılması için bir hak oluşturmamaktadır. Hükmün geri bırakılması kurumunun uygulanması için suçlunun yargılanması ve işlediği fiil karşılığında kanunda para cezası veya üç yıldan fazla (üç yıl dahil) hapis veya hafif hapis cezasının öngörülmesi bulunması gereklidir; dikkate alınacak ceza, kanunda fiil karşılığında öngörülmesi bulunan soyut cezadır. Hâkim yargılamakta olduğu suçla ilgili olarak sanığın kişisel durumunu, işlediği fiili bütün yönleriyle inceleyerek, delilleri toplayacak ve yargılamayı bitirecektir. Ancak son hükmü tefhim etmeyecektir. Bunun yanı sıra hâkim sanığa bir ilâ iki yıllık bir denetim süresi içinde, denetimli serbestliğe tâbi tutulacağını ve hükmün geri bırakıldığını bildirecektir. Ancak bu süre içinde dava zamanasını duracaktır. Hâkimin tamamen takdir yetkisi içinde kalan bu kurumun uygulanabilmesi için beş koşulun var olması gerekmektedir: a) Sanık aleyhine bir suç nedeniyle ilk defa kamu davası açılmış olması, b) Sanığın yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaat oluşması, c) Sanık hakkında kişilik özellikleri itibarıyla cezaya hükmedilmesine gerek görülmemesi; daha açık ifade ile gerekli ise, ceza ile amaçlanan sonucun esasen var olmaması, d) Suçun neden olduğu zararın giderilmiş olması, e) Suçla bozulan huzur ve sükûnun yeniden sağlanmış bulunması. Maddede yer alan diğer koşullar ise cezanın ertelenmesine ait koşullarla benzerlik göstermektedir. Hakkında verilecek hüküm geri bırakılmış olan sanık, tâbi tutulduğu denetim süresi içinde bir cürüm işlediği veya denetimli serbestlik tedbirinin gerektirdiği davranış kurallarını ısrarla ihlâl ettiği takdirde hâkim, yargılama sonunda ulaştığı hükmü açıklayacaktır. Buna karşılık sanık, denetim süresi içinde denetim koşullarına uygun olarak hareket ettiğinde hâkim, adı geçen hakkında açılmış bulunan kamu davasının düşmesine karar verecektir. Böylece hükmün geri bırakılmasına tâbi tutulan kişiye suçlu damgası vurulmamış olacaktır. Ancak yargılama sonunda bazı şeylerin müsaderesine karar verilmiş veya bir kısım eşyanın mülkiyeti Devlete geçmiş ise, davanın düşmesine karar verilse de bu şeyler geri verilmeyecektir. Maddede, ayrıca bu karara karşı kanun yolu da gösterilmiş bulunmaktadır. Hükmün geri bırakılması kararına karşı ilgililerin itiraz yoluna başvurma hakları vardır. Davanın düşmesine karar verildiği hâllerde de genel hükümlere göre istinaf yolu açık bulunmaktadır.

³⁸¹⁵ Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesine 2006 yılında eklenen fıkralarla Türk hukuku önceleri sadece çocuk hukukunda (ÇKK 23) kabul edilmiş olan “hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının” uygulama alanı genel ceza muhakemesi açısından da benimsendi. Daha sonra 2008 yılında yapılan ani bir değişiklikle bu hükmün uygulama alanı genişletildi. Kabul edilen bu değişiklik Yargıtay içtihadı ile de genişletilerek istinaf/temyiz yolunun kapatılmasına neden olduğu için 2010 yılında 6008 numaralı Kanunun 7. maddesi ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı sanığın kabulü şartına bağlandı ve bu kararı kabul etmeyen sanıklar bakımından temyiz yolunun açılması sağlandı.

³⁸¹⁶ Halbuki, mülga TCK 95 ve mülga CİK 6 döneminde, cezaların ertelenmesi koşullu bir *atıfet kurumu* niteliği taşımaktaydı; sanığın denetim süresi içinde yeni bir suç işlememesi halinde, hakkında hükmolunan ceza vaki olmaması sayılıyordu (*Demirağ, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, in; *Yenisey/Nuhoğlu, CMH Başvuru Kitabı*, 7. Baskı, Ankara 2021, 273).

³⁸¹⁷ Ceza Muhakemesi Kanunu 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girdiği sırada kanunda “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” kurumu yoktu. Dönmezer Tasarısında farklı bir düzenleme ile ele alınmış bulunan bu müessese, nedense Genel Kanununa dahil edilmemiş, Çocuk Koruma Kanununun 23’üncü maddesine, farklı bir içerikle yerleştirilmişti. 2006 yılında 5560 numaralı Kanunla yapılan değişikliklerle birlikte, bu önemli kurum, “*hükmün açıklanmasının geri bırakılması*” adı altında Ceza Muhakemesi Kanununa da alındı, fakat ÇKK daki ayrık düzenleme de kaldırıldı, çocuklar da genel hükümlere tabi oldu (CMK “2006-5560” 231/5 vd). Yapılan bu değişikliğe göre; Kanundaki (CMK 231/6) arasında suçun *şikâyeteye bağlı* olması da bulunan koşulları varsa, mahkeme cezanın belirlenmesinden sonra, hükmolunan ceza **bir yıl** veya daha az hapis cezası veya adli para cezası ise, takdiren, “hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına” karar verebilmekte idi. 2008 yılında maddede çok kısa, fakat önemli tartışmaları beraberinde getiren bir değişiklik yapıldı: şikâyet şartı kaldırıldı, cezanın sınırı iki yıla çıkarıldı.

³⁸¹⁸ Aslında HAGB düzenlemesi yeni ceza adalet sisteminin kabul ettiği ilkelerden geri dönüş yapıldığını belgeleyen örneklerden birisidir. Gerçekten de hapis cezasının ertelenmesindeki “ertelenen hapis cezasının infaz edilmiş ceza” sayılmasına ilişkin katı kural, HAGB kararı ile yumuşatılarak, kuralın etrafı dolaşmıştır. İki seneye kadar hapsi gerektiren suçlarda hakkında HAGB kararı verilen ve

*hükmedilmemesinin, toplum barışının sağlanması bakımından, cezaya mahkumiyetten daha etkili olabileceği düşünülmüştür.*³⁸¹⁹

Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu doğurduğu sonuçlar itibariyle karma bir özelliğe sahip olup, bu husus Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.02.2008 gün ve 346/25 sayılı kararında da açıkça vurgulanmıştır.

Karma bir niteliği bulunan bu kurumun, maddi ceza hukukuna ilişkin yönü nazara alındığında, 5237 sayılı Yasanın 7. maddesinde tanımlanan lehe yasanın geçmişe yürütmesi ilkesi uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun önceki hükümlere de uygulanması doğaldır. Kaldı ki, Yasa koyucu da olası tartışmaları engellemek için 23.01.2008 gün ve 5728 sayılı Yasanın Geçici 1. maddesinin 2. fıkrasında bu hususu; “Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşmiş ve infaz edilmekte olan mahkûmiyet kararları hakkında, lehe kanun hükümleri, hükmü veren mahkemece 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 98 ilâ 101 inci maddeleri dikkate alınmak ve dosya üzerinden incelenmek suretiyle belirlenir. Ancak, hükmün konusunun herhangi bir inceleme, araştırma, delil tartışması ve takdir hakkının kullanılmasını gerektirmesi halinde inceleme, duruşma açılmak suretiyle yapılabilir” hükmü ile yasal bir çözüme kavuşturmuştur.

Gerek yasal düzenleme gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ve Özel Dairelerin yerleşmiş yargısal kararları, gerekse hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun hukuki niteliği nazara alındığında, bu kurumun kesinleşmiş, infaz edilmekte olan ve hukuki yararı bulunmak koşuluyla infaz edilmiş hükümler yönünden de uygulanması zorunludur.

5728 sayılı Yasanın Geçici 1. maddesinin 2. fıkrasında, “Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşmiş ve infaz edilmekte olan mahkûmiyet kararları hakkında, lehe kanun hükümleri, hükmü veren mahkemece 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 98 ilâ 101 inci maddeleri dikkate alınmak ve dosya üzerinden incelenmek suretiyle belirlenir. Ancak, hükmün konusunun herhangi bir inceleme, araştırma, delil tartışması ve takdir hakkının kullanılmasını gerektirmesi halinde inceleme, duruşma açılmak suretiyle yapılabilir” hükmü getirilmiştir. Bu açık düzenleme uyarınca; bu Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşmiş, infaz edilmekte ve hatta koşulları bulunmakta ise infaz edilmiş olan mahkûmiyet kararları hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna ilişkin uyarılama, hükmü veren mahkemece, objektif koşulların değerlendirilmesiyle sınırlı bir inceleme yapılması halinde evrak üzerinde, subjektif koşulların değerlendirilmesi gereken hallerde ise duruşma açılarak yapılmalıdır.

2. Anayasa Mahkemesinin hak ihlali ve iptal davaları.

2008-5728 sK ile uygulama alanındaki hapis cezaları bir yıldan iki yıla çıkarıldı. 2008 yılında 5728 sayılı Kanunla yapılan iki kelimelik değişiklik (bir yıl'ın iki yıla çıkarılması ve uygulamanın şikâyete bağlı suçlarla sınırlı tutulmasından vaz geçilmesi), adalet sistemini tekrar tıkadı. İlk derece mahkemeleri ile Yargıtay'ı meşgul eden yeni bazı hukuki tartışmalar doğdu. 2010-6008 sK ile sanığın kabulü şartı getirilirken, 2014-6545 sK ile denetim süresi içinde kasıtlı suç işlenmesi halinde HAGB uygulanmaması esası kabul edildi. Anayasa Mahkemesi *Atilla Yazar ve diğerleri* tarafından yapılan bireysel başvuruda verdiği kararında HAGB kararı mekanizmasının hukuka aykırı yönlerini ortaya koydu. Fakat, ihlal kararlarının sistem üzerinde önemli bir etkisi bulunmadığı için, kanun koyucu işe el atmadı. Ancak, Anayasa Mahkemesinin 20.7.2022 tarihli iptal kararından sonra (K. 2022/88), 2023-7445 sK ile itiraz mercisinin kararı hem esas hem de usul yönünden incelemesini kabul eden bir değişiklik yapıldı. Fakat buna rağmen Anayasa Mahkemesi 1.6.2023 tarihli kararı ile CMK 231/5-14 fıkraları iptal etti. Kanun koyucu bu iptal kararı üzerine aşağıda inceleyeceğimiz gibi, bazı hükümleri 1 Haziran 2024 tarihinde yürürlüğe giren 2024-7499 sK ile yeni değişiklikler yaptı: HAGB kurumu esas itibariyle korundu ama

yükümlülükler uygun davranan bir kişi ile ilgili olarak düşme kararı verilmektedir. Böyle bir düzenlemenin toplum barışının sağlanması bakımından, cezaya mahkumiyetten daha etkili olduğu düşünülmüştür. Görüldüğü gibi HAGB kurumunun hukuki niteliği, kapsadığı suçlar bakımından, bir tür yumuşatılmış cezanın ertelenmesi kararıdır.

³⁸¹⁹ Ünver/Hakeri (2010, 673), bunun bir tür erteleme olduğu, fakat ertelemeyle nazaran daha lehe sonuçlar doğurduğu görüşündedirler.

müsadere kararının yerine getirilmesi kabul edildi, sanığın kabulü şartı kaldırıldı, HAGB kararına karşı istinaf yolu kabul edilirken denetim süresinde suç işlendiği için açıklanan hükme karşı itiraz yolu açıldı.

3. Bizim değerlendirmemiz.

Ceza muhakemesinde yargılanacak uyuşmazlığın, adil yargılanma hakkını güvenceye alan tedbirler olarak, caza kararnamesi (No. 426-1) benzeri kurumlar uygulayarak mahkeme önüne gelmeden çözmek veya mahkeme önüne geldikten sonra HAGB gibi alternatif yöntemler uygulanması yerinde ve doğru bir yaklaşımdır. Türkiye'deki reform çalışmalarında da bu yaklaşım başarı ile uygulanmış, fakat alternatiflerin sayısı oldukça çoğalmıştır. Bizce, HAGB tamamen kaldırılmalı ve küçük kardeşi KADEK (No. 433) içinde eritilmelidir.

ALTINCI BÖLÜM: GÜVENLİK TEDBİRİ MUHAKEMESİ

71. § GÜVENLİK TEDBİRİ MUHAKEMELERİ

487. Güvenlik tedbiri ve muhakemesi. 488. Küçük sanıkların muhakemesi. 489. Akıl hastası sanıkların muhakemesi. 490. Uyuşturucu madde ve alkol müptelâsı sanıkların muhakemesi.

487. GÜVENLİK TEDBİRİ ve MUHAKEMESİ.

I. Güvenlik tedbirleri.

Kanunumuz ceza muhakemesi deyince sadece dar manada “ceza” muhakemesini düşünmüş ve güvenlik tedbiri muhakemesini düzenlememiştir. Güvenlik tedbiri muhakemesi hakkındaki normlara, çok noksan ve sistemsiz olarak mülga Ceza Kanununda rastlamakta iken, yeni TCK da ve CMK da muhakeme konusunda hüküm bulunmamaktadır. Çocuk Koruma Kanununda ise, gerek *suça sürüklenen çocuk*, gerekse henüz suç işlememiş olan küçükler hakkındaki güvenlik tedbirleri, eksik de olsa, düzenlenmiştir.

Suç ile bağlantılı olmaksızın, tehlike içinde olan çocuk ve küçüklerle ilgili olarak tedbir alınması da önemli bir ihtiyaçtır. Polisin genel yardım ve önleme görevi³⁸²⁰ içinde kalan bu hizmetin giderleri, yani terkedilmiş, bulunmuş, emniyete sığınmış ve diğer nedenlerle polisin görevi gereği ilgili kurumlara teslim edilinceye kadar polis gözetiminde kalan çocuklar için yapılan her türlü giderler bütçeden karşılanır.³⁸²¹

Türk Ceza Kanunu'nun yaş küçüklüğünün düzenlendiği 31 inci maddesinde ceza sorumluluğunun koşulları gösterilmiştir.

Kamu dâvasına ait normların kamu dâvasına katılma dâvasında, aksine sarahat olmadıkça, uygulanması gibi, asıl ceza muhakemesine ait normlar da, mümkün oldukça, güvenlik tedbiri muhakemesinde kıyas yolu ile uygulanabilecektir.

Suç işlediği sabit olan kişi hakkında, ceza ehliyeti bulunmadığı nedeniyle dar mânâda ceza verilemediğinden, bir daha suç işlemesini önlemek amacı ile uygulanan ve “güvenlik tedbiri” (TCK 53) adlı önleme tedbiri niteliğindeki tedbir, suç işlediği sabit olan kişiye suç işlediği nedeniyle uygulandığı için bizce geniş manada cezanın bir çeşidini oluşturur. Bu sebeple güvenlik tedbiri muhakemesi, ceza muhakemesinin bir çeşidini teşkil eder. Gerçekten bir kimseye güvenlik tedbiri hükmetmek için, eylemin hem sanık tarafından işlendiğinin hem de suç teşkil ettiğinin sabit olması lâzımdır. Buraya kadar, yani suçluluk kararı verilinceye kadar, dar manada ceza muhakemesi ile beraberlik vardır. Ayrılık bundan sonra, yani müeyyidenin tayin ve tespitinde kendini göstermektedir. Dar manada ceza

³⁸²⁰ American Bar Association Juvenile Justice Standards Police Handling of Juvenile Problems (Westlaw ABAJS Police; R. Kobetz, The Police and Juvenile Delinquency, 43-59, (1971). Suçun önlenmesi ve kovuşturulması görevi engellenmeden, çocuk hukukunun ihtiyaçlarının giderilmesi sağlanmalıdır.

³⁸²¹ 1998 Bütçe Kanunu, R Cetveli: RG. 27.12.1997, 23213 mük.

muhakemesinde sanık, faraza hapse mahkûm olduğu halde, güvenlik tedbiri muhakemesinde faraza muhafaza ve güvenlik tedbirine mahkûm olmaktadır.

Güvenlik tedbirleri, aslında dar mânâda ceza verilemediği için, onun yerine suçluya uygulanan müeyyideler olduklarından, dar mânâda cezayı içeren bir yargıya ikinci bir suç söz konusu olmadan, ekleme sonuç olarak bağlanan ekleme cezalar, “güvenlik tedbiri” sayılmamalıdır. Zira bunların dar mânâda cezadan ayrı sayılmasını haklı gösterecek ciddi bir gerekçe yoktur. Biz bu nedenle güvenlik tedbiri muhakemesi bahsinde bunları ele almıyoruz. Ancak TCK söz konusu yaptırımları da güvenlik tedbiri olarak kabul etmiştir (TCK 53).

Suçluluk kararı verilmeye kadar fark olmaması, suçluluk bakımından verilecek diğer kararlarda da fark olmamasını gerektirir. Sanığın eylemi işlediği sabit değilse yahut eylemin suç teşkil etmediği anlaşılırsa, güvenlik tedbiri muhakemesinde de, dar mânâda ceza muhakemesinde olduğu gibi “beraat kararı” verilmelidir.

Güvenlik tedbiri ile ceza arasında nitelik farkı görmememiz, bunların muhakemesinin farklı düzenlenmesini kabulümüze engel değildir. Sanıkların durumu (faraza sanığın küçük veya akıl hastası olması) dolayısı ile muhakemeleri arasında bazı farklar bulunmasını da, uygunluk prensibinin sonucu olarak karşılamak gerekir. Meselâ akıl hastasının müdafaası veya duruşmada hazır bulunması, elbet diğer sanıklardan farklı düzenlenmelidir. Buna karşılık genel af bakımından bizce fark olmamalıdır.³⁸²² Zira sistemimize göre güvenlik tedbiri de, ceza gibi, “işlenen suça” dayanmaktadır.

Gerek mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, gerekse Ceza Muhakemesi Kanunu güvenlik tedbirleri muhakemesi hakkında özel düzenlemelere yer vermemiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu sadece “müsadere muhakemesine” ilişkin hükümlere yer vermiştir. Ceza Muhakemesi Kanununda güvenlik tedbiri muhakemesinin, müsadere muhakemesi dışında düzenlenmemiş olması, kanaatimizce büyük bir eksikliklerdir. Mukayeseli hukukça birçok kanunda bu konuda özel muhakeme usulü kanunla tespit edilmiştir.³⁸²³

488. KÜÇÜK SANIKLARIN MUHAKEMESİ.

I. Çocuk Koruma Kanunu.

2005-5395 sayılı *Çocuk Koruma Kanunu*, 2253 sayılı *Çocuk Muhakemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu* yürürlükten kaldırarak 16.7.2005 tarihinde yürürlüğe

³⁸²² k-m: CGK 199/6/67 RKD 68, III/1, 8.

³⁸²³ Bazı Kanunlar “güvenlik tedbiri muhakemesi” başlığı ile, tüm güvenlik tedbirlerinde uygulanabilecek ortak hükümleri düzenlemiştir. Örneğin Alman, Ceza Muhakemesi Kanunu 413 üncü paragrafından itibaren güvenlik tedbiri muhakemesini, 430 uncu paragrafından itibaren “müsadere muhakemesini” düzenlemiştir. Buna mukabil, Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu, her bir güvenlik tedbirine ilişkin muhakeme usulünü ayrı ayrı düzenlemiştir. Avusturya Ceza Muhakemesi Kanununun 429. paragrafından itibaren akıl hastaları hakkında hükmedilecek güvenlik tedbiri muhakemesi, 435. paragrafında bağımlılıktan kurtarma amaçlı bir kuruma yatırma tedbiri hükmedilirken uygulanacak muhakeme usulü, 443. paragrafında müsadereye hükmedilirken uygulanacak muhakeme usulü düzenlenmiştir. Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 413 üncü paragrafına göre, savcı kusur ehliyeti veya duruşma ehliyeti bulunmayan fail hakkında ceza muhakemesi yürütmezse, soruşturma sonunda güvenlik tedbiri hükmedilmesi bekleniyorsa ve yasal olarak da bu mümkünse savcı güvenlik tedbiri hükmedilmesini talep edebilir. Kanunun 414. paragrafında aksine bir düzenleme bulunmadıkça güvenlik tedbiri muhakemesi hakkında ceza muhakemesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı, iddianamenin yerini, savcının güvenlik tedbiri hükmedilmesi isteğinin alacağı, hazırlık soruşturmasında duruşma ikame edilecek bir raporun hazırlanması için bilirkişinin görevlendirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 415. paragrafında, sanık hazır bulunmadan duruşma yapma imkanı belirtilmiştir. Bunun için, sanığın hazır bulunmasının durumu dolayısıyla imkansız olması veya kamu güvenliği veya kamu düzeni sebepleri ile uygun görülmemesi gerekir. Duruşmada hazır bulunmayan sanık, duruşmadan önce görevlendirilen bir bilirkişi veya naip hâkim tarafından dinlenecektir. Sanığın dinleneceği gün, savcı, sanık, müdafii ve kanuni temsilciye haber verilmelidir. Dinleme sırasında savcının, müdafinin ve kanuni temsilcinin bulunması şart değildir. Sanığın durumu hakkında duruşmada bilirkişi dinlenmelidir. Bilirkişi sanığı daha önce muayene etmemişse, bilirkişiye duruşmadan önce muayene imkânı sağlanmalıdır. Alman CMK’nun 416. paragrafı uyarınca, güvenlik tedbiri muhakemesinde son soruşturma açıldıktan sonra sanığın kusur ehliyetinin bulunduğu ortaya çıkarsa ve mahkeme ceza muhakemesi açısından yetkili değilse, ara kararı ile yetkisizlik kararı vererek işi yetkili mahkemeye gönderir. Tedbir muhakemesinde son soruşturma açıldıktan sonra sanığın kusur ehliyeti bulunduğu anlaşılırsa ve de mahkeme ceza muhakemesi açısından yetkili ise, sanığa hukuki durumundaki değişiklik açıklanmalı ve müdafaası için fırsat verilmelidir. Müdafa için yeterince hazırlanmadığını ileri sürerse, talebi üzerine duruşma ertelenmelidir. Sanığın yokluğunda duruşma yapılmış olması halinde, sanık hazır bulunmadan yapılmış olan duruşma kısımları tekrarlanmalıdır.

girmiştir.³⁸²⁴ Kanunun geçici 1 inci maddesi uyarınca, 2253 sayılı Kanun gereğince kurulan çocuk mahkemelerinde derdest bulunan ve bu Kanun ile kurulan çocuk mahkemesinin görevine giren dava ve işler, bu mahkemeler faaliyete geçtiğinde çocuk mahkemesine devredilecektir.³⁸²⁵

Bu Kanun, çocuk mahkemesi ve çocuk ağır ceza mahkemesi olmak üzere iki çeşit mahkeme kabul etmiştir. 25. madde uyarınca çocuk mahkemesi tek hâkimden oluşur ve her il merkezinde kurulur. Çocuk mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz. Mahkemelerin bulunduğu yerlerdeki Cumhuriyet savcıları, çocuk mahkemeleri kararlarına karşı kanun yoluna başvurabilirler. Çocuk ağır ceza mahkemeleri ise bir başkan ve iki üye ile toplanır. Bu mahkemeler bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen yerlerde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak kurulur. Mahkemelere, atanacakları bölgeye veya bir alt bölgeye hak kazanmış, adil yargıda görevli, tercihen çocuk hukuku alanında uzmanlaşmış, çocuk psikolojisi ve sosyal hizmet alanlarında eğitim almış olan hakimler ve Cumhuriyet savcıları arasından, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atama yapılır (ÇKK 28/1).³⁸²⁶

³⁸²⁴ Amerikan Hukukunda genç yargılaması 1600 yıllarında eski İngiliz common law hükümleri uyarınca görülmüştü. Cezai sorumluluk yaşı 6 idi. 7 ile 14 yaş arasındaki çocuklar yaptıkları fiilin önemini anlayabiliyorlarsa cezalandırılıyorlardı. 1800 lü yıllarla başlayan büyüme ve sosyal değişiklikler neticesinde çocuk suçluluğunda artış oldu. 1825 yılında Newyork'ta ilk islah evi kuruldu. 1838 yılında Pensilvanya yüksek mahkemesi *Ex parte Crouse* davasında devlet baba fikrini kabul etti (Parens Patriae). Bu davada ailesine karşı itaatsizlikte bulunan *Mary Ann Crouse* adlı bir çocuk annesinin şikayeti üzerine kuruma yatırılmıştı. Yüksek mahkeme devletin aile yerine geçerek islah edilmesi gereken çocukları doğru yola getirmesi gerektiğine karar verdi. 1870 yılında verilen *People v. Turner* kararında devletin babalık haklarının ailenin sahip olduğu haklardan daha fazla olamayacağına karar verildi. 1905 yılında verilen *Commonwealth v. Fisher* kararında mahkemenin çocuğun hayatına müdahale edebileceği ve bu müdahalenin çocuğun iyiliği için olacağına karar verildi. 1899 yılın Illinois Eyaletinde ilk çocuk mahkemesi kuruldu. Bu mahkemenin görevi problemlili çocukları ve hukuka aykırı davranışta bulunan çocukları yargılamaktır. Mahkeme hem çocuğun aile yapısını ve hem de büyüdüğü ve yetiştiği çevreyi incelemekte idi. 1960 lı yıllarda "*Parens patrie*" (devlet baba) fikri giderek terkedildi. Bu konuda verilen karar Gault kararıdır. Bu kararın verilmesine kadar genç ve çocuklarla ilgili davalarda adil yargılanma hakkı kabul edilmiyordu. Kendini suçlayıcı beyanda bulunmamak hakkı ile müdafiden yararlanma hakkı çocuk yargılamasında kabul edilen haklar değildi. 1970 yılında verilen Winship kararında delil hukuku açısından yetişkinler için aranan ispat kuralları çocuklar için de kabul edildi (*proof beyond a reasonable doubt*). 1971 yılında verilen *McKeiver v. Pannsylvania* davasında jüri mahkemelerde yargılanma hakkı kabul edildi. Bununla birlikte yetişkinlerin yargılanması ile gençlerin yargılanması arasındaki farkların tamamen ortadan kaldırılmasının doğru olmadığı da vurgulandı. 1975 yılında verilen *Breed v. Jones* kararında önce çocuk mahkemesinde yakalanan bir kişinin daha sonra yetişkinlerin yargılanmadığı mahkemede davasının görülmesi halinde kesin hükmün etkilerinin göstereceği kabul edildi. 1973 yılında görevlendirilen bir komisyon (*National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals*) önemli ilkeler ortaya koydu. Bu doğrultuda hazırlanan 1974 tarihli Juvenile Justice and Delinquency Prevention Act of 1974 suç olmaktan çıkartmak ve sistem dışına çıkartma gibi kavramları kabul etti. 1980 li yıllarda gençler tarafından işlenen cebir ve şiddet içeren suçlara karşı adalet sisteminin sert davranması ilkesi kabul edilmiştir. İlkeler şunlardır: 1) Gençler tarafından işlenen cebir ve şiddet suçlarında sert bir şekilde koşturma yapılacaktır. 2) Evden kaçan çocuklara karşı sistem daha sert davranacaktır. 3) Suç işleyen çocuklara karşı verilecek olan cezalarda mecburilik sistemi uygulanacaktır. 4) Uyuşturucu madde ve pornografiye karşı tutum uygulanacaktır. 5) Meydana gelen şiddet olaylarına karşı etkin tedbirler alınacaktır. 1992 yılında yayınlanan bir rapora göre (*Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention*) 1) ilkeler şöyle tespit edilmiştir: Cebir ve şiddet suçlarında yargılama yetişkinlerin yargılandığı mahkemede yapılacaktır. 2) İslah evlerinde yeni iyileştirme programları uygulanacaktır. 3) Mahkemenin verebileceği alternatif hükümler yaratılacaktır. 4) Gizlilik ile ilgili kurallar gevşetilecektir. 5) Gençler tarafından işlenen suçlardan zarar görenlere adalet sisteminde etkili olma imkanı sağlanacaktır. Genç mahkemeleri ile yetişkinlere ait yargılamada kullanılan terminolojide farklılık vardır. Farklar şu noktalardadır. 1) Davanın niteliği gençler ile ilgili olaylarda medeni usule daha yakın iken yetişkinlerin davalarında cezai nitelik söz konusudur. Gençler muhafaza altına alınır ve yetişkinler ise tutuklanır. Gençler yargılanmak üzere mahkemeye sevk edilirlerken yetişkinler bakımından suç isnadı söz konusu olur. Gençler hakkında verilen hükümde suça katıldıkları belirlenirken yetişkinler bakımından suçun şüpheye yer bırakmayacak bir şekilde ispat edilmesi söz konusu olur. 1979-2253 numaralı Çocuk Mahkemeleri Kanunu, 80-2340 ve 81-2552 numaralı kanunlarla uzatmalardan sonra nihayet 1/6/1982 tarihinde yürürlüğe girmiş, ilk çocuk mahkemeleri ise ancak 88-3412 numaralı kanunla kurulabilmişti. Bu kanuna göre çocuk mahkemeleri her ilde ve büyük şehir belediye sınırları içinde kalan ilçeler hariç, merkez nüfusu 100.000 in üzerindeki her ilçede, bir başkan ve iki üyeden oluşan bir veya birden fazla çocuk mahkemesi kurulur (ÇMK 1). Bu mahkemelerin bütün yurtta kuruluşu 1988'e kadar tamamlanacaktır (g.m.1). Çocuk mahkemeleri kurulmamış yerlerde onların işlerini normal görevli ceza mahkemesi yapar ve onlar kurulduca dâvalar devredilecekti (g.m. 2 ve 4).

³⁸²⁵ Türkiye'de ilk defa 1945 yılında Adalet Bakanlığının önerisiyle hazırladığımız Çocuk Mahkemeleri Kanunu Öntarasından (metin ve gerekçe için Bk. İHFM XXV 1949, s. 55-94) 43 yıl sonra da olsa bu mahkemelerin kurulabilmiş olması büyük bir adımdır. Ama yolun uzun olduğunu, daha çok adımlar atılacağını unutmamamız gerekir.

³⁸²⁶ Mülga Çocuk Koruma Kanununda ise, başkan ve üyeler HSYK tarafından doğrudan doğruya atanabilecekleri gibi, görevli oldukları yerdeki çocuk mahkemeleri yanında yetki ile de görevlendirilebilirlerdi (ÇMK 1). Adli hâkimler arasından seçilen başkan ve üyeler tercihen 30 yaşını bitirmiş bulunmaları, çocuk sahibi ve kadro imkânları elverdikçe ayrı cinsten

Suçta sürüklenen çocuklar hakkındaki soruşturma işlemlerini yürütmek ve Kanunda belirtilen diğer görevleri yerine getirmek üzere Cumhuriyet başsavcılıklarında çocuk bürosu kurulur. Yeterli sayıda Cumhuriyet savcısı bu büroda görevlendirilir.³⁸²⁷

II. Çocukların muhakemesi.

Çocuk Koruma Kanunu 18 yaşını doldurmamış olanların yani çocukların, yani işledikleri suçlar nedeniyle yargılanmalarında özel kurallar³⁸²⁸ kabul etmiştir. Bu çocukların bir kısmı hakkında bir manada ceza verilmekte, 15 yaşını bitirmemiş kısmı hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde tedbirler uygulanmaktadır (TCK 31).

Bu tedbirler (ÇKK 5): 1) danışmanlık tedbiri, 2) eğitim tedbiri, 3) bakım tedbiri, 4) sağlık tedbiri, 5) barınma tedbiri diye özetleyebiliriz. Bu tedbirlere çocuk mahkemesi karar vermekte, bunun için savcının dava açması gerekmektedir (ÇKK 42). Ancak çocuk mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz (ÇKK 25). Suç işledi diye bir kimse hakkında bir müeyyide uygulanmak, yani geniş manada ceza vermek söz konusu olduğundan, buradaki dava da bir ceza davasıdır. Savcının bir kimseye suç isnad ederek, bu isnadın soruşturulup şüphenin yenilmesine kadar iddia faaliyetinde bulunmasına kovuşturma denildiğinden, güvenlik tedbiri uygulaması için yargılama makamına müracaat, yani dava açma da bir “kovuşturmadır”. Ancak, kanunlarımız cezayı dar manada aldıklarından, kovuşturmaya da dar mana vermişler ve haklarında sadece tedbir uygulanabilecek çocuklar hakkında dava açmayı ceza kovuşturması saymamışlardır. Kanunda “Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz;³⁸²⁹ ancak çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir” (TCK 31/1) denilmesi, bu nedenledir.

Çocuklar hakkında “suç işledi” diye dava açılması üzerine, kolektif faaliyet olan muhakeme başlar. Sanıklar durumu gözönünde tutulursa bu muhakemenin büyüklerinkinden farklı düzenlenmesi imkânı, hatta lüzümü derhal anlaşılır. Bizim çocuk mahkemelerinde ise, kamu davasının açılmasının ertelenmesi (ÇKK 19), onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı tutuklama kararı verilememesi (ÇKK 21), hükmün açıklanmasının geri bırakılması (ÇKK 23), adli kontrol ve uzlaşma kurumlarının biraz farklı düzenlemeler bulunması gibi (ÇKK 20, 24) istisnalar dışında, genel kuralların uygulanması kaideyi oluşturmaktadır (ÇKK 42).

III. Yaş grupları.

Türk Ceza Kanunu ile Çocuk Koruma Kanunu, 18 yaşını bitirmemiş olan ve “işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacak şekilde” akıl hastası olmayan çocukları, suçu işledikleri tarihteki yaşlarına göre üç gruba ayırmıştır (TCK 6, ÇKK 3).

1. Birinci Grup.

olmaları gerekiyordu. Yedekler HSYK tarafından önceden belirleniyordu (ÇMK 3). Savcılık görevi, oradaki savcı veya görevlendireceği yardımcısı tarafından yerine getiriliyordu (ÇMK 4).

³⁸²⁷ *Sevda Uluştekin, Deniz Kucur, Emrah Kırmısoy, Yaşar Çavdar, Necmettin Yemiş*, Gözetim Hizmetleri Destek Hizmetleri: Ankara İli Pilot Projesi Gözetim Görevlileri Eğitim Programı Ankara 2005; Gözetim görevlisinin işlevleri Çocuk Yargılamasının amacından yola çıkarak belirlenmiştir. Bu amaç normal yargılamanın amacından farklıdır. Normal yargılamada yargıç kararı ile bozulan adalet duygusunu tamir eder. Ancak çocuk yargılamasında yargıç çocuğu suça iten nedenleri tespit eder. Kara bu etkenleri ortadan kaldırma amacıyla verilir. Hükmedilen güvenlik tedbirleri de gözetim görevlileri nezaretinde uygulanır

³⁸²⁸ Mülga ÇMK olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hali ile askerî mahkemelerin baktıkları suçlar ve AY 143/1 de sayılı suçlara dair normlar saklı tutmuştu. Yeni ÇKK böyle özel bir hüküm içermediği için, çocuklar işlediği suçun türüne bakılmaksızın, Çocuk Mahkemesinde yargılanacaktır (ÇMK 6).

³⁸²⁹ Kanunda “koğuşturma yapılmaz” denilmekte ise de, 11 yaşından küçüklerin suç işledi diye mahkemeye verilmesi, metinde gösterilen sebeplerle, koğuşturma olduğundan, küçüğün suçu işlediğine dair delil bulunmazsa koğuşturmama kararname verilmesinin kabul edilmesi (4. CD 9/11/45 YK 45, 41) delil bulunanlar hakkındaki işlemin koğuşturma olduğunu gösterdiğinden savcı güvenlik tedbiri dâvası açtığında, ayrıca, koğuşturmama kararname verilmemelidir (k-m Erem, I, 548). Kaldı ki 11-15 arasındakiler hakkında, belki tedbirle sonuçlanacak dâva açılmasının koğuşturma sayılması da gösteriyor ki 11 den küçükler hakkındaki güvenlik tedbiri dâvası açmanın koğuşturma sayılmasında hiçbir sakınca yoktur. Güvenlik tedbiri dâvası açıldığında, kanunda “koğuşturma yapılmasına yere olmadığına karar verilmesi tedbir uygulanmasına mani değildir” (ÇMK 19) denilse de, bunu “verilmiş olsa dahi” mânâsına almak ve verilmesi için bir zaruret olmadığına göre, koğuşturmama kararname vermemek suretiyle sisteme uygunluk sağlanmalıdır.

Suçu işlediği sırada 12 yaşını doldurmamış olan çocuklar hakkında sadece tedbir uygulanır (TCK 31/1). 15 yaşını doldurmamış olan sağır dilsizlere de sadece tedbir uygulanır (TCK 33). Tedbire, çocuk mahkemesi veya çocuk hakimi tarafından hükmedilir (ÇKK 26). Yaş küçüklüğü veya sağır ve dilsizlik halinin varlığında, rızası da varsa, “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verileceği, CMK’nun 223/3. fıkrasında düzenlenmiştir.

2. İkinci Grup.

Suç işlediğinde 12 yaşını³⁸³⁰ doldurmuş fakat 15 yaşını doldurmamış olan çocuklar hakkında, yerine göre tedbir veya ceza sözkonusu olabilir. Türk Ceza Kanunu bu konuda işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişmiş olup olmadığını esas almaktadır (CK 31/2)³⁸³¹. Bu yeteneğin, sosyal çalışma görevlilerinin hazırladığı sosyal inceleme raporu³⁸³² üzerine mahkeme tarafından takdir edileceği anlaşılmaktadır (ÇKK 34, 35). Bu raporun yeteli olmadığı hallerde adli tıptan görüş sorulmalıdır.

Yüklenen suçun işlendiğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine güvenlik tedbirlerine hükmolunabileceği CMK’nun 223/6. fıkrasında düzenlenmiştir.

3. Üçüncü Grup.

Suç işlediğinde 15 yaşını doldurmuş, fakat 18 yaşını doldurmamış olan çocuklar da çocuk mahkemelerinde yargılanırlar. Bunlar hakkında müeyyide, sadece cezadır (TCK 31/3) açılan dava da dar manada ceza davasıdır.

IV. Çocuk yargılamasında kovuşturma.

18 yaşını bitirmemiş olduğu için mahkemelerinde yargılanmaları kabul edilen çocuklar için “dava” açılacaktır. Bu davaların görülmesi demek olan “muhakeme” özetle şöyle düzenlenmiştir: Hazırlık soruşturmasını çocuk bürosunda görevli savcı bizzat yapar (ÇKK 15), yetişkinlerle çocukların davaları ayrılır (ÇKK 17). Duruşmalarda savcı bulunmaz (ÇKK 25). Davaya bakacak mahkeme suçun işlendiği yer mahkemesidir (ÇKK 42 atfı ile CMK 12). Kanunyolları bakımından özellik yoktur. Çocukların duruşmaları mutlaka gizli olur ve son karar gizli tefhim edilir (CMK 185). Şikâyet yapılmamışsa³⁸³³ tedbir uygulanır.

Hakkında güvenlik tedbiri uygulanmış, cezası ertelenmiş, kamu davasının açılması ertelenen veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen çocuğun denetim altına alınmasına karar verilebilir (ÇKK 36).

V. Çocuk hukukunda uzlaştırma.

yazılacak

VI. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi.

Çocuk Hukukunda özel bir şekilde düzenlenmesi gereken “sistem dışına çıkarma”, bazı hallerde şüpheli hakkında kamu davası açmama şeklinde de ortaya çıkabilir. 2006 yılına kadar genel

³⁸³⁰ ÇMK 12 yerine mülga TCK 54/3 uygulanması bozma sebebi sayılmıştır (3. CD 24/4/86 YKD 86/7 1048).

³⁸³¹ 3. CD 8/6/87 YKD 87/11 1707.

³⁸³² Mahkemenin hükümet tabibinden aldığı raporla yetinmesi yasaya aykırı görülmüş (8. CD 16/3/84 YKD 84/10 1605; 5. CD 18/10/84 YKD 85/10 1562; 4. CD 15/11/84 YKD 85/2 273), bu araştırmayı çocuğu Adli Tıp Meclisine göndererek akıl, sinir ve adli tıp uzmanlarına yaptırması yasanın amacına uygun bulunmuştur (CGK 12/12/83 YKD 84/2 293). Hatırlatalım ki A.Ü. Adli Tıp hocaları *Tunalı ve Kendi* Çocuk Mahkemeleri Kanununu eleştirmekte, fark ve temyiz terimlerine dönülmesini istemektedirler (AdD 87/5 185).

³⁸³³ Şikâyetin gerialınmasında, küçüğün durumunu anlamak amacı ile dâvanın düşmemesi, sadece ceza verilmemesi, yani güvenlik tedbiri dâvasına dönüşmesi kabul edilmiştir. O halde başta da şikâyet olmadan da güvenlik tedbiri davası açılabilecektir.

hükümlerden farklı hükümler³⁸³⁴ varken, yapılan değişiklikle, genel hükümlere bağlı bir sistem getirildi ÇKK “2006-5560” 19).³⁸³⁵

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı “onanan”³⁸³⁶ çocuğun denetim altına alınmasına karar verilebilir (ÇKK 36). Bu karar verildiğinde denetimli serbestlik ve yardım şube müdürlükleri devreye girmektedir. Buna göre, çocuğun denetim altına alınmasına dair karar, mahkemece Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Cumhuriyet başsavcılığınca karar denetimli serbestlik genel defterine kaydedildikten sonra denetimli serbestlik şube müdürlüğü veya büroya gönderilir. Şube müdürlüğü veya büro, kararı çocukların denetimine ilişkin deftere kaydettikten sonra bir denetimli serbestlik görevlisi görevlendirilir (DSYKKYön. 55).

VII. Adli kontrol.

Soruşturma veya kovuşturma evresinde adli kontrol³⁸³⁷ tedbiri olarak CMK 109 uncu maddesinde sayılan tedbirlerle birlikte belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak, belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek, belirlenen kişi kuruluşlarla ilişki kuramamak tedbirlerinden bir ya da birkaçına hükmedilebilir. Ancak, çocuklara uygulanacak adli kontrol tedbiri bakımından CMK 109/1 fıkrasındaki süre koşuluyla bağlı olmadan bu tedbirlere karar verilebilir (ÇKK 20).

Bu tedbirlerden sonuç alınmaması, sonuç alınmayacağıının anlaşılması veya tedbirlere uyulmaması durumunda tutuklama kararı verilebilir (ÇKK 20/2).

Denetimli Serbestlik ve Yardım ile Koruma Kuralları Yönetmeliğinin adli kontrol başlıklı 17. maddesinde, Çocuk Koruma Kanunu 20 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan adli kontrol tedbirlerine karar verilmesi halinde bu tedbirin yerine getirilme esasları belirtilmiştir. Buna göre tedbirlerin uygulanmasında denetim görevini yerine getirmek için denetimli serbestlik ve yardım şube müdürlükleri devreye girmektedir.

Çocuk Koruma Kanunu, CMK’nda öngörülen adli kontrol yükümlülüklerine ek olarak 1) belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak, 2) Belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek, 3) Belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmama, olmak üzere üç yükümlülük daha kabul etmiştir.

VIII. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması.

Çocuk Koruma Kanununda 2006 yılında 5560 numaralı Kanunla yapılan değişiklikle, 23’üncü maddede düzenlenen “hükümün açıklanmasının geri bırakılması” değiştirilmiş ve çocuk hakkında hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi, Ceza Muhakemesi Kanunundaki genel koşullara bağlı tutulmuştur. Tek fark, çocuk hakkındaki denetim süresinin 3 yıl olarak öngörülmüş olmasıdır. Sanık hakkındaki karar, mahkemece Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Cumhuriyet

³⁸³⁴ Fiil için kanunda öngörülen cezanın üst sınırı üç aydan fazla ve iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezasını veya adli para cezasını gerektirir ise Cumhuriyet Savcısının delilleri topladıktan sonra şüpheli çocuk hakkında açacağı kamu davasını maddede belirtilen şartların birlikte gerçekleşmesi halinde 5 yıl süre ile erteleyebiliyordu. Ancak kararın uygulanması çocuk hakiminin onamasına bağlı idi. Erteleme süresi halinde, çocuk işlediği kasıtlı suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olmadığı takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına karar veriliyordu. Eğer kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olmuşsa kamu davası açılır. Erteleme süresince dava zamanaşımı durur. Fiili işlediği sırada 15 yaşını doldurmuşsa maddenin birinci fıkrasında belirtilen hapis cezasının üst sınırı üç yıl olarak uygulanacaktı (ÇKK 19). Birinci fıkrada belirtilen sınırlar bakımından hapis cezası ve adli para cezasının birlikte öngörüldüğü suçlar bakımından da uygulanıyordu (ÇKK 19).

³⁸³⁵ Şartla ertelemedeki deneme süresi içinde “kasti bir cürüm işleme” halinde cezanın aynen çektirilmesini düzenleyen CMK 38 ile CİK 6 ve TCK 95/2 arasında “eşitsizlik” bulunduğu iddiası ile Ceyhan Asliye Ceza Mahkemesinin açtığı davada, Anayasa Mahkemesi; çocuk hukukunun önlemler hukuku olması, aynı hukuki durumda olmayan mahkumlar oldukları ve hakimnin küçük yararına olan alternatifini seçerek ertelenen cezanın çekilmesi ya da deneme süresinin uzatılmasına karar vereceğini vurgulamış ve CMK 38’in Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir (AYMK 174.2001, E. 2000/15, K. 2000/73; RG. 16.1.2002/244642).

³⁸³⁶ 2006-5560 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sırasında “onama” şartı kaldırıldığı halde, ÇKK 36 dan bu kelimenin çıkartılması unutuldu.

³⁸³⁷ Anayasada ifadesini bulan ölçülülük ilkesinin bir sonucu olarak muhakemenin sağlıklı bir şekilde ilerlemesi ve hükümün infaz edilebilmesi için adli kontrol mekanizması düzenlenmiştir. Adli Kontrol kararı için istem ve karar yeterli olup şüpheli veya sanığın hazır bulunması zorunlu değildir (Şahin 2005, 317).

başsavcılığınca denetimli serbestlik genel defterine kaydedildikten sonra şube müdürlüğü veya büroya iletilir. Şube müdürlüğü veya büro bu kararı çocukların denetimine ilişkin deftere kaydeder ve denetim altına alınan çocuğa bir denetimli serbestlik görevlisi gönderilir (DSYKKYön. 56).

IX. Yaş düzeltme.

Sanığın yaşı nüfus kaydına göre belirlenir.³⁸³⁸ Ayı ve günü belli değilse 1 Temmuzda doğmuş kabul edilir. Sadece günü belli değilse ay başında doğmuş sayılır (NüfusK. 59). Gerekliyse nisbi muhakeme yapılarak gerçek yaş bulunur (CMK 218). Yaşın ancak bir kere düzeltilmesini öngören Nüfus Kanunu (m. 46/3) ceza mahkemesini bağlamaz.³⁸³⁹

X. Koruma görevleri.

Çocuk mahkemeleri sadece suçlu çocukların davalarına bakmaz. Bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru olan çocuklar hakkında da çocuğun anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine veya re'sen çocuk hâkimi tarafından 5. maddede yazılı tedbirlerden veya diğer kanunlarda öngörülen tedbirlerden birini de alır (ÇKK 7).

X. Çocuklar hakkında uygulanabilen koruyucu ve destekleyici tedbirler.

1. Çocuk hakkında alınabilen tedbirler.

Çocuk hakkında alınabilen tedbirler ikiye ayrılmaktadır: “koruyucu ve destekleyici tedbirleri” (ÇKK 5) ve “çocuklara özgü güvenlik tedbiri” (TCK 56 yollaması ile, ÇKK 11). Kanunda çocuklara özgü güvenlik tedbirleri ayrıca düzenlenmemiş, “koruyucu ve destekleyici tedbirlerin” (ÇKK 5), suça sürüklenen veya ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından, ‘çocuklara özgü güvenlik tedbiri’ olarak anlaşılması gerekeceğinin belirtilmesi ile yetinilmiştir.

a) Koruyucu ve destekleyici tedbirler.

Koruyucu ve destekleyici tedbirlerin amacı, çocuğu kendi aile ortamında tutmak yolu ile korumaktır. Bu korumayı sağlamak üzere, çocuğa danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma kolaylıkları sağlanmaktadır (ÇKK 5/1).

Tedbirler şunlardan ibarettir: Danışmanlık tedbiri (ÇKK 5/1-a), Eğitim tedbiri (ÇKK 5/1-b), Bakım tedbiri (ÇKK 5/1-c), Sağlık tedbiri (ÇKK 5/1-d), Barınma tedbiri (ÇKK 5/1-e), Veli veya vasiye teslim tedbiri (ÇKK 5/3; veliye teslim edilme için, çocuğun tehlike altında olmaması gerekir). Tehlike altında olmakla birlikte, ailenin tehlikeyi bertaraf edebileceği hallerde, veliye teslim tedbiri uygulanabilir. Çocuk veliye teslim edilirken, bir “koruyucu ve destekleyici tedbir” de uygulanabilir.

b) Bildirim mecburiyeti.

³⁸³⁸ Hazırlık soruşturması sırasında yanlışlığı raporla belirlense de yine nüfus kaydı esas alınmakta, önce hukuk mahkemesinde yaş düzeltme dâvası açılması istenmektedir (CGK 24/11/86 YKD 87/10 1545). Bu olayda, dâva şartı gerçekleşmedi diye koğuşturmaya yer görmeme kararı bozulmuş, durma kararı verilmeliydi denilmiştir. Bizce 11 yaşın bitirilmesi dâva şartı değildir. Ceza ehliyeti olmadığı sonradan anlaşılmalarda olduğu gibi hareket edilmelidir. Kaldı ki mahkeme işin başında dâvayı kabule değer görmemesi mümkün iken kabul edip sorsoruşturmaya başladıktan sonra, savcılıktan farklı olarak, rapora değil, nüfus kaydına bakmak gereğini duyduğuna göre CMK 255/son uygulanmaması için sebep göremiyoruz. Yine kaldı ki ceza mahkemesi, hukuk mahkemesinin hatalı yaş düzeltme kararı ile de bağlı olmamalı, nisbi muhakeme yaparak ceza bakımından yaşı kendisi belirlemelidir.

³⁸³⁹ K-m: 5. CD 18/6/86 YKD 87/1 138. Ceza mahkemelerinde, yöntemine uygun dava açılması halinde “yaş düzeltilmesi” olanaklıdır. 2253 sayılı yasanın 11. maddesine aykırı olarak kamu davası açılmışsa, mahkemece CMK 253/4. maddesine göre yargılamanın durmasına ve dosya C. Savcılığı'na gönderilerek -eğer yaş düzeltmesi olursa -bundan sonraki duruma göre karar verilmesi gerekir (Bu metin İstanbul Barosu bilgi bankası arşivinden alınmıştır). 2 CD. 24.2.2000 (E. 2000/1437, K. 2000/2034). Genel Kurul da aynı görüştedir. Yerel mahkemece, daha önce hukuk mahkemesince yaşı düzeltilerek kararı kesinleşen sanığın vücut yapısının gerçeği yansıtmadığı gözlenerek, hastanece düzenlenen raporda sanığın yaşı hakkındaki mütalaasına göre sanık hakkında CK 55/3. maddesinin uygulanması doğrudur (CGK 18.4.2000, E. 2000/74, K. 2000/79) (Bu metin İstanbul Barosu bilgi bankası arşivinden alınmıştır). Hukuk mahkemesinin gerçeğe uymayan hatalı kararları ile ceza hâkimi bağlı tutulamaz. Bu nedenle ceza mahkemesinin yaş düzeltilmesini 8. basıdan beri nisbi muhakeme olarak kabul ediyoruz.

Resmi makamlar, korunma ihtiyacı olan bir çocuk bulunduğunu öğrendiklerinde, çocuğu Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bildirmek mecburiyetindedirler. Kanun bildirim yükümünü geniş bir şekilde düzenlemiştir: Adli ve idari merciler, kolluk görevlileri, sağlık ve eğitim kuruluşları, sivil toplum kuruluşları mecbur tutulmuş, çocuğun kendisine ve çocuğun bakımından sorumlu olan kişilere ise, bildirim yetkisi verilmiştir (ÇKK 6/1). Bu tür bildirimlerin yapılmaması TCK 278/3 veya 279 ncu maddeler ile yaptırım altına alınmıştır.

Kolluğun çocuk birimi, çocuk hakkında işleme başladığında, durumu veli, vasi veya bakımını üstlenene, Baroya ve SHÇEK'e, kurumda kalıyorsa, kurum temsilcisine bildirir (ÇKK 31/2).

c) Araştırma mecburiyeti.

Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ise, kendisine bildirilen olayları “derhal” araştırmak mecburiyeti altındadır (ÇKK 6/2).

ç) Koruyucu ve destekleyici tedbir kararı alınması.

Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK 7) şu düzenlemelere yer vermiştir: tedbirlerde yetki (ÇKK 8); acil koruma kararı alınması (ÇKK 9); bakım ve barınma tedbirinin yerine getirilmesi (ÇKK 10), çocuklara özgü güvenlik tedbiri (ÇKK 11, CK 56).

Suçta sürüklenen çocuğun aynı zamanda akıl hastası olması halinde, TCK 31/1 ve 2 kapsamına giren çocuklar hakkındaki tedbir olarak ÇKK 11 uygulanır (ÇKK 12).

Kanunda; tedbir kararının verilmesinde usul (ÇKK 13) ile, tedbir kararına karşı kanun yolu (ÇKK 14) da düzenlenmiştir.

Çocuk hakkındaki soruşturma ve kovuşturmadaki özellikler, Çocuk Koruma Kanununda yer alır (ÇKK 15 – 24). Burada dikkat çekici kurum, ‘uzlaşma’ idi; fakat Aralık 2006 tarihinde yapılan değişiklikle, çocuk hukukuna ilişkin bütün özellikler kaldırılmıştır (ÇKK ‘2006-5560’ 24). Çocuk Mahkemelerinin kuruluşu ile, Cumhuriyet savcılığının çocuk bürosu, Çocuk Koruma Kanununda düzenlenmiştir (ÇKK 25 – 32).

Çocuk Hukukunun bel kemiğini oluşturan “sosyal inceleme”, Çocuk Koruma Kanununda etraflı bir şekilde düzenlenmiştir (ÇKK 33 – 35). Çocuğun denetimi ayrı bir bölüm oluşturmaktadır (ÇKK 36 – 41). Çocuk Koruma Kanunu, “çeşitli hükümlerden” oluşan dördüncü kısımla sona ermektedir (ÇKK 42 – 50).

2. Çocuk Koruma Kanununda öngörülen tedbirler.

Çocuk Koruma Kanunu, Türk Ceza Kanunu’nun 56 ncı maddesi tarafından emredilen (a) “çocuklara özgü güvenlik tedbirleri” ile, ‘korunma ihtiyacı olan çocuklar’ ve ‘suça sürüklenen çocuklar’ hakkında uygulanacak olan (b) ‘koruyucu ve destekleyici tedbirleri’ düzenlemiştir (ÇKK 5).

Çocuk Koruma Kanunu, “acil koruma tedbiri” dışında, şu “koruyucu ve destekleyici tedbirleri” öngörmüştür: Danışmanlık tedbiri (ÇKK 5/1-a, ÇKKYön 12), Eğitim tedbiri (ÇKK 5/1-b, ÇKKYön 13), Bakım tedbiri (ÇKK 5/1-c, ÇKKYön 14), Sağlık tedbiri (ÇKK 5/1-d, ÇKKYön 16), Barınma tedbiri (ÇKK 5/1-e, ÇKKYön 15), Veliye (aileye: ÇKK 9/2) teslim tedbiri (ÇKK 5/3), Koruyucu ve destekleyici tedbir yanında, Medeni Kanun uyarınca velayet, vesayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurma kararı da verilebilir (ÇKK 7/7). Aşağıda bu tedbirler açıklanacaktır.

a) Danışmanlık tedbiri.

Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye yönelik bir tedbirdir (ÇKK 5/1-a).

b) Eğitim tedbiri.

Çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacı ile bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine yönelik bir tedbirdir (ÇKK 5/1-b).

c) Bakım tedbiri.

Çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi halinde, çocuğun resmi veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine, yönelik bir tedbirdir (ÇKK 5/1-c).

“Çocuğun bakımından sorumlu olan kişinin” bu görevi yerine getirememesi halinde, çocuğun bir “bakım yurduna” yerleştirilmesi veya bunun veya “koruyucu aile hizmetlerinden” yararlandırılmasına karar verilmesine, “bakım tedbiri” denir (ÇKK 5/1-c, TKYön 14).

Hakkında bakım ve barınma tedbiri kararı verilen çocuk SHÇEK te bulunuyorsa, “gelişiminin incelenmesi”, bu kurumda çalışan “sosyal çalışma görevlilerine” yaptırılır.

Çocuğun yüksek yararı gerektiriyorsa, mahkemeye atanan sosyal çalışma görevlisi de gelişmeyi inceleyebilir (TKYön 18/6).

Bakım kararı verilirse SHÇEK derhal gerekli önlemleri alır ve çocuğu resmi veya özel kuruluşlara yerleştirir (ÇKK 10).

ç) Sağlık tedbiri.

Çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına yönelik bir tedbirdir (ÇKK 5/1-d).

d) Barınma tedbiri.

Barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya yönelik tedbirdir. (ÇKK 5/1-e). Hakkında barınma tedbiri uygulanan kimsenin talebi halinde, kimlik ve adresi gizli tutulur (ÇKK 5/2).

Barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara barınma yeri sağlamaya, “barınma tedbiri” denir (ÇKK 5/1-e, TKYön 15). Bu tedbirin çocuklar için düzenlenmemiş olması dikkat çekicidir.

Barınma (veya bakım) tedbiri kararı verilen hallerde, SHÇEK çocuğu derhal resmi veya özel kuruluşlara yerleştirir (ÇKK 10).

e) Veli, vasi, bakım ve gözetimden sorumlu kişiye teslim tedbiri.

Çocuk açısından tehlike bulunmadığı tespit edilirse, çocuk veliye teslim edilir (ÇKK 5/3). Diğer tedbirler bir yana bırakılıp, genellikle sadece bu tedbir uygulandığı için, tedbir değil, “tedbirsizlik” yapıldığı söylenebilir.

Veliye teslim tedbiri, “tehlike altında bulunmayan çocuk” hakkında uygulanır. Tehlike altında bulunmakla birlikte, velinin desteklenmesi yolu ile tehlike bertaraf edilebiliyorsa, çocuklu kişilere teslim edilir. Bu halde veliye teslim mecburidir.

Tehlikede olmayan çocuğun veliye teslimi ile birlikte, diğer koruyucu ve destekleyici tedbirlerden birisine de karar verilebilir (ÇKK 5/3).

2. Acil koruma tedbiri.

Çocuğun derhal korunma altına alınmasını gerektiren bir durum varsa, çocuk derhal SHÇEK tarafından “bakım ve gözetim altına alınır.” Kurum en geç 5 gün içinde çocuk hakimine başvurur ve “acil koruma kararı” verilmesini talep eder (ÇKK 9/1).

Hâkim kararını üç gün içinde verir. Çocuğun bulunduğu yerin gizli tutulmasına ve gerektiğinde kişisel ilişkisinin tesisine karar verebilir.

Acil koruma kararını üst sınırı 30 gündür (ÇKK 9/2).

Kurum acil koruma tedbiri sırasında sosyal inceleme yapar. Neticede KDT kararı alınmasına gerekmediği anlaşılırsa, SHÇEK bu yöndeki görüşünü ve sağlayacağı hizmeti hakime bildirir (ÇKK 9/2). Hâkim buna dayanarak, çocuğun “ailesine” teslim edilmesine veya KD Tedbire hükmeder (ÇKK 9/2).

Kurum hakiminin KDT kararı vermesini de talep edebilir (ÇKK 9/3).

XII. ÇKK 5 de öngörülen ‘koruyucu ve destekleyici tedbir kararı’nın alınması, uygulanması ve kaldırılması.

1. Yetki.

Koruyucu ve destekleyici tedbir kararı, çocuğun yaşadığı yerdeki çocuk hakimi tarafından (ÇKK 8/1), istem üzerine, re’sen veya acil koruma kararı sonrasında verilir (ÇKK 7/1).

İstem yetkisi, çocuğun anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, ÇHSEK ve Cumhuriyet savcısı tarafından kullanılabilir (ÇKK 15/3).

Tedbir kararı verilmeden önce SİR yaptırılabilir (ÇKK 7/2).

Tedbir kararında “türü” gösterilir; birden fazla tedbire hükmedilebilir (ÇKK 7/3).

Tedbir kararı ile birlikte, “çocuğun denetim altına alınması kararı” da verilebilir (ÇKK 7/4).

Tedbir kararı yanında, Medeni Kanun uyarınca velayet, vesayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurma kararları da verilebilir (ÇKK 7/7).

Bükün çocuklar hakkındaki tedbir kararları duruşma yapılmaksızın verilir, fakat çocuğun görüşü alınabilir, ilgililer dinlenebilir, SİR düzenlenmesi istenebilir (ÇKK 13/1); ancak, MK uyarınca verilen kararlar istisnadır.

2. Kanun yolu.

Çocuk hâkimi tarafından alınan tedbir kararlarına karşı en yakın çocuk mahkemesine “itiraz” edilebilir (ÇKK 14, CMK 267 vd).

3. Koruyucu ve destekleyici tedbir kararının uygulanması.

Tedbir kararını uygulayacak olan görevli kişi, kurum veya kuruluş, bir “yerine getirmeyi uygulama planı” hazırlar (TKYön 18/1) ve 10 gün içinde yargılama makamının onayına sunar.

Yargılama makamı bu planın değiştirilmesini isteyebilir.

Uygulama planı hazırlanırken SİR den yararlanılabilir.

Ayrıntılı bilgiler içeren uygulama planı tatbik edilirken, kararı veren yargılama makamı, çocuğun gelişimini en geç üçer aylık sürelerle incelettirir (TKYön 18/4). Bu inceleme mahkemede görevli sosyal çalışma görevlisi tarafından yapılır (TKYön 18/5). Mahkeme sosyal çalışma görevlisinin uzmanlık alanı dışında başka bir alanda inceleme yapılmasına ihtiyaç duyarsa, diğer uzmanlara inceleme yaptırabilir (TKYön 18/8).

İnceleme raporu 10 gün içinde hazırlanır ve yargılama makamına verilir (TKYön 18/12).

Koruyucu ve destekleyici tedbir kararının uygulanmasını denetlemek görevi, Kanunun ilgili tedbiri yerine getirmekle sorumlu tuttuğu Bakanlığa aittir (TKYön 18/13).

Ancak, ceza infaz kurumlarına hiç bir görev yüklenemez.

Tedbirin uygulanması için “nakil”, uygulayan kuruluşun kendi mevzuatına göre yürütülür (TKYön 18/14).

Tedbiri uygulayan kurum veya kuruluştan izinsiz ayrılma halinde, o birimin kendi mevzuatı uygulanır (TKYön 18/14).

4. Uygulama planı.

Koruyucu ve destekleyici tedbir kararının yerine getirilmesini uygulama planı (TKYön 18/3), detaylı olarak hazırlanır.

Bu planda; kararın uygulanmasından sorumlu olan kişi belirtilir. Tedbirin türü, süresi, uygulanırken hangi kurumlarla iş birliği yapılacağı ve hangi hizmetlerin sağlanacağı ve nelerin amaçlandığı ve ilerlemenin nasıl ölçüleceği açıklanır.

5. Gelişimin incelenmesi.

Hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilen çocuğun gelişimi, en geç üçer aylık sürelerle, yargılama makamı kararı ile inceletirilir (ÇKK 8/2, TKYön 18/4).

İncelemeyi mahkemede çalışan sosyal çalışma görevlisi yapar (KTYön 18/9). Böyle bir uzman yoksa, yargılama makamı bilirkişi sıfatlıya görevlendirme yapar ve ücretini suçüstü ödeneğinden ödetir (TKYön 18/11).

6. Koruyucu ve destekleyici tedbir kararının kaldırılması veya değiştirilmesi (ÇKK 7/5).

Tedbirin kaldırılması veya değiştirilmesi kararı, önceki kararı alan yargılama makamı tarafından, re'sen veya talep üzerine verilir.

Acele hallerde çocuğun bulunduğu yer yargılama makamı da yetkilidir (ÇKK 7/5).

Kaldırma talebi, denetim memuru, veli, vasi, bakım ve gözetimi üstlenen kimse, tedbir kararını yerine getiren kuruluş temsilcisi ve C. Savcısı tarafından yapılabilir (ÇKK/3).

Koruyucu ve destekleyici tedbir kararının kendiliğinden sona ermesi ÇKK 7/6 ile düzenlenmiştir.

7. Talepte bulunma yetkisi.

Çocuk hakkında koruyucu tedbir kararı tali nitelikte bir muhakeme yapılarak verilir. Hâkimin karar verebilmesi için, prensip olarak, talep gerekli olduğu için, ana, baba, vasi, bakım ve gözetiminden sorumlu olan kimse, SHÇEK ve Cumhuriyet savcısının “istemi” üzerine alınabileceği gibi, “re'sen” çocuk hakimi tarafından alınabilir (ÇKK 7/1).

8. Sosyal inceleme yapılması.

Çocuk hakkında tedbir kararı verilmeden önce ‘sosyal inceleme’ yaptırılması, hakimin takdirine bırakılmıştır (ÇKK 7/2). Derhal tedbir alınmasını gerektiren durumlarda sosyal inceleme daha sonra da yaptırılabilir (ÇKK 35/2).

9. Kararın içeriği.

Tedbir kararında, beşinci maddede sayılan tedbirlerden hangisine hükmedildiği, türü belirtilerek açıklanacaktır. Bir veya birden fazla tedbire hükmedilmesi kabul edilmiştir (ÇKK 7/3).

10. Çocuğun ‘denetim altına alınması’.

Yeni Ceza Kanununun öngördüğü ‘denetimli serbestlik’, çocuklar hakkında da uygulanabilir. Hakim, çocuk hakkında ‘koruyucu ve destekleyici tedbire’ karar verirken, çocuğun ‘denetim altına alınmasına’ da karar verebilir (ÇKK 7/4).

11. Tedbirin kaldırılması veya değiştirilmesi.

Kanunda yapılan bu düzenleme ile önemli bir yenilik gerçekleştirilmiştir. Hâkim daha önce verdiği kararı kendiliğinden kaldırabilmekte veya değiştirebilmektedir. Bu yeni kararını verirken, çocuğun gelişimi göz önünde tutacaktır (ÇKK 7/5). Tedbiri kaldırma veya değiştirme yetkisi, ilk kararı verene aittir. Ancak acele hallerde bu hâkime bildirmek koşulu ile, çocuğun bulunduğu yer hakimi tarafından da verilmesi kabul edilmiştir.

12. Tedbirin sona ermesi.

Çocuğun 18 yaşını doldurması ile, tedbir kendiliğinden sona erer. Ancak yetişkin olan bu kişinin rızası ile belli bir süre daha sürdürülebilir (ÇKK 7/6).

13. Velayet, vesayet, kayyım, nafaka, kişisel ilişki kurulması kararlarının verilmesi.

Mahkeme, korunma ihtiyacı olan çocuk hakkında (suça itilen çocuk hariç), koruyucu ve destekleyici tedbir kararı yanısıra (çocuklara özgü güvenlik tedbiri kararı hariç), Medeni Kanun’a göre verilmesi gereken kararları da verebilir (ÇKK 7/7).

14. “Çocuklara özgü güvenlik tedbiri” kararı verilmesi.

TCK 56 da öngörülen ve ÇKK 11 in yaptığı atıf ile, ÇKK 5 deki koruyucu ve destekleyici tedbirlerin, ‘çocuklara özgü güvenlik tedbiri’ kararı olarak alınması kabul edilmiş, ancak usulü kanunda ayrıca gösterilmemiştir.

ÇKK madde 11, ‘çocuklara özgü güvenlik tedbiri’ kavramından aynı yasanın 5. maddesinde ‘koruyucu ve destekleyici tedbir’ olarak gösterilmiş olan ve yukarıda ayrıntıları ile açıklanan tedbirlerin anlaşılması gerektiğini ve alınacak tedbir kararının bunlardan oluşacağını hükme bağlamıştır.

XIII. Diğer Kanunlarda öngörülen tedbirler.

Çocuklar hakkında tedbir uygulanmasını öngören iki ayrı Kanun daha bulunmaktadır. Bunlardan biri 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu (SHÇEK) diğeri de Medeni Kanundur. Çocukları korumaya lönelik hükümler içeren başka kanunlar da vardır.

1. Medeni Kanun.

Medeni Kanun’un (2002-4721) 346 ncı maddesi, çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkimin, çocuğun korunması için uygun önlemleri almasını öngörmektedir. Eğer, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş hâlde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma da yerleştirebilir. Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hâkim aynı önlemleri alabilir (MK 347).

Medeni Kanun’un velayet, vesayet, nafaka hükümleri. Çocuğun korunması ve şiddet uygulanması durumunda uygulayana karşı tedbirler Ailenin Korunmasına Dair Kanunda düzenlenmiştir. 4320 sayılı yasa MK hükümlerinden ayrı olarak, aile bireylerinden her birinin aile içi şiddete maruz kaldığı hallerde durumun Cumhuriyet savcılığına bildirilmesi durumunda sulh hukuk hâkimi tarafından res’en kanunda sayılan tedbirlerden bir veya birkaçının alınabileceği belirtilmektedir.

Hâkim bu tedbir kararı yanında ayrıca mağdurların yoksulluğa düşmesini engellemek için yaşam düzeylerini göz önünde bulundurarak nafakaya hükmedebilecektir. Mahkeme kararında 6 ayı geçmemek üzere tedbirin uygulanma süresi ve tedbire aykırılık halinde kusurlu eşin tutuklanacağı ve hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edileceği ihtar olunacaktır.³⁸⁴⁰ Velayetin kaldırılmasına esas teşkil eden haller ise MK da düzenlenerek örneklendirilmiştir (MK 348/1).

Bu haller ana ve babanın kusurunun aranmadığı haller olarak sayılmaktadır. Madde devamında ise hakkın kötüye kullanılması veya yükümlülüklerin ağır biçimde savsaklanması ihmali durumlar olarak sayılmaktadır (MK 348/2). Çocuğun güvenliği veya menfaatini zedeleyen haller ile tehlikeye düşüren durumlar koruma tedbiri alınması ve velayetin kaldırılması işlemlerinin gerekçesini oluşturmaktadır.

2. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu.

Çocuk hakkında korunma kararı alınamaması halinde 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 161 inci maddesi ile tedbir alınması öngörülmüştür.

3. Belediye Kanunu.

1580 sayılı Belediye Kanunu’nun 15 inci maddesinin ilgili hükümlerine göre gerekli önlemler alınmasını öngörmektedir.

4. Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kanunu.

Bu Kanunun 3. maddesinin (b) bendinde korunmaya muhtaç çocuk tanımını şöyle yapmaktadır: “Beden, ruh ve ahlak gelişimleri veya şahsi güvenlikleri tehlikede olup; 1. Ana veya babasız, 2. Ana veya babası veya her ikisi de belli olmayan, 3. Ana ve babası veya her ikisi tarafından terk edilen, 4. Ana veya babası tarafından ihmal edilip; fuhuş, dilencilik, alkollü içkileri veya uyuşturucu maddeleri kullanma gibi her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız bırakılan ve başıboşluğa sürüklenen çocuk”. Aynı Kanunun 3. maddesinin (e) bendinde de korunmaya muhtaç

³⁸⁴⁰ *Sayita (Sevgi Usta):* Mağdur Çocuklar Hakkında Koruma Önlemleri, Mağdur Çocukların Hukuksal Konumu, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2004.

çocukların da yararlanacakları **sosyal hizmet kuruluşları** sayılmaktadır: çocuk yuvaları, yetiştirme yurtları, kreş ve gündüz bakımevleri, çocuk ve gençlik merkezleri doğrudan çocuğa hizmet veren sosyal hizmet kuruluşları olup, görev alanları yasada şöyle tanımlanmaktadır:

“*Çocuk Yuvaları*”; 0 - 12 yaş arası korunmaya muhtaç çocuklarla gerektiğinde 12 yaşını dolduran kız çocuklarının, bedensel, eğitsel, psiko sosyal gelişimlerini, sağlıklı bir kişilik veya iyi alışkanlıklar kazanmalarını sağlamakla görevli ve yükümlü yatılı sosyal hizmet kuruluşlarıdır. Bu kuruluşlar ÇMK 10. maddesinin 3. bendinde ifade edilen kuruluşlardandır.

“*Yetiştirme Yurtları*”; 13 - 18 yaş arası korunmaya muhtaç çocukları korumak, bakmak ve bir iş veya meslek sahibi edilmeleri ve topluma yararlı kişiler olarak yetişmelerini sağlamakla görevli ve yükümlü olan yatılı sosyal hizmet kuruluşlarıdır. Bu kuruluşlar ÇMK 10. maddesinin 3. bendinde ifade edilen kuruluşlardandır.

“*Kreş ve Gündüz Bakımevleri*”; 0 - 6 yaş grubundaki çocukların bakımlarını gerçekleştirmek, bedensel ve ruhsal sağlıklarını korumak ve geliştirmek ve bu çocuklara temel değer ve alışkanlıkları kazandırmak amacıyla kurulan ve yatılı olmayan sosyal hizmet kuruluşlarıdır.

“*Çocuk ve Gençlik Merkezleri*”, eşler arası anlaşmazlık, ihmal, hastalık, kötü alışkanlık, yoksulluk, terk ve benzeri nedenlerle sokağa düşerek sosyal tehlike ile karşı karşıya kalan veya sokakta çalışan çocuk ve gençlerin geçici süre ile rehabilitasyonlarını ve topluma yeniden kazandırılmalarını sağlamak amacıyla kurulan yatılı ve gündüzlü sosyal hizmet kuruluşlarıdır.

“*Koruyucu aile*”. Ayrıca 23. madde de “koruyucu aile” müessesesi öngörülmektedir.

5. Diğer Kanunlarda öngörülen tedbirlere hükmedilmesi.

Bir çocuk hakkında mahkemece bir tedbir kararının alınması, çocuğu bakıp gözetmekle yükümlü olan ana babanın görevlerini yeterince yerine getiremediklerinin ifadesidir. Bu konudaki eksiklik, çocuk hakkında başvurulacak tedbirin niteliğini belirler. Temel prensip, çocuğun ailesi ile birlikte olması ve onun yanında korunmasıdır.

Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük, Medeni Kanunu'nun 346 ve 347 nci maddelerinde belirtilen durumlarda alınacak koruma kararının SHÇEK Kanununun 22. maddesine göre alınmasını öngörmektedir.

SHÇEK, korunmaya, bakıma, yardıma muhtaç aile, çocuk, sakat ve yaşlılar ile sosyal hizmetlere muhtaç diğer kişileri tespit ve incelemekle görevlidir. (madde 21) Koruma kararı için gerekli belgeler Kurumca düzenlenir ve ilgili mahkemeye gönderilir. Koruma kararı yetkili mahkemece alınır. ÇMK 14. maddesi gereğince bu mahkemenin çocuk mahkemesi olması gerekmektedir. Haklarında derhal bir korunma tedbirine başvurulması gereken çocukların, mülki amirlikten alınacak (illerde valiliklerden) acil onay ile SHÇEK kuruluşlarından birine veya bir koruyucu aile yanına yerleştirilmeleri gerekmektedir (madde 22).

Bu kurallar suç isnadı altında olsun veya olmasın tüm risk altındaki çocuklar için geçerlidir.

Bir çocuk hakkında tedbir kararı alınmasını talep etmeye yetkili olan kimseler şunlardır: Veli, vasi, bakmakla mükellef olan kimse veya Cumhuriyet savcılığı (ÇMK14), SHÇEK (SHÇEKK 21), belirtilen bu kişiler dışında herkes, C. savcılığına ihbar eden sıfatı ile başvurmak suretiyle süreci başlatabilir.

Bir çocuk hakkında tedbire hükmedilmesi, her zaman velayetin kaldırılmasını gerektirmez. Ancak, çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim aşağıdaki hâllerde velâyetin kaldırılmasına karar verir (MK 378):

1. Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, özürlü olması, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velâyet görevini gereği gibi yerine getirememesi.

2. Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması.

Bir aile yanına veya paralı özel bir kurum veya benzeri teşekküllere yerleştirilen küçüğün giderleri Devletçe ödenir. Ödenecek bu meblağ çocuk mahkemelerince verilecek bir kararla tespit edilir. Medeni Kanun hükümleri gereğince bakmakla yükümlü olan kimsenin, küçüğün giderlerini karşılamaya mali

durumu müsait olması halinde, Devletçe ödenen meblağın tahsili için ilgililere rücu edilir. (ÇMK md.31) Nafakaya ilişkin hükümler saklı kalmak kaydı ile, ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa bu önlemlerin gerektirdiği giderler Devletçe karşılanır (MK 347).

6. İcra ve İflas Kanunu.

İcra ve İflas Kanunu, çocuk teslimine ilişkin olarak İİK 25. maddesindeki düzenleme ile “çocuğun teslimine dair ilam icra dairesine verilince yazılı şekilde bir icra emri tebliği suretiyle boçluya yedi gün içinde çocuğun teslimini emreder. Borçlu bu emri yerine getirmeyen ise çocuk nerede bulunursa bulunsun ilam hükmü zorla icra olunur” demektedir. Çocuk teslim edildikten sonra diğer taraf haklı bir sebep olmaksızın çocuğu tekrar alırsa ayrıca hükme hacet kalmadan zorla elinden alınıp öbür tarafa teslim olunacaktır.

İİK 25(a) maddesinde de çocuk ile şahsi münasebet tesisine dair ilamın icrası düzenlenmiştir. Çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra memuru çocuğun ilam hükümleri dairesince lehine hüküm verilen tarafla şahsi münasebette bulunmasına mâni olunmamasını; aksi halde ilam hükmünün zorla yerine getirileceğini borçluya icra emri ile tebliğ edecektir.

İİK 25(b) maddesi ise çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında uzman bulundurulması şartını aramaktadır. İcra müdürü ile birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagoğ, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulundurulması suretiyle yerine getirileceğini hükme bağlamaktadır.

Değerlendirme; Madde metinleri içinde çocuğun teslimine ilişkin olarak “zorla yerine getirilir”, “nerede bulunursa bulunsun”, gibi zorla icra usulünden bahsedilmiştir. Ancak madde de adı geçenler aynı zamanda çocuğun anne veya babasıdır, ebeveynidir. Çocuk kısaca menkul mal hükümleri içinde ele alınmaktadır. Tüm bu durumlar gerek uygulama sırasında çocuğun istismarını gerekse çocuk yararı ilkesinin ihlali sonucunu doğuracaktır. Çocuk uyurken, okulunda iken veya arkadaşları ile oynarken gibi günlük yaşamı içinde kolluk görevlisi, icra memuru, avukat tarafından alıkonulacaktır. Bu kişilerin çocuk konusunda eğitim alamamış kişiler olduğu açıktır. Bu nedenle bu düzenlemenin çocuk yararına yapılması ve *derhal* hükmünün değiştirilmesi daha uygun olacaktır.³⁸⁴¹

7. İş Kanunu.

4857 Sayılı Yeni İş Kanunu, Çocukların çalıştırılması açısından yaş sınırı getirmektedir. 71. maddeye göre 15 yaşın altındaki çocukların çalıştırılmaları yasaktır. Ancak ondört yaşını ve ilköğretimi tamamlamış çocuklar bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabileceği belirtilmiştir. Ancak bu çalıştırmadan önce ondört yaş onsekiz yaş arasındaki çocuklar hakkında işi yeri hekimi, işçi sağlığı dispanseri veya bunların olmadığı durumlarda SSK, sağlık ocağı, hükümet veya belediye hekimleri tarafından vücut yapılarının sağlıklı ve işin yapısına uygun olduğunun rapor ile belirtilmesi gerekmektedir (İş.K. 87) İş K.. 73. madde ise gece çocukların çalıştırılmasını yasaklamıştır. İş K. 53. maddeye göre, 18 ve daha küçük yaşta işçilerin yıllık izin süreleri 20 günden aşağı olamayacaktır.

8. Mesleki Eğitim Kanunu.

3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu ile çırak olarak çalıştırma yaşı belirlenmiştir. Kanununun 10. maddesine göre, çıraklık yaşı 14 yaşını doldurmamış olmak ve 19 yaşından gün almamış olmaktır. Bir diğer şart ise en az ilköğretim okulu mezunu olma şartıdır (MEK 10 (a)). Çırak olan çocuklara, okulların tatil olduğu aylara rastlamak üzere 1 ay ücretli izin verilir. Ayrıca mazeretleri kabul edilenlere okul müdürlüğünün görüşü alınarak 1 aya kadar ücretsiz izinde verilebilir.

XIV. Tedbirlere uymamanın neticesi.

³⁸⁴¹ Topuzoğlu (Aşkın Yaşar): “Çocuk İstismar ve İhmalinin Önlenmesi” konulu Türk Hukukçu Kadınlar Derneği Paneli, İstanbul 2002.

Koruyucu ve destekleyici tedbir kararları, hâkim veya mahkemelerce tutulacak “koruyucu ve destekleyici tedbir kararları defterine” kaydedilir (TKYön 22).

Haklarında bakım veya barınmaya ilişkin tedbir kararı alınan ve tedbirin uygulanacağı kurum veya kuruluşa teslim edilen çocukların, “izinsiz olarak” kurum veya kuruluştan ayrılmaları durumunda, tutanak tutulur. Durum, en seri iletişim araçları ile kolluk birimlerine bildirilir. Bildirim en kısa sürede yazılı hale getirilir. Ayrıca mahkeme veya çocuk hakimine de bilgi verilir (TKYön 22/4).

Kurumdan izinsiz olarak ayrılan çocuklara ilişkin işlemler, tedbiri uygulayan kurum veya kuruluşun “kendi mevzuatı” çerçevesinde yürütülür (TKYön 19/14).

Koruma tedbirlerine uymamanın yaptırımı ÇKK da gösterilmemiştir. Suç işlemeyen, fakat korunmaya ihtiyacı olan çocukların tedbire uymamaları hali de düşünülmelidir. Çocuk Adalet Sistemi tedbirlere uymayan çocuğa aşamalı bir şekilde yaklaşmalıdır.

Ancak, suça itilmiş çocuğu tutuklamak, onu suç çevresinden uzaklaştırmak için çare değildir. Zira halen tatbik edilen tutuklama sisteminde, çocuk hakkında terbiye edici bir tedbir uygulanmadığı için, yeni suç çevreleri ile tanışma olanağı doğmaktadır. Buna rağmen, suç işlemeyi alışkanlık haline getiren çocukları suç muhitinden bir süre kurtaracağı için, bu yöntem çocuk yararına olabilir.

Tedbirlere uymayan çocuklar hakkında, şartları oluştuğunda, yükümlülükler içeren ‘adli kontrol kararı’ almaları tavsiye olunabilir.

Adli kontrol kararı ile yüklenen yükümlülükler uymama halinde, tutuklamanın yasak olduğu suçlar için dahi, tutuklama yolu açılmaktadır.

489. AKIL HASTASI SANIKLARIN MUHAKEMESİ.

I. Akıl hastalığı.

Suçu işlediği sırada fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olanlar hakkında güvenlik tedbiri uygulanması için açılan dava üzerine yapılan muhakeme de, güvenlik tedbiri muhakemesidir.

Ceza Kanununun kabul ettiği sisteme göre, suçu işlediği zaman akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olanlar hakkında ceza uygulanmamakta, ancak bunlar hakkında güvenlik tedbirine hükmolunmaktadır (TCK 32). Sağır ve dilsizler hakkında da bu karar verilecektir (CK 33). Koruma ve tedavi tedbiri, o kimsenin suç işlemesinin sonucu olduğundan, suç işleyen kimseye uygulanan müeyyidedir. Bu tedbir de bizce bir cezadır ve bu tedbirin uygulanması için açılan dava da ceza davasıdır. Ancak mülga Ceza Kanunu (m. 40), ceza tabirini dar manada kullandığından, bunu bir ceza davası saymamakta, adını söylememekle beraber, bir nevi güvenlik tedbiri davası addeylemektedir.

II. Akıl hastası hakkındaki muhakeme.

Gerek mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu gerekse yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Ceza Kanunu, suçu işlediği sırada akıl hastası olanların muhakemesi hakkında hüküm ihtiva etmektedir. Mülga Ceza Kanunu ise tam akıl hastası suçlular hakkındaki muhakemeyi pek basit tutmuştur. Mülga Ceza Kanununda, hazırlık soruşturmasında sanığın suçu işlediği sırada tam akıl hastası olduğu anlaşılırsa, tedbire sulh hakiminin karar vereceği, bunun için savcının sulh hakimine başvurması gerektiği, yani güvenlik tedbiri davası açması gerektiği belirtilmişti.³⁸⁴² Sulh hakiminin kararını otomatik olarak vermesi kabul edilmemişti. Gerekirse bu kararı vermeyebilirdi. Bir karara varmak için gerek yargılama makamı gerek iddia ve müdafaa makamları faaliyette bulunacaklardır. Duruşma yapılmayacağı kanunun bu yetkiyi sulh hakimine vermesinden anlaşılmakta idi. Ancak duruşma yapılmasa da güvenlik tedbiri kararı alınması için sanığın isnat olunan eylemi işlemesi ve o eylemin de suç teşkil etmesi gerektiğine göre bunların araştırılması lazımdı. Diğer taraftan, suçu işlediği sırada failin mülga TCK 46 maddeye giren bir durumda, akıl hastası olduğunun tespit edilmesi de gerekmekte idi.

³⁸⁴² 46. maddede müracaattan bahsedilmemesi, savcının talebi olmadan sulh hakiminin karar verebileceği mânâsına gelmez. Ceza davasının bir çeşidi olan güvenlik tedbiri davası da bir itham ile başlamak zorundadır ve bu esastan ayrıldığını gösteren bir sarahat yoktur (*Dönmezer/Erman*, II, n. 1629).

Bu sırada sanığın serbest bırakılması mahsurlu ise, kanaatimizce muhafaza ve tedavi tedbirine geçici olarak karar verilebilirdi. Muhakeme sonunda hâkim sanığın suç işlediğine kanaat getirirse ve akıl hastalığının da 46 ıncı maddeye girdiğini görürse, mülga Ceza Kanununun sistemine göre, mecburi olarak, muhafaza ve tedavi kararını verirdi.

Görüleceği üzere yeni Kanunda olduğu gibi mülga Kanunda da muhakemeye ait birçok mesele kanunla çözümlenmemiştir. Oysa bu hususların Kanunla çözümlenmesi gerekir. Mülga Kanunda sulh hakiminin vereceği tedbir kararının temyiz edilip edilmeyeceği konusunda açık hüküm yoktu. Ancak biz bu karar hüküm niteliğinde olduğunda temyiz edilebilmesi gerektiğini savunmaktaydık. Ceza Muhakemesi Kanunu hüküm çeşitlerinin sayıldığı 223'üncü maddesinde güvenlik tedbirini de hüküm olarak saymıştır. Bu açıdan yeni kanun uyarınca güvenlik tedbirine ilişkin hükme karşı kanun yollarına başvurulabilecektir.

Avusturya Ceza Muhakemesi Kanununun 429. paragrafından itibaren akıl hastaları hakkında hükmedilecek güvenlik tedbiri muhakemesi düzenlenmiştir. Bu Kanunun 429. paragrafında belirtilen özellikler dışında ceza muhakemesinin genel kuralları uygulanır. 429. paragrafında belirtilen özellikler ise şunlardır: 1) İlgili (akıl hastası sanık) istemese de bir müdafî bulunacaktır (zorunlu müdafî). 2) İlgili psikiyatri alanında uzman asgari bir bilirkişi tarafından muayene olmalıdır. 3) Sorgu hâkimi sorguda bir veya iki bilirkişiyi hazır bulunduracaktır. 4) İlgilinin yokluğunda son soruşturmanın yapılması gerektiği varsayılabilir, savcı ilgilinin kanuni temsilcisinin son ifadesine katılmasına imkân tanır. 5) İfade almanın ilgilinin sağlığını önemli ölçüde tehlikeye sokması halinde ifade almaktan vazgeçebilir. Avusturya Kanununun akıl hastaları için sanık veya şüpheli terimini kullanmadığı *ilgili* terimini kullandığı dikkati çekmektedir.

III. Tedbire hükmedilmesi.

Sanığın durumu kovuşturma evresinde anlaşılmış ise, muhafaza ve tedavi tedbirini yetkili mahkeme verecektir. Mahkeme o zamana kadar duruşma yapmış olabilir. Bu takdirde, mahkeme eylemini sabit gördüğü sanığın 33/1. fıkraya giren akıl hastası olduğunu anlayınca, tedbire karar verecektir (CMK 223/6). Ayrıca beraat kararı verecek değildir.³⁸⁴³ Çünkü güvenlik tedbiri de bir cezadır. Hem beraat hem ceza olmayacağı gibi aynı eylemden hem beraat hem muhafaza ve güvenlik tedbiri gibi suça bağlı bir karar da verilemez.

Mahkemenin tedbire karar vermesi için sanığın suçu işlemiş olması şart olduğuna göre, sanığın suçu işlediği sabit olmazsa “beraat kararı” verilebilecektir. Bu takdirde muhafaza ve tedavi tedbiri söz konusu olmayacaktır. Çünkü kanunumuz suç işlemeyen yetişkinlerin cebren muhafaza ve tedavisi hakkında bir hüküm ihtiva etmemektedir. Bunun bir boşluk olduğu açıktır. Diğer taraftan sanığın akli durumu, müdafaa bakımından özel hükümlere ihtiyaç gösterir. Bunların kanunda bir bir ele alınması gerekir. Sanığın fiili işlemediği, işlese de fiilin suç teşkil etmediği sabit olursa sanık hakkında muhafaza ve tedavi tedbiri mecburî olarak alınamayacağına göre, müdafaa rolü ve önemi büyüktür. Mülga kanunumuz suç ağır hapsi gerektiriyorsa, sanığın şifa bulmasına rağmen, suçlunun bir seneden önce hastahaneden salıverilmesini kabul etmediğinden, sanığın suçlu olup olmadığının araştırılması zarurî idi. Verilen muhafaza ve tedavi tedbiri kararı bizce, mahkûmiyet niteliğinde bir hüküm³⁸⁴⁴ olduğundan temyiz edilebilmeli ve ceza verilemiyor diye tutuklama kararının geri alınması sonucunu doğurmamalıdır.³⁸⁴⁵

490. UYUŞTURUCU MADDE KULLANAN SANIKLARIN MUHAKEMESİ.

I. Madde bağımlıları hakkında tedbir uygulanması.

³⁸⁴³ k-m: *Dönmezer/Erman*, II, n. 1627. Tatbikatta mülga kanun uyarınca beraat kararı mahiyetinde “ceza tâyinine mahal olmadığı kararı” verildiği vardır (1. CD 30/4/59, *Çağlayan*, “66” I, 662).

³⁸⁴⁴ Mülga 46. maddenin 53-6123 numaralı kanunla değişen şeklinde *hükmolunur* denilmekte idi. 55-6529 numaralı kanunla değişen şekilde, *karar verilir* denilmesinin sebebi, evvelce sadece mahkeme bahis konusu iken şimdi sulh ve sorgu hâkimlerinin de bahis konusu olması olup, mahkemenin vereceği şey *hüküm*, olmasın, *karar* olsun diye maddî tadil edilmiş değildir. Kaldı ki aynı karardan bahseden mülga TCK 404. maddede yine hüküm tabiri vardır.

³⁸⁴⁵ k-m; 1. CD 30/4/59 (*Çağlayan*, “66”, I, 662).

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine³⁸⁴⁶, hükümlenir (TCK 191/2). Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, cezaya hükümlenemez (TCK 192/4). Bu tedbire yetkili mahkemece karar verilir.

Uyuşturucu madde müptelâları da bir nevi akıl hastasıdır. Bunlar hakkında muhafaza ve tedavi tedbiri alınması da basit bir soruşturmayı haklı gösterebilir. Zira uyuşturucu madde kullanmak suç olduğuna göre bir kimsenin uyuşturucu madde müptelâsı olduğunun sabit olması, tedbirin alınması için yetmektedir.

Gerek mülga Kanunda gerekse yeni Kanunda uyuşturucu madde müptelâsı sanıklar hakkındaki güvenlik tedbiri dâvası ve muhakemesi hakkındaki hükümler çok eksik ve yetersizdir.³⁸⁴⁷

II. Muhakeme.

Görülüyor ki bu suçlular hakkında ceza muhakemesi ile güvenlik tedbiri muhakemesi arasında fark dahi kabul edilmemiştir. Kabul edilen fark sadece mahkûmiyet hükmünde ceza yerine güvenlik tedbiri tâyin olunmasından ibarettir. Sanığın özel durumuna göre mevcut hükümlerin bilhassa müdafaa bakımından yetersiz olduğu açıktır.

Avusturya Ceza Muhakemesi Kanununun 435 ve devamı paragraflarında müptelâların koruma yatırımları tedbirine ilişkin muhakeme kuralara yer verilmiştir. 435 inci paragrafa göre, bu halde tedbir ceza muhakemesi kararı ile hükmedilecektir. 436 inci paragrafa göre, kuruma gönderme kararı verilebilmesi için, 429 inci paragrafın 2 inci fıkrasında belirtilen şekilde işlem yapılmış olması gerekir. 437 inci paragraf uyarınca savcı, kuruma yatırma tedbiri talep ediyorsa bunu iddianamede belirtmek durumundadır. Ancak, savcının böyle bir talebi olmasa dahi, mahkeme tedbire hükmedebilir.

YEDİNCİ BÖLÜM: DAR MÂNÂDA TALİ CEZA MUHAKEMESİ

72. § HÂDİSE MUHAKEMELERİ

491. Dar mânâda talî ceza muhakemesi ve hâdise muhakemesi. 492. Yargılama giderleri muhakemesi. 493. Müsadere muhakemesi. 494. Cezanın ertelenmesi ve erteleme kararının geri alınması muhakemeleri. 495. Suçluların geri verilmesi muhakemesi.

491. DAR MÂNÂDA TALİ CEZA MUHAKEMESİ ve HÂDİSE MUHAKEMESİ.

Bir suç isnadının soruşturulması ve suç karşılığı müeyyidelerin sanık hakkında uygulanması şeklinde olmaksızın, bir suç dolayısı ile ceza yargılaması makamlarından bir karar alınması için açılan talî ceza dâvası dolayısı ile yapılan “talî ceza muhakemesi”, çeşitlidir. Bunları iki grupta toplayabiliriz: 1) “Dar mânâda talî ceza muhakemesi”, 2) “Kanun yolu muhakemesi”. Kanun yolu muhakemesi, yargılama kararlarındaki hataları gidermek için kabul edildiğinden ve asıl ceza muhakemesindekiler gibi dar mânâda talî ceza muhakemesindeki hatalı kararlara karşı da kanun yoluna başvurulduğundan, kanun yolları muhakemesi, dar mânâda talî ceza muhakemesinden sonra tetkik edilecektir.

³⁸⁴⁶ Mülga TCK 404. maddesinde *mahkeme* denildiğine göre *her safhada* denilmesi yersizdi. Yok, akıl hastalarında olduğu gibi, önsoruşturmada da alınabilmesi kast oluyorsa, *yetkili mahkeme* değil, *yetkili yargılama makamı* denilmeliydi. Uyuşturucu madde kullanan kimsenin alışkanlığı iptilâ derecesinde ise, salâhı tıbben taayyün edinceye kadar hastahanedeki muhafaza ve tedavisine hükümlenir. Bu tedbire *yetkili mahkemece* soruşturmanın her safhasında karar verilebilirdi (mülga TCK 404).

³⁸⁴⁷ Mülga TCK'ya göre Sarhoşlukta itiyadı iptilâ derecesine varmış olanların, salâhı tıbben taayyün edinceye kadar hastahanedeki muhafaza ve tedavisine hükümlenirdi (TCK 573). Bu tedbirin uygulanması için, alkol müptelâsının 571 ve 572. maddelerde yazılı suçlardan birini işlemesi lâzımdır. Ceza ehliyeti olmayan bu suçlular hakkında kanunlarımızda özel muhakeme hükümleri yoktu. Genel hükümlere göre muhakeme yapılacak, neticede iptilâ durumu anlaşılınca, 571 ve 572 maddelerde yazılı suçlara ait dâvaları görmekle yetkili mahkeme, tedbire hükmedecekti. *Dönmezer/Erman*, II, n. 1640.

Gerek kanun yolu muhakemeleri gerek dar manada tali ceza muhakemeleri kanunumuzda bir *muhakeme* olarak gösterilmiş değildir. Bunlar içinde biraz esaslı şekilde düzenlemeler kanun yolu muhakemeleridir.

Kanun, tali muhakemelerde iddia makamının faaliyetinden bahsederken, istem (CMK 24, 162), dilekçe (CMK 41), iddia (CMK 18), itiraz (CMK 173), duraksama (CGİK 98) kanun yoluna başvurma (CMK 261, 265, 242), karar almak için mahkemeye müracaat (CGİK 100) gibi çeşitli tabirler kullanmıştır. Müdafaa görevi çok defa düzenlenmemiş, bazen kısaca cevap vermeden (CMK 32), görüş almadan (CMK 33) söz açılmıştır. Yargılama görevi ise çok defa “inceleme” veya “inceleme ve araştırma” diye ifade olunmuştur (CMK 268, 270, 301). Nadir olmak üzere duruşmadan bahsedildiği de vardır (CMK 184). Bütün bunların sebebi, tali muhakemenin henüz gelişmemiş ve asıl muhakemede olduğu gibi evre ve aşamalara ayrılmamış olması kadar muhakeme kavramının da henüz iyice anlaşılmamış bulunmasıdır.

Dar manada tali ceza muhakemeleri de çeşitlidir. Bunları iki grupta toplayacağız: 1) Hâdise muhakemesi, 2) İnfaz muhakemesi.

Hâdise muhakemesi, infaz sırasında ve infazla ilgili olarak ortaya çıkanlar dışında kalan ve asıl ceza muhakemesi ile kanun yolu muhakemesi dolayısı ile tesadüfen meydana çıkan talî tipte ve bağımsız organik bünyesi olan muhakemelerin adıdır. Bu muhakemelerin gayesi, hâdise (incident, incidente) adlı uyumsuzlukların çözülmesidir.

Hâdiseler kanunlarımızda dağınık bir şekilde ele alınmıştır. Hâdise muhakemesinin pek çok çeşidi vardır. Bunların çoğunu daha önce gördüğümüzden bu bahiste, görmediklerimizi ele alacağız.

492. YARGILAMA GİDERLERİ MUHAKEMESİ.

I. Yargılama giderleri.

Ceza muhakemesi, birçok giderlere yol açar. Tanıklara, bilirkişilere, tercümanlara posta giderleri, Harçlar Kanununa göre³⁸⁴⁸ ödenen yol giderleri, avukat ücretleri³⁸⁴⁹ muhakeme giderlerindedir. “Muhakeme giderleri” yerine yargılama giderleri (CMK 324) denilmesi isabetli değildir. Zira muhakeme gideri sadece yargılama giderinden ibaret değildir, tarafların yaptıkları da hesaba katıldığına göre kollektif faaliyeti ifade eden muhakemenin giderleri olduğu terimde belirtilmelidir. Muhakeme giderlerinin kime ve nasıl yükletileceğini kanun düzenlemiştir (CMK 324-330). Temel ilke şudur: Haksız çıkan taraf, haklı olan tarafın dâva yüzünden uğradığı zararı öder.

II. Muhakeme giderlerinin paylaşılması.

İlkenin uygulanması ceza dâvası açısından şöyle olmaktadır:

1) *Beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi* halinde sanık kaide olarak gider ödemeğe mahkûm edilemez. İstisna, kendisini suçlamasında olduğu gibi, kendi kusurundan ileri gelen

³⁸⁴⁸ Harç, dâvanın açıldığı tarihteki değil, işlemin yapıldığı tarihteki kanuna göre alınır (İçBK: (H): 77/12/64 RG 12/12/64). Harçlar Kanunu, kamu hizmetlerinden ve bu arada adalet hizmetlerinden yararlananların bu kamusal hizmetlerin finansmanına katılmasını düzenleyen bir kanundur. Adalet hizmetlerinin de bedeli olduğu ve buna fertlerin katılması gerektiği tezi doğrudur. Fakat bundan, fonların genel sakıncalarından ayrıca, bağış toplanmasına imkân veren ve bağışta bulunan sanık tesadüfen beraat etse bağış nedeniyle korunduğu şüphesini doğuracak olan “Adalet teşkilâtını güçlendirme fonunu kuran 88-3454 970/I numaralı kanunu haklı görme sonucunun çıkarılmasına (Coşar: 88-89 Adalet yılı açış konuşması, AdD 88/4 394) katılmıyoruz. Bu tez bize sadece az görülen harçların yükseltilmesini haklı gösterebilir.

³⁸⁴⁹ Avukat ücreti, avukat değil, taraf lehine hükmolunmalı (CGK 4/3/73 RKD 74, 91) ve kamu dâvasının katılma veya şahsî dâva tarihindeki Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesi uygulanmalıdır (İçBK: 23/12/76 YKD 77, 305). Avukat ücreti şahsî hak niteliğindedir. Son kararın bozulması için şahsî hak bakımından temyiz edilmesi gerekir. Re’sen görülecek sebeplerden dolayı bozma istendiğinde, şahsî hak bakımından da temyiz edildiği sayılı gelmektedir (CGK 12/12/77 YKD 78, 622 19/12/77 YKD 78, 624). Bu uygulama, şahsî dâvanın veya katılanın “vekâlet ücretinin yokluğu veya azlığı bakımından da sebep görülüyorsa bozun” demesi, yani kendi aleyhine bir sonucu da istemesi anlamına gelir ki isabetsizliği açıktır. “Savcının aleyhe dâvasından sonra lehe bozulabileceği” yolundaki 294. maddeye dayanılması da, savcı şahsî hak bakımından temyiz edemeyeceğine göre, isabetli değildir (Kunter: Ceza dâvasında avukatlık ücreti bakımından aleyhe bozma sorunu, İHFM “47-48”, 1982-83, 1-4, s. 399).

giderler bakımındandır. Sanığın “zorunlu giderlerini” kamu dâvasında Devlet, öder³⁸⁵⁰ (CMK 327). Bu zorunlu gider arasında müdafî ücreti de vardır.³⁸⁵¹ Sanığın giderlerini Devlet ödeyeceğinden, kamu dâvasına katılana, ödeyecek bir şey kalmaz.³⁸⁵²

2) *Mahkûmiyet* halinde, hükmün açıklanması geri bırakılsa ve ceza ertelense de (CMK 325/2), a) kamu dâvasında hazırlıktakiler dahil yapılan³⁸⁵³ bütün³⁸⁵⁴ giderler sanığa yükletilir (CMK 325). Muhakeme sırasında yapılan araştırma ve işlemlerin giderleri, sonuç lehe çıkmışsa hakkaniyet gereği sanığa yüklenmesi uygun görülmezse, mahkeme bunların Hazineye yüklenmesine karar verebilir (CMK 325/3). CMK 150 zorunlu müdafilik kabul etti. Sanık mahkûm olursa zorunlu müdafinin önce Devlet tarafından ödenen ücreti, ödeme gücü varsa, mahkûma yüklenmelidir. b) Katılanın zorunlu giderlerini de sanık ödemeli, ancak bunlar arasında vekâlet ücreti yine olmamalıdır, zira ceza dâvasında savcı ve zorunlu vekil (CMK 239) varken katılanın avukat tutması zorunlu değildir.³⁸⁵⁵

3) “*Divanını düşmesi veya reddi*” halinde, sanığın suçlu olup olmadığı belli olmadığından, muhakeme giderleri ona yüklenemez.³⁸⁵⁶ Ancak önödemedede dâva düşerse, gider yükleme (TCK 75/1)

³⁸⁵⁰ Şahsî dâvacı kamu yararına koşturma yaptığından, bu giderleri onun yerine Devletin ödemesi düşünülebilir de bu çözüm, yersiz şahsî dâvalara yol açacağından uygun değildir.

³⁸⁵¹ *Kantar*, 489. Medenî muhakeme masrafları arasında vekâlet ücretini kabul eden içtihat (İçBK 29/5/57, 4-16) ceza muhakemesinde de uygulanmalıdır.

³⁸⁵² 5. CD 8/10/71 İBD 74, 537. *Kuntman*, karşı-tezini mahkûmiyet halinde yüklenmesine dayamaktadır ki (İBD 74, 553) bizzet bu halde de yüklenmelidir (not 8).

³⁸⁵³ Henüz yapılmamış ve yapılacak masraflar, bu arada giyabi tebliğ masrafları elbet kararda belirtilmeyecektir. Bunlar hakkında başkan sonradan karar verebilecektir. Bu karara itiraz mümkündür (İçBK: 2/5/66, 4-3).

³⁸⁵⁴ Bunların arasında mecburî müdafinin ücreti de vardır (CMK 146). Buna karşılık sanığın tercümana ve malî durumu elverişsiz sanığa tâyin edilen müdafie ödenen ücret muhakeme masrafları arasında sanığa yüklenemez. Zira sanığın bunlardan parasız yararlanma hakkı vardır (İHAS 6) ve mahkûmiyet halinde ödemek korkusu bu haktan vazgeçmelere sebep olabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi “mahkûmlara ödetmek, dil bilmeyen sanığı bilenden kötü duruma düşürür, bu da 6. maddenin amacına ters düşer” diyerek aynı sonuca varmıştır (28/11/78, *Leudicke, Belkacem ve Koç dâvası*, § 42). Almanların idarî suç dediklerinin, hafif de olsa suç olduğu ve ceza hukuku çerçevesinde kaldığı gerekçesiyle, idare makamlarınca yargılandığı sırada tercümana ödenen paranın mahkûma yüklenmesini de Sözleşmeye aykırı bulmuştur (21/2/84 *Öztürk dâvası* § 53, 56). Malî durumu elverişli de olsa mahkemece tâyin olunan müdafinin ücreti sanığa yakletilmemelidir (*Donay*: Kamu özgürlüğünün korunmasında avukatın rolü, İHFM “43”78, 399). *Donay*, tercüman ücretinin Türk hukukunda ödettirildiğini, zira tercümanın bilirkişiye benzetildiğini söylemektedir (s. 192). Bir bakımdan benzetmeden her bakımdan benzetme anlamı çıkar mı? Ödeten bir iki karar olsa da, aksine yorum, hattâ sözleşmeye edayanmak mümkün iken yazılı hukuku da içine alacak biçimde Türk hukuku ödettiriyor denilmesini aşırı bulmaktayız. Diğer taraftan, *Donay*, kendini müdafaa edemediği görüldüğü için mahkemece tâyin edilen müdafinin ücretini sanığın mahkûmiyeti halinde, malî kudreti varsa ödemesini yoksa ödemesini de önermektedir (s. 171). Bizce mahkemenin müdafaa gereği ile tâyin ettiği müdafinin ücreti Devlete ait olmalı, 146. madde, Almanya’da olduğu gibi, bizde de ilga edilmelidir. Keza yanlışlıkla yapılan işlemlerin giderleri de sanığa yükletilmemelidir (5. CD 26/6/79 YKD 80, 301). Yalnız para cezasına hükmolunan dâvalarda tarifelere göre belirlenen avukatlık ücreti, hükmolunan para cezası tutarını geçemez (Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesi m. 15/3 RG 16/5/87).

³⁸⁵⁵ HG: 18/3/70 RKD, 139. Üçüncü ve dördüncü basılarda şahsî dâvacının ve müdahilin avukat ücretinin de muhakeme masrafı sayılmasına taraftardık. 10 lira para cezasını gerektiren bir suç için 225 lira vekâlet ücreti ödettirmenin adaletsizliğini belirten bir kararı (AYM: 3/4/69 RG 17/6/70) haklı bularak, mütalâamızı değiştirdik. Şahsî dâvacı veya katılan avukatına bu dâvaları dolayısı ile mahkûmun ücret ödemesini öngören kanunlar ve içtihat değiştirilmeli, gerekiyorsa, Devlet ödemelidir. Şahsî hak dâvasında vekâlet ücretini elbet sanık ödeyecektir.

³⁸⁵⁶ 1965 Alman reformunda düşme kararı da eklenmiştir (StPO § 467). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de zamanaşımı ile düşen bir dâvada sanığa muhakeme gideri yüklenmesini, Sözleşmenin “suçsuzluk karinesi”ne (İHAS 6/2) aykırı bulmuştur (21/2/83 *Minelli dâvası* n. 32, 37). AİHM, sanığın müdafaa haklarını kullanmadan suçluluğunun belirlenmesi durumu, yani suçsuzluk karinesinin ihlâlî söz konusu olmadıkça, dâvanın düşmesi halinde sanığın zorunlu muhakeme giderlerinin Devlete yüklenmemesini Sözleşmeye aykırı bulmamaktadır (*Englert dâvası*, 25/8/87 n. 34-39). Gerekçesi şudur: 1) Sözleşme dâvanın düşmesi halinde muhakeme giderleri ve kanunlara uygun tutukluk dolayısı ile tazminat bakımından bir hak tanımamaktadır. 2) Olayda mahkeme sadece kararının gerekçesi olmak üzere İHAS 5/1.c de de aranan “suç işlediğini haklı gösteren bir şüpheli açıklamıştır. Suçluluğun belirlenmesi durumu yoktur. AİHM, bu kararı suçların birden fazla olması halinde en ağır cezayı verme sistemi gereği hafif suçların dâvasının düşürülmesinde vermişti. Sanığın ölümü ile dâva düşmesinde de aynı sonuca varmıştır (*Nölkenbochhoff dâvası*, 25/8/87 n. 39-41).

haklıdır. Cezanın düşmesi şahsi haklar, tazminat ve yargılama giderlerine ilişkin hükümleri etkilemez. Ancak, genel af halinde yargılama giderleri de istenemez (TCK 74/3).³⁸⁵⁷

- 4) “Muhakemenin durması” geçici olduğundan muhakeme masraflarına hükmedilmemelidir.
- 5) “Cezanın düşmesi” halinde, ortada suç ve suçlu bulunduğundan, giderleri sanık ödemelidir (TCK 74/3).³⁸⁵⁸
- 6) “İddianamenin iadesi” ve “sonsoruşturma açılmaması kararı” beraat ile bir tutulmalıdır.³⁸⁵⁹
- 7) “Kovuşturma dâvası” reddedilirse Devletin ve sanığın giderleri davacıya yükletilir (CMK 173/3).³⁸⁶⁰
- 8) “Kanun yolu dâvası”, ayrıca düzenlenmiştir (CMK 330).³⁸⁶¹
- 9) “Haksız tutuklama ve yakalamalarda tazminat dâvası” kazanılırsa, ödenecek vekâlet ücreti, dilekçe yazdırmak için tespit edilen ücrettir (İçBK: 22/1/73 RG 28/2/73). Ödenen tazminat için hazineye nispi harç yüklenmez (İçBK 15/4/74 YKD 75, 16).
- 10) Karşılıklı hakaret hallerinde taraflardan biri veya her ikisi hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi; bunlardan birinin veya her ikisinin giderleri karşılamaya mahkûm edilmesine engel olmaz (CMK 328).

11) Suç uydurup iftirada bulunduğu sabit olan kimse bu nedene yapılmış giderleri öder (CMK 329).

Hüküm kesinleşmeden sanık ölürse, mirasçılar giderleri ödemekle yükümlü tutulamazlar (CMK 325/4).

12) Birden fazla suçlu aynı suçtan mahkûm olanlara sebebiyet verdikleri yargılama giderleri³⁸⁶² ayrı ayrı yükletilir (CMK 326/2).³⁸⁶³

III. Kararın verilmesi.

Muhakeme giderleri konusunda karar verilmesi için asıl dâvadan ayrı bir dâva açma gerekmez. Asıl dâva açılınca, bu tali dâvanın da açıldığı kabul olunur. Bir diğer söyleyişle, muhakeme giderlerinden kimin sorumlu olduğu sorununu yargılama makamı, ceza muhakemesinde de medenî muhakemede de, kendiliğinden çözer (CMK 324/2) (İçBK: 29/5/57, 4-16). Muhakeme giderlerinin kime yükletileceği

³⁸⁵⁷ Şikâyetin gerialınması ile düşen dâva, kamu dâvası ve onunla birlikte katılma dâvası ise, şikâyetçiye masraf yüklenmez (mülga TCK 74/3(2). CD 15/1/75 YKD 75/3 114; 4. CD 24/6/86 YKD 87/2 289), zira asıl dâvacı o değil, Devlettir.

³⁸⁵⁸ Meselâ mülga CK 485 ile düşmede (2. CD 6/4/70 RKD 71, 8); af ile düşmede (6. CD 10/12/74 YKD 75/5, 150).

³⁸⁵⁹ Mülga Kanunda 1985 değişikliğinde 409. maddedeki “men’i muhakeme” (yani sorsoruşturmanın açılmaması) kararı maddeden çıkarıldı. Fakat Memur Muhakemesi Kanunu gibi özel kanunlarda bugün de söz konusu olabildiğinden eski norm yine uygulanmalı, yani bu karar beraate benzetilmelidir. Şahsî dâvanın reddi kararı ise 413. maddede yine aynı nitelikte olan men’i muhakeme adı altında gösterilmişti. 1985 de kendi adı ile, yani şahsî dâvanın reddi olarak ifade edilmiştir.

³⁸⁶⁰ Bu karardan önce dâvacıya savunma hakkı verilmelidir. Kovuşturma dâvası kabul edilerek ağır ceza mahkemesi başkanlığının kararı ile açılan kamu dâvası beraat veya düşme ile sona ererse, giderlerin kovuşturma dâvacısına yükletilmesi (CMK 325/3) haksızdır. Kamu dâvasında giderlere Devlet katlanmalıdır. Bu nedenle bu hüküm 1975 de Almanya’da kaldırılmıştır.

³⁸⁶¹ Kanun yolu dâvasını kazanan gider ödemez (4. CD 23/2/77 İKİD 77, 5438). Cezanın azaltılması yönündeki lehe bozmada da sanık dâvayı kazanmış sayılır (CGK 19/1/76 YKD 76, 736). İsteğinin sadece bir kısmı kabul edilen kişi, gideri kısmen öder (CMK 415/2).

³⁸⁶² İlkenin uygulanması şahsî hak dâvası açısından şöyle olmakta idi: Eğer ceza dâvası yanında şahsî hak dâvası da açılmışsa, bunun muhakeme giderlerinin kime nasıl ödetileceğini kaide olarak Medenî Muhakeme düzenler. Şahsî hak dâvasında başvurma ve celse harçları alınmamaktadır (CGK 11/10/65, İKİD 65, 4160). Sonradan alınması bizce mümkündür. Bir eylemden birden fazla kimseye tazminat hükmolunursa, nisbî harç tazminatın toplamından hesaplanır (İçBk: 20/5/68, RG 6/8/68). Avukat ücretleri muhakeme giderleri arasındadır (CMUK 413/5). Şahsî hakta kısmen hükmolunmuşsa muhakemenin gerektirdiği giderlerle dâvacı ve dâvalının zorunlu giderleri bu oranda bölüşülürdü (CMUK 413/2).

³⁸⁶³ 5. CD 9/3/76 YKD 76, 1070.

hükümde, daha doğrusu bunun temelini oluşturan kısa kararda gösterilecektir.³⁸⁶⁴ Gösterilmemişse veya eksik gösterilmişse, hüküm kesinleştikten sonra ilgiliye yükletilemez.³⁸⁶⁵ Hükümden sonra yapılan giderler, hâkim veya başkan kararları ile sonradan yükletilebilir. Bu karara itiraz mümkündür (İçBK: 2/5/66 4-3).

Muhakeme giderlerinin kime yükleneceği, aslında bir alacak-borç ilişkisi olarak, alacaklı Devlet de olsa taraflar da olsa, özel hukuk sorunudur. Bu nedenle, asıl ceza dâvası ile birleştirilmiş bir şahsî hak dâvası karşısında olduğumuz açıktır.³⁸⁶⁶

493. MÜSADERE MUHAKEMESİ.

Kanunlara göre (meselâ mülga TCK 54; mülga 1932-1918 m. 22, 25, 47, 58; 4926 sK m. 19), bazı eşyanın müsadere sine mahkemece karar verilmelidir. Müsadere, elkoymadan farklı olarak, mülkiyeti Devlete geçirir. Kanunlarda bazan sadece imhadan söz edilir. Devletin eşyayı imha edip ortadan kaldırması için önce onun mülkiyeti üstüne geçirmesi gerektiğine göre, burada da söz konusu olan müsadere dir. Müsadere kanunumuzda mahkûmiyet yargısının sonucu olarak gösterilmiştir (Mülga TCK 54). İmha da denilse amaç suçun tekrar işlenmesi tehlikesini önlemek olduğundan İsviçre Kanunu emniyet tedbiri saymaktadır (CPS 204). Ne ad verilirse verilsin, yakın tehlikeden korunma değil, uzak tehlikeyi önleme söz konusu olduğundan, önleme tedbiri olarak bir tehlike tedbiridir. Risk burada da vardır. Orantılılık ilkesi burada da ön şarttır. Bu nedenle imhadan söz edilmesi isabetsizdir.³⁸⁶⁷ Bu nedenle mülga TCK 427 de müsadere ve imhadan söz edilmesi esaslara aykırı idi. Bu “imha” terimi 2003. 4913 sayılı kanunla 427 maddeden çıkarıldı. Müsadere kararı almak için yargılama makamlarına müracaat bir dâva olduğu gibi bu dâva üzerine yapılan kollektif faaliyet de muhakemedir. Belli eşyanın imhası yahut kullanımdan kaldırılması için açılan dâvalar da müsadere³⁸⁶⁸ dâvası ile bir tutulmuştur (CMUK “85-3206” 392/1).

Müsadere edilen eşya ya suçta kullanılan veya kullanmak üzere hazırlanan veya suçun işlenmesinden meydana gelen eşyadır. Bu takdirde müsadere edilmesi için suç dolayısı ile verilmiş mahkûmiyet kararı

³⁸⁶⁴ Hükümde yüklemek, kısa kararda yüklemektir. Sonradan gerekçeli kararda yükletilemez (4. CD 21/4/67 RKD 67, III/2, 91).

³⁸⁶⁵ İçBK: 2/5/66, 4-3. Bu nedenle, sadece sanık tarafından temyiz edilen kararda unutulmuş muhakeme giderine sonradan hükmedilememektedir (9. CD 20/2/75 İKİD 75, 3470).

³⁸⁶⁶ Mahkemenin kendiliğinden karar vermesi, birleştirmenin kanun tarafından yapıldığını gösterir, yoksa muhakeme gideri dâvasının şahsî hak dâvası olma niteliğine engel değildir. Kaldı ki medenî muhakemede de durum aynıdır. Devlet alacağı bakımından savcının taraf olması da engel değildir. Çünkü muhakeme giderleri içindeki Devlet alacağının, taraf alacağından farklı olması için haklı bir sebep yoktur. Ödenmeyen taraf alacağı İcra ve İflas Kanununa göre ödettilirken ödenmeyen Devlet alacağının, 196 dan sonra vergi dairelerince tahsili (mülga CMUK 406) de durumu değiştirmez. Zira bu farkın amacı, Devlet alacağının tahsilini kolaylaştırmaktan başka bir şey değildir. Muhakeme giderlerinden Devlet alacağı dâvasında taraf, savcıdır. Kanun yoluna o gider. Savcının sadece harç bakımından temyizinde asıl ceza dâvasına bakılmaması (İçBK: 8/6/38 2-12) da asıl ceza dâvası ile Devlet alacağı dâvasının farklılığını göstermektedir. Devlet alacağı olan giderde tereddüt edilebilse de, taraf alacağına tereddüt edilemez. Gerek CMUK 406. maddede gerek içtihatlarda “şahsî hak”tan söz edilmesi bu nedenle doğrudur. Doğru olmayan bazan bu niteliğe ters düşen sonuçlara varılmasıdır. Muhakeme gideri dâvasının açılmış sayılması istisnası asıl dâva bakımındandır. Kanun yolu dâvasında kaideye dönmek gerekir, yani verilen kararın bozulması, tarafların isteğine bağlıdır. Kararın sadece ceza kısmı temyiz edilmişse şahsî hak kısmı kesinleşiyordu. Bu nedenlerle, vekâlet ücretinin artırılabilmesi için, alacaklının istekte bulunması kaidesinden ayrılınmaması (CGK 12/12/77 YKD 788, 622) doğrudur. Fakat “sair nedenlerle” bozma isteyen şahsî dâvacının veya katılanın, sanığa daha fazla vekâlet ücreti ödemesi sonucunu doğuracak kendi aleyhindeki bozmayı da zimnen isteğinin kabul edilmesi (CGK 19/12/77 YKD 78, 624; 22/10/79 YKD 80, 411) doğru değildir. Çünkü hem yorum prensiplerine hem vekâlet ücretinin şahsî hak niteliğine ters düşmektedir. Savcının aleyhe temyizi üzerine sanık lehine karar verilebileceği hakkındaki 294. maddenin şahsî dâvacı veya katılana da uygulanması da (CMUK 360, 367) sadece ceza dâvası söz konusu olduğunda doğrudur. Bu norm, aynı zamanda muhakeme gideri olması vekâlet ücretini şahsî hak olmaktan çıkarmadığı için, şahsî hak dâvasında uygulanamıyordu.

³⁸⁶⁷ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi 26/1/88 tarihli kararı ile, Ceza Kanununda imha denilmiş olmasına rağmen (CPS 204), onu müsadere ve dolayısı ile emniyet tedbiri olarak ele alıp bir sanat eseri söz konusu olduğunda orantılılık ilkesi gereği, daha az ağır bir tedbir olarak, sanatla ilgili olanlar dışındakilere gösterilmemesi kaydı ile müzede saklanması için müsadere edilmesi ile de amaca erişebileceğini kabul etmiştir. Hattâ olay mahkemesi, 1982 de verdiği bu müsadere kararını, “artık müstehcen tarifine girmiyor, tehlike kalmadı, diyerek 20/1/88 de kaldırmıştır (Bu kararlardan AIHM’nin Müller ve diğerleri dâvası’nda verdiği 24/5/38 tarihli kararda (§ 18, 19) sözedilmektedir).

³⁸⁶⁸ Müsadere kural olarak mahkemece ve ancak talep üzerine verilebilir (Özbek 2005, 1036)

bulunması ve iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmaması gerekir. Yahut üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyadır. Bunların müsadere için sahibinin veya bir başkasının mahkûm olması aranmaz (TCK 54).³⁸⁶⁹ CMK 256 madde ile belli koşullarda yetkili mahkemenin duruşmalı olarak sadece müsadere kararı vermesi kabul edilmiştir.

Müsadere dâvasının açıkça açılmasına, CMK 256 haricinde kural olarak lüzum yoktur. “Ceza dâvası” açılmakla müsadere dâvası da açılmış demektir.³⁸⁷⁰ Ceza muhakemesi esas hakkındaki hükmü ile birlikte müsadere gerekip gerekmediği hakkında karar verir. Vermemesi bozma sebebi olmayıp, bu hususta ayrıca ve açıkça bir dâva açılır.³⁸⁷¹ Mahkûmiyet kararı olmasa da müsadere kararı gereken hallerde, esas hakkında dâva açılmamış olduğu takdirde³⁸⁷², müsadereye sulh hâkimliği duruşma yapmaksızın karar verir (CMK 259).

Eşyanın müsadere edilmesi, imhası yahut kullanımdan kaldırılması gerektiği iddia olunursa dâvayı savcı veya katılan açar. Elkonulan eşyanın müsadere edilemeyeceği, yani geri verilmesi gerektiği iddia olunuyorsa, dâvayı elkonulan eşyanın zilyedi açacaktır. Bu geriverme dâvası da müsadere konusunda bir dâvadır.³⁸⁷³

Yetkili mahkeme, esas dâvayı görmeğe yetkili olan mahkemedir (CMK 256/2). Yetkili mahkeme, duruşma yapar (CMK 257/1). Müsadere olunacak eşya üzerinde hakkı olanlar da davet olunur (CMK 257/2).

Müsadere muhakemesi sonunda verilen kararlara³⁸⁷⁴ karşı kanun yolu şöyle düzenlenmiştir: Suç konusu olmadığı için sulh hâkimliğince verilen karara karşı itiraz yolu (CMK 267) vardır. Mahkeme kararlarına karşı istinaf yolu açıktır CMK 258.³⁸⁷⁵ Ancak, mahkûmiyet kararı olmadan mahkemece verilen müsadere kararlarına karşı itiraz yolunun kabul edildiği de vardır.³⁸⁷⁶

³⁸⁶⁹ Meselâ kamu dâvası, süresinde açılmadığı için, düşse de mahkeme suç konusu olan basılmış eserin müsadere karar verebilir. Keza önödeme, dâva zamanasını gibi suça tesir etmeyip failin ceza sorumluluğunu kaldırdığı için ceza dâvasını da düşüren sebepler de müsadere dâvasının görülmesine engel olmazlar (k-m: CGK 8/2/88 YKD 88/7 976). Bu karar ölüm, genel af, zamanasını gibi dâvayı düşüren hallerde mahkûmiyet şartı gerçekleşmediğinden müsadere kararı verilemeyeceği, ancak önödemedeki açıklık yüzünden (mülga TCK 119/7) zamanasına kadar bir istisna kabul edildiği gerekçesine dayanmaktadır. Bizce önödemedeki durum bir istisna değildir. Kaidedir. Zira fiil suç olmaktan çıkmış değildir. Suç olmaktan çıksaydı zaten beraat kararı verilecek, müsadere de söz konusu olamayacaktı. Bu nedenle dâvanın düşmesi, meselâ suçta kullanılan eşyayı müsadere edilemez hale getirmemelidir. Asıl ceza dâvası görülme dahi, talî ceza dâvası çeşitlerinden biri olan müsadere dâvasına bakılabilmelidir. Duruşma yapacak olan mahkeme (mülga CMUK 393/1) suçu sabit görürse elbet müsadere kararı verebilecek, aksi takdirde müsadere dâvasını reddedecektir.

³⁸⁷⁰ Kanunda kamu dâvası denmesi yersiz olmuştur (mülga CMUK “85-3206” 392/1). Şahsi dâvada da müsadere dâvası mümkündür. Nitekim savcıdan ayrı olarak dâvacı diye gösterilen kişi Alman kanununun 430. maddesinin o zamanki metninde şahsi dâvacı olarak belirtilmişti. Bugünkü 440. maddede de şahsi dâvacı sözü geçmektedir.

³⁸⁷¹ 4. CD 10/4/45, 4031/3985; 2. CD 18/3/30, karar 1618; 2. CD 24/4/51 *Çağlayan* III, 478; 5. CD 2/5/50 *Çağlayan* III, 478; 4. CD 28/5/63 *Çağlayan* III, 477. Ancak müsadere edilemeyen taşıt yerine ek para cezası gerekiyorsa, müsadere dâvası açılmaz (CGK 28/9/64, *Çağlayan* III, 477).

³⁸⁷² Esas hakkında dâva açılmış ise yargılamayı yapan makamın müsadere hakkında karar vermeğe de yetkisi olmak gerekir. Meselâ sorsoruşturma açmama kararı veren sorgu hâkimi müsadereye hükmedilebilmelidir (k-m: 7.CD 16/7/64, *Çağlayan* II, 208; 1. CD 29/3/66 *Çağlayan* III, 476). Bugün de mahkeme fiilin suç teşkil etmediğini gördüğünde, işi sulh hâkimine bırakmadan, kendisi gerekiyorsa müsadere kararı verebilmelidir.

³⁸⁷³ Bu kararlar da müsadere kararları düzenlenmesine tâbidir. Meselâ onlar temyiz edilebiliyorsa, bunlar da edilebilir (9. CD 2/11/84 YKD 85/3 446).

³⁸⁷⁴ Kanunda sadece eşyanın müsadere edilmesi hakkındaki kararlara karşı kanun yolundan bahsedilmesi (CMUK 392, 394), kanaatımızca bir ifade sakatlığıdır. Eşyanın müsadere edilmemesi hakkındaki karara karşı kanun yolu kabul edilmemesi için bir sebep yoktur.

³⁸⁷⁵ CMUK uygulamasında temyiz kanun yolu kabul edilmişti. İçBK: 4/6/36. Bu kararda, talî bir ceza muhakemesi bahis konusu olduğu halde, temyiz yolunun açık olup olmadığının tayini hususunda, Hukuk Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanacağını ve dolayısı ile, müsadere edilen eşyanın kıymetinde bakılacağını kabul edilmesi kanaatımızca hatalı olmuştur.

³⁸⁷⁶ 3. CD 20/6/58, 7792/10053, 29/11/80 YKD 80, 267. k-m: 8. CD İKİD 84/2 2386 (Bu olayda müsadere kararı beraat ile birlikte verilmiştir). Sadece olağanüstü temyiz mümkün görüldüğü de vardır (3. CD 13/9/77 YKD 79, 424).

494. CEZANIN ERTELENMESİ MUHAKEMESİ.

I. Erteleme.

Verilmiş olan bir cezanın, yerine getirilmemesinde bazen toplumsal fayda vardır. Bu nedenle erteleme yorumlaması ve uygulanması geniş tutulmalıdır.³⁸⁷⁷ Mahkûmiyet kararı verildiği sırada, yerine getirmemenin kararlaştırılmasına “cezanın ertelenmesi (tecili)” denir (TCK 51, CİK “88-3206” 6).³⁸⁷⁸ Erteleme süresi içinde o kişi işlediği suçtan dolayı kanunun belirttiği bir cezaya mahkûm olmazsa “cezası tecil edilmiş olan mahkûmiyeti infaz edilmiş sayılır, aksi halde her iki ceza ayrı ayrı tenfiz olunur” (TCK 51/8).

Erteleme, hükümlünün şahsî hakları rızası ile ödemesi gibi birtakım şartlara bağlanabilir (TCK 51/2). Küçükler hakkındaki erteleme de eğitim kurumuna devam etmesi şartı gibi şartlara bağlı tutulabilir (TCK 51/4-c).

II. Erteleme muhakemesi.

Cezanın ertelenmesi muhakemesi, kaide olarak dar manada ceza muhakemesinin kovuşturma evresinin tartışma bölümünde yapılır. Taraflar erteleme isteyebilirler. İstek³⁸⁷⁹ gibi onun reddi de dolaylı olabilir.³⁸⁸⁰ Müdafaa makamı istediğinde, iddia makamının mütalâası alınır. Hiçbir istek olmasa da, mahkeme, ilerde suç işlemekten çekinmesine sebep olacağına kanaat getirirse, ertelenebilecek cezaya³⁸⁸¹ erteleme kararı verebilir (TCK 51/1-b). Erteleme kararında gerekçe göstermek şarttır. Mahkeme, erteleme gerekçe göstermediğini, istek olmasa da, kendiliğinden araştırmak mecburiyetinde olduğundan, hükümde bu nokta hakkında olumlu olumsuz bir karar verilmemesi bozma sebebi olabileceğinden, ertelemeğe lüzum görmese de bunu belirtmelidir.³⁸⁸² Ertelememe kararlarında tam gerekçe göstermenin sanık aleyhine doğuracağı sonuçları önlemek için de, gerekçe gösterme kaidesine bir istisna kabul edilerek takdiren denilmesi yeterli sayılmalı ise de, 7/6/76 tarihli İçBK tam gerekçe göstermeği mecburi kılmıştır.³⁸⁸³ Mahkûm hazırsa, başkan, yeniden suç işlese ertelenen cezanın çektirileceğini ve yeni suçun cezasının da şartları varsa tekerrürle artırılacağını ona hatırlatırdı (mülga TCK 94), Yargıtay, temyiz muhakemesinde erteleme kararı veremez.³⁸⁸⁴

³⁸⁷⁷ Çevirmeden önceki cezayı baktıran mülga CİK 4 değişikliği, ertelemeyi güçleştirdiği için de yersizdir.

³⁸⁷⁸ Mülga TCK 89 ve 90, sonra çıkan CİK 6 ile zımnen ilga edilmiştir. Bizce bu sonuncu maddenin kabulü yerine Ceza Kanununun ilgili maddeleri değiştirilmeliydi. Erteleme konusunun iki ayrı kanunla düzenlenmesi sistemsizlikten başka bir şey değildir.

³⁸⁷⁹ İstek mahkemeye yapılmalıdır. Temyiz dilekçesinde “erteleme düşünülmemesi” diye bozma istenmişse, başka bir nedenle bozmadan sonra yapılan muhakemede yeniden istenmelidir (CGK 7/2/77 YKD 78, 1708).

³⁸⁸⁰ Meselâ “erteleme isteğinin reddi” yerine “CİK hususundaki isteklerin reddi” denilebilir (CGK 11/2/74 YKD 76/5, 733), k-m: CGK 22/9/75 Çağlayan’dan nakil: YD 78, 271.

³⁸⁸¹ Erteleme konusunda içtima sonunda verilen cezaya bakılmaktadır (CGK 23/1/75 YKD 75/11, 18). Cezalar toplanırken aylar 30 gün olarak hesaplanır (mülga TCK 30). Bu nedenle 12 ay ve 3 gün 363 gün ettiğinden 1 yılı geçmez (8. CD 27/11/86 YKD 87/3 476). Erteleme konusunda, ertelenemeyen cezalar da hatırlanmalıdır (Meselâ mülga CK 92; 32-1918 “56-6829” m. 58). Ehliyetnamenin geril alınması (doğrusu motorlu araç kullanma yasağı) cezası ise ertelenebilmektedir (5. CD 19/11/80 YKD 81, 375). (34) Erteleme konusunda içtima sonunda verilen cezaya bakılmaktadır (CGK 23/1/75 YKD 75/11, 18). Cezalar toplanırken aylar 30 gün olarak hesaplanır (mülga TCK 30). Bu nedenle 12 ay ve 3 gün 363 gün ettiğinden 1 yılı geçmez (8. CD 27/11/86 YKD 87/3 476). Erteleme konusunda, ertelenemeyen cezalar da hatırlanmalıdır (Meselâ mülga CK 92; 32-1918 “56-6829” m. 58). Ehliyetnamenin geril alınması (doğrusu motorlu araç kullanma yasağı) cezası ise ertelenebilmektedir (5. CD 19/11/80 YKD 81, 375).

³⁸⁸² 4. CD 25/1/78 YKD 78, 1395. Erteleme (CİK 6) ile hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına veya tedbire çevrilmesi (CİK 4) farklı kurumlardır ve nedenleri de tıpatıp aynı değildir. Bu yüzden birincinin uygulanmayıp ikincinin uygulanmasında çelişiklik muhakkak vardır denemez. Karşı yönde özetlenmiş bir kararda (CGK 3/10/88 YKD 89/2, s. 258) “... olumsuz olarak değerlendirmenin gerekçesi takdirde isabet bulunduğu kanaat verecek şekilde açıklanmamıştır” denilmiş olması da bizce bunu göstermektedir.

³⁸⁸³ Ertelemenin kaide yapılarak ertelemek için gerekçe aranmadığı vardı. 7/6/76 tarihli İçBK (YKD 76, 1197), ertelemenin de gerekçesini aramakta, takdiren denilmesini yetersiz bulmakta ise de Ceza Genelkurulu Kanundaki formülün tekrarlanmasını gerekçe saydığından, bu hatalı karar tesirsiz kalmaktadır.

³⁸⁸⁴ CGK 20/12/76 YKD 78, 787.

III. Ayrı karar.

İstisna olarak, erteleme yasağını koyan kanunun kaldırılmasında olduğu gibi, sonradan, ayrı bir dâva üzerine ertelemeye karar verildiği vardır. Bu ayrı dâva, mahkûmiyet kararında değişiklik dâvası niteliğindedir.

IV. Erteleme kararının geri alınması.

Ertelenmiş cezanın, erteleme kararı geri alınarak, yerine getirilmesi için kanunun aradığı şartların gerçekleşmesi gerekir (TCK 51/7).

Bunların başında deneme süresi içinde kanunun belirlediği şartlara uygun ikinci bir suçun işlenmesi gelir. Bu suçun süre içinde işlenmesi yeter. Ancak geri alma için, o kişi bu suçtan dolayı, deneme süresi geçtikten sonra da olsa, mahkûm olmalı, bu mahkûmiyet kararında ceza tamamen düşürülmemiş bulunmalı³⁸⁸⁵ ve bu mahkûmiyet yargı halini almalıdır.³⁸⁸⁶ Gerialmanın şartlarından biri de ikinci suçun kasıtlı bir suç olmasıdır.³⁸⁸⁷

Kanun gerialma kararını kimin vereceğini göstermemiştir. Teminat olmak üzere, ikinci mahkûmiyet kararını veren mahkemenin bu yolda bir karar vermesi kabul edilmelidir. Nitekim uygulama bu yöndedir.³⁸⁸⁸

Yerine getirilecek kısa ceza, mecburî çevirme şartları varsa (TCK 50/3) para cezasına veya diğer müeyyidelere çevrilmelidir.³⁸⁸⁹ Cezası ertelenen çocuk veya yetişkin kasti bir suç işlerse veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle hâkimin uyarısına rağmen uymamakta ısrar ederse, mahkeme cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verir (TCK 51/7).

Kanun ertelenmiş olan cezanın yerine getirilmesini mümkün kılan “erteleme kararının geri alınması” kararına karşı kanun yolunu açıkça düzenlememiştir. Bizce, yorum ile, istinaf kanun yolu kabul edilmelidir.³⁸⁹⁰ Geri alma kararı kesinleşince şartlar yerine gelmiş olduğundan, savcı geri alma kararını yerine getirecektir. Bu demektir ki infaza başlanacak veya evvelce başlanmışsa devam olunacaktır.

495. İADE MUHAKEMESİ.

I. Suçluların idesi kavramı.

³⁸⁸⁵ 4. CD 10/11/82 YKD 83/2 270.

³⁸⁸⁶ 8. CD 30/1/85 YKD 85/7 1075 (CK 17 ile ilgili 8/6/70 tarihli İçtihat Birleştirme Kararına uygun olarak verilen bu kararın, dâva sonucunu beklemenin suçlunun kişiliği ile ilgili olmadığı yollu gerekçesini isabetli bulduğumuzdan, mahkûmiyet ve yargılaşmanın da süre içinde olmasını arayan görüşümüzü 8. basıda terkttik).

³⁸⁸⁷ Mülga TCK uyulmasında ikisi de para cezası ise, fakat birincisi haptisten çevrilmişse, şartın gerçekleşmediği kabul edilmiştir (CGK 14/1/85 YKD 85/6 869).

³⁸⁸⁸ CGK 6/7/64 İKİD 64, 3123.

³⁸⁸⁹ 2. CD 22/12/82 83/6 899.

³⁸⁹⁰ Kanundaki boşluğun nedeni, birleştirilerek yapılan iki muhakeme sonunda verildiği ikinci suçtan mahkûmiyet kararı ile birlikte temyiz olunacağını düşünülmesi olsa gerektir. Ancak mahkûmiyet kararının temyiz edilmezliğinin istisna olarak kabul edildiği durumlarda tek başına kalan gerialma kararının da kesin olması elbet kabul edilemez. Mülga CMUK 402 ve 405 dolayısı ile acele itiraz akla gelebilirse de, yerinegetirme kararı verilmediği takdirinde eski mahkûmiyet verilmemiş sayıldığına göre, bu kararı âdeta yeni bir mahkûmiyet kararı gibi saymak ve böylece onu da temyiz edilebilir kabul etmek uygun olacaktır. Genelkurulun 14/1/85 tarihli kararı da bu yoldadır (YKD 85/6, s. 869). Ancak, hatırlanmalıdır ki, burada daha önce işlenmiş başka bir suç dolayısı ile verilen ve muhakemelerin birleştirilmesi nedeniyle aynı kararda birleştirilmiş olan ayrı bir karar vardır ve birleştirilerek verilen kararların kesinliği ayrı ayrı aranmalıdır. Genelkurulun bu kararında ve ona dayanılarak verdiği diğer kararında (25/4/88 YKD 88/8 1131), ertelenen cezanın çektirilmesi, ek ceza gibi sayılmış, buradaki birleştirerek muhakeme durumu gözden kaçırılmıştır. Çektirme kararı, mahkûmiyet kararına dayandığı için onu da incelemek gerekir diye düşünülmüş olsa gerektir. Halbuki tekerrürle cezanın artırılmasının Yargıtayca denetimi sırasında nasıl eski mahkûmiyet kararı incelenmiyorsa, burada da yani ikinci suçtan verilen mahkûmiyet kararı kesin olduğunda, çektirme kararının temyiz edilmesi vesilesi ile incelenmemesi gerekir. Genelkurul, ilk 14/1/85 tarihli kararında önce 49/5435 numaralı kanunun 3. maddesine dayanmıştır. Halbuki bu madde uygulanamaz hale gelmişti. İkinci gerekçe olarak “sonkararı bütünü ile incelemeğe tâbi tutmamanın infaz kargaşasına neden olacağı” görüşü ileri sürülmüştür. Biz bunu da varit görmediğimizden kararın bu kısmını isabetli bulmuyoruz.

Bir Devlet bir sanığı yargılamak veya bir hükümlü hakkında verilen cezayı infaz etmek için, yabancı Devlet topraklarında bulunan sanığın veya hükümlünün kendisine verilmesini o Devlettten isteyebilir. “Suçluların geri verilmesi (*extradition*)” adı verilen bu kurum dolayısı ile bir muhakeme yapıldığı vardır. Suçlunun memleketimizden istenmesi halinde yapılan ve sanık istediğinde hâdise muhakemesi, hükümlü istendiğinde infaz muhakemesi sınıfına sokulabilecek olan tali nitelikte ceza muhakemesi şu şekilde düzenlenmiştir:

Yabancı Devletin geriverme isteği kaide olarak diplomatik yolla Dışişleri Bakanlığına ve oradan Adalet Bakanlığına gelir. Adalet Bakanlığı evrakı, istenilen kimsenin Türkiye’de bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi savcılığına gönderir. Savcı, istenilen kimsenin hangi Devlet vatandaşı olduğunun, suçunun siyasî, askerî veya bunlarla bağlantılı olup olmadığını tespitini ağır ceza mahkemesinden ister (TCK 18). Yargılama makamından bir karar istendiği için, bir dâva söz konusudur.

Ağır ceza mahkemesi, her türlü soruşturma yapabilir. Deliller bakımından serbesttir. Türk vatandaşlığının ispatı şekle tâbi tutulmamıştır. Sadece belli belgeler aksi sabit olunca kadar karine teşkil eder (TVK 38). Karinenin aksi iddia olunursa veya mahkeme tereddüde düşerse, İçişleri Bakanlığında sorar. Bakanlık kararına karşı Danıştaya gidilebilir (TVK 41). Demek ki mesele çıkmazsa, ağır ceza mahkemesi belgelere dayanarak sanığın Türk olduğuna karar verebilecektir.

Ağır ceza mahkemesi özel tutuklama kararı verebilir. Bu tutuklama kararı, yabancı mahkemelerin göndereceği tutuklama kararına dayanır. Acele hallerde, ilgili Devletin müracaatı üzerine, geçici olarak tutuklama kararı da verilebilir.³⁸⁹¹ Geri verilmesi kabul edilen kimsenin tutuklanması ancak hâkim tarafından yapılabilen bir işlem söz konusu olduğundan, hazırlık soruşturmasında sulh hâkiminin karar vermesi gerekecektir (TCK 18/7). Geriverme muhakemesi sırasında elbet bu kararı mahkeme verecektir.³⁸⁹² Mahkemece tutuklanmamış sanık veya hükümlünün geliverilmesine Hükümetçe karar verilince, geriverilmesi için tutuklanması zarurîdir. İşte bu kararı sulh hâkimi verecektir. Keza geriverilme muhakemesi başlamadan önce, geri verilmesi istenilen veya düşünülen kimsenin tutuklanması için sulh hâkimine başvurulacaktır. Geri verilmesi istendiği için geçici olarak tutuklanan kişinin de, genel tutuklamada olduğu gibi, tutuklanmasının kanuna aykırı olduğunu iddia ederek salıverilmesine karar verilmek üzere mahkemeye başvurma hakkı vardır ve mahkeme kısa bir sürede bu konuda bir karar vermek mecburiyetindedir (İHAS 5/4).³⁸⁹³

Geriverme muhakemesi konusunda kanun normları bunlardan ibarettir. Gerek mülga gerekse yeni Kanunlarda duruşma yapılıp yapılmayacağı dahi gösterilmiş değildir. Duruşma yapılması doğru olacaktır.³⁸⁹⁴ Tatbikatta da duruşma yapılmakta, müdafî kabul olunmakta, ancak, muhakeme sonunda verilen karar, “hüküm” sayılmadığından temyiz yerine itiraz yoluna gidilmekte idi.³⁸⁹⁵

II. Hükümlülerin geri verilmesi.

Suçluların geri verilmesinin sadece ikinci çeşidinin, yani hükümlülerin geri verilmesinin ayrıca düzenlendiği vardır. Misal olarak, Avrupa Konseyinin 21/3/83 de imzaya açtığı ve bizim 1987-3339 numaralı kanunla onaylanışını uygun bulduğumuz ve bazı çekincelerle kabul ettiğimiz Hükümlülerin

³⁸⁹¹ 1959-7376 numaralı kanunla kabul edilen “Suçluların Geriverilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi”ne göre (m. 16:4) “geçici tutuklama”yı takip eden 18 gün içinde iade talebinin veya gerekli belgelerin tevdi edilmemesi halinde, geçici tutuklama sona erdiği gibi, 40 gün sonunda da tutuklanan kimsenin salıverilmesi gerekmektedir. İstenilen şahıs, tesbit olunan tarihte teslim alınmadığı takdirde, bu tarihten itibaren 15 gün sonra tutuk salıverilecektir. Teslim almama mücbir sebepten ileri gelmişse yeni bir teslim tarihi tesbit edilecektir. Her halde ilk teslim alma tarihinden itibaren 30 gün geçince yine tutuklama kararının hükmü sona erecektir (m. 18). Geçici olarak tutuklanan kişinin, kaçmasına mani olacak tedbirler alınmak şartı ile geçici olarak salıverilmesi de mümkündür (m. 16:5).

³⁸⁹² k-m: *Taner*: Ceza, 249.

³⁸⁹³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) *Sanchez-Reisse* dâvası’nda (21/10/86 § 43, 47, 51), İsviçre’de dilekçenin doğrudan doğruya mahkemeye verilmemesinde, muhakemenin sözlü olmamasında ve tutuğun mahkeme önüne çıkarılmamasında Sözleşmeye aykırılık görmemişse de, dilekçe üzerine idari makamın mütalâasına cevap verme imkânının bulunmamasını çoğunlukla aykırı bulmuştur.

³⁸⁹⁴ *Dönmezer/Erman*, III, n. 2327; *Taner*, Ceza, 250.

³⁸⁹⁵ CGK 8/3/71 (RKD 71, 7).

Transferi Sözleşme bizim bakımımızdan 1/1/1988 de yürürlüğe girmiştir. Konseyin bazı üyeleri tarafından henüz onaylanmamasına rağmen konsey dışından Kanada, ABD ve Finlandiya Sözleşmeye katılmışlardır.

73. § İNFAZ MUHADEMELERİ

496. İnfaz ve muhakemesi. 497. İnfazın başlaması ve yabancı Devlete bırakılması. 498. İnfazın geri bırakılması, durdurulması ve muhakemeleri. 499. Açıklama muhakemesi. 500. Cezaların toplanması muhakemesi. 501. Mahkûmiyet kararında değişiklik muhakemesi (uygulama muhakemesi). 502. Küçük suçlular hakkındaki güvenlik tedbiri kararında değişiklik muhakemesi. 503. Akıl hastası suçlular hakkındaki güvenlik tedbiri kararında değişiklik muhakemesi. 504. Uyuşturucu madde ve alkol müptelâsı suçlular hakkındaki güvenlik tedbiri kararında değişiklik muhakemesi. 505. Koşullu salıverilme muhakemeleri. 506. Cezadan mahsup muhakemesi. 507. Mahkûmiyetin adlî sicilden silinmesi muhakemesi. 508. Yasak hakların geri verilmesi muhakemesi. 509. Yabancı mahkeme mahkûmiyet kararlarının Türkiye’de infazı muhakemesi.

496. İNFAZ VE MUHADEMESİ.

I. İnfaz.

İnfaz (*execution*, icra, yerine getirme), bir hukukî işlem bakımından söz konusu olduğunda, göz önünde tutmadan farklı olup, o işlemin amacına erişmesini ifade eder. Sanığın tutuklanması için verilen karar, sanık tutuklanarak, mahkûmiyet kararı da meselâ hapsedme, para cezasını ödetme şeklinde yerine getirilir.

Mahkeme, geniş manada, yani emniyet tedbirlerini de içine almak üzere “cezaya” karar verdikten ve bu karar yargı halini aldıktan sonra, sıra bu “kararın” veya önemli olan ceza olduğundan bir diğer söyleyişle “cezanın” yerine getirilmesine, kısaca, infazına gelir. Cezanın infazı sırasında, muhakeme-dışı olan “Ceza Hukuku” (= Ceza İnfaz Hukuku) nun yanında, “Muhakeme Hukuku” da söz konusu olabilir. Gerçekten, infazın düzenlenmesi ile iş bitmez. İnfazla ilgili uyumsuzluklar da çıkabilir. Bunların yargılama makamları tarafından kolektif bir şekilde çözülmesi muhakemeyi meydana getirir.

II. İnfazda verilen kararlar.

Ceza Hukuku, infazı sırasında Devlet ile hükümlü arasındaki ilişkileri düzenlerken, infazla görevli makamları ve bunların ödev ve yetkilerini de tayin eder. Bunlar arasında Muhakeme Hukukunu ilgilendiren de vardır.

Genel yargılamada mahkûmiyet kararının infazı görevi; aslına uygunluğu ve yerine getirilebilirliği mahkeme başkanı³⁸⁹⁶ tarafından tasdikli hüküm fıkrası üzerine, kaide olarak, bu kararı veren mahkeme yanındaki savcılığa verilmiştir (CMK 36/2, CGİK 5).³⁸⁹⁷ Mülga Kanunda istisna olarak, kendi kararlarına münhasır olmak üzere, savcılık olmayan yerlerdeki sulh hâkimlikleri de infazla görevlendirilmişti (CMUK 34). Yeni Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Kanunu³⁸⁹⁸ para cezası bakımından infaz yetkisi önce savcılığa ve sonra maliyeye verilmiştir (CGİK 106). İnfaz yetkisinin

³⁸⁹⁶ Hukuk mahkemelerinde de başkanın imzalaması kabul edilmiştir (HMK “79-2248”, 443).

³⁸⁹⁷ CMUK hükümlerinden farklı olarak artık sadece infaz edilecek kararlar savcılığa verilecektir (Özbek 2005, 152).

³⁸⁹⁸ *Yurtcan*: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Kanunu ve Yorumu Beta Yayınları; İstanbul 2005. Ceza ve güvenlik tedbirinin uygulamasındaki temel amaçlarda iki kavram öne çıkmaktadır. Bunlar genel ve özel önlemedir. Ceza ve güvenlik tedbiri infazı toplumdaki diğer kişilerin suç işlemesini önler. Bu genel önlemedir, Çağdaş hukuk sistemleri cezaları hümanist yaklaşımla ele alır ve içersinde vahşete ve şiddete yer vermez. Cezaların infaz edilebilmesi için kesinleşmeleri gerekir. Kesinleşen hükümler kesinleşme şerhiyle birlikte Cumhuriyet Başsavcılığına verilecektir. Çocuk hükümlülerin cezalarının infaz edildiği kurumların çocuk eğitim evleri olarak kanun koyucu tarafından adlandırılması isabetlidir. Gerçekten de bu kurumlarda amaç çocuğun eğitimi ve ona bir meslek edindirilmesidir.

bütünü ile savcılıktan başka makama verildiği vardır. Para cezalarının ödettirilmesi hakkındaki özel kanunlar saklı tutulmuştur.³⁸⁹⁹ Meselâ Tekel idaresi, açtığı dâvada verilen para cezası kararlarını infaz edebilir (1942-4250 m. 38; 1969-1177 m. 114). Ancak, infaz dâvası açılması bahis konusu olan hallerde, sarahat yoksa, savcıdan gayrisinin dâva açma yetkisi elbet söz konusu olamayacaktır.

Kanun, cezaların infazını savcıların izleyip denetleyeceğini söylemektedir (CGİK 5). Bu demektir ki, infaz makamları, infaz edilebilir hale gelen kararları hem infaz etmekle hem de geciktirmemekle ödevlidirler. Çocuk Koruma Kanunu ise, mahkemelerin verdikleri kararların yerine getirilip getirilmediğini denetleme yetkisini, “denetim görevlisine” vermiştir (ÇKK 38/1-e).

Başlıca infaz makamı olan savcılık, adli de olsa, idarî bir makamdır. İdarenin mahkeme kararlarının yerine getirilmesini (infazını) geciktirememesi Anayasa prensibi olduğundan (AY 138/4), savcıların infazı geri bırakma ve durdurma yetkisi Anayasaya aykırı düşecektir. Ancak Anayasa, gecikmede tehlike halinde bir koruma tedbiri olarak geri bırakmayı önleyecek şekilde yorumlanabileceğinden, savcının hâkimden karar alıncaya kadar, yani pek kısa bir süre ile geri bırakmasını veya durdurmasını kabul etmekte fayda vardır.³⁹⁰⁰ Hele olağanüstü yollarda kararın nitelik bakımından kesinliğine rağmen kanunun süre kabul ettiği hallerde yürütmeyi geri bırakan kanun olup ne savcı ne de hâkimdir.

Muhakemenin yenilenmesinde geri bırakma kararını mahkemenin vermesi sistemimizi açıkça göstermektedir. Bu sebeple, meselâ zamanaşımı gibi bir sebeple cezanın infaz edilemez hale geldiğini tespit yetkisi de savcıya verilemez. Zira bu da verilen ceza kararının değiştirilmesi demek olur. Yargılama makamının kararını ancak yargılama makamı değiştirilebilir. İdarenin böyle bir yetkisi yoktur.

III. Yaptırımın infaz sırasında değiştirilmesi.

Son zamanlarda suçluluğun tespiti ve müeyyidenin tayini faaliyetinin ayrılması ve yargının kesinlik otoritesinin sadece suçluluğun tespiti bakımından kabul edilmesi, ceza adı verilen müeyyidenin suçlu şahsiyetine uydurulabilmesi için infaz sırasında değiştirilebilmesi ve kesinliği ceza miktarı bakımından kabul edilmemesi yolundaki cereyan da kanunlara girmektedir. Kanunlarımız suçluluğun tesbiti ve müeyyidenin tâyini faaliyetlerini ayırmamakta ve dâr manada ceza muhakemelerinde yargının kesinlik otoritesini her iki bakımdan da kabul etmektedir. Bu sebeple, infaz evresinde, müeyyidenin değiştirilmesi için yapılan muhakeme faaliyeti bizde, kaideden güvenlik tedbirleri bakımından söz konusu olabilmektedir.

IV. Zorlama tutuklaması.

Mahkûmiyet kararlarının infazının tehlikeye düşmesini önlemek veya tehlike yaklaşırsa ondan korunmak için, tehlike tedbirine başvurulur. Bunlar ya önleme ya koruma tedbirleridir. Para ile ifade edilen haklarda önleme tedbirine sağlama (teminat) tedbiri dendiğinden, para cezası bakımından sağlama tedbirinden söz etmek mümkündür.

İnfaz bakımından önleme tedbiri almak için bir muhakeme yapılmamaktadır. Koruma tedbirlerinden “ele geçirme” için de muhakemeye ihtiyaç duyulmamıştır.

Önceleyici koruma tedbirlerine hükmün kesinleşmesinden sonra da başvurulabilmesinin bir diğer çeşidi de, kesinleşen para cezasının ödenmemesi yakın tehlikesine karşı hükmün yerine getirilmesini sağlamak amacı ile hükümlünün “hapis ile tazyiki” de denilen doğrusu zorlama için tutuklanması veya kısaca zorlama tutuklamasıdır. Bu tutuklama, özel tutuklamanın sanıklar dışında da uygulanması durumudur.

V. İnfazla ilgili uyuşmazlıklar.

³⁸⁹⁹ Tafsilât için bk. *Çağalayan*: Para cezalarının infazı, AdD 74, 511.

³⁹⁰⁰ *Tosun* (Semp. II, 127), daha geniş yorumlayarak, cezaların şahsileştirilmesinde idarenin yetkili olmasını Anayasaya aykırı bulmamaktadır. Biz gecikmede tehlike şartına taraftarız. Tehlike yoksa, meselâ 20 senelik cezanın 10 seneye inmesi için kanun yoluna gidiliyorsa elbet yerinegetirme geri bırakılmamalıdır. Aynı sebeple, olağanüstü kanun yolunda yargılama makamı ilk iş olarak bu konuda bir karar vermelidir.

Kanun yolu niteliğinde olmaksızın, yani mahkûmiyet kararındaki hatayı giderme amacı gütmeyen, infaz sırasında infazla ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözülmesi için yargılama makamlarına başvurulması yani dâva açılması üzerine bir muhakeme yapılır. Bu muhakemeler dar mânâda talî ceza muhakemesinin ikinci dalı olan “infaz muhakemesi” genel adı altında toplanabilir.³⁹⁰¹

İnfaz konusunda yetkili yargılama makamı bizde denilebilir ki hükmü veren mahkemedir. Başka makamlara yetki verildiği de vardır. İnfaz dâvalarına bakmak ve infazı hâkim denetimine almak için “infaz hâkimliği” kurulması yerindedir.³⁹⁰² Nitekim 2001-4675 sayılı Kanunla “infaz hakimliği” ihdas edilmiştir. İnfaz hakimlikleri hükümlü ve tutukluların şikayetlerini incelemek, izin, sevk ve nakil işlemlerine, disiplin cezalarına yönelik şikayetleri incelemekle görevlendirilmiştir (İnfHakK, 4).³⁹⁰³ Görüleceği üzere, infaz muhakemeleri, İnfaz Hakimliği Kanunu kapsamına alınmamıştır.

497. İNFAZIN BAŞLAMASI ve YABANCI DEVLETE BIRAKILMASI.

I. İnfazın başlaması.

Bir mahkûmiyet hükmünün infazına başlanabilmesi için, birinci şart, onun yargı halini alması, yani kesin olmasıdır (CGİK 4). Kesinleşmeyen kararların değişmesi mümkün olduğundan, infaz edilen cezanın da telâfisi kabil olmadığından, kesinleşme şartının kabulü gayet yerindedir.³⁹⁰⁴ Bir diğer şart da cezanın ertelenmemiş olması veya ertelenmişse erteleme kararının geri alınmasıdır (TCK 51/7).

II. İnfazın yabancı Devlete bırakılması.

Birbirlerinin mahkemelerine kendirlerinkilere kadar güvенеbilen Devletler, onların yargılarının da yerin getirilmesini elbet kabul edebilirler. Zira kabul etmemek için, kaide olarak, haklı bir sebep yoktur. Hele kabul, meselâ suçlunun topluma kazandırılmasının kolaylaştırılması gibi, üstelik bir yarar sağlayacaksa, kabul için haklı bir sebep de var demektir. Yabancı yargının yerine getirilmesi kaidenin, meselâ Devletin milletlerarası taahhütlerine aykırı olması veya kendisinin kovuşturmakta olduğu bir suç dolayısı ile verilmiş bulunması gibi bazı nedenlerle tanınabilecek istisnaları elbet olabilecektir. Nitekim Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Avrupa Sözleşmesi, yerine getirme isteklerinin hangi hallerde reddedilebileceğini bir bir saymıştır (CYMDAS m. 6 ve 7).

1) 1984-3002 numaralı kanun, yabancı mahkûmiyet kararlarının Türkiye’de yerine getirilebilmesi için, Türk mahkûmiyet kararlarının da yabancı memleketlerde yerine getirilebilmesini, karşılıklılık esası ve milletlerarası anlaşmalar saklı kalmak üzere, kabul etmiştir. Aranan şartlar şunlardır (m. 11 ve 12):

³⁹⁰¹ Başlıca infaz muhakemeleri şunlardır: a) İnfaz bakımından koruma tedbiri muhakemesi, b) İnfazın geribırakılması ve durdurulması muhakemeleri, c) Açıklama muhakemesi, ç) Cezaların içtimalı muhakemesi, d) Mahkûmiyet kararlarında değişiklik muhakemesi, e) Küçük suçlar, akıl hastası ve uyuşturucu madde veya alkol müptelâsı suçlular hakkındaki emniyet tedbiri kararlarında değişiklik muhakemeleri, f) Koşullu salıverme muhakemesi, g) Cezadan veya emniyet tedbirinden mahsup muhakemesi, h) Yasak hakların geriverilmesi muhakemesi, ı) Yabancı mahkeme mahkûmiyet kararlarının Türkiye’de infazı muhakemesi.

³⁹⁰² TBB de infaz hâkimliği kurulmasını önermiş, fakat Bakanlık onun yerine infaz savcılığının kurulmasını uygun bulmuştur (TBBB 1974/27-5). Bakanlığın hâkim-savcı farkını görememesi üzücüdür.

³⁹⁰³ *İnfaz Hakimliği Kanunu madde 4* - İnfaz hakimliklerinin görevleri şunlardır: 1. Hükümlü ve tutukluların ceza infaz kurumları ve tutukevlerine kabul edilmeleri, yerleştirilmeleri, barındırılmaları, ısıtılmaları ve giydirilmeleri, beslenmeleri, temizliklerinin sağlanması, bedensel ve ruhsal sağlıklarının korunması amacıyla muayene ve tedavilerinin yaptırılması, dışarıyla ilişkileri, çalıştırılmaları gibi işlem veya faaliyetlere ilişkin şikayetleri incelemek ve karara bağlamak. 2. Hükümlülerin cezalarının infazı, müşahadeye tabi tutulmaları, açık cezaevlerine ayrılımları, izin, sevk, nakil ve tahliyeleri; tutukluların sevk ve tahliyeleri gibi işlem veya faaliyetlere ilişkin şikayetleri incelemek ve karara bağlamak. 3. Hükümlü ve tutuklular hakkında alınan disiplin tedbirleri ve verilen disiplin cezalarının kanun, tüzük veya yönetmelik hükümleri ile genelgelere aykırı olduğu iddiasıyla yapılan şikayetleri incelemek ve karara bağlamak. 4. Ceza infaz kurumları ve tutukevleri izleme kurumlarının kendi yetki alanlarına giren ceza infaz kurumları ve tutukevlerindeki tespitleri ile ilgili olarak düzenleyip intikal ettirdikleri raporları inceleyerek, varsa şikayet niteliğindeki konular hakkında karar vermek. 5. Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak. Kanunlarda başka bir yargı merciine bırakılan konulara ilişkin hükümler saklıdır.

³⁹⁰⁴ Ölüm cezasına mahkûmiyet kararları, özel af hakkını kullanıp kullanmaması bakımından Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin incelemesinden geçtiğinden, (2001.4709, m. 28; 2004.5170, m. 6) Kanunlarla ölüm cezası kaldırılıncaya kadar verilmesi gereken, “yerinegetirme kararı” (AY 87) da bu ceza bakımından bir infaz şartı olarak kabul edilmekte idi. Ancak bugün için hukukumuzda ölüm cezası mevcut değildir.

- a) Hükümlü yabancı olmalı ve yargı onun vatandaşı olduğu Devlette yerine getirilmelidir.
- b) Yerine getirilecek cezaî müeyyide (yani ceza ve emniyet tedbiri) hürriyeti bağlayıcı nitelikte olmalıdır.
- c) Yabancı Devlet, Türk yargısının aynen veya karardaki sübut sebepleriyle bağlı kalmak kaydı ile o Devlet kanunlarında aynı neviden eylemler için öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza ve emniyet tedbirini uygulamayı taahhüt etmelidir.
- ç) Hükümlünün Türkiye’de ikametgâhı veya işyeri bulunmamalıdır.
- d) Hükümlü yerine getirmenin aktarılmasına açıkça razı olmalıdır.
- e) Ayrıca para cezasına veya şahsî hakka hükmolunmuşsa bunlar ve muhakeme masrafları ödenmelidir.
- f) Hükümlünün belirli bir siyasî, dinî veya ırkî görüşe sahip olması nedeniyle kovuşturulacağına dair ciddi sebepler bulunmamalıdır.
- g) Bakanlar Kurulunun, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine, bu yolda bir karar vermesi gerektiğine dair 12’nci madde, 2003-4780 sayılı Kanunla değiştirilerek, bu kararın Adalet Bakanı tarafından verileceği hüküm altına alınmıştır.

ğ) Türk vatandaşları hakkında yabancı ülke mahkemelerinde verilip kesinleşen mahkûmiyetlerin Türkiye’de yerine getirilmesi için Adalet Bakanlığı talepte bulunabilir (3002 “1996-4147” m. 1).

Türk mahkemesi kararının yabancı memlekette yerine getirildiğini Adalet Bakanlığı kararı vermiş olan mahkemeye bildirir. Yabancı ülke yerine getirme işlemlerini tamamlamazsa, infazla ilgili işlemlere Türkiye’de devam olunur (m. 13). Yerine getirmenin yabancı Devlete aktarılması, meselâ muhakemenin yenilenmesinde olduğu gibi, mahkûmiyetin esasına ilişkin iddiaların mahkûmiyet kararını vermiş olan Türk mahkemesince incelenmesine tesir etmez (m. 14).

2) Türk ceza yargılarının ve bu arada ceza kararnamelerinin yabancı memleketlerde yerine getirilmesi, tabii imzalayan Devletler arasında olmak şartı ile, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Avrupa Sözleşmesi ile de ve 84-3002 numaralı kanuna göre çok daha geniş çapta düzenlenmiştir (CYMDAS m. 2-52).

498. İNFAZIN GERİ BIRAKILMASI, DURDURULMASI Vve MUHAKEMELERİ.

I. İnfazın geri bırakılması.

Kanun bazan yargı halini alan mahkûmiyet kararlarının infazının bazı şartlarla geri bırakılmasını yani derhal infaz edilmemesini kabul etmiştir. Geri bırakmaya kaide olarak, yargılama makamı karar vermektedir.

Geri bırakma başlamak üzere olan infazlarda söz konusu olduğundan, geri bırakma süresi sonunda hükümlü gelerek infaza hazır olduğunu bildirmelidir. Gelmezse zorla getirilir ve yatırılmışsa, teminat irat kaydolunur. Gelmemek ayrıca cezayı gerektirmez³⁹⁰⁵, meğerki geri bırakma süresi içinde, uyulmaması cezayı gerektiren bir karar, meselâ cezanın hafta sonu çektirilmesi kararı³⁹⁰⁶ alınmış olsun.

İnfazın geri bırakılması şu hallerde kabul edilmiştir:

1) Yargılara karşı olağanüstü kanun yollarına gidildiğinde infaz geri bırakılabilmektedir. Meselâ, muhakemenin yenilenmesi dâvası üzerine, mahkeme infazın geri bırakılmasına veya durdurulmasına

³⁹⁰⁵ 4. CD 4/4/72 (Mengüç’ten nakil: Ceza İnfaz Hukuku ve İnfaz müesseseleri, 2. bası, 1975, s. 142). *Erdener Yurtcan*; Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Kanunu ve Yorumu; Beta Yayınları; İstanbul 2005, Hapis cezalarının infazının ertelenmesi 3 grup hükümlü için söz konusudur: a. Akıl hastası olanlar b. Diğer hastalığı olanlar yani ceza infazı hayati bir tehlikeye sebebiyet verecek olanlar c. Gebe yada doğuran kadınlar.

³⁹⁰⁶ k-m: 9. CD 21/12/79 İBD 79, 662. (Bu bozma kararında geribırakmaya aykırılığa dayanılmıştır. Halbuki olayda geribırakma süresi içinde hafta sonları çektirme kararı alındığına göre, hükümlü süre sonunda teslim olmamakla bu karara riayet etmediğinden mahkemece mülga CİK 8/2 uygulanması doğru idi).

karar verebilir (CMK 312).³⁹⁰⁷ Bu normlar, kıyas yolu ile kanun yararına bozmada da (olağanüstü temyizde) uygulanmalıdır. Olağanüstü itirazda ve muhakemenin tekrarlanması da geri bırakan kanun olup ne savcı, ne de hâkimdir.

2) Yargıdan sonra, hakikî mamanın açıklanması veya infazın gerekip gerekmeyeceği gibi, infaza tesir eden talî dâvaların açılmasında da infazın geri bırakılması kabul edilmiştir. Meselâ açıklama veya ceza mahkûmiyetinde değişiklik dâvaları açılınca, mahkeme infazın geri bırakılmasına karar verebilir. Aynı suretle, infazın geri bırakılması dâvasında da mahkeme aynı yetkiyi haizdir.

3) Kanun, cezanın gayesi dışında tesirler yaratabileceği veya cezanın infazı ile de gayenin elde edilemeyeceği anlaşılan hallerde de infazın geri bırakılmasını kabul etmiştir. Bu haller şunlardır:

a) Hükümlünün akıl hastalığına tutulması halinde cezasının infazı geriye bırakılır ve hükümlü iyileşinceye kadar TCK'nin 57 inci maddesinde belirtilen sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınır. Sağlık kurumunda geçen süreler cezaevinde geçmiş sayılır (CGİK 16/1).

b) Cezanın infazı halinde hükümlünün hayatı bakımından kesin bir tehlike teşkil eden sair hastalıklarda, infaz iyileştirmeye kadar geri bırakılabilir (CGİK 16/2).

c) Gebelik de cezanın infazının geri bırakılması sebebi olarak kabul edilmiştir (CGİK 16/4). Gebelik bakımından geri bırakma doğumdan itibaren altı aydır. Çocuk ölmüş veya anasından başka birine verilmiş olursa, doğumdan itibaren iki ay geçince ceza infaz olunur (CGİK 16/4).

d) Üç yıl daha az süreli hapis cezalarının derhal infazının, hükümlü veya ailesi için mahkûmiyetin amacı dışında ağır bir zarara neden olacağı anlaşılırsa, hükümlünün istemi üzerine infaz Cumhuriyet Başsavcılığınca ertelenebilir. Erteleme süresi altı ayı geçemez. Erteleme isteminin kabulü, güvence gösterilmesine veya diğer bir koşula bağlanabilir (CGİK 17/1, 3).

e) Üç yıl veya daha az süreli hapis cezaları; hükümlünün yükseköğrenimini bitirebilmesi, ana baba, eş veya çocuklarının ölümü veya adı geçenlerin, sürekli hastalık veya malullükleri nedeniyle ailenin tarım topraklarının işlenebilmesinin olanaksız hale gelmesi veya hükümlünün hastalığının sürekli bir tedaviyi gerektirmesi gibi zorunlu ve çok ivedi failerde, Cumhuriyet Başsavcılığınca altı ayı geçmeyen sürelerle ara verilerek infaz edilebilir. Ancak bu ara verme iki defadan fazla olamaz. Erteleme isteminin kabulü güvence gösterilmesi veya diğer bir koşula bağlanabilir (CGİK 17/2). Bu güvencenin hazineye irat kaydı hususunda CMK 115 hükümleri kıyas yoluyla uygulanmalıdır.³⁹⁰⁸ Mülga Kanun uygulamasında Yüksek Mahkeme, yetkili makamın sulh hakimliği olduğunu kabul etmekteydi.³⁹⁰⁹

f) Yasama veya bakanlık dokunulmazlığı olanların cezalarının infazı, bu sıfatın sona ermesine bırakılır (AY 83/3, 112/4).³⁹¹⁰

³⁹⁰⁷ Mülga CMUK taki karar düzeltmesi yolunda geribırakma yetkisi başsavcılığımıza verilmişti.

³⁹⁰⁸ Bu süre içinde kalmak şartıyla, birden fazla defa geribırakma mümkündür (AdB Mütalâa: 19/7/57 *Çağlayan* "66" III, 521; k-m: AdB Tamim. RG 11/10 38).

³⁹⁰⁹ Tatbikat da bu yoldadır. Fakat sanığın sadece gelmemesinin mülga 122. maddeye göre irat kaydı sebebi sayılıp sayılmamasına göre sonuçlar değişmektedir (2. CD 12/1/65, *Çağlayan*, "66" I, 660 3. CD 28/1/63, *Çağlayan* "66" III, 523; 4. CD 8/10/55, *Çağlayan* "66" III, 525); 4. CD 6/2/70 *Alicanoğlu* 203.

³⁹¹⁰ *AY madde 83* - Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar. Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez. Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır. Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınmaz.

AY 112/4: Bakanlar Kurulu üyelerinden milletvekili olmayanlar; AY 81 inci maddede yazılı şekilde Millet Meclisi önünde andiçerler ve bakan sıfatını taşıdıkları sürece milletvekillerinin tabi oldukları kayıt ve şartlara uyarlar ve yasama dokunulmazlığına sahip bulunurlar.

g) Hükümlünün kaçırdığı veya alıkoyduğu kimse ile evlenmesi (Mülga TCK 434) halinde infaz, haksız boşanmaya kadar geri bırakılırdı.

h) Sırf askerî suçlarla askerî disiplin suçları ayrık olmak üzere, askere alınmadan önce veya askerlikleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı, er, erbaş ve yedek subaylar hakkında kısa süreli ceza yerine hükmolunan TCK'nin 50/1, c-e-f bentlerinde yazılı tedbirleri ile bu kanunun 106. maddesinde yazılı adli para cezasının yerine getirilmesi askerlik hizmetlerinin sonuna bırakılır. Bu süreler içinde zamanaşımı işlemez (CGİK 118/1).

Bu hallerin çoğunda geri bırakmaya kimin karar vereceği kanunlarda belirtilmemiştir. Sadece 16 ncı madde geri bırakmaya savcının karar verebileceği yolundadır. Gerçekten savcının isteği reddetmesi halinde infaz hakimine başvurulacağı 16/3. maddede yazılıdır. Bu istisnai madde dışında kalan hallerde, kaideye dönülmeli, yani savcılar yetkili olmamalıdır. Uygulamada mahkemeden karar alınmamaktadır.³⁹¹¹

4) Kanunun infaz bakımından hükümlüye bazı kolaylıklar kabul ettiği hallerde bu kolaylık ölçüsünde geri bırakma var demektir. Meselâ, para cezalarının taksitle ödenmesinde bu durum vardır (CGİK 106).

5) Geçici maddelerle infazın geri bırakıldığı da vardır. Meselâ sonradan erteleme imkânının çıkması halinde, erteleme için başvurulduğunda mahkeme geri bırakma kararı verebilir (1979-2248 g.m. 3).

II. İnfazın durması.

İnfazın durması, başlamış olan infazın bir süre devam etmemesi, işlememesi demektir. Durma süresi sona erince infaz kaldığı yerden başlar. Durma süresi cezadan sayılmaz. Kanunda infazın durmasına bazen “erteleme”, bazen “geri bırakılma”, bazen “durdurma” denilmiştir (meselâ CGİK 98/3, CMK 312) (mülga TCK 434).

İnfazın durması sonucunu doğuran sebeplerin hepsini kanunlar açıkça göstermemiştir. İnfazın geribırakılması sebeplerinden bazıları, niteliği gereği olarak durdurucu tesir de gösterdiklerinden, kıyas yoluna başvurmak mümkün oldukça, durdurucu sebepler arasında sayılabilirler.

İnfazı durduran sebeplerin başlıcaları şunlardır:

a) Hükümlünün milletvekili veya senato üyesi seçilmesi veya bakan olması (AY 83/4, 112/4).

b) Açıklama dâvası, mahkûmiyet kararında değişiklik dâvası veya infazın durdurulması dâvası açılması. Mahkeme bu hallerde bir karar ile infazı durdurabilir (CGİK 98).

c) Olağanüstü kanun yollarına başvurulması. Kanun sadece yargılamanın yenilenmesi dâvası açılınca, infazın mahkeme kararı ile durdurulabileceğini söylemektedir (CMK 312). Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı, kanun yararına bozma ve muhakemenin tekrarlanması dâvalarında da geri bırakma gibi durma da kabul edilmelidir.

ç) İnfaz sırasında hükümlünün akıl hastalığına veya hayatı için muhakkak bir tehlike teşkil eden bir diğer hastalığa tutulması. Bu halin kıyas yolu ile infazı durdurucu sebep sayılabilmesi için, hükümlünün cezaevi hastanesine veya başka bir hastaneye kaldırılmaması gerekir. Hasta hükümlüler için ilk önce cezaevi revirinde veya cezavi hastanelerinde tedavi imkânları aranmalıdır. Bu mümkün olmadığı zaman, hasta hükümlü başka bir hastaneye kaldırılmalıdır.³⁹¹² Ancak bu da mümkün olmadığı zamandır ki, infazın durdurulması cihetine gidilebilir.

d) İnfaz sırasında kadının gebe olduğunun meydana çıkması. Bu halde de kaide olarak gebe kadın doğumu cezaevi revir hastanesinde mümkün olmadığı takdirde bir başka hastanede yapılmalıdır. Bu da mümkün olmadığı takdirde, kıyas yolu ile infazı geri bırakıcı bu hüküm infazın durmasında uygulanmalıdır.

e) Hükümlünün kaçırdığı veya alıkoyduğu kadımla evlenmesi (Mülga TCK 434) artık durdurma sebebi değildir.

³⁹¹¹ 3. CD 18/12/52 (Çağlayan “66” I, 661).

³⁹¹² Mengüç (Ali Rıza) a.g.e., s. 128.

Cezaevinden kısa bir süre izinli çıkmak, yerine getirmenin durdurulması sayılmaz. Zira izin ceza süresinden sayılır (CGİK 92).

III. İnfazın geri bırakılması ve durdurulması muhakemeleri.

İnfazın geri bırakılması veya durdurulması kabul edilen hallerde bu hususta karar almak için yargılama makamına başvurulması açıklama dâvasında olduğu gibi talî bir dâvadır.³⁹¹³

Yetkili mahkeme, mahkûmiyet kararını vermiş olan mahkemedir.³⁹¹⁴

Dâvanın açılması, infazı geri bıraktırmaz veya durdurmaz, ancak mahkeme gecikmede tehlike varsa geçici olarak, yani esas karara kadar infazın geri bırakılmasına veya durdurulmasına karar verebilir (CGİK 98).

Mahkeme kararını duruşmasız verir. Karardan önce savcının ve hükümlünün yazılı mütalâası istenir (CGİK 101/1).

İnfazın durdurulması veya geri bırakılması muhakemesinde verilen kararlara³⁹¹⁵ karşı, itiraz yolu vardır (CGİK 101/3).

Bir yargılama makamının kararı ile geri bırakılmış veya durdurulmuş olan infaza yeniden başlanması veya devam olunması, yine bir yargılama makamı kararını gerektirir. Bu karar, meselâ muhakemenin yenilenmesi dâvasının sonunda verilen dâvanın reddi (kanunun hatalı tabiri ile eski kararın tasdiki) veya cezanın ertelenmesi kararının evlenme sebebiyle geri alınması kararlarında olduğu gibi başlama veya devamı gerektirmedikçe, ayrıca verilmelidir. Bu kararlara karşı da itiraz yoluna gidilebilir (CGİK 101).

499. AÇIKLAMA MUHAKEMESİ.

I. İnfazda tereddüt.

İnfazı söz konusu olabilen yani kesin veya kesinleşmiş³⁹¹⁶ bir mahkûmiyet kararının tefsirinde veya tâyin olunan cezanın hesabında³⁹¹⁷ tereddüt edilirse yahut hükümlünün adının yanlış yazılması³⁹¹⁸ gibi bir sebeple cezanın infazı lâzım gelmeyeceği iddia olunursa, bu hususta bir karar almak üzere, yargılama makamlarına başvurulur, yani bir dâva açılır.

İnfaz Kanununun 98 inci maddesinde düzenlenen bu başvuruya, birçok tali ceza dâvalarında olduğu gibi, dâva adını verilmemiştir. Halbuki mefruz da olabilen bir uyuşmazlığı çözen bir karar almak için yargılama makamına başvuruş dâva olduğuna göre bu da bir dâvadır³⁹¹⁹ ve bu dâvaya, *medeni muhakemedeki açıklama (tavzih) dâvasını* örnek tutarak, “açıklama dâvası” diyeceğiz.³⁹²⁰

II. Açıklama davası.

³⁹¹³ Hükümlünün bu başka hastahane geçireceği süre, kaide olarak, cezasından indirilerek, cezaevinde geçmiş gibi sayılacaktır (CMUK 401/1).

³⁹¹⁴ CMUK 402. maddenin 2. fıkrasında “muhalefet” tâbirinin kullanılması isabetsizdir. Muhalefet, itirazın bir çeşidi olup kanun yoludur. Burada, bir yargılama makamının kararına karşı kanun yolu yani ikinci bir dâva değil, savcılık makamı kararına karşı ilk defa yargılama makamına başvuruş bahis konusudur Koğuşurmama kararına karşı “itiraz”ın da itiraz olmayıp, “dâva” olması gibi.

³⁹¹⁵ Anayasa Mahkemesi de bu yolda karar vermiştir (16/1/79 RG 14/4/79). Kolaylık olmak üzere, cezanın yerine getirildiği yerdeki mahkemeye de yetki verilmelidir.

³⁹¹⁶ 5. CD 11/12/84 YKD 85/2 275 İKİD 85 3343. Bu kararda “itiraz” denilmiş olması, bizce kanun yolunun dairece adı itiraz olarak kabul edildiğini göstermez. Zira bu kararın amacı, sadece temyiz yolunun açık olmadığını belirtmektir. İtirazın adı mi acele mi olduğu, yani süreli olup olmadığı hususu, itiraz yargılamasını yapacak makama bırakılmıştır.

³⁹¹⁷ Kesinleşmemiş kararlarda açıklama muhakemesi olmaz (4. CD 9/10/65, *Çağlayan* “66” III, 533).

³⁹¹⁸ Meselâ hapsin paraya çevrilmesindeki hesap hatası (8. CD 19/10/76 İKİD 76, 4989).

³⁹¹⁹ 3. CD 15/5/65 (*Çağlayan* “66” III, 534); 4. CD 28/1/65 (*Çağlayan* “66” III, 534). 8. CD 10/3/76 İKİD 76, 4798.

³⁹²⁰ Anayasa Mahkemesi de dâva niteliğini tanımıştır (13/3/79 RG 26/5/79).

1) *Açıklama davası açılabilen haller.* Açıklama dâvası ancak mahkûmiyet kararları hakkında bahis konusu olabilmektedir. Hapis cezasının infazının hastalık nedeni ile ertelenmesinde de (CGİK 16) açıklama davasına ilişkin hükümler uygulanır (CGİK 98/2).

2) *Açıklama davasını açabilenler.* Bu dâvayı, infaza memur olan savcı açabileceği gibi hükümlü ve hakkında yanlışlıkla infaza geçilen kimse de açabilir.³⁹²¹

3) *Açıklama davasının açılacağı makam.* Bu dâva tefsirinde veya cezanın hesabında tereddüt edilen mahkûmiyet hükmünü vermiş olan mahkemede açılır.³⁹²²

Açıklama dâvası, Yargıtayın ilah ederek veya esas mahkeme olarak verdiği mahkûmiyet kararlarında da mümkündür.

4) *Açıklama davası açılmasının infaza etkisi.* Açıklama dâvasının açılması infazı geri bırakmaz veya durdurmaz, ancak mahkeme gecikmede tehlike varsa, infazın geri bırakılmasına veya durdurulmasına karar verebilir (CGİK 98/3).

5) *Açıklama davasının görülme usulü.* Duruşma yapılmaz. Savcının ve hükümlünün yazılı mütalâaları istenir (CGİK 101/1). Verilen karara karşı, itiraz yolu vardır (CGİK 101/3).

III. Mahkûmiyet dışındaki hükümler hakkında “açıklama davası” açılması sorunu.

Mahkûmiyetten gayri hükümlerde isim veya rakam hataları veya anlaşılmayan veya birbirini tutmayan veya dolayısı ile açıklanması gereken hususlar bulunabilir. Bu açıklamalar da, Medenî Muhakemede olduğu gibi (HMK 455, 459), Ceza Muhakemesinde açıklama dâvası üzerine yapılabilir. Hattâ, “açıklama”, ceza yargılama makamlarının hükümden geri kararlarında da gerekebilir. Aynı makam aykırılığı eski kararı ortadan kaldırmadan giderdiği için karar düzeltme niteliğindeki açıklama dâva ve muhakemesi bunları da içine alacak şekilde ya yorumla ya kanunu değiştirmekle genişletilmelidir.

500. CEZALARIN TOPLANMASI MUHAKEMESİ.

Bir kimse hakkında başka yargılar verilmiş ise, infaz için cezaların toplanması gerekeceğinden, içtima hususunda bir karar verilmesi için mahkemeye başvurmak yani bir dâva açmak gerekecektir (CGİK 99).³⁹²³ Bu dâvayı savcılık açabildiği gibi sanık da açabilir.

Yetkili mahkeme, en ağır neviden, neville aynı ise en fazla cezaya hükmetmiş, bunlar da birden fazla ise sonuncu kararı vermiş olan mahkemedir. Mahkûmiyet kararlarından birini doğrudan doğruya bölge adliye mahkemesi vermişse, bölge adliye mahkemesinde, Yargıtay vermişse, cezaların içtimaı dâvası Yargıtay’da açılır (CGİK 10/21).

³⁹²¹ Yargıtay da bu kararın açıklayıcı mahiyette olduğunu belirtmiştir (1. CD 10/5/66). (Çağlayan “66” III, 532). Ancak, 402. madde ile düzenlenen dâvaların hepsi açıklama dâvası değildir. Bir kısmı, mahkûmiyet kararında değişiklik dâvalarıdır.

³⁹²² Kantar, 483; Erem, 771.

³⁹²³ Mülga Ceza Kanunununda 1953 yılında yapılan tâdil ile “hukukî içtima” sistemi terkedilerek “cezaların toplanması” sistemi kabul edildiğinden (Olağanüstü temyiz muhakemesinde, Yargıtay esasa karar verdiğinde, açıklama için Yargıtaya başvurulmalıdır. Tatbikatta ilk mahkemeye gidilmekte, o da bazan uymamakta, bu kararın da temyiz kabiliyeti olmadığı söylenmekte ve Yargıtay kararının düzeltilmesi tavsiye edilmekte (CGK 29/6/64, Çağlayan, “66” III, 305) yani mahkemeler boşu boşuna uğraştırılmaktadır), 1965 de kabul edilen mülga Cezaların İnfazı Kanunu ile de infaz bakımından hürriyeti bağlayıcı cezalar birleştirildiğinden, cezaların içtimaı dâvasının uygulama sahası bir hayli azaltılmıştı. Türk Ceza Kanunu tek tip hürriyeti bağlayıcı ceza kabul etmiştir (hapis cezası). Ancak toplamada belli yukarı hadler kabul edildiğinden yine de cezaların toplanması dâvasının açılması gerekir. Evvelce Savcı toplayabileceği, fakat mahkemeden isterse reddolunamayacağı esası benimsenmişti (6. CD 17/6/65, Çağlayan III, 550).

Duruşma yapılmaz.³⁹²⁴ Savcı ile hükümlünün mütalâalarını bildirmelerine müsaade olunduktan sonra verilen (CGİK 101/1) karara karşı, bu kararı veren Yargıtay olmamak şartı ile, itiraz yolu vardır (CGİK 101/3). Kanun yararına bozma (yazılı emir) yoluna gidilemez.³⁹²⁵

501. MAHKÛMİYET KARARINDA DEĞİŞİKLİK MUHAKEMESİ

I. Olağanüstü kanun yolları.

Mahkûmiyet kararı yargı halini aldıktan hatta infaz başladıktan sonra, çeşitli sebeplerle, bu kararda değişiklik yapılması gerekebilir. Bu sebeplerden biri, kararın hatalı olduğunun anlaşılmasıdır. Bu sebeple, yargıdaki hataların giderilmesi imkânı kabul edilmiştir. Bu imkânı veren müesseseye *olağanüstü kanun yolu* denilmekte olup, ileride ayrıca incelenecektir.

II. Maddi hata dışındaki değişiklik nedenleri (uygulama muhakemesi).

1) *Uygulama muhakemesi yapılabilen durumlar.* Hatadan gayri sebeplerle de mahkûmiyet kararının değiştirilmesi gerekebilir. Meselâ bir af kanunu (TCK 65) çıkabilir veya eylemi suç olmaktan çıkaran veya cezasını azaltan bir kanun (TCK 7) kabul edilebilir. Suç tipini belirleyen normun Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinde de durum böyledir.

Bu hallerde yargı halini almış olan karardaki cezanın kısmen veya tamamen infaz edilmemesi gerekecektir. Bu da netice itibarıyla mahkûmiyet kararındaki cezanın azaltılması veya kaldırılması, bir kelime ile mahkûmiyet kararının değiştirilmesi sonucunu doğuracaktır.

Cezanın zamanaşımına uğramasında da durum aynıdır. Ertelenemeyen cezaların kanunlarla ertelenebilir hale getirilmesinde geçici maddelerle tanınan erteleme imkânlarına mahkûmiyet değişecek demektir.³⁹²⁶ Hapis cezasının infazının hastalık nedeni ile ertelenmesi (CGİK 16) isteminin reddi halinde de hükmü veren mahkemeden karar istenir (CGİK 98/2).

2) *Uygulama davasının açılması.* Kanunların emrettiği bu değişikliğin nasıl yapılacağını kanun göstermiştir. Bu gibi hallerde cezanın kısmen veya tamamen infazı lâzım gelmeyeceği yolunda bir iddia var demektir ve mahkemeden bir karar istenecektir (CGİK 98). Mahkemeden karar istemeğe dâva dediğimizden, bu dâvaya da “mahkûmiyet kararında değişiklik dâvası” adını vereceğiz.

Savcı bu dâvayı açmağa mecburdur.³⁹²⁷ Savcı, ödenmeyen para cezasını hapse çevirmeğe yetkili olduğundan (CGİK 106), istisna olarak, bu hallerde dâva açamayacaktır.

3) *Uygulama davasının açılacağı makam.* Mahkûmiyet kararında değişiklik dâvası, açıklama dâvası gibi mahkûmiyet hükmünü vermiş olan mahkemede (CGİK 98/1) açılır. Ancak, Yargıtay kararı değişecekse, dâva Yargıtayda açılmalıdır. Meselâ dâvanın hükümden sonra zamanaşımı ile düştüğü görülmeden, temyiz dâvası reddedilmişse, düşme kararı esas mahkemeden değil³⁹²⁸, Yargıtaydan istenmelidir.

³⁹²⁴ Ölüm cezası bakımından bir istisna içtihatla kabul edilmişti: İctima sonunda ölüm cezası verilmek gerektiğinde (mülga TCK 70), hem duruşma yapılmasına hem Yargıtayın otomatik denetiminden geçmesine karar verilmiş (İtiraza tabi evrak üzerinde özgürlüğü bağlayıcı cezalarının birleştirilip toplanması kararı hükümlüye tebliğ edilip kesinleştirilmesi sağlanmadığından “yazılı emir” yoluyla incelenmesi usul ve yasaya aykırıdır: 1 CD. E. 1999/4274, K. 1999/4251), bu suretle ölüm cezasının Yargıtayca “onanmasından” sonra Büyük Millet Meclisinin “yerinegetirme kararı” vermesi sağlanmıştı (AY 87; mülga CİK 21).

³⁹²⁵ Mülga TCK: 77: 2 ancak ağırhapis cezaları toplamının 30 yılı geçmediği hallerde uygulanır (CGK 31/5/82 YKD 83/1 99).

³⁹²⁶ CGK 28/2/83 YKD 83/6 883. Bu karar, gerekçe bakımından tartışılabilirse de, sonuç bakımından bir ihtiyacı karşılamış ve kanun boşluğunu doldurmuştur.

³⁹²⁷ Bu durumda duruşma yapılarak karar verileceği tezi (CGK 11/2/80 YKD 80, 713) yersizdir, zira bu konuda açıklık olmadığına ve duruşma yapmanın kaide olmasına dayanmaktadır. Oysa infaz sırasında mahkemeden alınması gereken kararların duruşma yapılmaksızın verileceğini kanun açıklamıştır. Bu durumda, uygulamada CMK 297 ile itiraz mı yoksa CMK 253 ile temyiz mi tartışması yapılması da yersizdir.

³⁹²⁸ Zira, mahkûmiyet kararı değişecek, bu da yargının otoritesi esasına bir istisna teşkil edecektir. Bir yargı, ancak bir yargılama makamı kararı ile değiştirilebilir. Burada 126. maddede yaptığımız gibi, “af çıkıncaya veya zamanaşımı oluncaya kadar devam etmek üzere” diye, bir kaydı zımnen kabul edemeyiz, çünkü, ortada açılmış bir dâva vardır. Sonkararın

4) *Uygulama davası açılmasının infaza etkisi.* Dâvanın açılması infazı geri bırakmaz veya durdurmaz, fakat mahkeme infazın geri bırakılmasına veya durmasına karar verebilir (CGİK 98/3).

5) *Uygulama muhakemesinde usül.* Mahkeme, kural olarak, duruşma yapmaz, savcının ve hükümlünün mütalâasını alarak karar verir (CGİK 101/1). Fakat, takdire giren bir husus ortaya çıkarsa, duruşma yapılması gerektiği içtihad edilmiştir.³⁹²⁹

6) *Uygulama davası sonunda verilen kararın aleyhe etki etmemesi kuralı.* Haklarında verilmiş olan mahkûmiyet kararları kesinleşmiş olan hükümlüler ile ilgili olarak yapılan “uygulama muhakemeleri” sonunda verilen kararlar, “infaza ilişkin karardır”. Bu kararların verilmesi sırasında “cezanın aleyhe değiştirilmesi yasağı” geçerli değildir; ancak önceden verilmiş olan ve kesinleşerek infaz aşamasında bulunan kararda tayin olunan ceza bir “tavan” oluşturur ve bu ceza aşılamaz (CGK 20.6.2006, K. 124-165; 5. CD 10.7.2006, K. 6502).

Bu karara karşı, kararı veren Yargıtay olmamak şartı ile, acele itiraz yolu kabul edilmiştir (CGİK 101/3).³⁹³⁰

III. Özel düzenlenen değişiklik davaları.

Değişiklik dâvasının özel şekilde düzenlendiği vardır:

a) Genel emniyet nezareti cezasında değişiklik dâvası, hükümlünün bulunduğu yerdeki mahkemede açılırdı (mülga TCK 42).

b) Hükümü veren mahkeme veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkeme, altı ay veya daha az süreli hapis cezasının hafta sonlarında veya sadece geceleri; kadın veya altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlülerin mahkum oldukları altı ay veya daha az süreli hapis cezasının onutta çektirilmesine, yetmişbeş yaşını bitirmiş olup da üç yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkum olanların, sağlık durumları elverişli olmadığı takdirde konutlarında çektirilmesine karar verebilir (CGİK 110).

c) Ceza Kanunu ile kısa süreli hapis cezasının para cezasından başka müeyyidelere çevrilmesinde, müeyyide yerine getirilmez veya ona aykırı hareket edilirse, hükümü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir (TCK 50/6).

ç) Ceza kanunu ile kısa süreli hapis cezasından çevrilen para cezası ödenmezse, TCK'nun 50/6 ıncı fıkrası uyarınca hükümü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının kısmen veya tamamen infazına karar verebilir.

d) Ceza İnfaz Kanunu ile kısa cezadan çevirme para cezasından gayri müyyideler, hükümlünün elinde olmayan sebeplerle imkânsız hale gelirse mahkeme başka bir müeyyideye hükmedebilir (TCK 50/7).³⁹³¹

e) Sonradan kabul edilen mecburî çevirme veya erteleme kurallarının uygulanması için geçici maddeler kabul edildiği vardır (Meselâ mülga CİK g.m. 1; 79-2248, g.m. 2 ve 3). 1991'de Terörle Mücadele Kanunu ve 2000 yılında 4616 numaralı Kanun³⁹³² mecburi dava ve ceza erteleme, koşullu salıverilme kuralları koydular.

f) Yasak haklara ait değişikliklerin muhakemesi de ayrıca düzenlenmişti.

verilmesine, verilen cezanın yerine getirilmesine tesir eden sebeplerin tesbiti, dâva açıldıktan ve iş savcının elinden çıktıktan sonra, savcıya bırakılmaz. Kaldı ki kanunda “iddia olunursa mahkemeden karar istenir” denilmektedir ve savcının meselâ af kanununa girdiği yollu mütalâası da bir iddiadır (k-m: 1. CD 1/9/63, *Çağlayan*, “66” III, 542).

³⁹²⁹ DURUŞMA AÇILACAĞINA İLİŞKİN KARAR YAZ.

³⁹³⁰ 7. CD 23/12/67 *Alicanoğlu*, 588 (ancak bu karar sadece esas mahkemenin sonradan düşme kararı veremeyeceği hakkındadır).

³⁹³¹ 1. CD 31/12/57 (*Çağlayan* “66” III, 505).

³⁹³² İnfaz yerindeki mahkeme de bu kararı verebilir (İİD: 26/12/66 *Çağlayan*'dan nakil: Ceza İnfaz Kanunu, 1968, s. 177).

g) Emniyet tedbiri ihtiva eden ve bizce bir mahkûmiyet kararı olan kararlarda değişiklik de 98 inci madde dışında kalmaktadır.

h) Koşullu salıverme ve cezadan mahsup da mahkûmiyet kararında değişikliğin özel çeşitleridir.

i) Yabancı mahkemelerin mahkûmiyet kararlarının Türkiye’de, Türk mahkûmiyet kararlarının yabancı memleketlerde yerine getirilmesinin kabul edildiği hallerde de bir değişiklik söz konusudur, zira yerinegetirecek Devlet yabancı kararı kendi kanunlarına uyduracaktır.

IV. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması halinde kurulan yeni mahkumiyet hükmü.

Sanık hakkında CMK 231/5 ve devamı maddeler hükümleri uyarınca “mahkûmiyet hükmü” kurulup, “hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı” verildikten sonra, sanık denetim süresi içinde denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükleri yerine getirememiş olursa, mahkeme sanığın durumunu değerlendirir (CMK 231/11). Bu değerlendirmenin sonunda, mahkeme; a) cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine, b) ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya c) hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek “yeni bir mahkûmiyet hükmü” kurabilir (CMK 231/11).

502. KÜÇÜK SUÇLULAR HAKKINDAKİ GÜVENLİK TEDBİRİ KARARINDA DEĞİŞİKLİK MUHALEMESİ.

Türk Ceza Kanunu çocuklara özgü güvenlik tedbiri (TCK 56) olarak ilgili Kanundaki düzenlemeye yollama yapmıştır. Çocuk Koruma Kanunu da 11 inci maddesi ile, “koruyucu ve destekleyici tedbirleri”, “çocuklara özgü güvenlik tedbiri” olarak kabul etmiştir. Böylece, fiili işlediği zaman 12 yaşını bitirmemiş çocuklarla, 12-15 arasında olup da yani işledikleri suçun hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayamayanlar veya davranışlarını yönlendirme yeteneği yeterince gelişmemiş olanlar hakkında uygulanan güvenlik tedbirleri, hem 18 yaşı geçmeyen (ÇKK 7/6), hem de kaldırılabilen ve değiştirilebilen (ÇKK 7/5) tedbirlerdir.

Tedbirin geri alınması için yargılama makamını harekete geçirmeğe, yani bir dâvaya ihtiyaç vardır. Bu dâva üzerine de kollektif bir faaliyet yani muhakeme yapılarak bir karar verilmesi gerekmektedir. Tedbir kararını veren hâkim veya mahkeme; denetim memurları, çocuğun velisi, vasisi, bakım ve gözetimini üstlenen kimselerin, tedbir kararını yerine getiren kişi veya kuruluşun temsilcisi ile savcının talebi üzerine veya re’sen çocuğa uygulanan tedbirin sonuçlarını inceleyerek kaldırabilir, süresini uzatabilir veya değiştirebilir (ÇKK 8/3).

Çocuk Koruma Kanunu, küçüğün bulunduğu yerdeki çocuk hakimine de geçici tedbir alma görevini vermiştir (ÇKK 8).

503. AKIL HASTASI SUÇLULAR HAKKINDAKİ GÜVENLİK TEDBİRİ KARARINDA DEĞİŞİKLİK MUHALEMESİ.

Suçtu işlediği sırada tam akıl hastası olanlar hakkında muhafaza ve tedavi tedbiri alma dâvası ve muhakemesi gibi, bu tedbirin kaldırılması dâvası ve muhakemesi de gereğince düzenlenmemiştir. Muhafaza ve tedavi altına alınan suçlu, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca, toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığı veya önemli ölçüde azaldığına dair verilecek rapor üzerine, mahkeme veya hâkim kararıyla salıverilir. Bu husustaki sağlık kurulu raporu, akıl hastalığının ve işlenen fiilin (yani isnat olunan suçun) niteliği gözönünde tutularak, toplumsal emniyet bakımından kişinin tıbbi kontrol ve takibinin gerekip gerekmediğine, gerekiyorsa süre ve aralıklarına karar verilir (TCK 57/3).

Görülüyor ki bu dâva, evvelce tedbire karar vermiş olan yargılama makamında açılacaktır. Bu dâvayı savcı gibi, hükümlünün de açabilmesini kabul etmek lâzımdır. Dâva dilekçesine sözü geçen rapor da eklenecektir.

Dâva açılması üzerine muhakemenin nasıl yapılacağı, hangi kanunyollarına gidileceği gösterilmiş değildir. Bizce muhafaza ve tedavi tedbiri muhakemesi normları kıyas yolu ile uygulanmalıdır.

504. UYUŞTURUCU MADDE VE ALKOL MÜPTELÂSİ SUÇLULAR HAKKINDAKİ GÜVENLİK TEDBİRİ KARARINDA DEĞİŞİKLİK MUHALEMESİ.

I. Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almada hüküm vermenin ertelenmesi.

Kullanmak için³⁹³³ uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (TCK 191/1). Ancak, bu suçtan açılan davada “hüküm vermeden önce”, madde kullanan kişi hakkında “tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine” karar verilebilir. Kişi madde kullanmamakla birlikte, kullanmak için madde satın almış, kabul etmiş veya bulundurmuş ise, sadece “denetimli serbestlik tedbiri” kararı verilebilir (TCK 191/2).

İlgili tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmakla yükümlüdür. Denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmişse, kişiye rehberlik edecek ve üçer aylık sürelerle rapor düzenleyecek olan bir uzman görevlendirilir (TCK 191/3). Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma süresinin uzatılmasına karar verilebilir (TCK 191/4).³⁹³⁴

Tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranan kişi hakkında açılmış olan davanın düşmesine karar verilir (TCK 191/5).

II. Hükmolunan cezanın ertelenmesi.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında kullanmak, satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan cezaya hükmedildikten sonra da tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilebilir. Bu durumda hükmolunan cezanın infazı ertelenir. Kişi tedaviye ve denetimli serbestlik gereklerine uygun davranırsa, “ceza infaz edilmiş sayılır”; aksi takdirde derhal infaz edilir (TCK 191/7).

505. KOŞULLU SALIVERİLME MUHALEMELERİ.

I. Koşullu saliverilme.

Ceza mevzuatında yapılan 2005 değişiklikleri sonucu, koşullu saliverilme kurumu, koşullu saliverilme başlığı ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 107 inci maddesinde düzenlenmiştir. Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar yirmidört yılını, diğer süreli hapis cezalarına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çekmiş olup da iyi halli sayılırlarsa, istemeseler dahi koşullu saliverilirler (CGİK 107/2). Hâkim, koşullu saliverilen hükümlünün kişiliğini ve topluma uyumdaki başarısını göz önünde bulundurarak; denetim süresinin, denetimli serbestlik tedbiri uygulamadan veya herhangi bir yükümlülük belirlemeden geçirilmesine karar verebileceği gibi, denetimli serbestlik uygulamasını veya belirlenen yükümlülükleri denetim süresi içinde kaldırabilir (CGİK 107/10).³⁹³⁵

³⁹³³ Uyuşturucu madde müptelâsı suçlular hakkında hükmolunan tedbirlerin gerilinalabilmesini mülga kanun kabul etmiş idi, zira bu tedbire, salâhi tıbben taayyün edinceye kadar olmak şartı ile, karar verilmekte idi (mülga TCK 404). Kanun selâhin tıbben nasıl tâyin edileceğini göstermemişti. Kanaatimizce mahkeme bilirkişi tetkikatı ile bu meseleyi halledebilir. Dâvanın nerede ve kimin tarafından açılacağı, muhakemenin nasıl yapılacağı hakkında da sarahat yoktu. Kanaatimizce akıl hastası suçlular hakkındaki hükümlere kıyasla, evvelce tedbire hangi makam karar vermişse dâva orada açılmalıdır, savcı gibi hükümlü de dâva açabilmelidir.

³⁹³⁴ Mülga TCK uyarınca alkol müptelâsı suçlular hakkında hükmolunan muhafaza ve tedavi tedbiri de (mülga TCK 573) salâh tıbben taayyün edince gerilinalacaktı. Bunun için de bir dâva açılması ve muhakeme yapılarak karar verilmesi gerekmekte idi. Kanunumuzda sarahat yine yoktur. Kıyas yolu ile, uyuşturucu madde müptelâsı suçlular hakkında tedbir dâvası ve muhakemesi hakkındaki hükümler uygulanmalıdır.

³⁹³⁵ Mülga CK ve ÇİK uyarınca TBMM tarafından ölüm cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenler 30 yıllarını, müebbet ağırhapse mahkûm olanlar 20 yıllarını, diğer hürriyeti bağlayıcı cezalıları cezalarının yarısını (25 Nisan 1999 tarihine kadar işlenmiş olan suçlardan dolayı hükmedilerek kesinleşmiş bulunan müebbet ağır hapis cezalarında, diğer koşulların mevcudiyeti halinde 4616 sayılı yasanın 1. maddesinin 2. bendinde öngörülen 10 yıllık indirim 36 yıl üzerinden yapılmalı ve koşullu saliverme süresi de buna göre hesaplanmalıdır (CGK 1.5.2001, E. 2001/69, K. 2001/74) çekmiş olup da Tüzüğe göre iyi halli sayılırlarsa, istemeseler dahi, şartla saliverilirlerdi. Tutuklu veya hükümlü iken firar veya firara teşebbüs etmiş olanlar ile haklarında mülga TCK 304 uygulanmış olanlar için bu süreler ve oran, sırası ile, 36, 26 yıl ve 2/3 dü. İki defa firara teşebbüs, disiplin cezası olarak dört defa hapis ile cezalandırılmak gibi nedenlerle şartlı salivermenin kabul edilmediği haller de vardı.

II. Koşullu salıverilme muhakemesi.

Yetkili yargılama makamı, hükmü veren mahkeme, hükümlü başka yerde ise bulunduğu yerdeki hükmü veren mahkeme seviyesinde (kanunun hatalı tâbiri ile derecedeki) mahkemedir (CGTİK 107/11).³⁹³⁶ Dâvayı hükümlü de açabilir. Fakat, hükümlü açmasa da, infaz idaresi, koşullu salıvermeyi gerektirir durum görürse³⁹³⁷, mahkemeye başvurmağa, yani dâva açmağa mecburdur. Yargılama makamı duruşma yapmayacaktır. Ancak gerekli gördüğü soruşturmaları yapabileceğine de şüphe yoktur.³⁹³⁸ Mahkeme, idarenin mütalâasını uygun görürse³⁹³⁹, koşullu salıverme kararı verir. Yargılama kararı mahiyetinde olan³⁹⁴⁰ bu karar derhal infaz edilir.³⁹⁴¹ Mahkeme, koşullu salıverme mütalâasını uygun görmezse, yani dâvayı reddederse, bu karara karşı hükümlü ve savcı itiraz yoluna gidebilir (CGTİK 107/11).

III. Koşullu salıverme kararının geri alınması muhakemesi.

Koşullu salıverilen kişi, salıverme süresi içinde kasti bir suç işlerse ve bu suçtan dolayı, süre geçtikten sonra da olsa, hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm olur ve bu karar da yargı halini alırsa³⁹⁴² veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hakimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde koşullu salıverme kararı geri alınır ve koşullu salıverme süresinin işlediği suç tarihinden sonraki kısmı hükümlünün ceza süresinden mahsup edilmeyerek aynen çektirilir ve bu çektirme sırasında bir daha o kişi koşullu salıverilmez (CGİK 107/13).³⁹⁴³

Dâvayı savcı, koşullu salıverilme kararını veren mahkemede³⁹⁴⁴ açar ve dosya üzerinden karar verilir. Koşullu salıverilme kararının geri alınmasına, a) hükümlü geri kalan süre içinde işlediği kastlı bir suçtan

Koşullu salıverme, hükümlünün iktidarı nisbetinde şahsî hakları ödemesi şartına bağlanabilirdi (mülga CİK “1988-3506” m. 19). Koşullu salıverilme kararının ger alınması da mümkündür (mülga TCK 17).

³⁹³⁶ Bu sürenin belli ölçülerde kısalması mümkündür (mülga CİK ek m. g, g.m. 10). Süre tâyininde tutukluluk da hesaba katılır (CİK 19/3). Bu nedenle tutuk iken firar edene 4/5 oranı uygulanır (1. CD 14/1/76 YKD 76/4, 553).

³⁹³⁷ Küçüklerin koşullu salıverilmesinde, cezanın çekildiği yerdeki çocuk mahkemesi yetkilidir (ÇMK 39/3).

³⁹³⁸ Cezanın tam çekilmesi kaide, erken salıverme istisna olduğuna göre, erken salıverme kararını mahkemenin vermesi kabul edilmiştir. Cezaevi komisyonu erken salıverme durumu görmezse, mahkemeye başvuramaz (CGK 16/2/76 YKD 76, 1042), zira mahkeme kararı erken salıvermeyi denetlemek için gereklidir.

³⁹³⁹ *Gölcüklü*: Türk Ceza Sistemi, 1966, s. 155.

³⁹⁴⁰ İyi hal, mülga 647 numaralı kanuna dayanan Tüzüğe göre anlaşılır (İçBK: 28/1/74 RG 22/2/74). Uygun görme şartı arandığına göre, mahkemenin de sanığın bu tedbire lâayık olduğuna bir diğer söyleyişle kanunun aradığı şartların gerçekleştiğine (CİK 19) kanaat getirmesi gerekir. Mahkeme maddî hata olup olmadığını araştırmakla yetinemez (1. CD 18/12/65 *Çağlayan* “66” I, 845, 18/3/69 İKİD 69, 7708; k-m: 7. CD 29/11/65 *Çağlayan* “66”, 848).

³⁹⁴¹ Anayasa Mahkemesinin, evvelce, başkanlıkça verilen salıverme kararının başkanlıkça tasvibini Anayasaya aykırı bulup iptal ederken (13/5/64, 99-38), başkanın kararının sadece uzvî bakımdan kazaî olduğu gerekçesine dayanması isabetsizdir. Zira, başkanlık makamının faaliyeti, görev bakımından da kazaî’dir.

³⁹⁴² Bu karara karşı kanun yolu yoktur, zira kanun sadece mahkemenin red kararına kanun yolu tanımıştır. Özel norm varken genel norma gidilemez. 297. madde ile adı itiraz kabul etmek (6. CD 16/11/65 *Çağlayan* “66” I, 849; 1. CD 27/10/66 RKD III/2, 123) bir başka bakımdan da yanlıştır. Gerçekten kararı veren hâkimlik değil, mahkemedir ve 297. madde hâkimlik kararları hakkındadır.

³⁹⁴³ Kanunun yazılışına bakıp süre içinde mahkûm olmanın arandığı akla gelebilirse de 8/6/70 tarihli İçBK: “dâva sonucunun beklenmesi sanığın kişiliği ile ilgili değil” diye ve pek haklı olarak süreyi sadece suçun işlenmesi bakımından kabul etmiştir. Bu durumda gerılma kararının ikinci suçtan mahkûmiyet kararı ile birlikte olması mümkün değildir (CGK 6/10/86 YKD 86/12 1816).

³⁹⁴⁴ Geri alma halinde koşullu salıvermede geçen günlerin bütünü ile çektirilmesi sistemine son veren 88-3506 numaralı kanun (m. 1) gerekçesinde, adaletsiz sonuçları ortadan kaldırmak amacından söz edilmekte ise de bizce yeni sistem iki bakımdan hatalıdır ve tekrar eskisine dönülmelidir. Gerçekten, bir kere, ortada adaletsiz sonuç görememekteyiz. Koşullu salıvermede geçen günlerin cezadan mahsup edilmesi, ancak süre içinde kasdî bir cürüm işlenmemesi veya mecburiyetlere uyulması şartı ile kabul edilmiştir. Bu şart yerinegetirmezse, salıverme sırasında geçen günlerin, kasdî cürüm işlenmesi (daha doğrusu şarta riayetsizlik) tarihinden değil, ilk salıverme gününden itibaren yani bütünü ile mahsup edilmemesi, suçluya haketmediği yeni bir ceza verince değil, eski cezasının çekmediği kısmını çektirmektedir. Diğer taraftan bu değişikliklik suç politikası bakımından çok sakıncalıdır. Zira sürenin geri kalan kısmı azaldıkça, yeni sistem caydırıcı olmaktan çıkacak,

dolayı hapis cezasına mahkûm edilirse, hükmü veren ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesi tarafından karar verilir. b) Hükümlünün bağlı tutulduğu yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde koşullu salıverilme kararına esas teşkil eden hükmü veren ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesi veya koşullu salıverilme kararını vermiş olan mahkeme tarafından karar verilir (CGİK 107/15). Kanunda yazılı değilse de hükümlünün mütalâası alınmalıdır.³⁹⁴⁵ Bu kararlara karşı itiraz yolu açıktır (CGİK 107/15).

506. CEZADAN MAHSUP MUHAKEMESİ.

I. Koruma tedbiri süresinin mahsubu.

Hükümlünün muhakeme boyunca muhakeme hukuku amaçları ile hürriyetinden yoksun kaldığı günlerin, bu kalış ceza niteliğinde olmamasına rağmen, hürriyeti bağlayıcı cezalar ile para cezalarından indirilmesi, muhasebe terimi ile mahsup edilmesi, adalet düşünceleriyle kabul edilmiştir.³⁹⁴⁶ Türk Ceza Kanunu uyarınca sadece hürriyet kısıtlaması halî cezadan mahsup edilecektir. Nerede işlenmiş olursa olsun bir suçtan dolayı, yabancı ülkede “gözaltında”, “gözlem altında”, “tutuklulukta” veya “hükümlülükte” geçen süre, aynı suçtan dolayı Türkiye’de verilecek cezadan mahsup edilir (TCK 16).³⁹⁴⁷

Bu mahsubu, cezayı veren mahkeme yapmalıdır. Eğer mahsup cezayı veren kararda açıkça gösterilmemişse, ayrı bir karar alınmalıdır.³⁹⁴⁸ Bunun için mahkemeye başvurulacak, yani “cezadan mahsup dâvası” açılacaktır. Kanunumuz bu dâvayı dolayısı ile nazara almış ve “cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilmeyeceği ileri sürülür” demek suretiyle “açıklama dâvası” ile birlikte düzenlemiştir (CGİK 98/1). Bu dâvayı, savcı veya hükümlü açabilir. Dışardaki bir hastanede geçen

riyazetsizlik tarihine kadar geçen süre cezadan düşüleceğine göre riyazetsizlik eden, haksız yere ödüllendirilmiş olacaktır. Bizce asıl haksızlık, adaletsizlik buradadır.

³⁹⁴⁵ Bu konuda uygulama ve öğretilerde çok farklı görüşlere rastlanmaktadır. Denilebilir ki çoğunluk (meselâ 4. CD 15/11/85 YKD 86/8 1219; 6/10/86 YKD 86/12 1816), Yürürlük Kanununun 5. maddesinin dış görünüşüne bakarak mahkûmiyet kararını vermiş olan mahkemenin başkanını yetkili saymaktadır. Mülga CİK kabul edildikten sonra ilk çıkan 3. basıdan beri benimsediğimiz görüşün gerekçelerini biraz daha açıklamak gereğini duyuyoruz: CİK 19 koşullu salıvermenin gerialınmasını düzenlemiştir. Yürürlük 5’in koşullu salıverme ile ilgili hükümleri CİK 19 ile ilga edilmiş ise de gerialma ile ilgili hükümleri yürürlüktedir. Ancak Yürürlük 5’in ilk şeklinde verme ve gerialma yetkisi, mahkûmiyet (yani cezası bakımından koşullu salıverme kararı verilmiş olan ilk mahkûmiyet) kararını veren mahkeme başkanına verilmişti. Mahkeme ve başkan ayrımı bir yana, gerialmaya sebep olan ikinci mahkûmiyet kararını veren mahkeme söz konusu değildi. Bu sonuncu mahkemenin ikinci mahkûmiyet kararı ile birlikte gerialmaya da karar vermesi düşünülemezdi. Zira onun mahkûmiyet kararının kesinleşmesini beklemek gerekiyordu (İÇBK: 8/6/70). Şimdi, verme kararı başkana değil, mahkemeye verilmiştir. O halde gerialma kararını da eskisi gibi başkan değil, mahkeme vermelidir. Zira Yürürlük 5’de salıvermedeki usulün gerialmada da uygulanacağı belirtilmiştir. Gerialacak mahkemenin artık sadece ilk mahkûmiyet kararını veren mahkeme olması gerekmiyor. Çünkü CİK 19/4 ile verme yetkisi şimdi onunla birlikte, hükümlünün bulunduğu yerdeki mahkemeye de verilmiştir. Ancak gerialma terimi, aynı makam bakımından söz konusu olduğundan, koşullu salıverme kararının gerialınmasına da, salıverme kararını veren makam karar vermelidir.

³⁹⁴⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ömürboyu hapse mahkûm suçlunun koşullu salıverilmesinin gerialınmasında dahi hürriyetin bu ikinci kısıtlanmasının kanunlara uygunluğunun mahkemece denetlenmesi gerektiğine karar vermiştir (*Weecks dâvası*, 2/3/87 § 54-60).

³⁹⁴⁷ Mülga Kanun hürriyeti bağlayıcı cezanın çeşidine bakmakta, 1 gün tutukluluk yerine göre 1 gün ağırhapis, hapis ayrımı yapılmamış, mülga TCK 19 daki hapse çevirme ölçüsü kabul edilmişti (Mülga TCK 40/3). Bu demektir ki hafif para cezasında da bu ölçü uygulanacaktı ve 1 gün, son duruma göre, 10.000 lira sayılacaktı (mülga CİK “1988-3506” 5/6, 9). CK 40, genel bir terim kullanarak bu indirimin “ceza mahkûmiyeti”nden yapılacağını belirtmişse de onun nasıl hesaplanacağını sadece hürriyeti bağlayıcı cezalarla para cezaları bakımından göstermiştir. Diğerlerinden indirme yapılması da zaten gerekmemektedir. Emniyet tedbirlerindeki mahkûmiyetlerden indirme de bu tedbirlerin amacına uygun düşmediğinden, bu paragraf başlığına 5. basıdan beri eklediğimiz “geniş mânâda” kelimelerine 9. basıdan beri artık ihtiyaç duymuyoruz. Mülga TCK “91-3756” 403/4’e göre, imal veya ithal ettikten sonra ihraç edilen maddeler dolayısı ile yabancı ülkede çekilmiş veya çekilmemiş fakat Türkiye’de infazı kabil cezalar çekildikleri taktirde, ihraç sebebiyle hükmedilecek cezadan indirilirdi. Bu hüküm dışında, Kanunumuz sadece tutukluğu öngörmüşse de (mülga TCK 40), yakalananlar için söz konusu olan gözaltına alınmada geçen günlerin de tutuklu geçen günlerden farklı sayılması için hiçbir haklı neden yoktur. Hattâ zorla getirilen kişilerin hürriyetlerini kısıtlanması da bir günü aşmışsa mahsup edilmelidir.

³⁹⁴⁸ Bu mahsup para cezasından yapılmak gerektiğinde, para cezası hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilmiş değilse CİK 5 uygulanmaktaydı (2. CD 26/10/76 YKD 77, 1309). Hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilmiş ise, CİK 4/7 gereğince çevirmedeki esas abakılıyordu. Ancak CİK 4/7, 88-3506 numaralı kanunun 10. maddesi ile yürürlükten kaldırıldı. Artık sadece CİK 5 deki ölçüye göre yani şimdilik 1 gün 10.000 lira sayılarak mahsup yapılacaktır.

müddetin cezadan mahsup edilmeyeceğini iddia etmesi halinde savcının mahkemeden bir karar alması gerekmektedir (CGİK 98/1).

Dar manada *cezadan* mahsup için duruşma yapılmaz. Dâvayı hükümlü açmışsa savcı, savcı açmışsa hükümlü mütalâasını yazı ile bildirmeğe davet olunduktan sonra karar verilir. Bu karara karşı, kararı veren Yargıtay olmamak şartı ile, itiraz yoluna gidilebilir (CGİK 101/3).

II. Güvenlik tedbiri süresinin mahsubu.

Şuur tetkiki için gözaltına alınmada geçen süre, tedavi ve muhafaza tedbirinden indirilmekte idi (CMUK 74). Dar manada cezadan mahsup muhakemesi normları kıyas yolu ile güvenlik tedbirinden mahsup muhakemesinde de uygulanmalıdır.

507. MAHKÛMİYETİN ADLİ SİCİLDEN SİLİNMESİ MUHAKEMESİ.

2005.5352 sayılı Adli Sicil Kanunu, adli sicil ve arşiv kayıtlarının silinmesiyle ilgili kararları almak üzere, üç hâkimden oluşan bir komisyonunun kurulacağını kabul etmiştir (AdSilK 14). Adli Sicil Yönetmeliğinin 13. maddesinde belirtilen hallerde kayıtları silme işlemi komisyonca re'sen yapılır (AdSilyön 13/son).

Belli şartlarla, adli sicildeki mahkûmiyet kaydının³⁹⁴⁹ mahkeme kararı ile silinmesi³⁹⁵⁰ kabul edilmiştir. Mahkûmiyetin silinmesi, o kimsenin evvelce mahkûm olmasından doğacak birçok sonuçların meydana gelmesine engel olur. Bizim *ekleme sonuçlardan ayırdığımız ve rastlantılı sonuçlar* adını verdiğimiz bu sonuçların başında tekerrür gelmektedir.³⁹⁵¹

Adli sicilden mahkûmiyet silinmesinin kabulü, bizce isabetsizdir, zira sadece tekerrür değil, her bakımdan suçluların şahsiyetini tanımayı esas tutan adli sicilin gayesine ve cezaların şahsileştirilmesi prensibine aykırıdır.

Mülga İnfaz Kanunu uyarınca karar, ilgilinin veya savcının isteği, yani dâvası üzerine verilir. Yetkili mahkeme, hükmü veren mahkeme veya isteyenin bulunduğu yerdeki asliye ceza mahkemesi idi (mülga CİK 7).

Bu kararlara itiraz edilmesi³⁹⁵² ve bunun acele itiraz olması³⁹⁵³ içtihatla kabul edilmişti. Temyiz yolunun kabul edildiği de vardı.³⁹⁵⁴

508. YASAK HAKLARIN GERİ VERİLMESİ MUHAKEMESİ.

2005 yılında değiştirilen yeni ceza mevzuatı, müebbet yasaklılık veya müebbet ehliyetsizlik halleri kabul etmediğinden, yasak hakların geri verilmesine ilişkin bir düzenleme de içermemekte idi. Ancak 5253 numaralı Adli Sicil Kanunu'na 2006-5560 numaralı Kanun ile eklenen 13/3 madde ile, *yasak hakların geri verilmesi* tekrar düzenlenmiştir. Yasak hakların geri verilmesi muhakemesi açısından

³⁹⁴⁹ Mahkûmiyetin adli sicile geçirilmesi, ceza mahkûmiyetinin ekleme sonuçlarından olup gerçekleşmesi yani adli sicile geçirilip orada tutulması yerinegetirmez. Böylece adli sicilden silinme mahkûmiyetin ekleme sonucuna sonverme anlamına geldiğinden infazla ilgili bir işlem sayılabilir. Adli sicilden mahkûmiyetin silinmesi muhakemesini önceki basılarda hâdise muhakemesi sınıfına sokmuştuk. Muhakeme sırasında meydana çıkmadığından ve infazla ilgili sayılabildiğinden 8. basıda infaz muhakemeleri arasında saymağı tercih ettik.

³⁹⁵⁰ Adli Sicil hizmetleri büyük ölçüde on-line bağlantı şeklinde Genel Müdürlüğe bağlanmış bulunmaktadır. 1999 yılı itibariyle on-line bağlantılı çalışan yer sayısı 103 idi. Bağlı olduğu Ağır Ceza Merkezinde henüz bilgisayar kurulmamış olan yerler, adil sicil sabika kaydı taleplerini faks ile yapmakta idi. 15 yaşından küçük hükümlülerle ilgili sabika kayıtları ise, 2253 sayılı yasa'nın 34. maddesindeki kısıtlama çerçevesinde verilmektedir (AdaletBakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 9.3.1999 tarihli Genelgesi: Yargı Mevzuatı, Bülteni, 74, 2).

³⁹⁵¹ 3. CD 24/2/88 YKD 88/7 992.

³⁹⁵² 4. CD 30/10/87 YKD 88/10 1443 (adli sicil kaydında gözüken fakat silinebilen bir mahkûmiyeti silinmiş gibi kabul ederek, ona dayanılarak sarhoşlukta itiyada karar verilmesini bozma sebebi sayılmıştır).

³⁹⁵³ 1. CD 17/2/66 *Çağlayan* "66" I, 819; 4. CD 21/12/65 *Çağlayan* "66" I, 821; 5. CD 11/11/74 YKD 75/10, 92.

³⁹⁵⁴ İtiraz sözü edilip kesinleşmeden bahsedilmesi, itirazın acele olduğunu göstermektedir (4. CD 30/4/66 *Çağlayan* "66" I, 813; 1. CD 9/4/66 *Çağlayan* "66" I, 816; 2. CD 26/2/66 *Çağlayan* "66" I, 818; k-m 4. CD 21/12/65 Ç. III, 298).

yetkili mahkeme, hükmü veren mahkeme veya hükümlünün ikametgahının bulunduğu yerdeki aynı derecedeki mahkemedir.

Mahkeme kararını, dosya üzerinden veya Cumhuriyet Savcısı ve hükümlüyü dinleyerek verir. 5352 numaralı Kanun, müebbet olmayan hak yoksunlukları için de yasak hakların geri verilmesini kabul etmiştir. Bunun için cezanın infazının tamamlanmasından itibaren 3 yıl geçmesi ve kişinin bu süre içerisinde yeni suç işlememiş olması, ayrıca hayatını iyi halle geçirdiği yönünde mahkemede kanaat oluşması gerekmektedir.

Mahkûm olunan cezanın infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında başka bir hukuki nedenle son verilmiş ise, yasaklanmış hamların geri verilmesi yoluna gidilebilmesi için hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmesi gerekir. Ancak, bu süre kişinin mahkûm olduğu hapis cezasına üçyıl eklenmek suretiyle bulunacak süreden az olamaz.³⁹⁵⁵

509. YABANCI MAHKEME MAHKÛMİYET KARARLARININ TÜRKİYE'DE İNFAZI MUHAKEMESİ.

I. Giriş.

Birbirlerinin mahkemelerine kendilerinininki kadar güvenebilen Devletler onların yargılarını yerine getirebilirler. Yabancı mahkeme mahkûmiyet kararlarının Türkiye'de yerine getirilmesi bu nedenle kaide olarak tartışılmaz.

1984 yılında kabul edilen 3002 numaralı kanun, karşılıklılık esası ve andlaşmalar saklı kalmak üzere, yabancı yargıların Türkiye'de yerine getirilmesini düzenlemiştir. Kanunun aradığı şartları şöyle sıralayabiliriz:

1) Yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilmiş ve kesinleşmiş olan mahkûmiyet kararı (kısaca yargı) ile bir Türk vatandaşı hürriyeti bağlayıcı bir müeyyideye (yani ceza veya emniyet tedbirlerine) mahkûm edilmiş olmalıdır.

2) İki taraf ayrıca kararlaştırmadıkça, Türkiye'de yerine getirilecek bakiye ceza ve emniyet tedbiri süresi bir yıldan az olmamalıdır.

3) Yabancı ülkenin bir talebi bulunmalıdır.

4) Hükümlü açıkça buna razı olmalıdır.

5) Suç konusu olan eylem Türk kanunlarına göre hürriyeti bağlayıcı bir ceza ve emniyet tedbirini gerektirmelidir.

6) Yabancı yargıdaki sübut sebeplerine göre Türkiye'de tâyin olunacak ceza zamanaşımına uğramamış olmalıdır.

7) Mahkûmiyete esas olan eylem hakkında Türkiye'de kovuşturma yapılmamış olmalıdır (Halen kovuşturma yapılmakta olmaması, meselâ ceza dâvasının görülmekte bulunmaması da şart olmalı idi. Bizce madde bu yolda anlaşılıp uygulanmalıdır).

8) Mahkûmiyete esas olan eylem siyasî, askerî veya bunlarla bağlantılı bir cürüm olmamalıdır.

³⁹⁵⁵ *Mülga kanunlardaki düzenlemeler şöyle idi:* Kamu hizmetlerinden müebbet yasaklılık ve ceza mahkûmiyetinden doğan diğer müebbet ehliyetsizlik cezalarının kaldırılması demek olan "Yasak hakların geriverilmesi" (memnu hakların iadesi) (Mülga CK 121-124) kurumu da, mahkûmiyet hükmünün infaz sırasında değiştirilmesi şekillerinden biridir. Ancak kanun bunun dâvasını ve muhakemesini, mahkûmiyet kararını de değişiklik dâvasından ve muhakemesinden farklı şekilde düzenlemişti. Bu dâvayı hükümlü açardı. Yetkili mahkeme, hükümlünün ikamet ettiği yerin ağırceza mahkemesidir (CMUK 416). Dâva dilekçesine mahkûmiyet kararının sureti ile diğer cezaların infaz edildiğini veya düştüğünü muhakeme masrafları ile hükmolunmuşsa şahsî hakları ödendiğini, mahkûm olunan cürümden pişman olduğunu hissedecek surette iyi hali görüldüğünü gösteren belgeler de eklenirdi (CMUK 417). Duruşma yapılmazdı. Mahkemenin üyeler arasında tâyin ettiği raportör tetkiklerini yapar. Savcının mütalâasını alır. Müzakere sonunda mahkeme ya yasak hakların geriverilmesine yahut dâvanın reddine karar verir. Bu kararlara karşı temyiz yolu vardı (CMUK 418). Dâvanın reddi halinde, yeniden dâva açılabilmesi için red kararının yargı halini almasından itibaren Ceza Kanununda yazılan beş veya yedi, mükerrirler için on veya ondört yıllık sürelerin tekrar geçmesi lâzımdır. Dâvanın reddi, bazı belgelerin eksikliğinden ileri gelmişse yahut yolunda hareket edilmemişse bu sürelerin geçmesine lüzum yoktur (CMUK 419). Yasak hakların geriverilmesi kararı, dâvacı isterse Resmî Gazete'de yayınlanırdı (CMUK 420).

9) Yerinegetirme isteği Türk Hukuk düzenine aykırı düşmemelidir.

10) Adalet Bakanı tarafından bu yolda karar verilmelidir (1984-3002 “2003.4780”, m. 3 ve 4).

Yabancı yargı Türkiye’de aynen yeringetirilmemektedir. Türk mahkemesi, yerinegetirme kararında, yabancı yargıyı Türk kanunlarına uyduracak ve Türkiye’de uygulanacak müeyyideyi tâyin edecektir. Bu mahkeme, yabancı yargıya esas olan suçun veya cezanın niteliği veya cezanın miktarına göre madde yönünden yetkili olan Ankara mahkemesidir. Bu mahkeme, sabit görülmüş olan suça Türk kanunlarına göre verilmesi gereken veya bu suça en yakın olan ceza ve emniyet tedbirini tâyin edecektir. Bu müeyyide, yabancı yargıdakinden daha hafif yani kısa olabilir, fakat daha uzun olamaz. Mahkemenin kararına karşı savcı, hükümlü ve müdafî³⁹⁵⁶ (acele) itiraz (2005-5320, m. 7) yoluna gidebilirler. Yerinegetirme kararı kesinleşince Türk yargısı gibi yerinegetirilir. Mahkûmiyetin esasına ilişkin iddia ve isteklerin incelenmesi ise kararı veren yabancı mahkemeye aittir. Bir ceza mahkûmiyetinin yerinegetirilmesi talebe alındığında, o kişi Türkiye’de ise ve kaçma şüphesini uyandıracak vakıalar varsa tutuklanmasına mahkemece karar verilebilir (1984-3002 m. 5-10).

II. Yabancı yargı.

Yabancı ceza yargılarının Türkiye’de yerinegetirilmesini, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Avrupa Sözleşmesi, sözleşmeye katılan Devletler arasında daha geniş çapta ele almış ve düzenlemiştir. Yabancı Devletten bu sözleşme gereği bir istek geldiğinde, Adalet Bakanlığı isteğin işleme konulabileceğini görürse sıra mahkemeye gelir. Hükümlünün Türkiye’de mutad surette oturduğu, böyle bir yer yoksa bulunduğu yerdeki, o da yoksa Ankara’daki mahkûmiyete esas teşkil eden suça göre madde itibarıyla yetkili mahkeme (Onaylama Kanunu “77-2081” 4), yerinegetirme isteğini kabul ederse, yabancı Devlette hükmolunan müeyyideyi Türk kanunlarına uydurur, yani onun yerine geçecek cezayı tâyin eder ve bu ceza yerinegetirilir (CYMDAS 37-52). Gıyabî muhakeme sonunda verilen karar ile ceza kararnamesi için özel rejim öngörülmüştür: Mahkeme, kararı veya kararnameyi hükümlüye tebliğ eder. Hükümlü “itiraz” ederse, bizdeki ceza kararnamesine “itiraz” da olduğu gibi, duruşma yapılır. Duruşma, hükümlü isterse, isteyen Devlette de yapılabilir (CYMDAS 21-30).

III. Ekleme sonuçlar.

Yabancı yargıların teknik mânâda yerinegetirilmesi söz konusu olmasa da, Türkiye’de gözönünde tutuldukları ve onlara bazı sonuçlar bağlandığı vardır:

a) *Ne bis in idem sonucu.*

Bu sonuç kanunlarla olduğu gibi milletlerarası sözleşmelerle de düzenlenmiştir.

b) *Ekleme sonuç.*

Bizim ekleme sonuç adını verdiğimiz ve fransızcaya “conséquence supplémentaire” diye çevirdiğimiz sonuç, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Avrupa Sözleşmesinde öngörülmüş, fakat düzenlenmesi kanunlara bırakılmıştır (CYMDAS m. 57). Ceza Kanunumuza göre, yabancı memlekette işlenip de Türk kanunlarına göre cezalandırılması gereken suçlar dolayısı ile, Türkiye’de muhakeme yapılmayan hallerde, yabancı mahkemelerden verilen ve Türk kanunlarına uygun olan mahkûmiyet kararı kamu hizmetinden yasaklık veya ehliyeti kaldıran başka bir cezayı gerektiriyorsa, bu cezaların Türkiye’de de carî olmasına karar verilebilir (TCK 17). Bu kararı elde etmek için savcı talî mahiyette bir ceza dâvası açacak, bunun üzerine bir muhakeme yapılacak ve karar verilecektir.

Dâvanın nasıl açılacağı, muhakemenin nasıl yapılacağı gösterilmemiştir. Sadece, mahkemece bir işlem yapılmazdan önce, hükümlünün, yabancı mahkemeden verilen mahkûmiyet kararının Türk mahkemesinde yeniden tetkikini isteyebileceği açıklanmıştır (TCK 17).

³⁹⁵⁶ Meselâ süresinde verilmemişse (1. CD 15/5/52, Çağlayan “66” III, 584).

Bizce, mahkemeden maksat, asliye ceza mahkemesidir. Zira ağır ceza ve sulh mahkemelerinin tahdidî surette gösterilen yargılama yetkilerinin dışında kalan bir işe asliye ceza mahkemesi bakmalıdır.³⁹⁵⁷

Muhakemenin duruşmalı olması sanık bakımından teminat teşkil edecektir. Verilen karar, mahkûmiyet kararı mahiyetinde olduğundan kantatımızca temyiz edilebilmelidir.

c) *Rastlantılı sonuç.*

Yabancı yargıya, başka bir suçun muhakemesi dolayısı ile bağlanan ve bizim rastlantılı sonuç deyip fransızcaya “conséquence occasionelle” terimiyle çevirdiğimiz sonuçların bağlanması da Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Avrupa Sözleşmesinde öngörülmüş, fakat düzenlemesi yine kanunlarla bırakılmıştır (CYMDAS m. 56). Bizde bunun bir örneğine tekrürde rastlamaktayız (TCK 58/4).

SEKİZİNCİ BÖLÜM: OLAĞAN KANUN YOLLARI

74. § KANUN YOLLARI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

510. Kanun yolu muhakemesinin gayesi ve görevi. 511. Kanun yollarının çeşitleri. 512. Kanun yolu muhakemesinde iddia hakkı. 513. Kanun yolu dâvasının açılması. 514. Kanun yolu dâvasının açılmasının sonuçları.

510. KANUN YOLU MUHAKEMESİNİN GAYESİ VE GÖREVİ.

I. Kararda hata ihtimali.

İster dar manada ceza muhakemesinde ister güvenlik tedbiri muhakemesinde ister dar manada talî ceza muhakemesinde olsun, yargılama makamlarının verdikleri kararlarda bir haksızlık, bir aykırılık, bir diğer söyleyişle bir yanılma olması daima mümkündür. Yasama ve yürütme organları ile idare, yargılama makamlarının kararlarına uymak mecburiyetinde oldukları ve onları değiştiremediklerinden (AY 138/4), bu kararlardaki hataları giderme işini de ancak yargılama makamları yapabilir.

Adın yanlış yazılması veya hesapta yanılma gibi hüküm hatası olmayan ve bu sebeple çok defa ve isabetsiz olarak “maddî” denilen³⁹⁵⁸ hatalar, açıklama adlı dar mânâda bir tâli dâva ile giderilir (No. 499). Bu nedenle “kanun yolu dâvası”nda söz konusu olabilen aykırılıklar sübut meselesinde veya hukukî meselede verilen hükmün hatalı olması sonucunu doğuran aykırılıklardır. Bu aykırılıklar, kanun yollarında “düzeltme”, “gerialma”, “bozma”, “islâh” ve “yenileme” çarelerine başvurularak giderilir (No. 293, 294).

Kanun yoluna konu olabilen bir aykırılığın giderilmesi, “kanun yolu” adlı bir tâli dâvanın açılması ve talî bir muhakeme yapılması ile sağlanır. Demek ki aykırılık olduğunu iddia eden bir dâva açacaktır. Gerçekten bir aykırılığın farkına varmak meselesi, aykırılığın gösterilmesi meselesidir. Gerçi aykırılığı yapanın da farkına varması mümkündür, fakat aykırılıklar dışarıdan daha iyi görülür. Dışarda bunları en iyi görebilecek olanlar da o kararı veren hâkime mütalâalarını beyan eden ve onların kabul olunmadığını gören kimselerdir.³⁹⁵⁹ Kolektif hükme iştirak edenlerden iddia ve müdafaa makamlarını işgal edenler, mütalâaları kabul olunması dahi verilen kararı doğru bulabilirler, yani kendilerinin yanılmış olduklarını teslim edebilirler. Verilen karar onları ikna etmemişse, kararın hatalı yani hukuka aykırı olduğunu, hâkimin yanıldığını iddia edeceklerdir.

³⁹⁵⁷ (58) 1984-3002 numaralı Kanunun 7 inci maddesinde “vekil”den söz edilmesi isabetsiz olmuştur. Ceza Muhakemesinde müdafaa makamında kaide olarak müdafî bulunur ve o da her zaman sanığın vekili değildir.

³⁹⁵⁸ Bu hatalara maddî denilmesi, uyumsuzluğun konusu olan meselenin sübut konusu da denilen maddî yönünü, kısaca maddî meseleyi çözmedeki maddî hata ile karışıklığa sebep olduğundan isabetli değildir.

³⁹⁵⁹ *Carnelutti*: Lezioni, II, 108.

II. Denetim muhakemesi.

Kararı verenin mi, yoksa aykırılık olduğunu iddia edenin mi haklı olduğu da ayrı bir meseledir. Aykırılık bakımından ortaya çıkan uyuşmazlığın halli için, bir yargılama yapılacaktır. Yargılama makamının bu faaliyetine iddia ve müdafaa makamları da katılacaklardır. Böylece bu kollektif faaliyet bir *muhakemeyi* meydana getirecektir (No. 19, 20).

Yargılama makamına halledilmek üzere sunulan uyuşmazlığın zımnî olması mümkün olduğundan (No. 69), kararı veren makam ile onun kararının hatalı olduğunu iddia eden kimse arasında bir uyuşmazlık olduğu kabul edilir. Uyuşmazlığın mevcudiyetinden bahsetmek için, ayrıca bu makamın eski görüşünde ısrar etmesi araştırılmaz. Hattâ kararı veren hâkimin, yanlış karar verdiğini sonradan kabul etmesi, uyuşmazlığı kaide olarak ortadan kaldırmaz ve kanun yolu dâvasının görülmesine engel teşkil etmez.

Bir yargılama makamının verdiği bir kararda aykırılık olduğu iddiası ile ortaya çıkan uyuşmazlığın çözülmek üzere yargılama makamı önüne getirilmesi, “kanun yolu”³⁹⁶⁰ dâvasının açılmasıdır. Ancak, kanun yolu dâvasında, uyuşmazlık çok defa sarih olmadığından, “kanun yolu”, hattâ doktrinde çok defa dâva olarak kabul edilmemiştir.³⁹⁶¹

Açılan bu dâva üzerine, uyuşmazlığın yine kollektif bir şekilde çözülmesi için yapılan faaliyet muhakeme olduğu ve talî muhakemenin bir çeşidini teşkil ettiği halde (No. 408) yine kanunlarda ve doktrinde çok defa muhakeme tâbiri kullanılmamakta, kollektif faaliyette bulunanların her birinin faaliyetinden ayrı ayrı bahsedilmektedir. Memleketimizde kanun yolu muhakemesinde iddia makamının faaliyetini ifade için çok defa “kanun yoluna başvurmak”tan, “talep etmek”ten bahsedilmekte, müdafaa makamının faaliyeti de “cevap vermek” diye adlandırılmaktadır.

Yargılama makamının faaliyeti çok defa “tetkikat” diye ifade edilmiştir. Kanun yolu muhakemesinde müdafaa makamı, kararın hatalı olduğu iddia edilen ve doğru karar verdiğini iddia ettiği farzolanın yargılama makamıdır. Ancak bu makam görüşünü önce kararı ile belirttiğinden muhakeme sırasında müdafaa makamı olarak ayrıca faaliyette bulunmasına ihtiyaç duyulmamıştır. Buna karşılık kanun yoluna başvuranın asıl dâvada karşısında bulunan taraftan kanun yolu dâvasındaki iddia hakkında ne düşündüğünün sorulmasında, kanun yolu yargılama makamını aydınlatma bakımından büyük fayda görülmüştür. Onun içindir ki, kanun yolu muhakemesinde “müdafaa” makamını bu cevabı veren taraf işgal etmektedir.

III. Başka makam bakar.

Aykırılık konusundaki uyuşmazlığı çözecek makamın, uyuşmazlık konusu olan kararı veren makamdan başka bir makam olması kaidedir. Yani her kanun yolu, kaide olarak bir “derece”dir (No.

³⁹⁶⁰ *Tosun* (Kanun yollarının Ceza Muhakemesi Hukukunda yeri MHAD 69, 4, 8) da yargılama makamı kararlarındaki yanlışlıkların ortaya çıkması yolu diye tarif ettiği “hukukî çare”nin yargılama makamı tarafından yapılan çeşidine kanun yolu demektedir. Şimdi “denetim çaresi” ve “denetim muhakemesi” diyor (II, 169). Bizce denetimin mânâsı daha dardır. Bunun içindir ki istinaf mahkemesinin cezada denetim yapmadığı, muhakemeyi tekrarladığı söylenmektedir (*Riess*, 661). Metinde tarif edilen müesseseye “kanun yolu” adı vermeyip “hukukî çare” (*Rechtsbehelfe*) diyenler ve kanun yolu terimini kanundaki gibi “itiraz” ve “temyiz”e hasredenler (*Kantar*, 355; *Erem*, 307) vardır. *Yurıcan* (s. 359) bizim kanun yolu dediğimiz üst kavrama, bir yandan “yasal çare” demektedir, bir yandan da yasal çareyi sadece eski hale getirme ile ceza kararına itiraz olarak göstermekte ve diğerlerine “yasa yolu” (yani kanun yolu) adını vermektedir. *Yüce* (Tez, 71), üst kavrama girenlere “başvurma yolları” (*Anfechtungsmittel*) demektedir ve bunları “hukukî çare” ve “kanun yolu” diye ikiye ayırmaktadır. *Özgen* ise (s. 23) “hukukî vasıta” ve “kanun yolu” ayrımını kabul etmektedir. *Önder* de “kanun yolu” tâbirini dar mânâda kullanmakta, ancak bazı hallerde geniş mânâda kanun yollarından biri olarak saydığımız “eski hale getirme”yi dolayısı ile de olsa karar veya hükümlere karşı taarruz kabul etmekte, kanun yolları hakkındaki bazı hükümlerin kıyasla, bazılarının hattâ kıyasız uygulanacağını da söylemektedir (Eski hale getirmenin hukukî mahiyeti, IHFM 64, 954). Terim ve sistem meselesi. Bizimkinin daha da sade, daha kolay anlaşılır ve müesseseleri daha iyi açıklar olduğu kanısındayız. Herhalde sistemsiz bir kanuna dayanmakta isabet olmasa gerektir.

³⁹⁶¹ Kanun yoluna başvuranın dâva, kanun yolu yargılama makamının yaptığı yargılama olduğunu hâlâ kabul etmemekte direnilmesi ve başka tâbirler kullanılması, dâvanın kadıya gitmek olduğu ve kadı’nın verdiği hükümle yargılamanın sona erdiği eski devirlerin kalıntısı ile açıklansa gerektir. Kanun yoluna müracaatının bir “dâva” olduğunu açıkça kabul eden hükümler de vardır. Meselâ Hukuk Muhakemesi Kanununa göre, temyiz kanun yoluna müracaat bir dâvadır, zira Yargıtay’ın “dâva”yı evrak üzerinde tetkik edeceği 431. maddede gösterilmiştir. Keza muhakemenin yenilenmesi (iadesi) yoluna başvurma da bir dâvadır, çünkü 449. maddeye göre “iade-i muhakeme dâva”sı, hükmün icrasını tehir etmez.

405). İstisna olarak aynı makam da uyuşmazlığı çözebilir.³⁹⁶² Bu takdirde bu kanun yolu, bir derece mahiyeti arzemez. Meselâ mülga karar düzeltme (No. 564), bir kanun yolu idi, fakat bir derece değildi. Kanun yolu muhakemesinde yetkili olan başka makamın da kaide olarak, daha yüksek makam olması gerekmektedir. İstisna olarak, aynı seviyede bir makam da olabilmektedir. Meselâ bir ağırceza mahkemesinin kararına itiraz olunduğu zaman, uyuşmazlığı Yargıtayın değil, en yakın ağırceza mahkemesinin halletmesi kabul edilmiştir (No. 519).

Kanun yolu muhakemesinin sonunda yargılama makamı iddiayı ya haklı bulur ya bulmaz. Bulmazsa, dâvayı reddeder. Kararı hatalı, yani hukuka aykırı bulduğu takdirde aykırılık gidermenin düzeltme, gerialma, bozma, islâh ve yenileme çarelerine başvurarak aykırılığı giderir.

Yargılama makamının bir kararına karşı kanun yoluna başvurulması, o uyuşmazlığın kaide olarak daha başka hâkimler tarafından ele alınması ve yeniden halledilmesi demek olduğundan, kararların kollektif olarak verilisinin bir diğer şeklini meydana getirir. Gerçekten bu yolla da karar birden fazla hâkimin eseri olmaktadır (No. 22).

IV. Yargılama makamı kararları.

Kanun yolu, yargılama makamlarının kararlarına karşıdır. Bu itibarla kanun yolu dâvası açılabilme için önce başka bir dâva açılmış olmalıdır. Savcıların kovuşturamama kararını doğru bulmayanların ilk defa yargılama makamına başvurusu, dâva ise de kanun yolu dâvası değildir ve buna kanunumuzda, kanunyollarından birinin adının verilmesi yani itiraz denilmesi hatalıdır (No. 426).

Yargılama makamı tarafından verilen kararın hukuk hayatına girmiş olması, diğer bir ifade ile, *var* olması gerekir. Yokluk müeyyidesi ile sakatlanan bir yargılama makamı kararına karşı denetim muhakemesi yolu açılıp açılmayacağı tartışmalıdır. Yokluk yaptırımını gerektiren aykırılık ne kadar ağır olursa olsun, kararın ancak denetim muhakemesi yolu ile ortadan kaldırılması görüşü ağır basmaktadır.

Basit hatalarda ise, hatayı kabullenmek veya mahkeme tarafından düzeltilmesi yolunu kabul etmek gerekebilir.

V. Kanun yoluna başvurmak haktır.

Kanun yolu, aykırılıkları gidermek ve isabetli karar verilmesini sağlamak bakımından sanık için olduğu kadar toplum için de büyük bir teminattır.³⁹⁶³ Bunun içindir ki muhakeme hukukunda kararlara karşı kanun yolunun açık tutulması kaideyi oluşturur. Ancak kanun yolunun muhakemeyi uzattığı da bir gerçektir. Muhakemenin mümkün olduğu kadar çabuk sonuçlanması ve suçluların bir an önce cezalandırılması gerektiğinden her karara karşı değil, fakat önemli kararlara karşı kanun yoluna gidilmesi zarurîdir.³⁹⁶⁴ “Hiçbirinde hata olmasın hepsini tetkik edelim, aykırılık varsa giderelim” diye, hem de çok iyi niyetle, uğraşmak, kanun yolu mekanizmasını işlemez hale getirir. Önemi çok az olduğu için önemsiz sayılabilecek kararlardaki aykırılıklara göz yummaktan başka çare yoktur. Bu sebeple, kanun yolu açık olup olmadığı, birleştirilen her muhakeme bakımından ayrı ayrı aranır.

Hatalı sayılan işlemi zararsız hale getirmek üzere ilgiliye başka bir yetki tanınan hallerde kanun yolunu kabul etmek işleri gereksiz uzatmak olur. Meselâ tanık daveti isteğini kabul etmeyen karara karşı, birlikte getirme veya doğrudan doğruya davet ettirme imkânı olduğu için kanun yolu kabul edilmez.

VI. İHAS 7 No’lu Protokol.

Hangi kararlardaki aykırılıklara göz yumulabileceği, bir diğer söyleşile hangi kararlara karşı kanun yolunun istisna olarak tanınmayabileceği ve dolayısı ile hangi aykırılıkların çok az önemli sayılabileceği muhakeme hukukunun her dalında tarafları ilgilendiren bir konudur. Biz sorunu ceza muhakemesi

³⁹⁶² *Tosun* (II, 176) başka hâkimin şart olmadığı mütalâasındadır. k-m: *Üstündağ*, II, 27.

³⁹⁶³ *Tosun* tahkik sisteminde kanun yolunun sanık için teminat teşkil etmeyecek şekilde kullanıldığına işaret etmektedir (MHAD 69, 4). 2001-4709 sayılı Kanunla değişik Anayasa 40/2 maddeye göre, devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.

³⁹⁶⁴ *Falschi*, 192.

hukuki dalı açısından ele aldığımızdan, sanığı olduğu kadar suçtan zarar gören fert ve Devlet tarafını da göz önünde tutarak çözüm arayacağız.

Hangi kararların istisna olarak kesin olabileceği sorunu, olağan kanunyolları bakımındandır. Zira olağanüstü dediğimiz kanunyolları ancak kesin kararlara karşı, yani kesinlik sorunu çözüldükten sonra söz konusu olabilmektedir. Bu demektir ki kesinlik sorununu ceza muhakemesi hukukumuzda mevcut üç olağan kanun yolu yani itiraz, istinaf ve temyiz bakımından çözmemiz gerekecektir.

Hâkimlik kararları ile mahkemelerin ara kararları için başvuru itiraz yolu bakımından kesinlik sorununu, çok çeşitli olan bu kararlardan her biri için yeri geldiğinde çözdük veya çözeceğiz. Mahkemelerin ceza dâvasının esasını çözen ve bizim hüküm demeği uygun bulduğumuz, -kanunun da *hüküm* adını verdiği- kararlar bakımından kesinlik sorununu ise ilerde (olağan) temyiz yolu bahsinde ele alacağız (No. 532). Burada sadece İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 7 numaralı Protokolünün getirdiği, istinafi da içine aldığı için genel nitelikte olan yeniliği belirtmekle yetineceğiz.

22/1/1984 de imzaya açılan ve Türkiye'nin 14/3/1985 de imzaladığı bu Protokol, bir ceza mahkemesince mahkûm edilen³⁹⁶⁵ sanığın üst yargılama makamına başvurarak hakkındaki kararı incelemek, bir kelime ile kanun yoluna başvurmak hakkını İnsan Haklarından biri olarak kabul etmekte, bu hakkın nasıl kullanılacağına düzenlenmesini kanunlara bırakmaktadır (m. 2/1).

Sözü geçen 7 numaralı Protokol 3 halde istisna olarak kanun yoluna gidilmiyebilmesine cevaz vermiştir (m. 2/2): 1) Suç çok hafif (*infraction mineure*) ise³⁹⁶⁶, 2) sanık olay mahkemesi olarak en yüksek mahkeme tarafından yargılanıyorsa, 3) karar, beraat kararına karşı gidilmiş olan kanun yolunda verilmişse. Protokol hangi suçların çok hafif sayılacağını kanunlara bırakmakla birlikte, gerekçesinde bu konuda özellikle hürriyeti bağlayıcı ceza gerektirip gerektirmemesine bakılacağını belirtmiştir. Bundan çıkan sonuç şu olmaktadır ki bir suç daha başka bakımlardan da çok hafif sayılmayabilecektir. Kanunlar kesinlik için meselâ para cezalarının belli bir sınırı aşmamasını arayabileceklerdir. Protokol gerekçesinde sözü geçen "hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suç" (*infraction passible d'emprisonnement*) dan maksat, karşılığında kanunun temel-ceza olarak hürriyeti bağlayıcı ceza öngördüğü suçtur.³⁹⁶⁷ Bizce, hürriyeti bağlayıcı cezanın seçimlik olarak öngörülmesi halinde bir ayırım yapılabilir ve mahkeme temel-ceza olarak onu seçmemiş ise o suç da hürriyeti bağlayıcı ceza gerektirmeyen suç olarak kabul edilebilir.³⁹⁶⁸

Diğer taraftan, suçun hürriyeti bağlayıcı ceza gerektirmiyor sayılması için, öngörülen para cezası hükümlünün aczi (yani mali gücü olmaması) nedeniyle hapis cezasına çevrilememelidir. Mülga CİK 5 ile 1965 de kabul olunan hapse çevirmeme sisteminden 1973'te dönülüp bugün de olduğu gibi hapse çevirme mümkün oldukça (TCK 52/4), suçun hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmediği söylenemeyecektir. Aslında, kanunun hatalı ifadesine rağmen burada cezaya gerçek çevirme yoktur ve söz konusu olan, hapis ile tazyik denilegelen ve bizim zorlama tutuklaması dediğimiz bir koruma tedbiridir. Ancak bu tedbirin ödeme gücü olmayanlara uygulanmaması gerektiği halde, kanunumuz ayırma yapmadığından, bu kişilere de uygulamakta, onlar da kanunî tehdide rağmen ödeyemediklerinden bu tedbir onlar hakkında haksız yere uygulanmakta, yani tedbir cezaya dönüşmektedir. Bu durumda sorunu kökünden çözecek çare, derhal bir kanun değişikliği ile 1973 öncesine dönmektir. O zamana kadar, mahkûmiyet kararının çevirmeyi öngörüorsa, temyiz edilebilir olduğu, hapse çevirmeye sonradan karar verilmişse bunun hükümlüye bildirilmesinden başlayarak temyiz edilebilirlik kazandığı, 7 numaralı Protokole dayanılarak yorumla kabul edilmelidir. Zira mülga CİK 4/4'e 1988-3506 numaralı kanunla eklenen, TCK 50/5 ile uygulanması devam ettirilen ve hapisten

³⁹⁶⁵ Bazı hukuk sistemlerinde mahkemeler sadece "suçlu bulma" kararı verebildiklerinden, Protokol "mahkûmiyet"ten ayrı olarak "suçluluk beyanı" (*déclaration de culpabilité*) da ele almaktadır. Biz, sistemimizi göz önünde tutarak, sadece mahkûmiyet'ten (*condamnation*) söz ediyoruz.

³⁹⁶⁶ Sekizinci basıda kullandığımız "hafif suç" yerine, niteliğini daha iyi belirtmek için "çok hafif suç" terimini kullanmayı uygun buluyoruz.

³⁹⁶⁷ Anayasa Mahkemesi bu ihtiyacı duyarak, hürriyeti bağlayıcı cezaya kesin olarak hükmedilmesini, Anayasayı zorlayarak, hak arama hürriyetine (61 Anayasası 31) aykırı bulmuştu (29/4/69 RG 15/12 70).

³⁹⁶⁸ Bizde benzer bir uygulamaya, yukarı haddi belirtilmemiş tazmini nitelikte para cezalarında dâva açılırken istenen ceza miktarına bakılmasında rastlıyoruz (7. CD 9.3/74 RKD 74/6 80).

çevirme para cezalarının asıl ceza sayılmasının kanunyollarında uygulanmayacağı anlamına gelen cümle, doğrudan doğruya verilen para cezalarında sorunu çözmeye yaramamaktadır.

Burada yapılan açıklamalar, adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerinin istinaf veya temyiz edilememesine ilişkin CMK 272/3-a ve CMUK 305/2, fıkra 1 açısından önem taşımaktaydı. Anayasa Mahkemesi, yerinde olarak CMUK 305/2, fıkra 1 hükmünü 2009 yılında iptal etmiştir (AYM 23.7.2009, K. 2009/114; RG 7.10.2009). Bu karar doğrultusunda hapis cezasından çevrilen adli para cezalarının miktara bağlı olmadan istinaf edilebilmesi kabul edilmiştir.³⁹⁶⁹

511. KANUN YOLLARININ ÇEŞİTLERİ.

I. “Dar” ve “Geniş” ayrımı.

Muhakeme hukukunda³⁹⁷⁰ kanun yollarını, ilk önce “dar mânâda kanun yolu” ve “geniş mânâda kanun yolu” diye ikiye ayıracağız. Bizde dar mânâda kanun yolları, kanunun bu adla kabul ettiği “itiraz” ve “temyiz” yollarıdır.³⁹⁷¹ Geniş mânâda kanun yolları ise kanunda böylece adlandırılmamış olmasına rağmen niteliği bakımından kanun yolu tarifimize giren kurumlardır. Meselâ sorgu hâkiminin verdiği ilksoruşturmanın açılması kararına karşı kabul edilen “muhalefet” yolu, geniş mânâda itiraz, yani geniş mânâda kanun yolu idi. Keza eski hale getirme de bazan geniş mânâda bir kanun yolu niteliğindedir (No. 295, III). Muhakemenin yenilenmesi de keza geniş mânâda bir kanun yoludur (No. 552).

II. Olağan ve olağanüstü ayrımı.

Kanun yollarını bir bakıma da “olağan” ve “olağanüstü” diye ikiye ayıracağız. Olağan kanun yolları kaideyi, olağanüstüler istisnayı teşkil eder. “Hangileri kaide, hangileri istisna olmalıdır” meselesi ise, bir başlangıç noktası, bir aksiyom olarak “şunlar olağan, şunlar da olağanüstü” diye bir kabule bağlıdır. Bu kabul için de karara bakarız. “Bu karar aman kesin olmasın, bir başkasınca denetleme kapısı aralık kalsın” diyorsak “olağan” yol var demektir. Yok “bu kararlar iş bitsin, uyuşmazlık kesilip atılmış olsun” diyor ve denetleme kapısını kilitliyor, sonra da “ne olur ne olmaz” diye kapıyı açması için kişilerin eline anahtar vererek kanun yolu kabul ediyorsak onu “olağanüstü” saymamız gerekir. Bizce, asıl derece kanun yolları (itiraz ve istinaf) ile hukukî derece kanun yolu (temyiz) olağan, bunların dışındakiler olağanüstü sayılmalıdır.³⁹⁷²

Yargı halini alan karar bir bütün olup kısmen kesinleşmediğinden, kararın bir kısmı için muhakeme devam ederken diğer kısmı için kesinleştiği iddiası ile, olağanüstü kanun yoluna gidilemez.³⁹⁷³

Olağanüstü kanun yoluna gidilince yeniden bir muhakeme yapılacağından, muhakemeye engel olan sebepler olağanüstü kanun yoluna da engel olur. Meğerki, bu kanun yolunun kabulü ile engel olan sebebe de bir istisna getirilmek istenmiş olsun, Meselâ yargılamanın lehe yenilenmesi dâvası, zamanaşımına, genel affa rağmen açılabilir (No. 552).

³⁹⁶⁹ Yenisey/Nuhoğlu 2023, 917.

³⁹⁷⁰ Bir memlekette kanun yollarının aynı sisteme göre düzenlenmesi gerekir. Bizde çeşitli muhakeme dallarında ayrı ayrı sistemler bulunması ayrı ayrı memleket kanunlarının örnek tutulmasının sonucudur. Muhakeme Hukukumuzun bir bütün olarak geliştiği gün bu sistemsizlikten de elbet kurtulacağız.

³⁹⁷¹ Tosun (II, 179), kanunun üçüncü kitabında yer alanları kanun yolu saymaktadır.

³⁹⁷² Yurtcan (s. 360) olağan olup olmamak için kesinleşmeye baktığı halde, başsavcının itirazı ile bozma bakımından karar düzeltmeyi olağan saymaktadır. Bizce Yargıtay kararının, bozma da olsa, kendi bakımından yargı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Diğer taraftan, bu ayrım ile süre arasında zorunluk ilişkisi yoktur (k-m: Önder; Sempozyum, II, 10). Gerçi olağanların süreli olması çok kere faydalıdır. Kanun yoluna gidilip gidilmiyeceği bir an önce bilinmelidir. Ancak, meselâ tutuklama kararına itirazın süreli olmasında fayda değil, zarar vardır. Buna karşılık, fayda yüzünden olağanüstülerde de süre kabul edilmeyebilir. Meselâ Başsavcının itirazını, süreli diye olağan saymak, istisnayı kaide yapmak olur.

³⁹⁷³ Özgen (s. 47), kısmî yargılamayı kabul ettiği için (s. 45), kısmen bozmadan sonraki muhakemede öldürüldüğü sanılan adamın yaşadığının anlaşılması halinde sanığa ceza vermedeki ve bu cezanın kesinleşmesinden sonra muhakemenin yenilenmesindeki uygunsuzluğu da gördüğünden, yargılanan kısımlar bakımından yenilemeği mümkün kılacak bir yorum teklif etmek zorunda kalmıştır.

Kanunun yapmadığı bu ayrımı İçtihadî Hukuk kabul etmiştir.³⁹⁷⁴ Doktrin ise tartışmaktadır.³⁹⁷⁵ Kanunda kanun yolu diye gösterilenler, dar ve olağan kanun yollarıdır.

Mülga Kanun, olağanüstü kanun yollarını teker teker düzenlemiş, fakat onların bu niteliğini belirtmemiştir. Yeni Kanun ise “olağanüstü kanun yolları” isimli üçüncü kısımda, “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi” (CMK 308) “kanun yararına bozma” (CMK 309), (CMK 310) ve “yargılamanın yenilenmesi” (CMK 311) yollarını düzenledi.

Diğer taraftan, kanun yollarının olağan ve olağanüstü diye ikiye ayrılması, her yerde aynı kıstasa göre yapılmamaktadır. Meselâ Fransız Kanunu, hukukî ve maddî meselelerin tekrar ele alınabilmesi halinde, olağan kanun yolu kabul eder, sadece hukukî meselenin tetkik edildiği kanun yollarını, meselâ temyiz yolunu olağanüstü sayar.

III. “Asıl derece” ve “hukukî derece” ayrımı.

Olağan kanun yolu da uyumsuzluğun maddî ve hukukî kısımlarının birlikte nazara alınıp alınmaması bakımından, “asıl derece kanun yolu” ve “hukukî derece kanun yolu” diye ikiye ayrılır (No. 214, 401). Hukukî derece kanun yoluna kısaca, temyiz yolu da denilir. Temyiz yolu (No. 126), sadece hukukî meseleye ilişkin aykırılık uyumsuzluklarını halletmek üzere kabul edilmiştir. Buna karşılık asıl derece kanun yolları muhakemesi ise hem maddî hem hukukî meseleye ilişkin aykırılık uyumsuzluklarını çözecektir.

IV. İkinci derece.

İkinci derece denilen asıl derece kanun yolları da hatalı olduğu iddia edilen kararın ara kararı veya hüküm olmasına göre itiraz (No. 515) ve istinaf (No. 522) olmak üzere iki çeşittir. Mülga Kanunda itiraz kanun yolunun da âdi itiraz ve acele itiraz olmak üzere iki çeşidi vardı. Yeni Kanun “itiraz” adı altında “acele itirazı” düzenledi.

V. Soruşturmanın tekrarlanması.

Yargılardaki aykırılıkları giderme için kabul edilen olağanüstü kanun yolu bizde çeşitlidir. Bunları soruşturmanın tekrarlanmasını gerektirip gerektirmediğine göre ikiye ayıracağız:

1) Ön veya soruşturmanın tekrarlanmasını gerektirebilen olağanüstü yol da üçe ayrılabilir: a) Önsoruşturmanın tekrarlanmasını gerektirebilen yol. Buna “muhakemenin dirilmesi” diyoruz, b) Soruşturmanın tekrarlanmasını gerektirebilen yol. Buna da “yargılamanın yenilenmesi” (CMK 311) adını veriyoruz. c) Ceza Genel Kurulunun Yargıtay hâkimlerini yargılarken yaptığı soruşturmanın tekrarlanmasını gerektirebilen yol. Buna da “muhakemenin tekrarlanması” diyeceğiz.

Bu üç yolda aykırılığı giderme “yenileme” ile olur, yani eski yargı kaldırılır yerine bir yargı konur. Onun için bu üç yola “yargının yenilenmesi” ortak adı verilebilir.

2) Ön veya soruşturmanın tekrarlanmasını gerektirmeyen olağanüstü yol da üç çeşittir: a) Yargıtay kararlarının düzeltilmesini düzenleyen mülga karar düzeltme yolu, b) Yargıtay kararlarındaki aykırılığın islâhına yönelik yol: Olağanüstü itiraz, c) Yargıtay dışında kalan yargılama makamlarının yargılarının bozulması ve gerekiyorsa islâhı için kabul edilen yol. Buna da “olağanüstü temyiz” diyoruz.

Kanun yolu, muhakeme hukuku dallarının ortak konularındandır. Ancak düzenlemenin dallardaki özelliklere göre farklı olabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Meselâ olay mahkemelerindeki duruşmanın sözlülük ve vasıtasızlık ilkeleri en katı ve geniş biçimde ceza muhakemesi dalında uygulandığından,

³⁹⁷⁴ 7. CD 23/12/67 RKD 68, III/2, 26.

³⁹⁷⁵ Erem bu ayrımı kabul etmemekte (n. 311), fakat bizim olağanüstü dediklerimizin büyük bir kısmını, hiçbir açıklama yapmadan, özel kanun yolu diye adlandırmaktadır (n. 324). Diğer taraftan, kesinleşmiş kararlara karşı söz konusu olan yazılı emri, özel de olsa kanun yolu çeşidi kabul etmekte (n. 348); muhakemenin yenilenmesini, kesinleşmiş karara karşı diyerek, kanun yolu saymamak (n. 309) bağdaşmamaktadır. Tosun (II, 182), işleri basitleştirdiğini, yargı halini almış kararlara karşı sıkı kayıt ve şartlarla yeniden yargılama yapıldığını belirttiği bu ayrımı, “karar düzeltme ve Başsavcının itirazını bu ayrımı göre bir bakıma olağan, bir bakıma olağanüstü saymak gerekiyor, zira bozma halinde mahkeme kararı yargı halini almadı” diyerek terketmiştir. Bu saydıkları mahkeme kararına değil, Yargıtay kararına karşıdır. Bu da prensip olarak kesindir, yani yargı niteliğindedir. Ortada temyiz uyumsuzluğu bakımından yargı vardır.

ceza muhakemesinde istinafin kabulü ve düzenlenmesi diğer dallardakinden farklı olacaktır (No. 10, 525).

512. KANUN YOLU MUHALEMESİNDE İDDİA HAKKI.

I. İddia hakkı.

Kanun yolu muhakemesinde iddia hakkı, *dâva açma ve yürütme hakkı* diye tarif ettiğimiz *iddia hakkının* (No. 92) bir çeşidini teşkil etmektedir.

Kanun yolu muhakemesinde iddia hakkı, sadece asıl ceza muhakemesinde veya dar mânâda talî ceza muhakemesinde bir kelime ile, hatalı olduğu sanılan kararın verildiği asıl muhakemede iddia makamını işgal edenlere verilmemiştir. Zira bir kararda aykırılık olduğunu sananlar, sadece asıl muhakemede iddia makamını işgal edenler değildir. Asıl muhakemede müdafaa makamını işgal edenler de kanun yoluna başvurma hakkına sahiptirler. Kararda aykırılık olduğunu iddia eden taraf kanun yolu muhakemesinde iddia makamını, karşı taraf da müdafaa makamını işgal edecektir.

Asıl muhakemenin iddia ve müdafaa makamlarının ikisi de bu muhakemede verilen kararın hatalı olduğunu sanabilirler. Meselâ mahkemenin mahkûmiyet kararını hem savcı hem sanık temyiz edebilir. Savcı meselâ fazla ceza ister, sanık ise beraat kararı verilmeli idi der. Bu takdirde ortada iki kanun yolu dâvası ve iki kanun yolu muhakemesi var demektir. Bu iki muhakemenin bağlantı sebebi ile birleştirilerek yapılmasına bakılıp ortada tek bir dâva ve tek bir muhakeme olduğu sanılmamalıdır.

II. Kanun yolu davası açablenler.

Kanun yolu muhakemesinde iddia hakkı, bütün iddia hakları gibi bağımsız olduğundan³⁹⁷⁶ kanun yoluna başvurma, özel faydaya değil, kamu yararına dayanmaktadır. Ancak kanun yolu dâvasını açma ve yürütme hakkını herkese vermede de kamu faydası olmadığından bu hak belirli kimselere tanınmıştır. Kanun yolu dâvasını kimlerin açabileceğini kanun yolları bakımından bir ayırma yaparak inceleyeceğiz.

1. Olağan kanun yolu dâvası açablenler.

Bunlar, kaide olarak, iddia ve müdafaa makamını işgal ederek karar mahiyetindeki hükmün kolektif bir şekilde verilmesine mütalâaları ile ışık tutmaları kabul edilenlerdir:

a) Savcılık.

Savcılık makamının kanun yolu dâvası açabileceği şüphesizdir. Bir kere bu makam, çok defa, asıl muhakemede iddia makamıdır. Savcı, şahsî dâvada olduğu gibi, iddia makamını işgal etmese de, şahsî dâva muhakemesinde verilen bir kararı hatalı bulursa, şahsî dâvayı kamu dâvası haline çevirmek için kanun yoluna başvurabilir. Savcılık bazı talî ceza muhakemelerinde, meselâ hükümlünün açtığı infazın geri bırakılması dâvasının muhakemesinde müdafaa makamını işgal edebilir. Bu sıfatla da savcılığın kanun yolu dâvası açabileceğinde tereddüt edilemez.

Savcılık, iddia makamı da olsa, müdafaa makamı da olsa, hükmün kolektif verilmesi için hâkimin verdiği karar mahiyetinde hükmü benimsemeli (No. 21) benimsemiyorsa, kabul edeceği bir karar verilmesi için kanun yoluna gitmelidir. Bu gidiş, yapıldığı sanılan hataya göre, sanığın lehinde veya aleyhinde olabilir.³⁹⁷⁷ Ceza muhakemesinin gayesi hakikati araştırmak olduğundan, savcının sanık lehine de kanun yoluna başvurması kabul edilmiştir (No. 105, 231). Mülga Kanununun temyiz yolu için kabul ettiği bu istisna (CMUK “1985-3206” 310/3) şimdi istinafa başvurma için benimsenmiştir (CMK 273/3).³⁹⁷⁸

³⁹⁷⁶ k-m: *Yüce*, Tez, 33.

³⁹⁷⁷ Lehe veya aleyhe oluş gerekçeden anlaşılır. Gerekçe gösterilmemişse lehe sayılır (İçBK: 15/3/40, 25-45).

³⁹⁷⁸ 1985 değişikliğinde 310. maddenin 3. fıkrasında, eskisinden farklı olarak, “ağırceza veya asliye” yerine “ağırceza ve asliye” denilmiş olmasının kasdî olmadığı, gerekçede sadece depo parasının kaldırılması ile ilgili değişiklik yapıldığının söylenmesinden anlaşılmaktadır. Kaldı ki hem ağırceza hem asliye savcılığına temyiz yoluna gitme yetkisinin tanınması için kanunî bir düzenlemeye ihtiyaç yoktu. Zira Yürürlük Kanununun 28. maddesinin (aslında Mahkemeler Teşkilâtını değiştiren 1924-469 numaralı kanunun 5. maddesinin) 2. fıkrasının bu konuyu hem de itirazı içine alacak biçimde düzenlemiş bulunuyordu.

Olağan kanun yolu dâvası açmaya, yani itiraz ve temyiz yollarına başvurmağa hakkı olan savcılık, kaide olarak, kararına karşı kanun yolu dâvası açılan yargılama makamı yanındaki savcılıktır. (Sulh mahkemeleri varken, bunlar nezdinde savcılık teşkilâtı bulunmadığından, zarurî olarak, sulh mahkemesi yanında savcılık teşkilâtı durumunda olan savcılık, yani asliye veya ³⁹⁷⁹ ağır ceza savcılıkları bu hakka sahiptir; No. 108). Kanun, kararına karşı kanun yoluna gidilen mahkeme yanındaki veya o durumdaki savcılıktan başka, ağır ceza mahkemesi nezdindeki savcılığa da istisna olarak, üst savcılık sıfatı ile, kanun yolu dâvası açma hakkı vermiştir. Ağır ceza mahkemesi yanındaki savcılık, sulh ve asliye mahkemelerinin, hattâ sulh ve asliye hâkimliklerinin kararlarına karşı itiraz ve istinaf yollarına gidebilecek bir savcılık, yani asliye savcılığı bulunduğu da onun üstünde, bir diğer söyleyişle üst savcılık olarak, gözetim hakkı gereği, sözü geçen kararlara karşı kanun yoluna gidebilmekte, dolayısı ³⁹⁸⁰ ile o mahkeme ve hâkimlik makamları yanında savcılık sayılabilmekte idi (Mülga Yürürlük K 28/2).

Savcılığın kanun yolu dâvası açma hakkı, taraf olduğu ³⁹⁸¹ veya olacağı muhakemeler bakımındandır. ³⁹⁸² Meselâ, bağlantı sebebi ile ceza muhakemesi ile birleştirilerek yapılan şahsî hak muhakemesinde taraf olmadığı için, savcı şahsî hak konusunda verilen kararlara karşı kanun yolu dâvası açamıyordu. ³⁹⁸³ Aynı sebeple, katılma kabul edilmedi diye de kanun yoluna gidemez. ³⁹⁸⁴

b) Şahsi davacı.

Mülga Kanuna göre *şahsî dâvacı* da savcı gibi, kanun yolu dâvası açabiliyordu (CMUK 360).

c) Katılan.

Kamu dâvasına katılan sıfatını almış, yani katılması kabul edilirse de katılma dilekçesi vermiş olan kişi de savcı gibi, ona bağlı olmadan taraflarından olduğu muhakemelerde ³⁹⁸⁵ verilen kararlara karşı kanun yolu dâvası açabilir (CMK 242/1). Katılan sebep göstermemişse, dâvasının ceza dâvası bakımından olduğu ³⁹⁸⁶ ve sanık aleyhine hareket ettiği kabul olunur. ³⁹⁸⁷ Ceza muhakemesinde iddia bağımsız olduğundan, kanun yoluna gidilen kararlar katılanın ihlâl edilmiş bir hakkı olup olmadığı aranmaz. Keza menfaati olmıyan katılanın kanun yoluna gitmesi abes olacağı için kanun şahsî menfaat

³⁹⁷⁹ Sulh mahkemesi yanında savcılık durumunda olan savcılığın (yani ağırceza merkezlerinde bu mahkeme yanındaki savcılığın, bu merkez dışında asliye mahkemesi yanındaki savcılığın) kanun yoluna gidişinin sadece temyiz bakımından düzenlenmesi (CMK 310) yanlıştır. Bu savcılığın kıyas yolu ile itiraz yoluna da gitmemesi için sebep yoktur. Nitekim uygulamada itiraz edebilmektedirler.

³⁹⁸⁰ *Erdoğan* (Ahmet): Ağırceza C. Savcılarının yetki sınırı, HİD 46, IX, s. 17. k-m: *Taner*, 381; *Simav* (Şefik): Ağırceza C. Savcılarının salâhiyet sınırı, HİD 46, VII. Karşı-mütalâa taraftarlarının Yürürlük Kanununun 28. maddesinin mülga olduğu fikrine dayanmaktadır. Kanaatımızca 310. maddenin 3. fıkrası, Yürürlük Kanununun 28. maddesinin 2. fıkrasının ilga etmiş değildir. Zira 310. madde alt diyebileceğimiz savcılığın temyizi düzenlemiş, üst savcılığın kanunyollarına gidişini ele almamıştır. Farklı konuları düzenledikleri için dolaylı ilga söz konusu olamaz. Uygulamada 28/2'yi yürürlükte saymaktadır CGK 10/2/75 YKD 75/7; 35; 28/4/80, 61-173.

³⁹⁸¹ Tazminat kabilinden para cezaları da ceza olduğundan ve kamu dâvası söz konusu olduğundan, savcı kanun yoluna başvurabilmelidir (k-m: 3. CD 24/9/55, *Çağlayan* “66” III, 86; CGK 5/12/66 RKD 67, 18).

³⁹⁸² İstisnaları kanun göstermelidir. Meselâ İcra Tetkik Mercii kararlarını savcı temyiz edebilir (İİK 353). Duruşmada hazır bulunmayan savcı kararı ancak gösterme suretiyle tebliğ ile öğreneceğinden (İİK 352), süreler tebliğ tarihinden hesaplanacaktır (CGK 14/12/87 YKD 88/1 410).

³⁹⁸³ 4. CD 3/12/41 *Çağlayan* “66” III, 10, 1. CD 19/10/57 *Çağlayan* “66” III, 84, CGK 22/6/64 *Çağlayan* “66” III, 16; 4. CD 6/7/77 YKD 78, 642.

³⁹⁸⁴ k-m: CGK 5/10/64 (Ç. III, 8), 29/1/63 (*Çağlayan* “66” III, 430). 8. CD. 24.10.1995 (E. 1995/13026, K. 1995/13779): Şikâyetin süreden sonra olmasına dayanılarak verilen düşme kararını, yerel Cumhuriyet savcının temyiz yetkisi yoktur. 8. CD. 24.10.95 (E. 1995/13026, K. 995/13779): Şikâyetin süreden sonra olmasına dayanılarak verilen düşme kararını, yerel cumhuriyet savcısının temyiz yetkisi yoktur.

³⁹⁸⁵ Müdahale etmediği dâvada müdahil sıfatı olmadığından kanun yoluna gidemez (1. CD 7/4/66, İKİD 66, 4563). 4. CD 3/10/69 Alicanoğlu 507, 1. CD 31/1/71 Alicanoğlu 508; 1. CD 3/7/86 İKİD 87 5188)

³⁹⁸⁶ CGK 27/4/70, RKD 70, 7. “Re’sen görülecek sebeplerden” dolayı bozma istendiğinde şahsî hak dâvası bakımından da temyiz edildiği kabul olunagelmektedir (CGK 19/12/77 YKD 78, 624).

³⁹⁸⁷ 1. CD 26/12/59 (*Çağlayan* “66” III, 147)

şartını varsaydığından, şahsî menfaati ispat etmesi de şart değildir.³⁹⁸⁸ Karar katılanın başvurusu üzerine bozulursa, Cumhuriyet Savcısı işi yeniden takip eder (CMK 242/2).

Katılanın kanun yoluna gidebilmesi için katılma dâvası açarak katılan sıfatını alması yeter (No. 123, 240). Bunu tespit eden “katılmanın kabulü kararı” verilmesi şart değildir. Zaten kanun yolu makamı, katılmanın kabul veya reddi kararını da denetleyecek, katılmayı kanuna uygun görmüyorsa, mahkemece kabul edilmiş olsa da yetkisizlikten dolayı kanun yolu dâvasının kabule şayan olmadığına karar verecektir (No. 538).

Katılan katılmadan veya şikâyetten vazgeçerse katılan sıfatı sona ereceği için kanun yoluna başvurma hakkını da kaybeder (CGK 7.12.2010, K. 2010/245).

ç) Sanık.

Sanık da ferdî müdafaa makamını işgal ettiğinden, kanun yolu dâvası açabilir. Bu kuralın içtihatla kabul edilen bir istisnası, önceki hükmü temyiz etmeyen, fakat lehe bozmadan istifade eden sanık bakımındandır: lehe bozmadan sirayet nedeni ile istifade eden sanık, bozmadan sonra yeniden kurulan hükmü temyiz edemez.³⁹⁸⁹

Sanık kaide olarak kendi lehine dâva açar. Ancak, ceza dâvasında hakikatin araştırılması gaye olduğundan sanığın kendi aleyhinde kanun yolu dâvası açması da kabul edilebilir (No. 513, IV).³⁹⁹⁰ Şu kadar ki, sarahat olmadıkça, sanığın kendi lehine dâva açtığı kabul olunur. Sanığın kanun yolu dâvası açmadan açmış sayıldığı hallerde de durum böyledir. Gerçekten, kanun hiç kimse dâva açmasa dahi kanun yolu dâvası açılmış gibi kanun yolu muhakemesinin yapılmasını kabul etmesinin sebebi, müdafaa bakımından teminat sağlamaktır. Bu sebeple, bu hallerde kanun yolu dâvasının sanık lehine açıldığı kabul edilir.³⁹⁹¹

Müdafiden ayrıca kendisine de bildirme yapılması gereken hallerde sanığın bu hakkı kaide olarak, bu bildirmeden başlar. Sanıktan ayrıca kendisine bildirme yapılan hallerde müdafinin bu hakkı da hangisi sonra yapılmışsa ondan başlar.

d) Müdafî.

Müdafî de toplum adına müdafaa görevi yaptığına göre, sanığa bağlı olmadan kanun yolu dâvası açabilmelidir. Ancak kanunumuz müdafinin bu hakkını, doğrudan doğruya değil, sanık dolayısıyla ile kabul etmiştir. Gerçekten müdafî, sanığın açık arzusuna muhalif olmamak şartı ile kanun yolu dâvası açabilir (CMK 261). Demek ki sanık isterse müdafîini, bu haktan mahrum edebilir. Bu hüküm, müdafîin durumunun, henüz tamamen toplum namına müdafaa durumu olmadığını, sanığa rağmen sanığı müdafaa edemediğini göstermektedir (No. 129). Ancak, çocuklar ve kendisini savunamayanlar bakımından kabul edilen zorunlu müdafilikte müdafinin iradesine üstünlük tanınmıştır.^{32.1}

Müdafî, müdafaa görevinin niteliği gereği olarak, ancak sanık lehine kanun yolu dâvası açabilecektir.

e) Sanığın kanunî temsilcisi ve eşi.

³⁹⁸⁸ k-m: *Erem* (s. 563); *Onursal* (s. 145); Yüce (Tez, 41) menfaati yok diye lehe gitmesini kabul etmemektedirler.

³⁹⁸⁹ CGK 12.7.1948, 163/121, CGK 18.3.2021, 464/123; *Yenisey/Nuhoğlu* 2023, 917.

³⁹⁹⁰ k-m: CGK 18/2/63 (*Çağlayan* “66” III, 96). Bu karar 307. maddede mevcut olmayan bir hükme, mevcutmuş gibi, dayanmaktadır. Hiç olmazsa, beraat kararını sanığın gerekçe yönünden temyiz edebilmesi (4. CD 10/11/76 YKD 77, 582; 5. CD 2/4/85 YKD 85/9 1392) sanık lehine diye kabul edilmelidir. *Erem* de (s. 552) menfaat ihlali şartını aramakta ve sanığın kendi aleyhine kanun yoluna gitmesini kabul etmemektedir. *Kantar* (s. 336) ise, delil yetersizliğinden beraat edenin, esasen suç teşkil etmediği gerekçesiyle, beraat kararı verilmeliydi diye temyiz edebilmesini de caiz görmemektedir. *Tosun* (II, 217) da, işi fazla artırmamak için kabul edilmemesine taraftardır. Kendi aleyhine kanun yoluna gidecekler pek az olabileceğinden işlerin artacağından korkulmamalıdır. 5. CD 2/4/85 tarihli bir kararında (İKİD 85, 3685) sanığın beraat kararının gerekçesine ve hukukî menfaatlerine dokunan bölümlerine karşı temyiz hakkını tanımıştır.

³⁹⁹¹ İçBK: 17/12/30 26/32.

^{32.1} 3. CD 4.4.2007, 2400/2962; *Yenisey/Nuhoğlu* 2023, 920.

Kanuni temsilci ve eş, bu sıfatları devam ettikçe³⁹⁹², kendiliklerinden³⁹⁹³ sanığa açık olan kanun yolları süresi içinde³⁹⁹⁴ kanun yolu dâvası açabilirler (CMK 262) (mülga CMK 291). Bunlara bu hak sanığın menfaatlerini korumak için verildiğinden, sanığın durumunu ağırlaştırarak şekilde kanun yolu dâvası açamazlar. Gaip sanığın vekili olan kanunî kısmı da kanun yoluna başvurabilir.

f) *Şahsî hak dâvalısı olan medenî bakımdan sorumlu.*

Şahsî hak davalısı olan medeni bakımdan sorumlu da şahsî hak muhakemesinde taraf olduğundan, bu muhakemede verilen kararlara karşı bu kararlar bağlantı dolayısı ile ceza mahkemesinde verilse dahi, kanun yolu dâvası açabilecektir. Yeni Kanun bu konuyu düzenlememiştir.

g) *Üçüncü şahıslar.*

Ceza yargılaması makamlarının bir kararı ile hakları ihlâl olunan tanık, bilirkişi ve diğer üçüncü şahıslar da kanun yoluna başvurabilmelidirler. Gerçi bunlar asıl ceza dâvasında taraf makamını işgal etmemekte iseler de kendilerini ilgilendiren karar, talî muhakemede verilen karardır ve kendileri bu talî muhakemenin taraflarındandır. Meselâ gelmediği için zorla getirilmesine karar verilen bilirkişi veya malına elkonulan üçüncü şahıs, bu kararın hatalı olduğunu ileri sürerek kanun yolu dâvası açabilir, zira bu kararlar, bu kimseler aleyhine zımnî bir şekilde açılan talî bir dâva üzerine verilmiştir. Bu talî dâvanın açıkça açılmamış olması bunun talî bir dâva olmadığını göstermez.

Mülga Kanun, bu kimselerin sadece itiraz adlı kanun yolu dâvası açabilmesinden bahsetmişti (CMUK 297/2, 298/2). Ceza Muhakemesi Kanunu genel olarak bütün hâkim kararlarına karşı itirazı kabul etti; müstakil müsadere davasında (CMK 256) verilen kararlara karşı ise, *istinaf* yolu açıldı (CMK 258). Üçüncü şahsın kendisiyle ilgili bu kararları temyize de yetkisi olduğu kabul edilmelidir.³⁹⁹⁵

2. *Olağanüstü kanun yolu dâvası açabilenler.*

Bu kanun yolu istisnâî olduğundan, dâva açma hakkı bakımından özel hükümler kabul edilebilecektir. Bir diğer söyleyişle yargılardaki aykırılıkların giderilmesi için ancak belli makam ve şahısların dâva açmasında kamu faydası olduğu kabul edilebilecektir. Bu makam ve şahıslar, olağan kanun yollarındakilerden farklı olabilecektir. Kanunumuzdaki durum şudur:

a) Yargılamanın yenilenmesi dâvası bakımından kısıntılı bir hüküm kabul edilmemiştir. Olağan kanun yolu dâvasını açabilenler bu dâvayı da açabilirler (CMK 317). Fazla olarak, sanık ölmüşse mülga Kanuna göre karısı veya kocası, usulü, fûruu, kardeşleri de sanık lehine muhakemenin yenilenmesi dâvasını açabilirlerdi (CMUK 329) (Ceza Muhakemesi Kanununa göre ise, ölenin eşi, üstsoyu, altsoyu, kardeşleri) (CMK 313/2).

b) Muhakemenin dirilmesi dâvası bakımından kanunda sarahat olmadığından, muhakemenin yenilenmesi hakkındaki hükümler kıyas yolu ile uygulanmalıdır.

c) Muhakemenin tekrarlanması dâvasını ancak sanık açabilir.

d) Mülga Kanuna göre karar düzeltme dâvası, ancak Başsavcılık makamı tarafından açılabilirdi.

e) Bizim olağanüstü itiraz dâvası dediğimiz “Yargıtay C. Başsavcısının itirazı davasını (CMK 308), ancak Başsavcının açabileceği olağanüstü kanun yolu dâvasıdır.

f) Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının açabileceği itiraz davası da dairelerin kesin nitelikteki kararlarına karşı olduğu için, olağanüstü bir kanun yolu davasıdır (CMK 308/A).

³⁹⁹² Meselâ küçük adını babası müdahale etmişse, kanun yolu dâvası açılacağı sırada, küçük reşit olmuşsa, kânunî temsilcilik sıfatı kalmayan baba, kanun yolu dâvası açamıyacaktır (CGK 11/6/56, 35/36). Ancak, reşit olan mağdur, evvelce babasının vekaleten müdahalesi ile müdahil sıfatını almış olduğundan bizzat kanun yoluna gidebilir.

³⁹⁹³ Yani sanığın arzusu hilâfına (Erem, 560)

³⁹⁹⁴ Temsilciye ve kocaya kanunun ayrı süre vermediğine (CGK 27/10/86 YKD 87/1 120) dikkat edilmelidir.

³⁹⁹⁵ Bunun da sebebi, talî muhakeme sonunda kararların, asıl muhakeme sonunda verilen kararlar gibi, “hüküm” mahiyetinde sayılmaması, ara karar mahiyetinde addolunması idi. Ancak istisnalar da vardı. Meselâ müsadere muhakemelerinde verilen bir malın müsadere edilmesine veya edilmemesine dair kararlara karşı kanunun kabul ettiği “kanun yolu” (CMUK 394), temyizdi. Bunun da sebebi, müsadere konusunda verilen kararın, hüküm mahiyetinde olması idi.

g) Kanun yararına bozma (CMK 309) olağanüstü temyiz davasını Yargıtay Başsavcılığı, Adalet Bakanlığının bildirdiği yazılı istem üzerine açar. Başsavcılık bu emre uymağa mecbur olduğundan, dâva açmak yetkisinin Adalet Bakanlığı makamına verildiği de söylenebilir.

III. Vazgeçme, geri alma.

Kanun yolu muhakemesinde iddia hakkı, vazgeçme suretiyle önceden, geri alma³⁹⁹⁶ suretiyle sonradan düşürülebilir.³⁹⁹⁷ Bu düşürme süre dolmadan da olabilir (CMK 266) (CMUK 295/1) (No. 137, IV). Geri alma yargılamaya kadar mümkündür. Müdafinin kanun yolu dâvasını geri alabilmesi için özel vekâleti olmalıdır (CMUK 295/2).

Mülga Kanuna göre savcının sanık lehine açtığı kanun yolu dâvasını geri alabilmesi için, sanığın muvafakatı şartı (CMUK 295/1).³⁹⁹⁸ Kanun yolu muhakemesinde karar duruşma ile verilecekse, duruşma başladıktan sonra dâvanın geri alınması, karşı tarafın³⁹⁹⁹ muvafakatine bağlı idi (CMK 296).

Ceza Muhakemesi Kanunu, C. Savcısı sanık lehine kanun yoluna başvurmuşsa, yeniden kurulan hükümde daha ağır ceza verilmesini benimsememiştir (CMK 265). “Lehe kanun yolu üzerine aleyhe değiştirmeme mecburiyeti kuralı”, yeni CMK’da karmaşık bir hale gelmiştir. C. savcısının sanık lehine kanun yolu ile birlikte katılan da sanık aleyhine başvurmuşsa ne olacaktır? Kanunda “sadece” anahtar kelimesinin unutulmuş olması, ileriki zamanlarda mahkemeleri uğraştıracaktır. Sanık lehine C. Savcısı tarafından yapılan başvurudan, onun rızası olmadıkça vazgeçilmesini kabul etmemiştir (CMK 266/1). Vazgeçmeden veya geri almadan sonra tekrar kanun yolu dâvası açılmaz.⁴⁰⁰⁰

Mülga Kanun, müdafinin açtığı bir kanun yolu davasından vazgeçebilmesi için, hususi vekaleti bulunmasını emrediyordu (CMUK 295/3). Ceza Muhakemesi Kanunu ise, mecburi müdafilik hallerinden sadece küçük ve CMK 150/2’de sayılan kişiler bakımından, vazgeçmede müdafinin iradesine üstünlük tanınmıştır (CMK 266/3).

513. Kanun yolu dâvasının açılması.

I. İsteğin yapılması.

Kanun yolu dâvasının açılması, kanunun tâbiri ile kanun yoluna başvurma, bir isteği gerektirir. Bu istek, bütün dâva isteklerinde olduğu gibi, dâvacı tarafından şarta bağlı tutulmayacak ve kaide olduğu yazılı olacak; yani dâvacı bir dilekçe verecektir (No. 269, 270). Bu dilekçede, “sebepler” yani hangi gerekçe ile ve dolayısı ile, hangi noktalarda kararın hatalı görüldüğü gösterilecektir. Zira, dâva dilekçeleri dahil, her mütalâada meselenin ortaya konması, mantıkî bir zorunluktur (No. 27). Mülga Kanun ise (CMUK 310/1), temyiz dâvasında istisna kabul etmişti.⁴⁰⁰¹ Ceza Muhakemesi Kanununun temyiz sisteminde, dava açarken nokta ve sebep gösterme mecburiyeti öngörülmiştir (CMK 294/1).

Bir kolaylık olmak üzere, sanıkların sözlü kanun yolu dâvası açması da kabul edilmiştir. Ancak sözlü işlemlerde olduğu gibi, kanun yolu dâvasının sözlü açılışının da bir tutanakla tespit edilmesi lâzımdır.

³⁹⁹⁶ Kanunumuzda vazgeçme ve gerialma farkına dikkat edilmediğinden (No. 47, not 142), CMUK 295. maddede *geri alma* yerine *vazgeçme* denilmiştir.

³⁹⁹⁷ *Erem* (n. 308), kanun yolunu zarurî gördüğünden, vazgeçme ve gerialmanın mümkün olmamasını istemektedir. Halbuki kanun yolu her zaman zarurî değildir. Ancak hata varsa zarurîdir. Hatanın varlığı ise iddiaya bağlıdır. Böyle bir iddia yapılmamış veya gerialınmışsa, bir zaruret yok demektir.

³⁹⁹⁸ Bundan maksat, savcı kanun yoluna gitti diye sanığın gitmemesi mümkün olduğundan onu müşkül durumda bırakmamaktır. Bunun içindir ki kanun yolu sanığa tanınmıyorsa (k-m: CGK 9/12/53, *Çağlayan* “66” III. 22, 9/12/63 *Alicanoğlu* 470) veya sanık da ayrıca kanun yoluna gitmemişse, savcının gerialması için sanığın muvafakatına ihtiyaç yoktur.

³⁹⁹⁹ 1975 Alman reformunda sanığın gerialmasında katılanın muvafakatı aranmamıştır (Grauhan, 401).

⁴⁰⁰⁰ *Kantar*, 347; 1. CD 3/5/60, 989/1226. 1. CD 2/6/64 (*Çağlayan* “66” III, 21; CGK 7/5/62 *Çağlayan* “66” III, 22). Süre geçmemişse gerialmanın gerialnabileceğini kabul eden kararlara da rastlanmıştır (1. CD 3/6/58, 520/1434).

⁴⁰⁰¹ *Erem*, itirazda da itiraz edilen noktaları ve gerekçeyi gösterme mecburiyeti olmadığını söylemekte, konunun da hüküm olmamasına dayanmaktadır (n. 328). Halbuki kanun, sadece göstermeyi aramadığı halleri belirtmeğe mecburdur. Çünkü istisna söz konusudur.

Kanunumuz, olağan kanun yolu dâvası ile olağanüstü kanun yolu dâvasını ayrı ayrı ele aldığından sözlü açılış hakkında ayrı hükümler koymuştur.

a) Tutuk olan sanık, olağan kanun yolu dâvası açmak için tutukevinin bulunduğu mahaldeki mahkeme kâtibine beyanda bulunabilir.⁴⁰⁰² Kâtibin düzenlediği tutanağın bir örneği şüpheli veya sanığa verilir (CMK 263/2).

b) Mülga kanun sanık ile onun ölümü halinde onun yerine muhakemenin yenilenmesi dâvasını açabilenlerin, zabıt kâtibine dâva açtıklarını sözle bildirmelerini kabul etmişti (CMUK 334/2). Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK 313) bu hükmü düzenlemedi.

II. Otomatik açılma.

Onbeş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümler, istinaf üzerine bölge adliye mahkemesince “re’sen” incelenir (CMK 272/1).⁴⁰⁰³ Bu istisna “dâvasız yargılama olmaz” prensibine aykırı olup tahkik sisteminin kalıntısıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu, yerinde olarak “otomatik temyizi” kabul etmedi.

III. Başvurulacak makam.

Kanun yolu dâvası açılması için başvurulacak makam, kaide olarak, kararı yanlış olduğu sanılan makamdır. İstisna olarak, kanun yolu uyuşmazlığını çözecek makama da doğrudan doğruya başvurulabilir. Meselâ itirazda kanun bunu açıkça göstermiştir (CMK 268). Yabancı memlekette olanlar Türk konsolosluklarına da başvurabilirler.⁴⁰⁰⁴

Kanun yolu merciinin, hattâ kanun yolunun tâyininde yapılan hata, müracaat edenin hakkına dokunmaz (CMK 264/1). Bu demektir ki süre içinde olmak şartı ile, yanlış kapı çalınabilecektir.⁴⁰⁰⁵ Bu norm isabetlidir. Kanunu anlayışta bugün azınlıkta olan fikir, yarın çoğunlukta olabilir. Hangi anlayışın doğru, hangisinin yanlış olduğu nisbî bir meseledir. Bu sebeple bugün hatalı dediğimiz anlayışa göre hareket edenleri, kanun yolu imkânından yoksun bırakmak doğru olmazdı. Önemli olan kanun yoluna başvurma iradesidir. Bu düşünceler savcılar hakkında da varit olduğundan, 264’üncü maddede aksine bir sarahat bulunmadığından, bu maddenin savcıların hatasında da uygulanması gerekmekte ise de hatalı bir karar yüzünden⁴⁰⁰⁶ uygulanmamaktadır.

IV. Karardan zarar görmek şartı aranmamalıdır.

1) *Zarar görme şartının aranmaması görüşü.* Kanun yolu dâvası açabilmek için karardan zarar görmek şartı aranmamalı, verilen kararın tarafları tatmin etmemesi kâfi görülmeli ve taraflardan olan

⁴⁰⁰² Zorlama tutuklaması veya hükmün yerine getirilmesi gibi sebeplerle hürriyeti kaldırılmış olan kimseler de bu imkândan faydalanırlar (*Erem*, n. 321).

⁴⁰⁰³ Mülga Kanuna göre de kanun yolu dâvasının açılmış sayıldığı vardı. Meselâ temyiz dâvası açılmasa da, 15 sene ve daha yukarı hürriyeti bağlayıcı bir ceza ve ölüm cezası ihtiva eden mahkûmiyet kararları, temyiz dâvası açılmışçasına, Yargıtayca incelenmekte idi (CMUK 305).

⁴⁰⁰⁴ Sayıları arttıkça, dışardakilerin kanun yolu dâvası açmaları sorunu önem kazanmakta ve temelli bir düzenleme gerekmektedir. Bir misal: Bir işçiye mahkûmiyeti konsoloslukta tebliğ edilmiş. O da temyiz etmesi için aynı gün memleketindeki bir avukata konsoloslukta vekaletname vermiş. Avukat derhal kararı tebellüğ ederek temyiz etmiş. Sanığa tebliğinden başlayan süre geçti, karar kesinleşti denilmiş (8. CD 5/2/76 YKD 76/6, 935).

⁴⁰⁰⁵ *Kantar*, 343; *Taner*, 357; *Erem*; n. 322; *Tosun*, I, 691; *Yurtcan*, 361. Süresinde doğru makama başvurmayı aramak, maddeyi işlemez hale getirir. Kanun koyucu kanun yollarına başvuruda yapılabilecek yanlışlıklar karşı madde hükmünü düzenlemiştir (*Özbek* 2005, 1055).

⁴⁰⁰⁶ İçBK: 22/1/62, 2-1. Bu kararın 1) savcıların ihlal edilen hukuku olmadığı, 2) hukuk mezunu oldukları için diğer fertlerden farklı buldukları gerekçeleri bize inandırıcı gelmemektedir. Bir kere, savcının, değil, fakat işgal ettiği makamın kanun yolu müracaatı toplum yararınadır, toplumun hukukunun ihlali bahis konusu olabilir. Diğer taraftan ikinci gerekçe makbul olsaydı, müdafinin ve hukuk mezunu ise sanığın hatasının da nazara alınmaması gerekirdi *Dönmezer* (Kronik, İHFM 63, 793) daha ziyade, savcının sanık lehine de kanun yoluna müracaat temesi mümkün olduğu ve bu sebeple sanık aleyhine neticeler husule getirdiği için bu kararı hatalı bulmaktadır. Buna karşılık, savcının sadece bir dâvada temyiz dilekçesini mahkemeye vermemesi, haklı olarak, mercide hata sayılmaz (CGK 26/11/79 YKD 80, 275), zira savcının diğer dâvalarda mahkemeye vermesi, mercii bildiğini göstermektedir.

herkese, hatalı olduğunu sandığı için kendisini tatmin etmeyen⁴⁰⁰⁷ karara karşı kanun yoluna gitme imkânı tanınmalıdır.

Meselâ beraat eden kimse, gerekçeyi⁴⁰⁰⁸ hatalı buluyorsa, hatanın giderilmesi için kanun yolu dâvası açabilmeli gerekçe onu mağdur ediyor mu etmiyor mu diye araştırmamalıdır. Kimse boşu boşuna hatalı gerekçe için kanun yolu dâvası açmayacağına göre, açan kimsenin bunda bir menfaati olduğu da zaten kabul olunabilir.

2) *Korunan hukuki yararın ihlal edilmiş olmasını arayan görüş.* Aksi görüşü benimseyenler, kanun yolu davası açabilmek için, ilgilinin korunan hukuki yararının ihlal edilmiş olmasını şart olarak ararlar. Bu görüşe nazaran, hukuksal yarar ihlal edilmiş değil ise, kararın düzeltilmesine de gerek yoktur. Hukuki yararın ihlal edilmesi görüşüne taraftan olanlar, beraat kararının sanık tarafından istinaf veya temyiz edilmesini kabul etmezler. Ancak, beraat kararı verilecek yerde *ceza verilmesine yer olmadığı kararı veya düşme* verilmişse, durum değişir.

3) *Beraat dışındaki kararlardan zarar görme sorunu.* Sanık sadece kendisini cezalandıran bir hükümden zarar görmez. Ceza vermemekle birlikte, işlediği iddia edilen fiilin sabit olduğunu belirleyen kararlardan da zarar görür. Mesela, *ceza verilmesine yer olmadığı kararı* verilmesinde durum böyledir. *Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı* da (CMK 231) bu kategoriye girer. 2010 yılında sanığın kabulü şartına bağlanmakla, dolaylı olarak istinaf ve temyiz yolunun açılması, yerinde olmuştur.

V. Karardan önce kanun yolu olmaz.

Karar verilmeden önce kanun yoluna başvurulamaz ve verilmiş olan dilekçeler hükümsüzdür. Karar verildikten sonra, varsa, süre sonuna kadar dâva açılabilir. Sürenin taraflar bakımından eş olması gerekir. Bazı hallerde, mahkeme yanındaki savcılık durumundaki savcılığa⁴⁰⁰⁹ veya üst savcılığa (No. 108, 512), daha uzun süre tanındığı vardır (No. 518, 533). Bir an önce yargı halini alması için bir hafta gibi kısa bir süre kabul edilmiş olan hallerde, sulh ve asliye mahkemeleri kararlarına münhasır da olsa, ancak bir ay veya otuz gün sonra yargı halini alması sonucunu doğuran bir hükmün sakat olduğu mütalâasındayız. Mahkeme nezdinde savcılık durumundaki savcılık ile üst savcılığa, itiraz dâvası açma yetkisi tanınacaksa, kararların bunlara da derhal tebliği kabul edilmeli ve tebliğden itibaren, diğer ilgililerde olduğu gibi, bir haftalık süre tanınmalıdır.⁴⁰¹⁰

VI. Başvuru süresi.

Süre, kaide olarak tefhim veya tebliğden (35 inci maddeye göre öğrendiği günden) (CMK 268) (hükmün açıklanmasından) (CMK 291/1) başlar. Tebliğden başlayan hallerde kararın daha önce öğrenilmesi mümkün olduğundan, daha önce dilekçe vermek mümkündür. Süresinde kanun yoluna gitmemiş tarafa, cevap süresi içinde yeni bir imkân tanınmalıdır (No. 267, II). Ancak Anayasa Mahkemesi 2023 yılında verdiği karar ile istinaf süresinin gerekçeli kararın tebliğ edilmesinden önce başlamasını iptal etmiştir (AYM 26.7.2023, E. 2022/114, K. 2023/137; RG. 24 Ekim 2023) (No. 525-2).

VII. Davanın kabulü kararı.

Kanun yolu muhakemesinde de her türlü muhakemede olduğu gibi (No. 71), önce kabul edilebilirlik sorunu çözümlenmelidir. Merci, meselâ dâvacının yetkisiz olduğunu görürse, dâvayı kabul etmez (No. 538).

⁴⁰⁰⁷ *Karardan zarar görme* şartını aramasına rağmen, *Kühne* (2010, 613), bunun açıkça belirtilmesine, bir anlamda ispat edilmesine gerek bulunmadığını belirtmektedir.

⁴⁰⁰⁸ Karşı görüşte olanlar (*Öztürk* 2009, 542), belirleyici olanın “gerekçe” değil, kararın kendisi olduğunu belirtirmekle birlikte, gerekçe ile *temel bir hakkın ihlal edilmesi* (BGHSt 34, 11; NJW 1986, 1820; *Kühne* 2010, 614) veya *sanığa yan sonuçlar yüklenmesi* halinde istisna kabul edilebileceğini belirtmektedirler (*Öztürk* 2009, 542).

⁴⁰⁰⁹ Sulh mahkemesi, nezdinde savcı durumunda olan savcıya, bizzat taraf olduğu tâli muhakemelerdeki kararlar bakımından, meselâ 411. maddeye göre verilen kararlar bakımından, daha uzun süre vermek için hiçbir sebep yoktur. Kanunun maksadı da bu değildir. Bu hallerde acele itiraz genel süre içinde yapılmalıdır.

⁴⁰¹⁰ *Tosun* da (II, 220) sürelerin mümkün oldukça taraflar bakımından aynı olmasını uygun bulmaktadır. Biz, tebliğden itibaren bir haftalık süre tanınmalıdır dedığımız halde Donay (s. 55) tefhimden itibaren demişizcesine bizi eleştirmektedir.

514. Kanun yolu dâvasının açılmasının sonuçları.

I. Genel sonuçlar.

Kanun yollarının hepsi veya büyük bir kısmı bakımından söz konusu olan normlara göre kanun yolu dâvasının açılmasının başlıca sonuçları şunlardır:

1. Muhakemeye devam olunması.

Kanun yolu dâvasının açılması üzerine kollektif olan muhakeme faaliyeti yapılacağından, muhakeme (No. 21) devam edecek demektir. Kanun yolu olağan ise yani kesinleşmemiş karara karşı açılmışsa, devam aralıksızdır. Kanun yolu dâvası olağanüstü ise, yani kesin karara karşı açılmışsa, muhakemeye durmadan sonra devam olunduğu açıktır.⁴⁰¹¹

2. Kesinleşmeye engel olması.

Olağan kanun yollarında bir süre varsa, kanun yolunun açılması kararın kesinleşmesine engel olur (No. 151, 520, 535).⁴⁰¹² Kararın kesinleşmesine engel oluş tamdır. Bir sanığın bir suçundan dolayı verilen karar, dâva gibi, bir bütün eder. “Şu noktadan kanun yoluna gidildi veya bozuldu, o halde öteki noktalar kesinleşti” demeye, yani kısmî kesinleşmeyi kabule imkân yoktur (No. 152, 543). Kesinleşen “kısmî” olmayınca, sadece böyle kısım veya kısımlar bakımından olağanüstü kanun yolu da olamaz (No. 511), zira kesinleşmeyen kısımların bulunması, kararın bütünü ile kesinleşmediğini gösterir. Temyiz başvurusunun içeriğini düzenleyen CMK 294/1 *bozma sebebini oluşturan noktayı göstermek mecburiyeti* getirmiş olsa bile, temyiz edilmeyen noktaların kesinleştiği söylenemez; zira, hüküm bir bütündür, kısmi kesinleşme olmaz.

Bağlantı dolayısı ile birleştirilmiş olan muhakemelerde verilen kararlar tek gibi gözükürse de aslında birleştirilmiş muhakeme sayısı kadar karar vardır (No. 155). İki sanık veya bir sanığın iki suçu hakkındaki kararın kanun yoluna gidilmemekle veya gidildikten sonra, geri almakla veya kanun yolu dâvasının reddi ile yargı halini alması mümkündür ve bunun kısmî kesinleşme olmadığı açıktır.⁴⁰¹³ aynı şekilde ceza muhakemesi ile şahsi hak muhakemesi birlikte yapıldığında sadece şahsi hak bakımından hükmün temyiz edilmesi halinde ceza muhakemesi bakımından verilmiş olan hüküm kesinleşecektir.⁴⁰¹⁴ Burada da hakikî manada kısmî kesinleşme yoktur. Keza hükmün sadece harç kısmı temyiz edilirse, ceza kısmı yargı halini alacaktır⁴⁰¹⁵, çünkü ceza muhakemesinde verilen hüküm temyiz edilmemiştir.

⁴⁰¹¹ Muhakemenin kanun yolu uyumsuzluğunu çözecek makamda devam etmesi ve bu makamın kaide olarak uyumsuzluk konusu kararı verenden başkası olması nedeniyle, bilimsel hukukta bu sonuca çok defa “yargılama yetkisinin başka makama geçmesi (devretmesi) sonucu veya etkisi (*effect dévolutive*)” denilmektedir. Biz bu kaidenin istisnaları da olduğu görüşünde olduğumuzdan bu sonucu, istisnaları da içerecek biçimde belirtmeği uygun buluyoruz

⁴⁰¹² Nitekim Fransa’da cünha ve kabahatlerde sonkararın kısmen bozulması kabul edilmesine rağmen (CPPF 612), ayırmanın mümkün olması aranmakta ve çok defa bölünmezlik gerekçesi ile tamamının bozulduğu sonucuna varılmakta, sadece bölünebilen kısımlarda, meselâ şahsi haklardaki bozma dolayısı ile, kısmî bozmadan söz edilmektedir (*Bouzat*, II, 1449).

⁴⁰¹³ Dış görünüşe bakıp kısmî kesinleşme denildiği vardır (*Özgen*, 41, 42). Hatta iki suç hakkındaki dâvalardan biri bozulursa bile diğerinin temyiz dâvasının reddedildiği hakkında sarahat yoksa, onun da bozulduğunun kabul edildiği vardır (7. CD 29/3/69 *Alicanoğlu* 410; CGK 7/11/77 İKİD 77, 5237; 8. CD 7/5/79 YKD 80, 314) ki diğer suç hakkındaki karar bozulmadığına göre yanlıştır. Daha ileri gidilerek, diğeri hakkındaki temyiz iddialarının reddine açıkça karar verildiğinde de bozmanın sirayetinden söz edilmesi (CGK 7/1/77 YKD 79, 705; 4. CD 9/4/85 YKD 86/7 1050), tek sonkararın kısmen bozulamayacağı tezinin, birleştirilmiş iki sonkararda, aradaki fark gözden kaçırılarak, uygulanmasından başka bir şey değildir. Bu durumda “ilk hüküm bozulmakla kalkmıştır” gerekçesine de dayanılmaz. Zira ortada tek gibi gözükse de suç ve suçlu sayısı kadar “hüküm” vardır. Her biri ayrı ayrı incelenmeli, gerekiyorsa ayrı ayrı bozulmalıdır. Almanya’da birleştirilmiş muhakemelerde kısmî kesinleşmenin kabul edilebileceğini göstermek için kısmî kesinleşmenin dikey ve yatay olarak ikiye ayrılmasını anlamıyoruz. Zira dikey dediklerinde gerçek kısmî kesinleşme olmadığı gibi yatay dediklerinde de kısmî kesinleşme olmadığını kendileri kabul ediyorlar (Bkz. *Yenisey*, II, n. 676.2, 681.3.ç). Almanya’da çoğunlukta olan ve her ceza dâvasında suç-ceza-muhakeme masrafı olarak üç dâvanın birleşmiş olduğunu benimseyen görüşe de (*Yenisey*, II, 681.3) muhakemenin suçluluğun tesbiti ve cezanın tayini diye ikiye bölünmesinin bizde, hattâ Almanya’da kabul edilmemiş olması sebepleri ile katılmıyoruz. İlâve edelim ki Almanya’da kısmî kesinleşmenin kanundan kaynaklandığını (StPO 353, II), kanundan çıkarılması gerektiğini savunanlar da vardır (*Yenisey*, II, n. 681.3.ç). Sözü geçen kaynak bizde bulunmadığına göre, onları örnek alarak kısmî kesinleşmeyi kabul etmek isabetli olmaz.

⁴⁰¹⁴ CGK 7.3.1938, 44/117; 3. CD 18/10/1949 (YHİ 49, XII, 318).

⁴⁰¹⁵ İçBK: 8/6/38 3/12.

Aynı suretle yalnız müsadere bakımından temyiz etmek de mümkündür. Bu takdirde de ceza muhakemesine ait hüküm kesinleşecektir.⁴⁰¹⁶

3. Ceza infazının geri bırakılması veya durması.

Olağan yolların bu bakımdan tesiri yoktur, zira kesinleşmeyen kararlardaki cezaların infazı mümkün değildir. Olağanüstü kanun yollarına gidilmesi ise infaza otomatik olarak tesir etmez, durma veya geri bırakma için bir karar vermek gerekir. Olağan kanun yolunda dâvacı sanık için yerine getirmenin geri bırakılması meselesi yoksa da kanun yolu dâvası açmamış diğer sanıklara da bazı kayıt ve şartlarla tesir kabul edildiğinden, bu tesir başlar başlamaz diğer sanıkların kesinleşmiş olan cezalarının geri bırakılması kabul edilmelidir.⁴⁰¹⁷

4. Mahkûmiyetten gayri kararlarda yerine getirmenin mümkün olması.

Mahkûmiyetten gayri kararlarda, muhakemeye devam olunması, bu kararların yerine getirilmesine engel değildir. Bu kaidenin istisnası⁴⁰¹⁸, sanığın şuurunun tetkikine dair verilen kararlara karşı yapılan itiraz üzerine, gözlem altına alınma kararının yerine getirilmemesidir (CMK 74).

Kanun yolu dâvasının açılması mahkûmiyetten gayri kararların yerine getirilmesine otomatik olarak engel olmazsa da kararına karşı kanun yolu dâvası açılan makam veya bu dâvayı görececek yani uyuşmazlığı çözecek makam yerine getirmenin geri bırakılmasını veya durdurulmasını emredebilir (CMK 269/2).⁴⁰¹⁹

5. Yargılamanın istekle bağlı olması.

Kanun yolu muhakemesinde, kanunda inceleme (tetkikat) adı verilen yargılama faaliyeti, bir kararda aykırılık olduğu iddiası üzerine çıktığı kabul olunan bir uyuşmazlığı çözmek üzere yargılama makamlarının yaptıkları faaliyet olduğuna göre, her dâvada olduğu gibi hâkimlerin ancak uyuşulmayan noktaları ele almaları kaideyi teşkil eder. Bunun içindir ki, kanun yolları muhakemesinde de, “istek dışı (*ultra petita*) karar verilmemesi kaidesi” yürürlükte, yani kararların ancak hatalı olduğu iddia olunan noktalarının⁴⁰²⁰ tetkiki lâzım gelmektedir. Mülga Kanunumuz bu kaideye temyiz yolunda istisnalar getirmişti (No. 541). Yeni Kanun istisnayı istinafa nakletti (CMK 272/1).

6. Verilecek kararın kesin olması.

Kanun yolu muhakemesinde yetkili yargılama makamının verdiği karar, kaide olarak, kesin hüküm niteliğindedir. Bir diğer söyleyişle, bu kararlara karşı olağan kanun yolu dâvası açılmaz. Pratik güçlükler dolayısı ile, bir olağan kanun yolunun teminat bakımından yeteceği kabul edilmiştir.

Bu kaidenin istisnaları olabilir. İstinafta maddi ve hukuki mesele incelendiği için, hukuk prensiplerinin yaratılmasına imkân vermek için, temyiz yolu açılabilir. Muhalefet ve Yargıtay’ın bozma kararına Bölge Adliye Mahkemesinin ısrarı diğer istisnalardır. İstinafta *ısrar*, yerinde bir şekilde kabul edilmemiştir (CMK 284/1).

Meselâ istinaf kararlarından bazılarında karşı temyiz yolu kabul edilebilir (CMK 286/1) (No. 451). Keza muhalefet kanun yolunda da tekrar kanun yoluna gidilebilir.

⁴⁰¹⁶ 3. CD 11/5/48 HİD 1949, XX, 80.

⁴⁰¹⁷ *Tosun* (II, 228), bu tesirin temyize başvurulması anında olmasını istemekle, yargılaşma bakımından da tesire taraftar olmaktadır. Biz bunun için bir sebep göremiyoruz. Kararın Yargıtayca bozulmaması mümkündür. Bu durum haksız da değildir. Çünkü temyiz edilmeyenler buna sebep olmuşlardır.

⁴⁰¹⁸ Salıverilen tutuğun tekrar yakalanamaması tehlikesine karşı bazı şartlarla bir istisna kabulü uygun olacaktır.

⁴⁰¹⁹ Kararlar arasında ayırma yapmayan *Tosun* (II, 174), taraflarını beğenmesinin hâkim kararının tesirine engel olmasını kabul etmediği için, kanun yoluna gitmemenin infaz engel olmamasının genel kaide olmasına taraftardır. İstisna ölçülerinin karıştığı ve kaide ölçüsünün sadece otomatik tesiri izahı bir yana, bizce mesele sayı ile ilgilidir ve çok olan kaideyi, az olan istisnayı teşkil etmelidir.

⁴⁰²⁰ Temyiz muhakemesinde nokta ve gerekçe farklı kavramlardır ve yargılama makamları kaide olarak tarafların gerekçeleri ile bağlı tutulamaz. Ancak gerekçe göstermenin nokta göstermek anlamına geldiği veya gerekçe ile de sınırlamanın açıkça kabul edildiği hallerde yargılama makamı gerekçe sınırı dışına da taşınacaktır.

Yargıtayın bozma kararına esas mahkemenin uymayabilmesi de bir istisna teşkil eder (No. 548). Ceza Muhakemesi Kanunu Bölge Adliye Mahkemesi karar ve hükümlerine karşı direnme (ısrar) yolunu kapattı (CMK 284/1).

7. *Verilecek kararın kanun yolu dâvası açmayanlara tesir etmemesi.*

Kanun yolu muhakemesi sonunda verilen karar, kaide olarak, kanun yolu muhakemesinin tarafları hakkında kendini gösterir. Benzer durumda olanların, bazı kayıt ve şartlarla, verilen karardan faydalanması istisna olarak kabul edilebilir. Kanunumuz bu hususu sadece temyiz bahsinde nazara almıştı (CMUK 325). Yeni Kanun ise, istinafta da “bozma” (CMK 280/1, b) kararı verilmesini kabul ettiği için hem istinafta hem de temyizde (CMK 306) benimsemiştir.

Bu hükmün diğer kanun yollarında da uygulanması lâzımdır (No. 150). Meselâ aynı tutuklama kararı ile aynı sebeple tutuklananlardan biri itiraz etse ve tutuklama kararı kaldırılrsa diğerleri de bundan faydalanmalıdır.

8. *Sanık aleyhindeki kanun yolu dâvasında verilecek kararın sanık lehine olabilmesi.*

Savcı kanun yoluna sanık aleyhinde gitmiş olsa da sanık lehine karar verilebilir (CMK 265). Savcı gibi hareket eden katılanın, hattâ kanun yoluna giden sadece o olsa dahi, ceza dâvasındaki kararı sanık aleyhine temyiz edişinde de uygulanması gereken bu norm, avukat ücreti gibi özel hukuk dâvalarında uygulanmamalıdır (No. 492).

II. Reformatio in peius.

1. *Sadece sanık lehindeki kanun yolu dâvası üzerine daha ağır ceza verilmemesi.*

Kanun yolu dâvasının açılmasının, kanunumuz bakımından bir sonucu da *yalnız* sanık lehinde açılan dâva üzerine, yani sanık aleyhine kanun yoluna kimsenin gitmemiş olması halinde, yeniden verilecek kararın eski kararlar verilen cezadan daha ağır olamamasıdır. Kanun bu sonucu istinaf, temyiz ve yargılamanın yenilenmesi kanun yollarında kabul etmiştir (CMK 283, 307/5, 323/2) (No. 550, 558). İnfaza ilişkin kararlarda ise, bu yasak geçerli değildir. Mülga Kanun bu sonucu temyiz ve muhakemenin yenilenmesi kanun yollarında kabul etmişti (CMUK 326/4, 341/2). CMUK’nun 326. maddesi uygulamasında dikkat edilecek husus, temyiz isteminin lehine olması, aleyhe temyiz bulunmaması idi.

Ceza Muhakemesi Kanunu bu konudaki hükümlerde şaşırtıcı düzenlemeler yaptı: Cumhuriyet Savcısı, kanun yoluna *sanık lehine* başvurduğunda⁴⁰²¹ yeniden verilen hüküm önceki hükümde tayin edilmiş olan cezadan daha ağır olamaz (CMK 265). (Lehe başvuru üzerine cezanın ağırlaştırılmasını yasaklayan bu hüküm, mülga CMUK 294’te yoktu.) Yargılamanın yenilenmesi (CMK 323) ile ilgili düzenlemede de aynı sistem, yani *sanık lehine* yenileme istemi varsa, sonuç cezayı ağırlaştırmayı yasakladı, “sadece” sanık lehine başvuru kriterini kabul etmedi. Görüldüğü gibi, Kanun “yalnız” kelimesine istinaf ve temyizde yer vermiş (CMK 307/4), muhakemenin iadesinde ise bunu kullanmamıştır (CMK 283, 323/2).

Doğacak netice, istinaf ve muhakemenin iadesinde sonuç cezanın artırılmaması olacaktır. Kanun koyucunun sisteme aykırı olan bu sonucu arzu ettiğini sanmıyoruz. Unutulan “sadece” kelimesi, ilgili maddelere eklenmelidir.

Kanun yolunun lehe olup olmadığı, ileri sürülen sebepten anlaşılır. Değiştirilemeyen “sonuç cezadır”.

“Sanık lehine bozmadan sonra sonucun ağırlaştırılamaması”, kuralı ise, Yargıtay kararları ile kabul edilmiştir.

Sanık aleyhine temyiz edilişte de “aleyhe temyizcinin çizdiği tavanın” aşılabilmesi gerekir.

Kanun yolu dâvasının sanık lehinde mi, aleyhinde mi olduğu ileri sürülen sebeplerden anlaşılır. Sebep ileri sürmek için bir süre konmuş ve süre de geçmiş ise, yargılama makamının işini kolaylaştırmak

⁴⁰²¹ CGK 16.12.1991, E. 1991/333, K. 1991/357.

üzere, sonradan sebep gösterilmesi caiz görülse de aleyhe sebepler bulunsa bile, dâvanın sanık lehine açıldığı kabul edilmelidir.⁴⁰²²

Sadece sanık lehine konun yoluna başvurulması halinde sonucun aleyhte olamaması kaidesi “aleyhte değiştirme yasağı” diye adlandırılmaktadır.⁴⁰²³ Fakat biz, lehe bozma üzerine aleyhte değiştirmeme esasından ayırt etmek için ve hâkimler için yasak da söz konusu olmadığından, “lehe kanun yolu dâvası üzerine aleyhte değiştirmeme mecburiyeti” diyeceğiz.

Kanunun kabul ettiği “lehe kanun yolu dâvası üzerine aleyhte değiştirmeme mecburiyeti” sonuç-ceza bakımındandır. Suçun niteliği değişebilir.⁴⁰²⁴ Bir suçtan dolayı ceza verilmişse ve temel-cezada artırma ve eksiltme yapılmışsa her iki⁴⁰²⁵ kararda en sonda verilen cezalar⁴⁰²⁶ mukayese edilecek, yenisi eskisinden daha ağır olmayacak, ağırısa, eski sonuç-ceza aynen verilecektir⁴⁰²⁷. Sonuç-cezaya bakılacağından, sonuca tesir etse de önceki hususlar bakımından mukayese yapılmayacaktır. Aynı sebeple, hâkimin aşağı ve yukarı hadler arasında takdir hakkını kullanmasındaki nispet bakımından bir mukayese ve bir mecburiyet de bahis konusu değildir.⁴⁰²⁸

Mehaz Alman Kanunu istinafta, temyizde ve muhakemenin yenilenmesinde kabul etmişken “sadece” lehe kanun yolu dâvası üzerine aleyhte değiştirmeme mecburiyeti, her memlekette kabul edilmiş değildir. İngiltere’de bu yasak 1907 tarihli İstinaf Mahkemeleri Kanunu ile kaldırılmıştır. İtalya’da 1914 kanunu bu mecburiyeti hem temyiz ve hem istinafta kabul etmişti. 1930 kanunu sadece istinafa hasretmiştir (CPPI 515).

Biz, mahkeme kararlarının gerçek hakikati göstermeyip nisbî olduğunu göz önünde tutarak, artık bu mecburiyetin aleyhinde değiliz. İlk karara karşı aleyhte kanun yoluna giden bulunmaması halinde, aşılması gereken bir tavan kabul etmenin daha âdil olacağını düşünüyoruz.⁴⁰²⁹

⁴⁰²² Tatbikatta, Yargıtayın işini kolaylaştırmak için, temyiz lâyhası süresi geçtikten sonra da lâyhâ kabul edilmekle kalınmamakta, geç verilen lâyhada aleyhe temyiz sebepleri varsa, aleyhe kanun yolu dâvası açıldığı kabul olunmaktadır (İçBK: 15/3/40, 25/45).

⁴⁰²³ Bu kitabın birinci basısında, daha önceki yazılarımızda olduğu gibi biz de *reformatio in peius* tâbirini tercüme ederken “aleyhte düzeltme yasağı” tâbirini kullanmıştık. Ayrıklıkların giderilmesi çareleri bahsinde reformatio karşılığı olarak islâh sözünü benimsediğimizden ve düzeltmeyi rectification karşılığı olarak kullandığımızdan, reformatio in peius tâbirini kelime kelime tercüme etmek gerekirse aleyhte islâh demek gerekecektir. Bizce bu lâtince tâbir de kavramı iyi ifade etmemektedir. Gerçekten bu esas, muhakemenin yenilenmesi halinde de bahis konusudur ve burada islâh değil, düzeltmeden bahsetmek doğru olur. Şu hâlde islâh diye tercüme de lâtince gibi kavramı tamamiyle ifade etmeyecektir? Bu sebeple hem islâhı, hem düzeltmeyi ifade etmek üzere “aleyhte değiştirme” tâbirini kullanmağı tercih ediyoruz. Yasak yerine de 4. basıda mecburiyeti seçtik (No. 182, 302).

⁴⁰²⁴ İçBK: 15/2/50, 21/2; CGK 11/5/64 (*Alicanoğlu* 601).

⁴⁰²⁵ İkinci kararın muhakkak bozmadan sonraki ilk karar olması gerekmez. Mecburiyet ceza bakımından olduğundan, daha sonraki kararlarda da uygulanır. Bu demektir ki bozmadan sonra mecburiyete uygun olarak verilen karara karşı sanık aleyhine kanun yoluna gidilse dahi, ikinci bozmadan sonra yine ilk bozmadaki mecburiyete uygun ceza verilecektir (CGK 19/6/67 RKD 68, III/1, 11; k-m: CGK 7/7/69, İKİD 69, 8040).

⁴⁰²⁶ Sadece cezaya bakılması yolundaki kararlar daha çoktur (CGK 15/3/71 RKD 71, 36; 11/5/64, *Çağlayan* “66” III, 237). Sonuç cezaya bakmayan her hususu ayrı ayrı nazara alıp aleyhe gidilmemesi gerektiği yolunda kararlar da verilmemiş değildir (meselâ 2. CD 16/9/35, 7955/915; CGK 8/1/45, 326/5). Tafsilat için bk. *Kunter*: Aleyhte düzeltme yasağı, İHFM, 1952, 761. Diğer taraftan cezaların mukayesesi, bu mecburiyetin ancak yeniden ceza verilme hallerinde uygulanacağını hükümden sonra ortaya çıkan düşme sebeplerinin tesirine engel olamayacağını gösterir. Düşmede esas, mahkemenin tavsifidir. Düşme sebebine rağmen kanun yolu muhakemesi yapılması, ancak düşme kararına karşı kanun yoluna gidilmesi haline münhasırdır. Mahkûmiyet kararı verilmiş ve sadece sanık temyiz etmişse Yargıtay düşme kararı vermeli ve mahkemenin tavsifinin hatalı olup olmadığını araştırmamalıdır (k-m: 5.CD 15/10/69 RKD 69, III/2, 94).

⁴⁰²⁷ Eski tasvife göre hem hapis hem para cezası verilmişken yeni tasvife göre sadece fakat daha çok hapis gerekiyorsa, para cezası dahil eski sonuç-ceza aynen verilecektir (4. CD 11/11/64 İKİD 65, 3459; 9/4/74 YKD 75/7, 124). İkincisinde taksite bağlanmaması mutlak olarak cezanın ağırlatılması değildir (k-m: 5. CD 17/11/77 YKD 78, 1219).

⁴⁰²⁸ İçBK: 8/2/50 21/1. Aleyhte değiştirmeme mecburiyetinin, sadece eski niteliğine göre affin mümkün olması halinde nitelik bakımından da kabul edildiği vardır (5. CD 3/5/67 A. 602).

⁴⁰²⁹ İlk altı basıdaki görüşümüz, daha çok kararı beğenmeyip bozulmasını isteyen kişinin, karar bütün olduğuna ve yeni bir karar verileceğine göre, bunun aleyhe sonuçlarına da katlanması gerekmesinde ve bu mecburiyetin temelinde, iddia

2. Sanık lehine bozmadan sonra sonucun ağırlatılmaması.

Lehe kanun yolu dâvası üzerine aleyhte değiştirememeye mecburiyetinden fazla olarak, biz, sadece istinaf ve temyiz kanun yolunda söz konusu olabilen böyle bir mecburiyetten de yanayız (No. 550).

3. Sanık aleyhine temyiz edilişte de aleyhte temyizden çizdiği tavanın aşılammaması.

Mülga Kanunumuzun, temyiz (CMUK 320/1), Ceza Muhakemesi Kanunu ise, istinaf (CMK 272/1) kanun yolunda istek dışı yargılama yapılmasına imkân verdiği için muhakeme hukukunun esaslarına ters düşen düzenlemesi yüzünden, sınırsız olan aleyhe sonuç verme imkânına bir sınır tanımak ihtiyacı ile, 8 inci basıdan beri, bozmadan sonra verilecek cezanın, aleyhe temyiz edilen noktaların çizdiği tavanı aşmaması gerektiğini ileri sürüyoruz. Bu mecburiyet, artık istinaf yolundaki aksaklıkla ilgili olduğundan, sadece istinaf kanun yolunda söz konusu olacaktır (No. 550).

75. § İTİRAZ

515. İtiraz yolunun niteliği. 516. İtiraz olunabilen kararlar. 517. İtiraz olunamayan kararlar. 518. İtirazın çeşitleri. 518-1. Tutuklama kararına itiraz. 519. İtiraz yolunda yargılama makamı. 520. İtiraz dâvasının açılması. 521. İtiraz dâvasının açılmasının sonuçları.

515. İTİRAZ YOLUNUN NİTELİĞİ.

“İtiraz” (*Beschwerde, appel*) bir kanun yoludur, yani bir yargılama makamının verdiği bir kararda bir yanılma, bir aykırılık olduğu iddiası üzerine ortaya çıkan yeni bir uyuşmazlığın bir yargılama makamı önüne getirilmesidir (CMK 267). Kaide olduğu üzere, bu yeni uyuşmazlığı başka bir makam çözecektir (No. 510).⁴⁰³⁰

İtiraz, kesinleşmemiş kararlara karşı söz konusu olduğundan *olağan kanun yolu* olduğu gibi maddî ve hukukî meselelere edilebilmesi bakımından da *asıl derece kanun yoludur*. İkinci derece de denilen asıl derece kanun yolları da hükme karşı bahis konusu olup olmamasına göre “istinaf” veya “itiraz” diye ikiye ayrılır. İtiraz, hüküm dışındaki kararlara, yani ara kararlarına karşı kabul edilen bir yoldur.

İtiraz, bütün kanun yolları gibi, tali bir dâvanın adıdır (No. 96, 408). Bir uyuşmazlığın çözülmesi yargılama makamından istenmektedir. Dâva oluş buradan gelmektedir. Dâva açılması üzerine kolektif bir şekilde bu uyuşmazlığın çözülmesi için iddia, müdafaa ve yargılama makamları faaliyette bulunmaktadır.

İtiraz, biri dar, diğeri geniş manada olmak üzere ikiye ayrılır (No. 511). Geniş manada itiraza *muhalefet* adı verilir. Örneğin, duruşmanın yönetimine ilişkin başkan kararlarına karşı mahkemenin karar vermesinin istenmesi (CMK 192/2) veya istinaf veya temyiz başvurularının reddine karşı bölge adliye mahkemesi (CMK 276/2) veya Yargıtayın (CMK 296/2) bir karar vermesinin istenmesi de *muhalefettir*.

Bu bahiste dar manada itiraz yolu genel olarak incelenecektir. İtirazın özel olarak, hattâ itiraz terimi kullanılmaksızın, düzenlendiği vardır (CMK 192/2, 296/2) (No. 348, 519).

makamlarının aleyhte konunyollarına gitmemesindeki *tesadüfün* yatmasına dayanıyordu. Rasyonel olmasına rağmen bu görüşün fazla sert olduğunu gördük. Hepimiz şu veya bu tesadüften yararlanırken, sanık neye yararlanmasın?

⁴⁰³⁰ Sistemsizlik yüzünden itiraz, hukukumuzda çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır. Meselâ İİK 62 de Rechtsvorschlag karşılığı olup kanun yolu (yani yargılama makamı kararına karşı ikinci defa yargılama makamına başvurma) niteliğinde olmayıp İcra ve iflas memurlarının işlemlerine karşı ilk defa yargılama makamına başvurma yani dâva niteliğindedir (İİK 4). Ceza Muhakemesi Kanunumuz da itirazı her zaman kanun yolu anlamına yani Beschwerde karşılığı kullanmamıştır. Meselâ ceza kararına yapılan itiraz, kabul etmeme, bir diğere söyleyişle karşıgelme (*opposition, Einspruch*) anlamındadır. Temyiz yolunda temyiz sebepleri anlamına temyiz itirazları denildiğine çok rastlıyoruz. Nerdeyse itiraz itirazları diyeceğiz.

516. İTİRAZ OLUNABİLEN KARARLAR.

I. İtiraz olunabilen kararlar kanunda gösterilmiştir.

Kararlardaki önemsiz aykırılıklara göz yummak ve ancak önemli aykırılıklara karşı kanun yolu dâvası kabul etmek zorunluluğu (No. 510) yüzünden, kanun koyucu, itiraz yolu bakımından hangi aykırılığın önemli olduğunu, “hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararları” (CMK 267) formülünü kullanarak, itiraz edilebilecek kararları göstermek suretiyle belirtmiş ve itiraz edilebilen kararlardaki her aykırılığı kaide olarak önemli saymıştır. Kanun, istisna olarak, belli gerekçelere de dayanılmasını da şart koşabilir.⁴⁰³¹ Bu da hangi aykırılığın önemli sayıldığını göstermenin bir diğer şeklidir.

İtiraz olunabilen kararlar konusunda kanunumuzun hükümlerini aşağıdaki gibi sistemleştirebiliriz.

II. Kanunun itirazı kabul ettiği haller.

1. Hâkimlik makamı kararları.

Hakimlik makamı kararlarına kaide olarak, itiraz olunabilir. Ceza Muhakemesi Kanunu da mülga Kanun⁴⁰³² gibi, bütün hâkimlik makamı⁴⁰³³ kararlarına itiraz olunabilmesi kaide olduğuna göre, şu veya bu karara itiraz olunabileceğinin gösterilmesine lüzum yoktur. Buna karşılık, istisnalar, yani itiraz olunamayacak hakimlik makamı kararları kanunda ilgili maddelerde gösterilmiştir.

2. İtiraz edilebilen mahkeme makamı kararları.

Ceza Muhakemesi Kanunu, *kanunun gösterdiği hallerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir*, demektedir (CMK 267).⁴⁰³⁴ Kararın duruşmada veya duruşma hazırlığında⁴⁰³⁵ verilmiş olmasının önemi yoktur. İtiraz edilebilme istisnayı teşkil ettiğinden, mahkeme kararlarından hangilerine itiraz edilebileceği kanunda açıkça gösterilmiştir. İtiraz edilemeyeceklerin ayrıca gösterilmesi gerekmez.

Mahkeme kararlarına itiraz edilmemesi bizde⁴⁰³⁶ kaide olduğuna göre, itiraz edilebilmesi için kanunda⁴⁰³⁷ bir sarahate ihtiyaç vardır. Ceza Muhakemesi Kanununun itiraz yolunu açtığı bazı mahkeme

⁴⁰³¹ Örneğin, Cumhuriyet savcısı iddianamenin iadesi kararına karşı itiraz ederken, mahkemenin iddianamede bulunduğunu tespit ettiği eksik veya hatalı noktalarla ilgili gerekçelere dayanacaktır (CMK 174/5). İlksoruşturmanın uygulandığı dönemlerde de savcı, sorsoruşturma açılması kararına, iddianamede gösterilen mahkemeden daha aşağı mahkemede açıldı diye itiraz edebilirdi (CMUK 203) (No. 456).

⁴⁰³² 28/3/1946 tarihli İçtihat Birleştirme Kararında, esas hükmün çıkması ile bağlantısı olmayan mahkeme kararlarının da itiraza tabi tutulması hatalıdır.

⁴⁰³³ Mülga CMUK 297, mahkeme naibi, istinabe olunan hâkim, asliye mahkemesi başkan veya hâkimi ve sulh ceza hâkimi şeklinde, kararına itiraz edilebilen hakimlik makamlarını saymak yolunu seçmiş ve tanık, bilirkişi ve diğer şahısların da kendilerine ilişkin kararlar aleyhine itiraz edebileceklerini tasrih etmişti. Bu kural yeni kanuna alınmadı.

⁴⁰³⁴ Mülga CMUK 298 ise, tutuklamaya, hacze ve üçüncü şahıslara ilişkin mahkeme kararları dışındaki mahkeme kararlarına karşı itirazı kabul etmemiştir. CMK 267, CMUK 297 ve 298 maddeleri tek madde haline getirerek birleştirmiştir.

⁴⁰³⁵ Mahkemenin duruşma hazırlığına verdiği kararın itiraza tabi tutulması kanunun sistemine aykırıdır (4. CD 26/3/58, Çağlayan III, 41).

⁴⁰³⁶ Mehzar kanunda mahkeme kararlarına da itiraz kaide idi. Edilemeyenler sayılmıştı. Bu sistemden ayrılmamız aksaklıklara yol açmıştır (Gürelli: İtiraz, Semp. II, 70).

⁴⁰³⁷ Meselâ mülga Kanuna göre, mahkemelerin verdiği tutuklamaya (Tahliye isteğinin reddi kararına, “tevkife taallük eden” bir karar olduğu için itiraz edilebilir. Teminatla salıverme kararı da, tutuklamaya taallük eden bir karardır k-m: 4. CD 21/5/66, Çağlayan “66” III, 39); (1992’de eklenen) tutukluluğun devamına, elkoymaya ve üçüncü şahıslara ilişkin kararlara (CMUK “92-3842” 298/2; Meselâ kendi hakkında verilen karar bakımından bilirkişi veya tanık; CD 30/4/75 YKD 75/10, 89), madde itibariyle yetkisizlik kararına (CMUK 263); sanığın şuurunun tetkiki kararına (CMUK 74), temyiz dâvasının kabul edilmemesi (kanunun tâbiri ile temyiz talebinin veya temyiz dilekçesinin kabule şayan olmamasından dolayı reddi) (CMUK “85-3206” 315/1), muhakemenin yenilenmesi dâvasının kabul edilip edilmemesi veya yenilenip yenilenmemesi kararlarına (CMUK 340), açıklama muhakemesi, infazın geri bırakılması veya durdurulması muhakemesi, cezaların içtimalı muhakemesi ve mahkûmiyet kararında değişiklik muhakemesi sonunda verilen kararlara (CMUK 405) itiraz edilebileceği tasrih edilmişti. Bu tasrihin çok defa bir diğer sebebi vardı, o da kabul edilen itirazın acele itiraz olması idi. Gerçekten CMUK 298. maddede gösterilenlerin

kararları şunlardır: CMK 5/2; CMK 18/3; CMK 28; CMK 31/3; CMK 42/2; CMK 60/4; CMK 74/4; CMK 75/4; CMK 76/4; CMK 101/5 ve 231/12. Seri muhakemede (CMK 250/14) ve basit yargılamada (CMK 252/2) istisna olarak mahkeme tarafından verilen *hüküm* niteliğindeki kararlarına da itiraz yolunun açıldığı görülmektedir. Bunların durumu aşağıda (No. 518 III) incelenecektir.

3. Hüküm dışındaki mahkeme kararlarına itiraz sorunu.

Mahkeme kararlarından bir kısmı, “hükümdür”. Bunlara karşı itiraz değil, istinaf söz konusudur. Mahkemelerin hüküm dışındaki kararlarının yani ara kararlarının bir kısmı da “hükme esas teşkil eder”. Bunlar hükmün çıkması ile bağlantısı olan ve onu yaratan kararlardır. Meselâ yetkisizlik dâvasının reddi demek olan yetkililik kararı, hâkimin reddi dâvasının esassız olduğu kararı bu çeşit kararlardandır. Bu kararlar da hükümle birlikte temyiz edilebilir. Bu nedenle bunlar aleyhine ayrıca itiraz yolu kabul edilmesine lüzum duyulmamıştır. Ara kararlarının bir kısmı ise, hükme esas teşkil etmez, yani onunla bağlantısı yoktur ve onu yaratmaz. Bu çeşit ara kararlarına karşı temyiz yolu tanınmadığı gibi, kaide olarak itiraz yolu da kabul edilmemiştir.⁴⁰³⁸

4. İçtihatla kabul olunan itiraz yetkisi.

Kanunda açıklık olmayan hallerde mahkeme kararına karşı itiraz dâvası açılmaması, uygulamada ihtiyaç duyulan hallerde içtihatla itiraz yolunu açmak şeklinde bir gelişme göstermiştir. Örneğin, mülga Kanun zamanında yer yönünden yetkisizlik kararlarına itiraz kabul edilmediği için, tatbikat kanunu zorlayarak, içtihatla itirazı kabul etmişti.⁴⁰³⁹ CMK bu sorunu yasa ile çözmüş ve yetkisizlik kararlarına itiraz edilebilmesini kabul etmiştir (CMK 18/3). Millet yönünden yetkisizlik kararlarına da itiraz olunamayacaktır ki doğru değildir.⁴⁰⁴⁰ Kanuna bunlar için açık bir hüküm konulması gerekir.

CMUK döneminde mahkemelerin hüküm mahiyetinde olmayan durma kararlarına da gerektiğinde (meselâ durma süresince veya üç aydan fazla sürecekse), istisnaen itiraz olunabilmesi gerekiyordu.⁴⁰⁴¹ Ceza Muhakemesi Kanunu bu yönde değiştirildi ve durma kararlarına karşı itiraz yolu açıldı (CMK 223/8). Böylece hem temyiz yolu bakımından tereddütlere son verilmiş hem Yargıtay’ın işi azaltılmış hem de maddî cihetlerden de ve daha çabuk bir kontrol sağlanmış oldu.

2000-4616 numaralı Kanuna göre verilen *davanın ertelenmesi kararının* “davayı sonuçlandırmayan ve nihai hükümden önce verilip, mahkemenin dava ile bağlanmasını kesmeyen, ancak kanıt değerlendirmesi yaparak nihai hükme ulaşma olanağını kaldırdığı” gerekçesiyle, temyiz değil, itiraza tabi olduğu⁴⁰⁴² kabul edilmişti. Bu yöndeki düzenleme CMK 231/12 ile sürdürülmüş ve *hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına* itiraz yolu açılmışsa da Anayasa Mahkemesi tarafından etkin

yani tutuklamaya, elkoymaya ve üçüncü şahıslara taallük edenlerden gayri kararlar aleyhindeki itiraz acele itiraz olup kanunda gösterilmesi gerekmekte idi.

⁴⁰³⁸ Mülga CMUK 298 inci maddede sözü edilen ve itiraz edilemeyeceği belirtilen mahkeme kararlarından maksat, içtihat birleştirme kararındaki görüşe (İçBK: 28/3/46) rağmen sadece hükme esas teşkil etmeyen kararlar olmayıp, aynı zamanda hükme esas teşkil eden kararlar da kastolunmuş idi (*Taner*, 360), zira bunlara karşı da temyiz yolu var diye, itiraz yolu tanınmamıştı.

⁴⁰³⁹ İçBK: 28/3/46 33/6.

⁴⁰⁴⁰ Bunun içindir ki tatbikatta bu kararlara karşı temyiz yolu tanımak zarureti duyulmuş ve bunların “hüküm” mahiyetinde olduğu söylenmiştir. Yabancı devlet mahkemesini *adli yargı dışında bir yargı mercii* olarak kabul etmek mümkün olmadığı için, CMK 223/10’daki kuralı uygulamak da mümkün olmayacaktır. 6706 sayılı Kanundaki itiraza ilişkin kurallar da ağır ceza mahkemesinin verdiği rızaya dayalı iade (m. 17) ve yabancı ülkede verilen hükmün infazının devralınması kararlarına (m. 26) ilişkindir.

⁴⁰⁴¹ Mülga 253. maddeye göre hüküm sayılan durma kararları, gerçekleşebilecek bir muhakeme şartını beklemek üzere verilenlerdir. Bir dosyayı beklemek için durma kararı verilmişse, bunu duruşmanın belirsiz bir süre ile ertelenmesi diye anlamak gerekir. Kanuna göre bu durumda da itiraz mümkün değilse de, içtihat, sanki kanun bu yolda imişçesine hatalı bir gerekçeye dayanarak adi itiraz kabul ederek boşluğu doldurmuştur (8. CD 14/1/88 İKİD 88, 5711; 27/1/88 YKD 88/6 867).

⁴⁰⁴² Sanığın 4616 sayılı yasa uygulanarak hakkında verilen bu erteleme kararına karşı yargılamanın sürdürülerek beraat kararı verilmesine ilişkin başvurduğu yasa yolu temyiz değil itiraz niteliğindedir. CMUK 299. maddesinin 1. fıkrası 4/c bendi uyarınca, verilen erteleme kararına karşı sanığın itirazını incelemek görevi, Yargıtay dördüncü ceza dairesini sıra numarası bakımından takip eden Yargıtay beşinci ceza dairesinini (CGK 27.2.2001, E. 2001/25, K. 2001/33).

hukuk güvencesi sağlamadığı gerekçesiyle 2022 yılında iptal edildi ve 2024 yılında yapılan değişiklikle *istinaf* yolu açıldı (CMK 231/12) (No. 486-1/IV).

517. İTİRAZ OLUNAMAYAN KARARLAR.

Kanunumuzun sistemine göre itiraz olunamayan kararlar şunlardır:

I. Savcılık işlemleri.

Kanun yolu ancak yargılama kararına karşı olduğundan, savcılık kararlarına itiraz söz konusu değildir.⁴⁰⁴³ Bununla birlikte, Kanun, sistemi bozacak şekilde, Cumhuriyet savcısının verdiği *kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı itiraz* yolu kabul etmiştir (CMK 173). Biz buna *kovuşturma davası* denilmesinden yanayız.

II. İtiraz edilemeyen hakimlik kararları.

İstisna olarak itiraz edilemeyeceği kabul edilen hâkimlik makamı kararları vardır. Bu makamların kararlarına karşı kaide olarak itiraz mümkün olduğundan, istisnaların gösterilmesi gerekmektedir. Meselâ, istisnalar⁴⁰⁴⁴ dışında, itiraz muhakemesinde yargılama görevini yapan hâkimlik makamının kararına itiraz olunamaz (CMK 271/4). Temyiz yolu da kabul edilmediğinden bu kararlara karşı olağan kanun yolu yoktur. Bunlar kesin kararlardır.

III. Mahkeme kararları.

Mahkeme makamlarının kararlarına karşı kaide olarak itiraz yolu kabul edilmemiştir.⁴⁰⁴⁵

IV. Yargıtay kararları.

Yargıtayın temyiz yolunda verdiği kararlara karşı sadece olağanüstü kanun yolları vardır. Bunlar da “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi” (CMK 308), “kanun yararına bozma” (CMK 309, 310) ve “yargılamanın yenilenmesi” (CMK 311) yollarıdır. “Karar düzeltme” (CMUK 322) kaldırılmıştır. Bu olağanüstü yollar Yargıtayın hukukî derece mahkemesi olarak verdiği kararlar bakımından düşünülmüştür. Yargıtayın esas mahkeme olarak faaliyette bulunması ve bu sırada meselâ tutuklama kararı vermesi de mümkündür. Hatta bir başkan veya üyenin soruşturma ile görevlendirilmesi, yani hâkimlik makamı olarak karar vermesi de mümkündür. Bu hallerde itiraz bakımından genel normlar uygulanır.

V. İtiraza müsait olmayan kararlar.

Kanunda açıkça belirtilmemekle beraber, muhtevası bakımından itiraza müsait olmayan kararlar da vardır. Mülga Sulh hakiminin ceza kararnamesine karşı gelme de “itiraz” değildi.⁴⁰⁴⁶

1) Bazı hallerde itirazın konusu kalmaz. İtiraz bir aykırılığın, bir yanılmanın giderilmesi için açılan dâva olduğuna göre, aykırı ve yanlış karar ortadan kalkmış, yerine başka bir karar geçmiş ise⁴⁰⁴⁷ itiraza da gerek kalmamış demektir.

⁴⁰⁴³ Savcının hattâ hâkim yetkisi ile donatıldığı hallerde, çoğunlukla ayrı bir düzenleme olduğundan itiraz yoluna ihtiyaç yoktur (*Gürelli*, Semp. II, 75).

⁴⁰⁴⁴ Hakimlik makamı da olsa, *itirazı inceleyen merciin verdiği kararın kesin olması* kuralının, tutukluluk konusunda istisnaları da vardır. İlk istisna CMK 271/4 de gösterilmiş ve *ilk defa merci tarafından tutuklama kararı verilirse*, bu karara karşı itiraz yolu açılmıştır. İkinci istisna, CMK 103 ve 104 maddeler uyarınca yapılan talepler üzerine merciince verilen istemin kabulü, redid veya adli kontrol uygulanması kararlarına karşı da, hakimlik veya mahkeme tarafından verildiğine bakılmaksızın, itiraz yolu açık tutulmuştur (CMK 105).

⁴⁰⁴⁵ Hatırlatalım ki mülga kanunumuz 298 inci maddede mahkeme kararı tâbirini mutlak olarak kullandığı halde, 28.3.1948 tarihli İçtihat Birleştirme Kararı hükmün çıkması ile bağlantılı olan mahkeme kararlarının kasedildiğini, bunlar dışında kalan mahkeme kararlarına itiraz edilebileceğini kabul etmekte idi.

⁴⁰⁴⁶ Mülga TCK 551, 119 ve 36. maddelerine aykırılık nedeniyle düzenlenen ceza kararnamesine vaki itirazın CMUK 301, 302 ve 303. maddelerine göre asliye ceza mahkemesine yapılması, bu mahkemece kesin olarak sonuca bağlanması gerekiyordu. Sulh ceza mahkemesine yapılan itiraz yasla olmadığından verilen karar yok hükmünde sayılıyordu (2 CD. 3.5.1999, E. 1999/5375, K. 1999/5820).

⁴⁰⁴⁷ Bu yeni kararın açıkça verilmemiş olması da mümkündür. Meselâ ilksoruşturmada tutuklama kararı verilmiş, iş mahkemeye gelmiştir. Mahkeme gerilma kararı vermemişse, tutuklamanın devamına karar vermiş sayılmalı, sanık “safha

Meselâ tutuklamanın devamı kararı verildikten sonra ilk tutuklama kararına itiraz edilememek icap eder. Keza hazırlıktan sonra iş ağır ceza mahkemesine gitmişse, artık sulh hâkiminin kararına itiraz olunamadığı gibi, daha önce yapılmış itirazlar da duruşma başlamamış olsa dahi, eski merci olan asliye hâkimliğinde karara bağlanamaz.⁴⁰⁴⁸ Dosyayı ona göndermek işleri uzatır. İtiraz dilekçesi geri alma dilekçesi imişçesine, ağır ceza mahkemesi karar vermelidir.

2) Aykırı olduğu sanılan karar bir başka kararla hükümsüz kalmış ise, yine aykırılığı giderme için kanun yoluna başvurmağa lüzum kalmaz. Meselâ tutuklama kararlarının geri alınmasına karar verildikten sonra ilk tutuklama kararına itiraz olunamaz.

518. İTİRAZIN ÇEŞİTLERİ.

I. Adı itiraz ve acele itiraz ayrımı.

Mukayeseli hukukta ve mülga CMUK da iki çeşit itiraz vardır: adı itiraz ve acele itiraz. Ceza Muhakemesi Kanunu bunları birleştirerek, teke indirdi. İtirazın adı olması kaideyi teşkil eder. Adı itirazda kararı veren makam (hâkim veya mahkeme), itiraz sebeplerini varit görürse, aykırı kararını “düzeltelir” (CMK 268/2). Düzeltmezse yedi gün (evvelce üç gün idi) içinde itirazı inceleyecek olana gönderir (CMK 268/2).⁴⁰⁴⁹

II. Adı itiraz olan, fakat özü itiraz olmayan kanun yolları.

1. SYOK ve KYOK itirazları.

Cumhuriyet savcısı tarafından ihbar ve şikâyetin suç olmadığı anlaşılmaması veya soyut ve genel nitelikte olması halinde verilen *soruşturmaya yer olmadığı kararı* (CMK 158/6) ile soruşturma evresinin sonunda kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına karşı itiraz edilebilmektedir (CMK 172/1). İtiraz kanun yolu yargılama makamı kararlarına karşı kabul edilmiş bir yol olduğu için, burada *karşı gelme* yerine *itiraz* teriminin kullanılması yerinde olmamıştır.

2. SERİM itirazı.

değiştirdi” diye itiraz hakkını kaymetmemeli (k-m: *Taner*, 362; *Kantar*, 351; *Erem*, n. 327; *Yüce*, Tez, 54) ve eski karara karşı itiraz bu yeni zimmî karar imiş gibi, kabul edilmelidir.

⁴⁰⁴⁸ 8. CD 24/10/75, YKD 76, 280. 8. CD. 21.9.95 (E. 1995/10754, K. 1995/12300): Son hüküm niteliğinde bulunmayan ve tedbir niteliğinde olan hapsen tazyik kararlarının temyiz olanağı bulunmadığı, evrak üzerinden verilmesi gereken kararın duruşmalı verilmesinin de karara temyiz kabiliyeti kazandırmayacağı cihetle, sanık vekilinin temyiz talebinin reddine karar verildi. 5. CD. 27.4.92 (E. 1992/956, K. 1992/957): Şartla tahliyenin reddine dair kararların acele itiraza tabi oluşunun mefhumu muhalifinden hareketle şartla tahliyenin kabulüne dair kararın CMK’nu 297. maddesine tabi olarak sürenin geçmesinden sözedilemez. 1. CD. 26.12.91 (E. 1991/5148, K. 1991/5668): Ağır ceza mahkemesinin yargılamanın durmasına dair kararı, suça vasıf veren ve yargı yerinin değişmesi sonucunu doğurur nitelikte olup temyiz kabiliyeti bulunduğundan itiraz üzerine başka ağır ceza mahkemesince incelenmesi usul ve yasaya aykırıdır.

⁴⁰⁴⁹ Mülga Kanunda dar mânâda itirazın, biri “âdi itiraz”, diğeri “acele itiraz” olmak üzere iki çeşidi vardı. Kanun bunları ayrı ayrı düzenlememiş, ikisini birlikte ele almış, sadece acele itiraz bakımından kabul ettiği farkları, yani istisnaları göstermekle yetinmiştir (CMUK 304). Bu istisnalar dışında kalan genel hükümler, acele itirazda da uygulanacaktı. Mülga Kanundaki adı itiraz başvurusu doğrudan doğruya itirazı inceleyecek makama da yapılabilirdi (CMUK 299/3). Bu hüküm yeni Kanuna alınmadı. Yeni Kanun “acele” itirazı (CMUK 304) kaldırdı. Acele itiraz usulü şöyle idi: Bir haftalık süre içinde yapılıyordu (CMUK 304). Bazı savcılar için süre bir ay (CMUK 305) veya otuz gün (Yürürlük K. 28) olarak kabul edilmişti. Kararı veren makam, başvuru kendisine yapılmış olsa da, kararını değiştiremiyordu. Acele itiraz yoluna tabi olan kararlar Kanunda gösterilmişti. Acele itiraz iki bakımdan âdi itirazdan ayrılmakta idi (CMUK 304): 1) Belli bir süre içinde yapılmalıdır, 2) Kararı veren makam, müracaat kendisine de yapılmış olsa, kararını değiştiremez, yani geriamaz veya düzeltemezdi. Acele itiraz istisnayı teşkil ettiğinden, bir itirazın acele olması için kanunda açıkça gösterilmesi gerekiyordu. Acele itiraz dâvasının ne zamana kadar açılabilceğini gösteren süre, tefhim veya tebliğden başlardı. Bu süre kaide olarak bir hafta idi (CMUK 304). İstisna olarak bazı savcılar bakımından bir ay veya otuz gün olarak kabul edildiği de vardı: a) İtiraz eden savcılık, kararına itiraz olunan mahkeme yanındaki savcılık olmayıp o durumda savcılık ise, yani sulh mahkemesinin çevresi içinde bulunduğu asliye mahkemesi yanındaki savcılık veya o asliye mahkemesi yanında da olan ağır-ceza savcılığı ise, süre bir aydı. Bu süre kararın tefhiminden başlardı (CMUK 310). Tefhim olunmayan kararlarda tebliği esas tutmak zarurî idi. b) İtiraz eden savcılık, üst savcılık sıfatı ile, sulh veya asliye mahkemesinin veya hâkimlerinin kararlarına itiraz ediyorsa, süre 30 gün idi (Yürürlük K. 28). Bu süre ara veya hükmün tefhimi tarihinden başlardı. Tefhim olunmayan kararlarda, kanun yolu dâvasını asıl açmakla yetkili savcıya tebliğ tarihi esas tutuluyordu.

Kanunda sayılan belli suçlarda soruşturma evresinin sonunda seri muhakeme usulü uygulanır (CMK 250/1). Bu usulde Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan seri muhakeme uygulanması önerisini şüphelinin müdafii huzurunda kabul etmesi üzerine belirlenen yarısı oranında indirilmiş olan ceza içeren talep yazısı mahkemeye sunulur. (Şüpheli öneriyi kabul etmeyebilir veya ilerde mahkemeye mazeretsiz olarak gelmeyerek bu usulün uygulanmasından vaz geçebilir.) Mahkeme müdafii huzurunda şüpheliyi dinleyerek teklifi şüphelinin müdafii huzurunda kabul etmiş olduğunu, eylemin seri muhakeme kapsamında olduğunu ve dosyadaki delillere göre mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği kanaatine varırsa TCK 61/1 ve diğer genel hükümler doğrultusunda hüküm kurar (CMK 250/9). Bu hükme karşı itiraz edilebilir (CMK 250/14). İtiraz mercii, itirazı sadece CMK 250. maddenin 3. ve 9. fıkralarındaki şartlar yönünden inceleyebilir. İddianame düzenlenmediği için kovuşturma evresine hiç geçmemiş olan bir muhakemede mahkeme tarafından kurulan hükme karşı kabul edilen ve adı *itiraz* olan bu denetleme yolu da özü itibarıyla itiraz değildir.

Diğer taraftan, şüpheliyi de dinleyerek dosyadaki delilleri de öğrenerek bu soruşturmanın genel hükümler uyarınca yapılması gerektiğine karar veren hâkim, aynı işte iddianame düzenlendikten sonra kovuşturma evresinde yargılama da yaparsa, yasaklı bir hakim konumuna girecektir (CMK 23/2). Esasen bu husus Anayasa Mahkemesinin aşağıda inceleyeceğimiz CMK 252/2 iptali kararının dayanağını oluşturmaktadır.

3. Basit yargılama usulünde itiraz.

Asliye ceza mahkemesi iki yıl veya daha az hapis cezası ile adli para cezasını gerektiren suçlarda iddianamenin kabul edilmesinden duruşma gününü belirleyene kadar basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verirse (CMK 251/1), sanığa iddianameyi tebliğ ederek on beş gün içinde savunmasını göndermesini ister ve ayrıca delil toplayabilir. Beyan süresi bittikten sonra duruşma açmadan TCK 61'i uygulayarak beraat dahil, CMK 223'te belirtilen hükümlerden birini verir. Karar mahkûmiyet ise, sonuç ceza dörtte bir oranında indirilir (CMK 251/3). Kanun bu hükme karşı da *itiraz* yolunu kabul etmiştir (CMK 251/5). Hüküm veren mahkeme itirazı önce sadece süre ve sıfat açısından inceleyebilir. İtirazı CMK 268 kapsamında inceleyen üst mahkeme de sadece süre ve sıfat yönüne bakar ve bunlarda sorun yoksa itirazı kabul eden kararını gereği için mahkemesine gönderir (CMK 252/6). İtiraz kabul edilirse hüküm veren mahkemece duruşma açılır (CMK 252/1).

Bu mahkeme duruşma açmamasına rağmen davanın esasına girmiş ve özünü öğrenmiştir. Anayasa Mahkemesi Ekim 2023 tarihinde yayınlanan kararı ile, yerinde olarak, seri muhakemedeki itirazı düzenleyen CMK 252'yi dokuz ay sonra yürürlüğe girecek şekilde iptal etmiştir.

4. HAGB kararına itiraz.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı 1 Haziran 2024 tarihine kadar itiraz yolu açıldı (bkz. No. ??). Bu tarihten itibaren verilen HAGB kararları istinafa tabidir (bkz. No. ??).

5. BAM Başsavcılığının itiraz yetkisi.

Olağan üstü kanun yollarından olan BAM Başsavcılığının itiraz yetkisi (CMK 308/A), adı itiraz olan, fakat hukuki niteliği tartışmalı olan bir kurumdur (bkz. No. ??).

6. Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının itiraz yetkisi.

Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının itirazı da aslında itiraz olmayıp, olağan üstü temyiz niteliğindedir (bkz. No. ??).

518-1. TUTUKLAMA KARARINA İTİRAZ.

I. Tutuklama kararına itirazın özellikleri.

İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir (CMK 271/4).

Tutuklama talebini reddeden hâkim kararına karşı hangi süjelerin itiraz yoluna başvurulabileceği açıklanmadan, Kanun itiraz yolunu açmıştır (CMK 101/5). Bu konuda, "kanun yoluna başvurma" ile ilgili genel hükümlerden yola çıkılabilir.

Savcı sanığın lehine veya aleyhine hareket edebileceği için, itiraz yetkisi vardır. Ancak, suçtan zarar görenin bu hâkim kararına itiraz edebilmesi için, karardan zarar görmesi şarttır (*Beschwer*). Özgürlüğü kısıtlanacak kişi, şüpheli olduğu için, suçtan zarar görenin bu karardan zarar görmediği⁴⁰⁵⁰ düşünülebilir ve şüphelinin tutuklanmasında suçtan zarar görenin menfeati bulunduğu da söylenebilir.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı *suçtan zarar gören* itiraz edebileceğine göre, daha önemli bir hukuk durumu yaratan hâkim kararı ile de zarar gördüğü kabul edilmelidir.⁴⁰⁵¹

Genel hükümler gereğince itiraz incelemesi dosya üzerinden yapılırken, tutuklama kararına itirazın sanığın hazır bulunması ile vicahi olarak yapılması gerekir. İtirazı inceleyen makamın sanığı görmesi esastır (AİHM *Ilseker-Almanya* kararı § 254).

II. Tutuklama kararına itirazın yürüyüşü.

1. Tutuklu şüphelinin salıverilme istemleri hakkındaki kararlara itiraz.

Mahkeme kararlarına itiraz edilememesi kuralının (CMK 267) istisnalarından biri de tutuklu şüphelinin adli kontrol altına alınarak (CMK 103) veya doğrudan serbest bırakılma (CMK 104) istemleri hakkında verilen kararlar açısından öngörülmüştür: bu kararlara, mahkeme tarafından da verilse, itiraz edilebilir (CMK 105).

2. Soruşturma evresinde sulh hâkimi tarafından düzenlenen yakalama emrine itiraz.

Yakalama emri soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüheliler hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkimi tarafından düzenlenir (CMK 98/1).

Ayrıca, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde de itiraz mercii tarafından yakalama emri düzenlenebilir (CMK 98/1, cü. 2).

Bu kararlara karşı, hakimlik makamı kararı oldukları için, itiraz yolu açıktır (CMK 267).

3. Kovuşturma evresinde “mahkeme tarafından düzenlenen yakalama emrine” itiraz sorunu.

Uygulamada, mahkemelerin tensip kararı ile “yakalama kararı” verdikleri görülmektedir.⁴⁰⁵² Oysa, Kanunda “yakalama kararı” adı altında düzenlenmiş bir usul işlemi yoktur. CMK 98 *yakalama emrini* düzenlemiş ve bunu belli koşullara bağlamıştır. Kanunda yeri bulunmayan bir karar verilmesi, hukuken mümkün değildir; verilirse, bunun temel hakları zedelediği açıktır.

Yakalama emri prensip olarak sadece soruşturma evresinde verilebilir (CMK 98/1). Bu kuralın birinci istisnası, CMK 98/3 maddede *kaçak sanık* açısından düzenlenmiştir: kovuşturma evresinde kaçak sanık (CMK 247) hakkında mahkemece *yakalama emri* düzenlenebilir, hatta *yokluğunda tutuklama kararı* verilebilir (CMK 248/5). Kovuşturma evresinde mahkemece *yakalama emri* düzenlenebilen

⁴⁰⁵⁰ OLG Karlsruhe, NJW 1974, 658; *Dünnebier*, LR § 114 Rdnr 63.

⁴⁰⁵¹ Karlsruher Kommentar § 115, Rdnr. 19.

⁴⁰⁵² İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi, 6.8.2010 tarihinde verdiği 2010/623 değişik iş, 2010/283 Esas nolu karar ile, İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin tensip kararıyla verdiği “yakalama kararlarına” ve ayrıca verilmiş bulunan tutuklama kararlarına karşı, toplam adedi 64 olan sanıkların yaptıkları itirazları birleştirerek incelemiş ve tek bir karar ile çözümlenmiştir. Tutuklama kararlarının ve yakalama emirlerini veren 10 uncu ağır ceza mahkemesi, itiraz üzerine, kararlarını “düzeltip düzeltmeyeceğine” CMK 268/2, incelemiş, itirazı yerinde görmeyerek, incelemeye yetkili merci olan 11. ağır ceza mahkemesine göndermiştir. İtirazları birleştirerek inceleyen bu mahkeme önce “mahkeme tarafından verilen yakalama emrine” mahkeme yakalama müzakeresi demektir” itiraz yolu kabul edilip edilmediği sorununu ele almıştır. CMK’nın itiraz sisteminde hakimlik makamına karşı her zaman, mahkeme kararlarına karşı ise kanunda açıklık bulunan hallerde itiraz edilebileceğini tespit eden mahkeme, mahkeme tarafından kovuşturma evresinde CMK 98/1 uyarınca düzenlenen yakalama emrine karşı itiraz yolunun prensip olarak kapalı olduğunu tespit etmiştir. İstanbul 11. ağır ceza mahkemesi, itiraz edilen “yakalama kararının”, aslında yürürlükten kaldırılmış olan giyabi tutuklama kararı niteliği taşıdığını, düzenlenirken CMK 100 de belirtilen tutuklama koşullarının varlığına dayanıldığını saptayarak, hakları sanık lehine getişletici bir yorum yapmış ve sözleşmenin hürriyeti bağlayıcı bir sonuç doğuran hallerde yargı yolunu açan 5/5 maddesini doğrudan uygulayarak, neticede itiraz yolunun açık olması gerektiği sonucuna varmıştır. Böylece itirazın edilmediği sorunun mahkeme CMK 98/3 de aranan “kaçak sanık olma” koşulunun mevcut bulunmadığı görüşü ile, “yakalama kararlarını” kaldırmıştır. İst. 11. Ağır ceza mahkemesinin 2010/623 sayılı kararını ilginç kılan husus, giyabi tutuklama kararının kaldırılmış olması nedeniyle, mahkemelerin yakalama kararı” adı altında kanunda yer almayan bir kurumu uyguladıklarını açıkça kabul etmesidir. Kanaatimizce, bu boşluk kanunla doldurulmalı ve giyabi tutuklama kararı yeniden yasal düzenlemeye kavuşturulmalıdır.

ikinci istisna, CMK 199/1 ile düzenlenmiştir: giyabi tutuklama kararı verilmesi prensip olarak yasaklandığı için, “duruşma başladığın sonra”, mahkemeye, ihtarlı davetiye gönderilmeksizin, doğrudan *zorla getirilme* veya *yakalama emri* verme yetkisi tanınmıştır (CMK 199). “Duruşma hazırlığında” ise, mahkemenin *yakalama emri* düzenleme yetkisi hiç yoktur; bu aşamada mahkeme sanığı duruşmaya zorla getirilme ihtarlı çağrı kâğıdı göndererek davet eder, mazereti olmaksızın gelmezse, zorla getirme kararı verebilir (CMK 176/2).

Yakalama emrinin kovuşturma evresinde verilmesi istisna olarak kabul edilen bu iki halden, kaçak hakkında mahkeme tarafından verilen yakalama emrine ve giyabi tutuklama kararına (CMK 248/5) karşı itiraz yolu açıktır (CMK 248/8). Ancak, CMK 199/1 uyarınca mahkeme tarafından verilen *yakalama emrine* karşı itiraz yolu açılmamıştır.⁴⁰⁵³

519. İTİRAZ YOLUNDA YARGILAMA MAKAMI.

I. Sulh ceza hâkimliği kararlarına itirazı inceleyen makam.

Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir (Değişik: 18/6/2014-6545/74 md. CMK 286/3-a).

Sulh ceza hâkimliğinin tutuklama ve adli kontrole ilişkin verdiği kararlara karşı yapılan itirazların incelenmesi, yargı çevresinde bulunduğu asliye ceza mahkemesi hâkimine aittir. İtirazı incelemeye yetkili mercilerin farklı olduğu hâllerde, itirazların gecikmeksizin incelenmesi amacıyla, kararına itiraz edilen sulh ceza hâkimliği tarafından gerekli tedbirler alınır. Sulh ceza hâkimliği işleri, asliye ceza hâkimi tarafından görülüyorsa itirazı inceleme yetkisi ağır ceza mahkemesi başkanına aittir (Değişik:8/7/2021-7331/24 md. CMK 286/3-b).

II. Asliye ceza mahkemesi hâkimi ve naip hâkim kararlarını inceleyen makam.

Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları ağır ceza mahkemesine ve bu mahkeme ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir (CMK 286/3-c).

Naip hâkim kararlarına yapılacak itirazların incelenmesi, mensup oldukları ağır ceza mahkemesi başkanına, istinabe olunan mahkeme kararlarına karşı yukarıdaki bentlerde belirtilen esaslara göre buldukları yerdeki mahkeme başkanı veya mahkemeye aittir (CMK 286/3-d).

III. Bölge adliye mahkemesi ve Yargıtayın esas mahkemesi olarak verdiği kararlar.

Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları ile Yargıtay ceza dairelerinin esas mahkeme olarak baktıkları davalarda verdikleri kararlara yapılan itirazlarda; üyenin kararını görevli olduğu dairesinin başkanı, daire başkanı ile ceza dairesinin kararını numara itibarıyla izleyen ceza dairesi; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler (CMK 286/3-e).

520. İTİRAZ DÂVASININ AÇILMASI.

I. İddia hakkı.

İtiraz, olağan kanun yolu olduğundan, her çeşit olağan kanun yolu dâvasını açmağa ve yürütmeğe hakkı olanlar, itiraz mahkemesinde de iddia hakkını haizdirler.

⁴⁰⁵³ Mülga CMK 250 kapsamına giren terör suçlarında da Cumhuriyet savcısı, ağır ceza mahkemesi veya başkanı, mahkeme naibi, istinabe olunan hâkim, kolluğa emir vererek, şüpheli, sanık, tanık, bilirkişi veya suçtan zarar göreni belirtilen yerde hazır bulundurmasını isteyebiliyordu. Hakimlik makamı tarafından verildiğinde, bu “yakalama emrine” karşı da itiraz yolu açıktı (CMK 267). Fakat mahkeme tarafından verildiğinde, kanunda açık bir düzenleme yer almadığı için, itiraz yoluna gidilemiyordu.

Mülga Kanunda her çeşit olağan kanun yoluna başvuramayıp sadece itiraz dâvası açabilenler de vardı. Bunlar, ceza yargılaması makamlarının bir kararı ile hakları ihlâl olunan tanık, bilirkişi ve diğer üçüncü şahıslardı (CMUK 297/2, 298/2). Ceza Muhakemesi Kanunu bu düzenlemeye yer vermediği gibi, tanık (CMK 61) ve bilirkişiye (CMK 72) ödenen giderlerle ilgili kararlara itirazı düzenlemedi. Genel hükümlere nazaran, hâkim tarafından görevlendirilen bilirkişi ücret kararına itiraz hakkına sahip olmakla birlikte, mahkemece yapılan görevlendirmelerde bu hak kabul edilmemiştir.

II. Davanın açılması.

İtiraz dâvasının açılması için, yazılı veya sözlü başvurma, iki hafta içinde kaide olarak, itiraz olunan kararı vermiş olan makama yapılır (CMK 268/1). Mülga Kanununa göre acele hallerde, yargılamayı yapacak makama da başvurulabiliyordu (CMUK 304/3). Ceza Muhakemesi Kanunu acele itirazı kaldırdığı için, incelemeyi yapacak olan makama başvurma sistemini kaldırdı.

Tutuklunun itiraz yoluna başvurması açısından, CMK 263'teki "*zabıt katibine veya tutuklu bulunduğu ceza infaz kurumu veya tutukevi müdürüne beyanda bulunmak*" usulü uygulanır (CMK 268/1).

521. İTİRAZ DÂVASININ AÇILMASININ SONUÇLARI.

I. Kararın değiştirilebilmesi.

İtiraza mahsus bir sonuç kararı veren makamın kararını kendiliğinden değiştirebilmesidir; kararı veren makam itirazı yerinde görmezse, en çok üç gün içinde, yetkili mercie gönderir (CMK 268/2).⁴⁰⁵⁴

I. İtiraz başvurusunun kabul edilmesinin sonuçları.

Kanun yolu dâvasının açılmasının sonuçları, başta muhakemeye devam olunması ve kararın yargılaşmasının önlenmesi olmak üzere, onun bir çeşidi olan itiraz dâvasının da sonuçlarıdır. Yargılamanın istekle bağlı olduğu, yani ancak aykırı olduğu ileri sürülen noktaların ele alınması gerektiği de hatırlatılmalıdır. İtiraz muhakemelerinde yargılama makamı itirazı varit görüp görmediğine karar vereceğinden, nokta-gerekçe ayrımı söz konusu olamayacaktır.

İtiraz yargılama makamı, yazılı cevap verebilmesi için itiraz dâvasını karşı tarafa bildirebilir (CMK 270). Görülüyor ki bildirmek ihtiyarîdir ve bildirmemek de mümkündür. Ancak tam bir muhakeme yapmamak için makul bir sebep olmadıkça, hâkimler bildirmeme ihtiyarî yetkilerini kullanmamalıdır.

Yargılama makamı, temyizden farklı olarak, gerekiyorsa, hukukî sorun yanında maddî sorunu da ele alabileceğinden, lüzumlu gördüğü soruşturma işlemlerinin yapılmasını emredebilir veya bu soruşturmayı bizzat yapabilir (CMK 270). Bu soruşturma dolayısı ile meselâ keşif yapılır veya tanık dinlenir. İtiraz konusunu incelerken mercii sadece dosya ile bağlı değildir. Kendisi de konu ile ilgili araştırma yapabilecektir.⁴⁰⁵⁵

Yargılama makamı, (tutuklama kararına itiraz dışındaki hallerde) uyuşmazlığı duruşmasız olarak yargılar (CMK 271).⁴⁰⁵⁶

Yargılama makamı, itirazı varit görürse, aykırı kararı islâh eder, yani itiraz konusu kararı kaldırmakla kalmaz, o kararın hallettiği meseleyi de çözer (CMK 271/2).⁴⁰⁵⁷

⁴⁰⁵⁴ Mülga Kanunda ise, sadece âdi itiraz dâvasına mahsus bir sonuç da, kararı vermiş olan makamın kararını kendiliğinden "değiştirebilmesi", yani gerilabilmesi veya düzeltilebilmesi idi. Bu imkân acele itirazda tanınmamıştı (CMUK 304).

⁴⁰⁵⁵ *Özbek* 2005, 1075.

⁴⁰⁵⁶ Bu kaidenin istisnası, teminatın irat kaydı kararına karşı acele itiraz dâvası açılması üzerine duruşma yapılması idi (CMUK 122). Kefaletle salıverme Yeni Kanunda düzenlenmedi. Duruşmasız yargılamadan maksat, her iki tarafın itiraz dâvasının konusu ile itiraz sonunda verilecek karar hakkındaki mütalâalarını sözlü bildirmemeleridir. Ancak mahkeme gerekli görürse savcüyü dinleyebilir (CMUK 302). Soruşturma işlemi olarak meselâ tanık dinlenmesinde tarafların hazır bulunması, duruşma yapılması demek değildir.

⁴⁰⁵⁷ CMUK 302. maddedeki "itirazın mevzuu olan mesele"den maksat, itiraz olunan karar yerine gereken kararı vermektir. Meselâ sonsoruşturma açılmaması kararı kaldırıldığında, sonsoruşturma açılması kararı verilir (Yüce: Tez, 70). Keza kısa hapis, gerekirse para cezasına çevrilir (5. CD 25/12/65 Çağlayan "66" I, 810), k-m: 4. CD 16/12/65 Çağlayan "66 I, 788). İtiraz konusunun esasına karar vermek, elbet, dâvanın esasına karar vermek değildir. Bu nedenden ki yargılama makamı, yetkisizlik

Yargılama makamı itirazı varit görmezse, red kararı vermekle yetinmelidir. Kanunda tasdik edeceğine dair bir açıklama yoktur. Kaldı ki tasdik tâbiri de yersizdir.⁴⁰⁵⁸ İtiraz makamının vereceği kararın gerekçeli olması gerekir. Ancak, kanun yolu mahkemelerinin ret gerekçelerinin ilk kararın gerekçesine dayanma şeklinde sathi olabileceği hatırlanmalıdır.

5) İtiraz muhakemesinde yargılama makamının kararı kesindir (CMK 271/4). Bu sebeple kararına itiraz olunan makam, itiraz merciinin kararına uymağa mecburdur. Bu uyma aynı konuda ilerde ve gerekiyorsa, yeni bir karar vermeğe kaide olarak, engel olmaz. Meselâ itiraz mercii tutuklama kararı vermişse, ilk makam, kendi verdiği tutuklama kararı gibi bunu da gerektiğinde gerialabilir. Fakat aynı gerekçe ile aynı kararı tekrar vermek⁴⁰⁵⁹ kanun yolunu kabul edişe aykırı düştüğünden caiz değildir.⁴⁰⁶⁰

İtiraz mercii kararının kesin oluşu, ilk kararı veren makam ve itiraz eden bakımlarından haklıdır. Aleyhine itiraz olunan, itiraz merciine görüşünü bildirememişse, merciin kararına itiraz edebilmelidir.⁴⁰⁶¹ Bu ilke, sadece tutuklama bakımından, 1973 de kanuna girmişti. İtiraz mercii sanığın tutuklanmasına karar verirse, itiraz⁴⁰⁶² yoluna gidilebilir (CMK 271/4).⁴⁰⁶³ Ceza Muhakemesi Kanunu ikinci istisnayı, tutuklu şüphelinin adli kontrol altına alınarak (CMK 103) veya doğrudan (CMK 104) serbest bırakılması talebi hakkında verilen kararlar açısından, CMK 105 ile kabul etti.

76. § İSTİNAF

522. İstinaf yolunun mahiyeti. 523. İstinaf yolu ve kanunlarımız. 524. İstinaf davasının açılması ve sonuçları. 525. İstinafın kaldırılması ve tekrar kabulü. 525-1. İstinaf edilebilen ve istinaf edilemeyen hükümler. 525-2. İstinaf davasının açılması. 525-3. İstinaf Mahkemesinin dosya üzerinden esası incelemesi. 525-4. İstinafta duruşma hazırlığı ve duruşma. 525-5. İstinaf mahkemesinin kararlarına karşı kanun yolu.

522. İSTİNAF YOLUNUN MAHİYETİ.

İstinaf itiraz (No. 511) gibi olağan kanunlarının bir çeşidi olan asıl derece kanun yollarından biridir. İstinafın itirazdan farkı hükümlere karşı kabul edilmiş olmasıdır. Her kanun yolunda olduğu gibi (No. 510), istinafta da önceden yapılan bir muhakeme vardır. Ancak istinaftan söz edebilmek için önceki muhakemenin tamamlanması, yani kovuşturma evresinin de yapılması ve hüküm verilerek uyuşmazlığın çözülmüş olması gerekir. İstinaf, bu hükümlerin itirazda olduğu gibi, hukuki veya maddi olabilen nedenlere kaldırılarak, yeniden bir hüküm verilmesi için açılan bir kanun yolu davasının ve bu

kararına aykırı bulursa yetki meselesini çözmekle yetinecektir. Aynı suretle, muhakemenin yenilenmesi dâvasının kabule şayan olmadığı kararına karşı yapılan acele itirazda, yargılama makamı, kabule şayan olup olmamak meselesini çözmekten başka bir şey yapacak değildir. Bu tartışmanın HAGB kararına itirazda esasa girme ile yapılan değişiklik (CMK 231/12) açısından önem taşıdığı söylenebilir.

⁴⁰⁵⁸ Bir itiraz yapılmadan yapılmışçasına yargılama yapıldığı istisnaî hallerde itirazın reddine denilemeyeceğinden ve maddî ve hukukî her bakımdan inceleme yapılabildiğinden, ilk kararın benimsendiği söylenmelidir.

⁴⁰⁵⁹ 6. CD 15/6/64, Çağlayan “66 II, 516.

⁴⁰⁶⁰ Asliye mahkemesinin meselâ mülga TCK 342 ye giriyor diye verdiği yetkisizlik kararına itiraz edildikte merci 343’e giriyor diye asliye mahkemesini yetkili görürse, asliye mahkemesi buna uyup kendini yetkili görüp yargılama yapacaktır. 342’ye giriyor diye tekrar yetkisizlik kararı veremez. Ancak yargılama sırasında bu sefer meselâ 345’e giriyor diye yetkisizlik kararı vermesine engel yoktur. Merciiin kararına uyma, sadece karar şümulü dairesinde söz konusu olabilir. Yani misâlde, ancak, yetkili görme bakımından uyacaktır. Talî bir karar yüzünden esas suçun hükümde tavsifi bakımından mahkemenin bağlanması, prensiplere aykırı düşeceğinden, düşünülemez.

⁴⁰⁶¹ 1965 Alman reformuna göre, karşı taraf dinlenmeden itirazın kabul edilmesi ve zararın devam etmesi halinde ilgili taraflar, istek üzerine veya re’sen, dinlenir ve gerekirse, karar değiştirilir (§ 311a) (*Barosio*, 214).

⁴⁰⁶² Mülga Kanunda bu itirazın acele olması için hiçbir neden yoktu, adi olmalı idi (*Tosun*, II, 192; *Yurtcan*: Değişiklikler, 93).

⁴⁰⁶³ Kanunda gidilebilir denilmişse de iki hâkime gitmiş olan kişiye, meselâ savcıya bir üçüncü yol tanımaya ihtiyaç yoktur.

dava üzerine yapılan muhakemenin adıdır. Görülüyor ki istinaf, hükümlerdeki aykırılığı *islah* (No. 294) metoduyla gideren kanun yoludur. Ayrıca İtalya ve Fransa'da⁴⁰⁶⁴ hükümden önceki kararlara karşı başvuru kanun yoluna da istinaf (*appel, apello*) denilmektedir. Bu da istinaf ile itirazın aynı nitelikte olduklarını göstermektedir.

523. İSTİNAF YOLU ve KANUNLARIMIZ.

Osmanlı döneminde laik mahkemelerin ilk kurulduğu sıralarda (No. 87) Fransa örnek tutularak istinaf yolu kabul edilmiş ve bir müddet sonra da istinaf mahkemeleri kurulmuştu. Bu kuruluş iyi işlemedi, faydalı olamadı. 1924 yılında bu yoldan vazgeçildi ve istinaf mahkemeleri kaldırıldı (No. 525). Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu olağan kanun yolları arasında itirazı, yani ara kararlar bakımından istinafi kabul etmiş fakat itirazdan farklı olarak istinafi, bir diğer söyleyişle hükme karşı itirazı kabul etmemişti. Daha sonraki dönemlerde bu mahkemelerin *üst mahkeme* adı altında tekrar kurulması yolunda bir girişim yapıldı (No. 525). Mesele mahkemenin istinaf mahkemesi adını taşıması değil gördüğü işi niteliğindedir.⁴⁰⁶⁵ Neticede 2016 yılında uygulanmaya başlayan istinaf sistemi Ceza Muhakemesi Kanununa tekrar girdi.

524. İSTİNAF DAVASININ AÇILMASI ve SONUÇLARI.

Muhtelif memleketlerde kabul edilen istinaf kanun yoluna ait hükümler çeşitli ülkelerde farklı olmakla beraber, istinaf davasının açılması ve sonuçları şöylece özetlenebilir:

1) Kanun yolu davası açılması ve sonuçları hakkındaki genel hükümler (No. 514) burada da uygulanır: a) Hükümün kesinleşmesi önlenir (No. ??). b) Dava bir üst mahkemeye aktarılır (No. ??).

2) İstinaf muhakemesinde taraf makamlarını işgal edenler, ilk muhakemedekinden farklı makamları işgal edebilirler. İlk muhakemede müdafaa makamında olanlar, istinaf davasını açmakla, *davacı* durumuna geçip iddia makamını işgal edebilirler. Diğer taraftan ilk muhakemede birden fazla sanık olabildiği halde istinaf muhakemesinde hepsi bulunmayabilir. Sanıklardan hangileri istinaf etmişse, istinaf muhakemesinde ancak onlar iddia makamında olacaktır. Savcılık istinaf etse dahi, istinaf sebebine göre, yine sanıklardan bazısı istinaf muhakemesinde görev sahibi olabilir. İlk muhakemedeki birleştirmenin istinafta devam etmesi zaruri değildir. İstinaf mahkemesinin verdiği hükmün, istinaf etmeyen sanıklara teşmili mümkündür (CMK 280/3).

3) Türk Hukukunda *atlamalı temyiz* yoktur. Buna karşılık, önce istinaf, sonra temyiz davası açmaya hakkı olanın istinaftan vazgeçip doğrudan doğruya temyiz davası açması Almanya'da kabul edilmiştir (StPO 335).

4) Jürili mahkemelerde verilen hükümlere karşı istinaf yolu genellikle kabul edilmemektedir.⁴⁰⁶⁶

5) Türk Hukukunda ağır cezalık dahil, ilk derece mahkemelerinin büyük çoğunluğu bakımından istinaf yolu açılmıştır (CMK 272/1). Buna karşılık Almanya'da olduğu gibi bazı ülkelerde, yalnız asliye mahkemelerinden verilen hükümlere karşı istinafin kabul edildiği, ağır cezalık suçlarda istinaf yolunun kabul edilmediği vardır.

6) Bizde istinaf muhakemesi çok defa yazılı olarak cereyan eder fakat duruşma yapılmasına bir engel yoktur (CMK 280, 282). Almanya'da ise istinafta duruşma tekrarlanır.

7) Sanığın yokluğunda duruşma kabul edilebilir.

⁴⁰⁶⁴ Fransızların *opposition* dedikleri asıl derece kanun yolu olmayıp *karşı gelmedir* (No. 428). Sanık karşı gelmekle yokluğunda yapılan duruşma sonunda verilen kararı ortadan kaldırır ve yeni bir duruşma sağlar. Karşı gelinmekle o kadar verilmemiş sayılır (CPPF 489).

⁴⁰⁶⁵ İstinaf kabul etmemek, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine aykırı değildir. İnsan Hakları Sözleşmesine eklenen 7 numaralı protokol da suçluluk ve mahkûmiyet kararlarına karşı üst mahkemeye başvurmayı kaide olarak insan haklarından saymış, bu yolun temyiz veya istinaftan biri olabileceğini kabul etmekle de sadece hukuki bakımdan kanun yolu ile yetinilmesini insan haklarına aykırı bir davranış olarak görmemiştir.

⁴⁰⁶⁶ İtalya 1951 de jürili daha doğrusu halktan hakimlerin de katıldığı ağırceza mahkemeleri kararına karşı halktan hakimlerin katıldığı istinafi kurmuştur. (CPPI 513)

8) İstinaf mahkemesi, ceza davasına konu olan uyuşmazlığın gerek hukuki, gerekse maddi meselelerini ikinci defa ele alabilir. Temyizde ise sadece hukuka aykırılık tartışması yapılabilir.

9) İstinaf muhakemesi sonunda ya istinaf davası reddedilir yahut ilk hükümde hata bulunduğu tespit edilirse, bu hüküm islah edilir. Red halinde ilk kararın benimsendiği de söylenebilir. Fakat her halde, *confirmation* karşılığında *tasdik* denilmesi isabetsizdir (No. 542).

525. İSTİNAFIN KALDIRILMASI ve TEKRAR KABULÜ.

Memleketimizde 1876'dan 1924'e kadar uygulanan ve '*beklenen faydayı vermiyor, işleri uzatıyor*' diye kaldırılmış ve 2016'da tekrar uygulanmaya başlamış olan istinafin tekrar kabul edilmesinin taraftarları ve aleyhtarları vardır.⁴⁰⁶⁷

İstinaf taraftarlarının tezleri şöyle özetlenebilir: a) Tarihin her devrinde adli teşkilatı ileri ve gelişmiş olan memleketlerde istinafa rastlanmaktadır. b) İstinaf bugün de hemen her memlekette vardır. c) İlk mahkemeler tesir altında kalabilir. ç) İstinafta mesai belli noktalarda teksif olunabilir. d) İstinafin mevcudiyeti ilk mahkeme hakimlerini dikkate sevkeder. e) Bir uyuşmazlığın iki kere halledilmesi, daha isabetli karar verilmesini sağlar. f) İstinafin mevcudiyeti Yargıtay'ın işini azaltır. g) İstinaf mahkemelerinin daha fazla sayıda hâkimden teşekkül etmesi sanık için bir teminattır.

İstinaf aleyhtarlarının tezlerini şöyle özetleyebiliriz: a) İstinaf ilk defa, feodalitenin yıkılması sırasında ortaya çıkmıştır. Krallıkların kuvvetlenmesi için kral mahkemelerinin yetkisinin artması lazımdı. Paris Parlamentosunun teşekkülünün sebebi budur. Zamanla vilayetlerde de parlamentolar kuruldu. Bunlar yetkilerini senyörlerden değil, kraldan alıyordu. Görüldüğü gibi, istinaf Orta Çağda, hukuki değil siyasi maksatlarla kurulmuştu. b) İstinaf her memlekette yoktur. Olanlarla da tarihi ve siyasi zaruretlerle kabul edilmiştir. Bugün ilgası yolunda kuvvetli bir cereyan vardır. Fakat tarihi gelişimi olan bir müessese olduğundan, demokratik rejimlerde, hatta otoriter rejimlerde kolayca ortadan kaldırılamamaktadır. Nitekim 1930 İtalyan Kanununun gerekçesinde, istinaf müessesesinin ilmen izahı kabil olmadığı halde halkın bir teminat telakki etmesi sebebi ile bu müessesenin muhafaza edildiği belirtilmişti. c) İstinaf mahkemesi hakimleri de tesir altında kalabilir. Mesele hiçbir hâkimin tesir altında kalmamasını sağlamaktır. ç) İstinafta mesainin teksif edildiği her zaman doğru değildir. İstinafin, tam olmadığı hallerde, belli noktalara inhisar etmesi, belli belli noktaların incelendiğini gösterir, fakat bu noktaların daha fazla dikkatle incelendiğini ifade etmez. d) İstinaf mahkemesinin denetlemesinin, ilk mahkemeleri dikkatli harekete sevketmesi ihtimali kadar, '*nasıl olsa bir daha incelenecek*' diye dikkatsizliğe sevketmesi ihtimali de vardır. e) Uyuşmazlığın iki defa ayrı ayrı halledilmesinin teminat olduğu doğrudur. Derecenin kabulü, hükmün daha kollektif olarak verilmesini, hükmün daha objektif, daha gayrı şahsi olmasını sağlar. Ancak, bütün bu faydalarına rağmen istinaf genel bir yol olarak gözükmemektedir. Başta Almanya olmak üzere, birçok ülkede hafif suçlardan dolayı verilen hükümler aleyhinde istinaf kabul edilmekte, ağır suçlardan dolayı sadece temyiz yolu bulunmaktadır. Keza jürili mahkemelerde verilen hükümler aleyhinde istinaf yolu yoktur. Fransa'da da ağır ceza mahkemelerinin hükümlerine karşı sadece temyiz yolu vardır. f) İstinafin mevcudiyeti Yargıtay'ın işini bir ölçüde azaltır. Fakat sırf Yargıtay'ın işini azaltmak için başka çareler de vardır. İlk mahkemelerden ne kadar isabetli karar çıkarsa Yargıtay'ın işi o kadar azalır. Yargıtay ne kadar isabetli ve gerekçeli karar verirse, uymayanlar azalacağından Yargıtay'ın da işi azalır. Yargıtay kararları devamlı ve sistemli bir şekilde neşredilirse, Yargıtay kararlarına uygun kararlar çoğalacağından

⁴⁰⁶⁷ *Taner* (s. 31) ve *Şensoy* (İstinaf, İHFM, 46, IV), istinafin lehinde; *Kantar* (Açılış dersi, AHFM, 53, s. II) ve *Erem* (n.317); *Kuru* (İstinaf mahkemeleri kurulurken, AdD 63, 548) aleyhindedir. Belirtmek gerekir ki mesele çok defa ortaya yanlış konulmuştur. Mesele istinafa taraftar olmak veya olmamak değil, istinaf tekrar kabul edilebilir mi, edilmez mi meselesidir. *Yenisey*, *Ceza Muhakemesi Hukukunda istinaf ve tekrar kabulü sorunu* başlıklı, doktora tezinde (İstanbul 1979) her ilçede asliye mahkemesinin bir dairesi olacak istinaf mahkemesine hafif ve orta ağırlıktaki suçlarda basitçe tutulacak bir ilk muhakeme sonunda başvurulabilmesini, ağır suçlarda ise, ilk muhakemenin yoğun bir şekilde yapılmasını, bunlara karşı, sadece temyiz yoluna gidilmesini, fakat maddi bakımdan denetleme gereği ile temyiz yolunun *genişletilmesinin* önermiştir (s. 238). Almanya'daki reform çalışmaları bu yöndedir. Gerçekten 1971 de başlayan çalışmalar sonunda 1975 de hazırlanan ve doktrin tartışmasına açılan kanun yollarında reform tasarısı, sonkararlara karşı sadece *Urteilsrüge* adlı *genişletilmiş temyiz* niteliğinde bir yol önermektedir (*Ries*; 658). İstinaf kurulması yerine temyiz yolunun genişletilmesi tezi (Bkz. *Yenisey*: İstinaf, 62) hiç de yabana atılacak gibi değildir, tartışılmaya değer. Her halde bu tezin pratik avantajları inkâr edilemez. Bir kere bugünkü uygulamamıza uygundur. Sonra, Yargıtay hakimlerden istinaf hâkimi olarak yararlanmanın güçlüğü burada söz konusu değildir.

Yargıtay'a başvurular azalır. Diğer taraftan istinafin kabulüne rağmen yine bir kısım hükümlere karşı temyiz davası açılacaktır. g) İstinaf mahkemesinin birden fazla sayıda hâkimden teşekkül etmesinin de bir teminat olduğu doğrudur. Fakat ilk mahkemelerin bir kısım hükümleri kesin nitelikte olup temyiz yolu kabul edilmeyeceğine göre, bunlarda da teminat aranması lazım değil midir? İlk derece mahkemelerini ıslah eder, toplu ve teminatlı bir hale getirirsek, ikinci derece teminatından vazgeçmek o kadar mahzurlu olmaz.

Kanaatimizce, bir uyuşmazlığın bütünü ile, yani hem maddi (fiili) hem hukuki mesele olarak, bir üst mahkemede çözülmesi bir teminattır. Önemli olan, bu teminata ihtiyaç duyulup duyulmadığıdır. İhtiyacın dereceleri vardır. İhtiyaç arttıkça, onu elde etmemek için yapacağımız fedakarlığın pahası, yani bedeli de orantılılık ilkesi (No. 361) gereği olarak artar. İstinafa ihtiyacın varlığı ve derecesi muhakeme hukukunun çeşitli dallarında farklıdır. Muhakeme kanunlarının birleştirilmesi yolundaki dileğimiz (No. 10), ortak noktalar bakımından olup, muhakeme hukukunun her dalının, her noktasının aynı biçimde düzenlenmesi söz konusu olamayacağına göre, farklı özelliklere göre farklı düzenlemeler yapılması doğaldır. Bu nedenle *maddi olayın belirlenmesi* ile görevlendirilen istinaf muhakemesi, duruşmanın özelliklerine göre muhakeme hukukunun farklı dallarında farklı şekillerde düzenlenebilir. Maddi meselenin çözüldüğü *duruşmanın sözlülük ve vasıtasızlık ilkelerinin* en geniş olarak uygulandığı ceza muhakemesinde bu dalın özelliklerini de göz önünde tutmak gerekir.

İstinafın davaları uzattığı bir gerçektir. Bu sakınca, istinaf için ödenecek bedel demektir. Bu bedel, istinaf ihtiyacının derecesi ile orantılı olmalıdır. Bu nedenle, ceza muhakemesinde istinaf davaların önemine göre kabul edilmeli, edildiklerinde de gerekiyorsa davasına göre farklı düzenlenmelidir. *Klasik istinafta* ilk verilmiş olan hüküm yok sayılır ve yepyeni bir muhakeme yapılır. Sonradan ortaya çıkan *dar anlamda istinafta* ise bütün delillerle tekrar doğrudan doğruya temas kabul edilmemiştir.⁴⁰⁶⁸ Bizce istinafin hangi davalarda kabul edileceği, kabul edilenlerde de duruma göre onun hangi çeşidine başvurulacağı sorunları üzerinde durulup tartışılmalıdır. İstinaf konusundaki tartışmalarda Almanların 1975 de yayınladıkları kanun yolu reformu tasarısı ile istinaf ve temyiz yerine geçmek üzere önerdikleri ve hala tartıştıkları *genişletilmiş temyiz* yolu da büyük önem taşır.⁴⁰⁶⁹ Ceza Muhakemesi Kanunu da klasik istinaf kavrumunu değil, bir tür genişletilmiş temyiz niteliği taşıyan bir istinaf sistemi kabul etmiştir.

Ülkemizde 2016 yılından beri *dar anlamda istinaf* uygulanmasına rağmen, Yargıtay'ın bugün hukuki derece olma görevini aksatacak biçimde, adeta bir istinaf mahkemesi gibi, hatta öğrenme muhakemesi yapmadığı için, ondan çok daha kötü bir durumda olarak, olay mahkemesindeki duruşmada ortaya konmuş olan beyan delillerinin, çok defa dosyaya yarım yamalak geçmiş metirlerine dayanarak olayı belirlemesi hatalı bir yaklaşımdır. Bu nedenle, ağır cezalı suçlarda istinaf yolunun kapatılması gibi, muhakemelerin aşırı derecede uzamasını önleyecek tedbirler alınması şartı ile, diğer maddi imkanlar da gerçekleşir gerçekleşmez⁴⁰⁷⁰ *klasik istinaf* türü bir kanun yolunun kabul edilmesinden⁴⁰⁷¹ yanayız.⁴⁰⁷²

⁴⁰⁶⁸ Tafsilat için Bkz. *Yenisey*: İstinaf, s. 58-66.

⁴⁰⁶⁹ *Yenisey*: Temyizin genişletilmesi sorunu. İHFM 52, 1987, 1-4, s. 117-143

⁴⁰⁷⁰ İmkân yok diye işi kendi haline bırakmamak ve imkanları sağlamaya çalışmak lazımdır. Yoksa daha çok zaman istinaftan mahrum kalırız. Yargıtay Birinci Başkanı Recai Seçkin, 1963-64 Adalet yılını açarken, üst mahkemeler kurulması konusunda şöyle demişti: "Bütün bu açıklamalar özetlenirse, kurulacak üst mahkemelerin daire sayısının ihtiyacı karşılamaktan az olması, gerçekten yetenekli üst hakimlerin yeter sayıda bulunmasının bugün dahi şüpheli olması ve mahkemelerin birbirini tutmayan birçok kararlar vererek birçok eşitsizlikler yaratması tehlikesi yüzünden, bugün için, bunları kurmaktan büyük zararlar doğacağı sonucuna varmaktayız. Üst mahkemelerin kurulması için her şeyden önce yapılacak olana göre veya on yıl içinde yeter sayıda hâkim yetiştirilmesi, bu mahkemeler için gerekli binaların ve araç ve gereçlerin en küçük bir eksiğe yer bırakmamak üzere vaktinden önce sağlanması, bütün mahkemelerin kararlarının uzaman kişilerce sınıflandırılması ve fişlere geçirilerek yayınlanması için gerekli yetiştirilmiş adamların ve gereçlerin el altında bulundurulması şarttır. Ancak bu şartlar hakkıyla yerine geldikten sonradan ki üst mahkemeler kurulabilir ve gerek Devlet gerek yurttaşlar bunlardan gerçekten faydalanabilirler. Birinci Başkan Ahmet Coşar'da, her şeyden önce altyapı sorunu olan bu konuda gerekli planlamalar uzun vadede yapılmadan istinafi kurmanın yaradan çok zarar getireceğini belirtmiştir (1987-88 Adalet yılı açış konuşması. YD87/4, s. 390).

⁴⁰⁷¹ Nitekim kabul edildiği vardır. Mesela Denizde Zabıt ve Müsadere Kanunu (40-3394), istinaf incelemesini öngörmektedir (m. 90). Keza Bölge İdare Mahkemeleri de itiraz adı altında istinaf yargılaması yapmaktadırlar (BİMK 8.a.).

⁴⁰⁷² Bu gerçek 1985 de Adalet Bakanlığınca hazırlanan Üst Mahkemeler Kanunu Tasarısı hakkında görüşünü açıklayan Yargıtay tarafından, *istinafin yokluğu Yargıtayı da öz amacı doğrultusunda işlemez duruma sokmuştur*, biçiminde dile

Zira bugünkü Yargıtay maddi meselelerle uğraşmaktan hukuki meselelere yeteri kadar vakit ayıramamakta, Yargıtaylığı tam yapamamaktadır (No. 526).⁴⁰⁷³

Bizce ülkemizde halen uygulanan istinaf sistemi aleyhindeki en önemli husus, Türk Ceza Kanunundaki bazı suçların temyiz yolu ile Yargıtayın önüne gitmesine olanak vermemesidir. Zira CMK 286'daki düzenleme nedeni ile ceza davalarının büyük bir çoğunluğu istinafta sonuçlanmakta ve temyiz yolu kapanmaktadır. İçtihat birliğinin sağlanması için öngörülen mekanizmalar yetersiz kalmıştır. Klasik istinaf sisteminin uygulanmaması ve ağır cezalı suçlarda da istinafin kabul edilmiş olmasını eleştirmekle birlikte, Hukuk Devletinin garantisi olarak gördüğümüz *maddi meseledeki hatanın giderilmesi* ihtiyacını önemseydiğimiz için, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamış olmasına seviniyor ve 2016-2023 yılları arasındaki performansını kutluyoruz.

İstinafta yargılamanın, ilk yargılamayı yapandan başka bir yargılama makamı tarafından yapılması gerektiği için Bölge Adliye Mahkemeleri kurulmuştur (No. 89, II). *Klasik istinaf* kanun yolunda, esas mahkemesi tarafından verilen hüküm, yeni bir olay yargılaması⁴⁰⁷⁴ yapılarak hem maddi hem de hukuki mesele⁴⁰⁷⁵ yönünden incelenir⁴⁰⁷⁶ ve hata tespit edilirse, ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş olan hüküm bozularak kaldırılır ve yeni hüküm verilir. İstinafin en önemli özelliği *maddi meselenin tekrar incelenmesidir* ve doğru karar verilmesi açısından bundan vazgeçilemez. İlk derece mahkemesi maddi meselede bir hata yapmışsa, bu hatanın temyizde ortadan kaldırılması olanaksızdır. Zira Yargıtay'ın delillerle tekrar temasa geçerek maddi meseleyi denetleyebilmesi imkansızdır. Ceza Muhakemesi Kanunu ise klasik anlamda bir istinaf kabul etmemiş, maksada uygunluk gerekçeleri⁴⁰⁷⁷ ile, *dar anlamda istinaf* veya hatta genişletilmiş temyiz niteliğinde bir kanun yolu kurgulamıştır.⁴⁰⁷⁸

525-1. İSTİNAF EDİLEBİLEN VE İSTİNAF EDİLEMİYEN HÜKÜMLER.

I. İstinaf edilebilen hükümler.

1. İlk derece mahkemelerinin verdiği hükümler.

Kanunda gösterilen istisnalar (aşağıda II) saklı olmak koşulu ile, ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere karşı istinaf yolu açıktır (CMK 272/1). Diğer kanunlarda *temyiz edilebileceği* veya *Yargıtaya*

getirilmiştir. Yargıtay, amaçla sonucu birbirinden ayırmak üzere, Yargıtay'ın işini azaltmak için değil, güvenceli adalet sağlamak için yeni bir tasarı hazırlamıştır (YD 1985/4 447,455).

⁴⁰⁷³ Önceleri biz de faydasından çok mahzuru olacağından korkarak istinafin aleyhinde bulunmuştuk (Kunter: İstinaf mahkemeleri kurulması kararlaşırken, Cumhuriyet, 16/11/1952). Maddi meselelerin ilk mahkemelerde tatmin edici bir şekilde halledilemediğini, Yargıtay'ın bu sahadaki kaçamak kontrolünün yetmediği gördüğümüzden, imkanlar hasıl olunca, istinaf mahkemelerinin kurulmasını temenni etmekteyiz. Yargıtay'ın işlenen suçların artması dışında, 1) temyiz sebebi olan hukuka aykırılığın, hukuk normu dışında kalan tecrübe kaidelerine aykırılığı da içine alacak biçimde yorumlaması ve dosyanın verdiği imkanlara dayanılarak serbest değerlendirme yetkisinin de denetlenmesi ihtiyaçlarını karşılama zorunluğu (No. 526) ile 2) başta hukuki - maddi mesele ayırımı hiçe sayarcasına yapanlar (No. 528) olmak üzere isabetsiz uygulamalarla (örneğin No. 193, 287, 455, 462, 529, 523, 540) da işlerin artması yüzünden kuruluşu gittikçe ve aşırı şekilde büyümüştür. İstinaf mahkemeleri kurulduktan sonra Yargıtay sadece hukuki meselelere baksa ve sadece ileri süren sebeplerle bağlı kalsa idi (No. 534, 541), mevcut kadronun dörtte biri yetecekti. Fakat Yargıtay eski alışkanlıkla maddi meseleyi de incelemeye devam etmektedir (No. ??).

⁴⁰⁷⁴ Öztürk 2009, 570.

⁴⁰⁷⁵ Fiilin sanık tarafından işlenip işlenmediği, fiilin suç teşkil etmediği, nasıl muhakeme yapılacağı ve fiile hangi cezanın verilmesi gerektiği. Eğer bu iki mesele; yani maddi ve hukuki meselenin kanun yolu mahkemesi tarafından incelenmesi kabul edilmiş ise, bu kanun yoluna verilen isim istinaftır. İstinaf ile temyizi birbirinden ayıran en önemli özellik, temyizde delillerle temas edilerek öğrenme muhakemesi yapılamamasına karşılık, istinafta gerektiğinde delil de incelenerek esas hakkında yeni bir karar verilmesidir.

⁴⁰⁷⁶ Yeni Ceza Adalet Sistemimize Haziran 2005 de yeniden giren istinaf, önce mahkemelerinin kurulması için 2 yıl ertelendi (2004-5235, geçici madde 2). Sonra da uygulanması geri bırakıldı (2005-5320, m. 8/1). Neticede hakimlerinin Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından atanması aşamasına kadar geldi, fakat Haziran 2016 tarihi itibarı ile, hakimlerin atanması yapılarak faaliyete geçti. Buna rağmen, daha önce temyizinin elinin değdiği davalarda mülga CMUK'un temyize ilişkin hükümlerinin uygulanması devam etmektedir.

⁴⁰⁷⁷ Amaç, teminata zarar vermeksizin sistem içindeki davaları adil yargılama ilkeleri çerçevesinde sistem dışına çıkarmak veya esas hakkında karara bağlamaktır.

⁴⁰⁷⁸ Öztürk (2009, 573), yerel mahkeme ile istinaf mahkemesinin kabul kararları ve istinaf mahkemesinin esas hakkındaki kararları şeklinde üç filtre olduğunu belirtmektedir.

başvurulabileceği belirtilen ve konusu itibarıyla Bölge Adliye Mahkemesinin görev alanına giren hükümler hakkında da kural olarak *istinaf* yolu uygulanır (CMK 285). Temyiz edilebilen *hüküm türleri* hakkında açıklama için temyiz bahsine bakınız (No. 531). Hükümden önce verilip, hükme esas teşkil eden ve başkaca kanun yolu öngörülmemiş mahkeme kararlarına karşı da hükümle birlikte istinaf yoluna başvurma yolunu açıklar (CMK 272/2). Bu başvuru talep üzerine açılmaktadır.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararları da istinaf edilebilir.⁴⁰⁷⁹

Ceza Muhakemesi Kanunu hüküm konusunda düzenleme yaparken, *güvenlik tedbirine* hükmeden kararın, *hüküm* olduğunu açıkça düzenlemiştir (CMK 223/6). Bu nedenle, güvenlik tedbiri⁴⁰⁸⁰ kararı için istinaf yolu açıktır.⁴⁰⁸¹ Buna karşılık, sadece eşya veya kazanç müsaderesine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlara karşı temyiz yolu kapalıdır (CMK 286/2-f).

CMK 223/3-a ile yapılan düzenleme ile yaş küçüklüğü, *akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması durumunda* bunlar beraat kararı mahiyetinde olan *kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı* verilebilir ve bu karar *hüküm* sayıldığı için, istinaf edilebilir. Temyiz edilemeyen kararlar (CMK 286/2) arasında sayılmadığı için, bu kararın temyiz edilmesi de mümkündür.⁴⁰⁸²

Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunur (CMK 223/6). Bu nedenle, sanığı suçlu bulan kararlar, güvenlik tedbirine hükmedilsin⁴⁰⁸³ veya edilmesin⁴⁰⁸⁴, mahkûmiyet hükmü (CMK 223/1) niteliğinde olduklarından istinaf edilebilir (CMK 272/1).

Müsadere kararının infazı ile ilgili olarak 2024 yılında yapılan değişikliğe de dikkat çekmek isteriz. Açıklanması geri bırakılan hükümün sanık hakkında hukuki sonuç doğurmaması kuralına istisna olarak, müsadereye ilişkin hükümler saklı tutulduğu için (CMK 231/5, cü. 3), bunlar istinaf edilebilir.

2. Hükümden zarar görme koşulu.

Yargılama makamı tarafından verilen bir karar süjenin hukuki durumunda aleyhe bir değişiklik meydana getirmemişse, bu süje karardan zarar görmemiştir. Örneğin suçu işlemediği sabit olduğu için beraat kararı verilen sanığın daha iyi bir karar alması söz konusu olmayacağı için, hükmü istinaf etme yetkisi yoktur. Buna karşılık, fiil suç teşkil emediği için beraat kararı verilmişse, sanığın suçu işlemediğini ortaya koymakta yararı vardır, beraat kararını istinaf edebilir. Bir aykırılığın önemli sayılıp sayılmayacağı, iki taraf da göz önünde tutularak çözülebilecek bir sorundur. Ceza muhakemesi söz

⁴⁰⁷⁹ Kanuna HAGB düzenlemesi girdiği sırada, Kanunda *hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına* karşı itiraz yolu kabul edilmiş (CMK 231/12), fakat *asıl ceza davasına ilişkin olarak verilen mahkeme hükümleri* hakkında hangi kanun yolunun uygulanacağı konusunda kanun suskun kalmıştı. Yargıtay bunun üzerine, açıklanması geri bırakılan hükümün istinaf edilemeyeceğine karar vermişti. Anayasa Mahkemesi ise, HAGB kararına karşı kabul edilen itiraz yolunun etkin bir güvence sağlamadığı gerekçesi ile önce 2022 yılında CMK 231/12'deki *itirazı* iptal etti. Kanun koyucunun bu iptal kararına acele bir cevap vererek yaptığı yeni düzenleme de yeterli görülmedi ve bu sefer 2023 yılında HAGB kurumu tümü ile, Temmuz 2024'te yürürlüğe girecek şekilde iptal edildi. Kanun koyucu bunun üzerine 2024-7499 sayılı Kanun ile CMK 231/12'ye *istinaf yoluna açan bir düzenleme* yerleştirdi. Bu konudaki ayrıntılar hükümün açıklanmasının geri bırakılması bahsinde (No. ??) ele alınmaktadır.

⁴⁰⁸⁰ Yanlış olarak "ehliyetnamenin gerialınması" veya yeni kanunda olduğu gibi "sürücü belgesinin gerialınması" denile gelen müeyyide (KTK 53-6085" "61-232" m. 60. E; KTK 83-218 m. 118, 119) emniyet tedbiri olmayıp fer'i cezadır.

⁴⁰⁸¹ Mülga Kanunlarımızda *emniyet tedbiri* denilen, şimdi ise *güvenlik tedbiri* diye adlandırılan *güvenlik tedbiri muhakemesi* sistemli bir şekilde ele alınmadığından, meselâ beraat kararı yerine çok defa başka adli bir karar verilmekte idi.

⁴⁰⁸² Mülga TCK 54 ile verilen, küçüğün farkı ve mümeyyiz olmaması sebebine dayanan "ceza tertibine mahal olmadığı kararı" (3. CD 14/943 esas 4102) ile mülga TCK 53 ile verilen "Koğuşurma yapılmasına ve ceza tertibine mahal olmadığı kararı"nın (CGK 4/5/87 YKD 88/1 95) temyiz edilebileceği kabul olunmuştur.

⁴⁰⁸³ K-m: 1. CD 23/1/54 (Çağlayan "66 III, 86); 2. CD 14/5/49 (Çağlayan "66" III, 91); 4. CD 14/2/69 Alicanoğlu 510; 6. CD 8/5/71 RKD 71, 56.

⁴⁰⁸⁴ 4. CD 8/5/68 İKİD 68, 6214.

konusu olduğunda, zararın hem müdafaa makamındaki sanık hem de iddia makamındaki suçtan zarar gören fert, hem de Devlet bakımından az çok önemli olması aranacaktır.

II. İstinaf edilemeyen hükümler.

1. Adli para cezasına mahkûmiyet hükümleri istinaf edilemez.

Sonuç olarak belirlenen *onbeş bin*⁴⁰⁸⁵ Türk lirası dahil adli para cezasına mahkûmiyet hükümleri istinaf edilemez (CMK 272/3-a).⁴⁰⁸⁶ 7 numaralı Protokol çok hafif suçlarda kesinliğe cevaz verdiği için, onbeş bin liraya kadar adli para cezalarında istinaf yolunun kapatılması İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine aykırı değildir.⁴⁰⁸⁷

Ancak, bu kuralın Sözleşmeye aykırı düşmemesi için bazı şartların gerçekleşmiş olmasını aramak gerekir.⁴⁰⁸⁸ Bu nedenle, Hapis cezasından çevrilen adli para cezaları bu kuralın istisnasını oluşturur.

2. İstinaf edilemeyen beraat hükümleri.

Üst sınırı *beşyüz*⁴⁰⁸⁹ günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren⁴⁰⁹⁰ suçlardan verilen beraat hükümleri (CMK 272/3-b) ile, verildiğinde kesin nitelikte olan hükümlere (CMK 272/3-c) karşı istinaf yolu kabul edilmemiştir.⁴⁰⁹¹ Burada dikkat edilecek nokta, bu kararın verildiği *suçun temel cezasının yukarı haddinin* gerçekten, sınır olarak belirlenen beş yüz günü geçmemiş olmasıdır.⁴⁰⁹² Ancak, buradaki para cezasının hapse çevrilmemesi gerekir. Çevrilirse istinaf yolu açılır.

Sonuçta ceza verilmediği için, aynı düzeyde olan *ceza dâvasının düşmesi kararı*⁴⁰⁹³ ile benzeri kararların da beraat kararı gibi kesin olarak verilebilmeleri yorumla kabul edilmelidir.

Hürriyeti bağlayıcı ceza gerektirmeyen veya gerektirmediği sayılabilen suçlardan dolayı verilen para cezalarında kanun yolu tanımaması İnsan Haklarına aykırı sayılmadığına göre (yukarıda 1), beraat

⁴⁰⁸⁵ 2024-7499 değişikliği öncesi *üçbin* idi.

⁴⁰⁸⁶ Mülga CMUK döneminde temyiz bahsinde yer alan bu kural istinafa aktarılmıştır. Belirlenen para cezasının hapis cezasından çevrilmiş olmaması gerekir. Hapis cezası söz konusu olduğunda kişi özgürlüğü kısıtlandığı için, kanun yolunun kapatılması insan hakkı ihlali oluşturur. CMUK taki kuralda hapisten çevrilen adli para cezaları da temyiz edilmeyordu. Bu hüküm Anayasaya aykırı görülerek, iptal edilmesi için dava açıldı ve Anayasa Mahkemesi CMUK 305/2 nin birinci bendini, 7 Ekim 2010 da yürürlüğe girmek üzere, 23 Ekim 2009 tarih ve K. 2009/114 sayılı kararı ile iptal etti.

⁴⁰⁸⁷ Hürriyeti bağlayıcı ceza gerektirmeyen çok hafif suçlardan dolayı verilen veya bizim yorumumuza göre seçimlik cezalandaki hürriyeti bağlayıcı cezayı vermeyen mahkûmiyet kararlarına karşı temyiz ve istinaf yollarının tanınmaması İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine aykırı değilse de, kanun yolu tanınmayacak mahkûmiyet kararlarının tâynini 7 numaralı Protokol elbet kanun koyucuların keyfine bırakılmış değildir. Sanığa teminat tanımak amacı ile hangi hallerde kanun yolu tanımak gerektiği, Ceza Muhakemesi Hukuku'nun esasları gözönünde tutularak tâyin edilmelidir. Bu açıdan bakıldığında, "çok hafif suç" terimine sadece kabahatlerin girdiği söylenemiyebilecektir.

⁴⁰⁸⁸ Suçun çok hafif sayılması için öngörülen cezanın hürriyeti bağlayıcı ceza veya hapis cezasından çevrilen para cezası olmamasından fazla olarak, mahkûmiyet kararı ile verilen para cezalarının belli bir sınırı aşmaması da aranmalı, aranan sınır paranın değeri düştükçe ele alınmalı ve yukarı sınır yeniden belirlenmelidir.

⁴⁰⁸⁹ 2024-7499 sK adli para cezasına mahkûmiyette üçbin olan miktarı onbeş bine çıkartırken, beraat hükümlerindeki beşyüz gün sınırına dokunmamıştır.

⁴⁰⁹⁰ Burada, *gerektirenden* maksadın temel-ceza olarak kanunun öngörmesi olduğu, hürriyeti bağlayıcı cezanın seçimlik olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezanın mahkemece seçilmemesi halinde *gerektirmeyen* sayılabileceği hatırlanmalıdır.

⁴⁰⁹¹ Bu kural mülga CMUK'ta da vardı: Yukarı sınırı **on mily**on lirayı geçmeyen para cezasını gerektiren bir suçtan dolayı verilen beraat kararları da temyiz olunamıyordu (CMUK 305/2). Tazmini para cezalarında istenilen miktara bakılmakta idi (7. CD 9/3/74 RKD 74, 80).

⁴⁰⁹² Eğer suçun mahkemece yanlış tavsif edildiği, kanuna uygun tavsife göre suçun kanun yolu bakımından çok hafif sayılamıyacağı, meselâ hürriyeti bağlayıcı ceza gerektirdiği veya öngörülen para cezasının sınırı aştığı istinaf sebebi olarak ileri sürülürse, vasıftaki bu yanlışlıklar kesinlik şartının gerçekleşmediğini göstereceğinden istinaf edilebilirlik kabul edilerek bu iddia incelenmelidir. Nitekim temyiz uygulaması bakımından bu yolda uygulamaya yapılıyordu. Ceza Genel Kurulu, 30/9/1935 tarihli eski bir kararında (1935 Temyiz Kararları. Ceza Kısmı, s. 101) kanunda kesin diye gösterilen kararın suç vasfı itibariyle temyiz kabiliyeti olduğunu, savcının uygulanan madde ve verilen ceza bakımlarından temyiz etmediği gerekçesi ile (temyiz edilemezliğin sadece bu iki bakımdan olacağı tartışmasız imiçsesine) kabul etmişti. 15/2/1965 tarihli kararında ise, oldukça zengin gerekçe çeşitlerine dayanmıştı.

⁴⁰⁹³ CGK 28/6/74 RKD 74, 68.

kararlarındaki aykırılıkların savunma tarafı için olduğu kadar iddia tarafı için de göz yumulabilecek nitelikte sayılarak kesinlik kabul edilebileceği açıktır.

3. Kesin olarak verilen, istinaf edilemeyen kararlar.

a) Aleyhine kanun yolu kabul edilmeyen kararlar.

Kanunlarda kesin olarak verileceği gösterilmiş olan kararlar istinaf (veya temyiz) olunamaz (CMK 272/3-c).⁴⁰⁹⁴

Ancak, kararları kesin diye gösteren kanunların Sözleşmeye aykırı düşmemesi için, birinci ve ikinci istisnalarda olduğu gibi, şu şartların gerçekleşmesi de aranmalıdır: Suç hürriyeti bağlayıcı ceza gerektirmemeli veya gerektirmiyor sayılmalı, ödenmeyen para cezası hapse çevrilememeli ve öngörülmüş olan para cezası da belirlenmiş sınırı aşmamalıdır.⁴⁰⁹⁵

b) En yüksek mahkemenin verdiği kararlar.

Bunlardan fazla olarak şu hallerde de 7 numaralı Protokolün açıkça cevaz vermesi nedeniyle (m. 2/2) Sözleşmeye aykırılık söz konusu olmayacaktır:

(i) Mahkûmiyet kararını en yüksek mahkeme vermişse. Bu takdirde daha yükseği olmadığından daha yüksek mahkemeye gidilememesi zorunlu bir sonuçtur. Protokol bunu açıklamasa da sonuç farklı olamayacaktır. Bu durum Yargıtay veya Anayasa Mahkemesinin ilk derece mahkemesi sıfatı ile baktığı davalarda ortaya çıkmakta ve aynı mahkeme tarafından temyiz niteliğinde bir inceleme daha yapılabilmektedir (No. ??).

(ii) Mahkûmiyet kararını, beraat kararına karşı gidilen kanun yolunda istinaf mahkemesi vermişse. Bu durumda kanun yolu tanımamak teminatsızlık sayılmayıp cevaz verilmiştir. Mümkün oldukça ve gereklikçe tanımak muhakeme hukukunun esaslarına uygun olur.

c) İstinaf edilemeyen hükmün tekerrire esas olmaması.

Onbeş bin lira adli para cezasına mahkûmiyet ve kanunda kesin olduğu yazılı bulunan suçtan verilen hüküm olduğu için istinaf olunamayan mahkûmiyet hükümleri, Kanuna 2020 yılında eklenen⁴⁰⁹⁶ kural uyarınca, tekerrire esas olmaz (CMK 272/3, cü.3).⁴⁰⁹⁷

ç) İstisnalar: Aykırılık çok az önemli olsa dahi istinaf edilebilen hükümler.

Hükümdeki hata veya hukuka aykırılığın çok az önemli olduğu hallerde istinaf yolunun kapatılmasının Sözleşmeye uygun olduğunu saptamamıza rağmen, bazı hallerde istisna olarak kanun yoluna gidilebilecek haller de vardır.⁴⁰⁹⁸ Örneğin aşağıdaki hallerde genel kural uygulanmalı ve hükme karşı istinaf yolu tanınmalıdır:

⁴⁰⁹⁴ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 7 numaralı Protokolünün 2. maddesinin öngördüğü çok hafif suçlardaki mahkûmiyet kararları istisnası içine, kesin olduğu kanunlarda belirtilmiş olan kararlar da girmektedir. Zira çok hafif suçun tarifi kanunlara bırakılmıştır ve kanunun kesin diyerek kanun yolunu kapatması, ilgili suçu çok hafif olarak tarif ettiği anlamına gelir.

⁴⁰⁹⁵ Kesinliği bu şartlara aykırı olarak kabul eden kanunlar ya yorumla temyiz edilebilir sayılmalı mümkün değilse değiştirilmelidir.

⁴⁰⁹⁶ Bu kural istinafın yürürlüğe girmesinden önce temyizde uygulanıyordu.

⁴⁰⁹⁷ Bu fıkranın karşılığı olan CMUK'taki kuralın kaldırılması teklifi (Çağlayan: Tenkitler, AdD 73, 742) yersizdi. İstinafi, temyizi yokken "tekerrire esas olsun" demek haksızlık olur. Kanun yolunu kapıyorsak bu bir istisnadır ve sadece o ceza bakımındandır. Tekerrüre esas olsun istiyorsak, kanun yolunu açmalıyız. Bu da gösteriyor ki temyiz edilememek konusu, hele özel kanunlarda, ciddiyetle ele alınmalıdır. Yazılı emir imkânına bakıp kanun yolu var demek de haksızdır. Olağan yolla olağanüstü yol bir tutulamaz.

⁴⁰⁹⁸ Temyiz olunamayan kararların bazı bakımlardan temyiz edilebilip edilemeyeceği sorunu üzerinde ilk basılarda durmamış, 6. basıda, sanığın yokluğunda yargılanmasını düzenleyen Taban Kuralları incelerken onlara ters düşmemek için temyiz yolunu, istisnanın istisnası olarak kabul etmiştik. 9. basıda, kanun yoluna başvurmanın İnsan Hakları arasında kabulünü düzenleyen 7 numaralı Protokol dolayısı ile konu üzerine daha fazla eğilmek ve soruna değişik açıdan bakmak fırsatını bularak, başka istisnaları da kabul ediyoruz.

- i) Sanık kanuna aykırı bir çağırma dayanılarak yargılanmışsa;⁴⁰⁹⁹
- ii) Hüküm hürriyeti bağlayıcı ceza veya adli para cezasının seçimlik olmadığı bir suçtan dolayı verilmiş⁴¹⁰⁰ veya mahkeme seçimlik olan adli para cezasını vermeyi uygun bulmuşsa;
- iii) Beraat kararı mahkemenin suçu yanlış tavsif etmesi yüzünden sınır altına düşen bir para cezasının öngörüldüğü bir suçtan dolayı verilmişse;
- iv) Ödenmeyen para cezası hapse çevrilebiliyorsa;
- v) Aynı suç⁴¹⁰¹ için istinaf edilemeyen asıl ceza ile birlikte, sürücü belgesinin geri alınması gibi, istinaf edilebilen bir ceza⁴¹⁰² daha verilmişse.

4. Durma kararları istinaf ve temyiz edilemez.

Soruşturma veya kovuşturmanın yapılması şartına bağlandığı hallerde muhakeme şartının gerçekleşmesini beklemek amacı ile verilen durma kararı istinaf veya temyiz edilemez, bu karara karşı itiraz edilebilir (CMK 223/8).

5. Soruşturma evresinde verilen kararlar.

Soruşturma evresinde verilen tutuklama kararı gibi yargılama makamı kararlarına karşı istinaf yoluna gidilemez. Zira istinaf sadece kovuşturma evresinde verilen hüküm niteliğindeki kararlar bakımından kabul edilmiştir.

Soruşturma evresinin sonunda verilen ve kovuşturma evresini başlatan *iddianamenin kabulü kararı* (CMK 175/1) hatalı da olsa, istinaf edilemez. *İddianamenin iadesi kararına* karşı Cumhuriyet savcısı itiraz edebildiği halde (CMK 174/5), iddianamenin kabulü kararına karşı kanun yolu kabul edilmemiştir. Ancak, iddianamenin kabulü kararı bizce bir *ceza muhakemesi şartı* sayıldığından, bu kararının hatalı olması, kabul edilmemesi gereken bir dava açıldığı için, duruşmanın sonunda verilen hükmü de etkiler ve hukuka aykırı hale getirebilir. Bununla birlikte iddianame ile açılan dâva reddedilmiyerek yargılama yapılmış ve sonunda beraat veya mahkûmiyet kararı verilmiş ve bu kararlar da doğru ise, kamu davasının açılmasına lüzum olup olmadığı araştırılmadı diye hükmü bozmak abes olur.

6. Kovuşturma evresinde mahkemece verilen arakararlar.

Hükümden önce verilen kararların istinaf edilememesi kaidedir. Ancak, bunlardan, hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararları, istisna olarak istinaf edilebildiği gibi (CMK 272/2), temyiz de edilebilir (CMK 287).

7. Doğrudan temyiz edilebildiği için istinaf edilemeyen hükümler.

a) Suçluların geri verilmesi kararı.

⁴⁰⁹⁹ Sanığın yokluğundaki soruşturmayı düzenleyen Taban Kurallarının altına düşmemek için bu yolda bir istisna kabulü gerekmektedir. Kanunkoyucunun bu yeni durumda kanun yolunu kapatmak istediği söylenemeyeceğinden sorun yorum ile çözülebilecektir (*Kunter*: Sanığın yokluğunda yapılan soruşturmada uyulanacak Taban Kurallar. İHFM “43”, 1978, 363).

⁴¹⁰⁰ Hürriyeti bağlayıcı cezanın kanuna uygun olarak para cezasına çevrilmesi halinde dahi 7 numaralı Protokol gereği sanığa kanun yolu tanımak mecburiyetindeyiz. Para cezasına çevirme kanuna aykırı kararın temyiz edilebilirliğinde elbet tereddüt dahi edilemeyecektir.

⁴¹⁰¹ Aynı kararda başka bir suç için ceza verilmesi durumu varsa, ortada tek bir karar var gibi gözükse de iki karar vardır. Her ikisinin kesinliği ayrı ayrı hesaplanmalıdır. İkinci suç için mahkûmiyet kararı değil de meselâ ertelenmiş cezanın yerine getirilmesi kararı verilmişse, bu karara karşı, infazla ilgili olduğundan CMUK 405 gereği acele itiraz akla gelebilirse de birlikte verildiği mahkûmiyet kararı gibi onun da temyiz edilebilir olduğunun kabulü uygun olacaktır. Ancak bu kabul, mahkûmiyet kararının kesin olması istisna olarak kabul edilmiş olan mahkûmiyet kararının da bu vesile ile temyiz edilebilirlik kazanmasını gerektirmez.

⁴¹⁰² Para cezası ile birlikte aynı suç için bir ek ceza da hükmolünmüşse, kanunun kabul ettiği kesinlik sınırı aşılmış olduğundan kararın temyiz edilebilirliğinde tereddüt edilmemelidir: Meselâ KTK 112 ile sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilmişse (8. CD 18/2/88 YKD 88/7 1011) (Bu kararda Genelkurulun farklı olayla ilgili olan 14/1/85 tarihli kararına (YKD 85/6 869) dayanılmamalıydı); keza CGK 25/4/88 YKD 88/8 1131; 6/6/88 YKD 88/11 1568. Bu kararlarda CMK 305 de aslı ceza -fer'î ceza ayrımı yapılmadığına dayanılmıştır. Ek cezanın meslek ve sanatın durdurulması cezası olmasında da durum aynıdır (2. CD 16/3/88 YKD 88/8 1148; 24/9/87 İKİD 88/6082).

Kanun istinafi atlayarak doğrudan temyize başvurma yolunu kabul etmemiştir. Bu kuralın iki istisnası vardır: *Sanık veya suçluların geri verilmesi kararına* (6706 sK m. 18) karşı doğrudan temyiz yolu açılmıştır.

b) *Bozmadan sonra verilen hüküm.*

İkinci istisna Yargıtayın verdiği bozma kararından sonra yapılan yargılamada verilen hüküm bakımındandır: bozmadan sonraki yargılamada ilk derece mahkemesi tarafından verilen hüküm artık istinaf edilemez, doğrudan temyiz edilebilir (CMK 307/3).

c) Yüksek mahkemelerin ilk derece sıfatı ile verdiği kararlar.

Tekrar belirtmek gerekir ki, Yargıtay veya Anayasa Mahkemesinin kişi bakımından yetki kuralları kapsamında (No. ..) yüksek makamdaki kamu görevlilerini yargıladığı hallerde verilen hükümlere karşı istinaf yolu kabul edilmemiştir.

525-2. İSTİNAF DAVASININ AÇILMASI.

I. İstem koşulu.

1. *İstem koşulu ve istem dışı inceleme istisnası.*

İstinaf davası, *istem* (talep) üzerine açılır (CMK 273). Ancak, istem dışı istinaf da kabul edilmiştir. Onbeş yıl ve daha fazla hapis cezalarına⁴¹⁰³ ilişkin hükümler, bölge adliye mahkemesince re'sen incelenir (CMK 272/1).⁴¹⁰⁴ Görüldüğü gibi, Kanun, istisna olarak, bazı ağır mahkûmiyetlerde, istek şartından vazgeçmiş, istinaf muhakemesinin kendiliğinden, otomatik olarak, yapılmasını kabul etmiştir (No. 541). Bu mahkûmiyet kararları, her suç için 15 yıl ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı ceza olarak anlaşılmalıdır.⁴¹⁰⁵

Dâvanın kendiliğinden açılması kabul edilen bu hallerde dâva sanık lehinde açılmış sayılır (No. 514).⁴¹⁰⁶ Diğer hallerde Cumhuriyet savcısı açtığı istinaf davasının sanığın lehine mi, yoksa aleyhine mi olduğunu açıklamak ve *istinaf yoluna başvurusunun nedenlerini gerekçeleriyle birlikte yazılı olarak* kanun gereği göstermek mecburiyetindedir (CMK 273/5).⁴¹⁰⁷

Bazı mahkûmiyet kararlarının kendiliğinden istinaf muhakemesine tâbi tutulması hükmü, Muhakeme Hukukunun temellerinden biri olan *davasız yargılama olmaz* esasına aykırıdır (No. 92). Bu istisna mehz Alman kanununda olmadığı gibi, İstanbul Komisyonu tasarısında da yoktu. İtalya'da ve Fransa'da da yoktur. Tasarısının Meclise sevkinden önce CMUK 305. madde değiştirilerek mülga Kanuna girdiği, oradan da istinafa aktarıldığı görülmektedir. Bizce otomatik istinaf yolu kaldırılmalı, hiç olmazsa, bu konuda başsavcılık yetkili kılınmalıdır.⁴¹⁰⁸

⁴¹⁰³ Erem, n. 331; 5. CD 26/10/56 *Çağlayan* "66" III, 85, 1. CD 17/9/57 *Çağlayan* "66" III, 85; CGK 3/7/50 (*Çağlayan* "66" III, 90); k-m: 1. CD 21/2/50, 923, 502. Birden fazla suçun cezalarının toplanması bir tesadüf işi olduğundan ve bu tesadüfe dayanılamayacağından, kanunun maksadı elbet tek suçun cezasına bakılmalıdır.

⁴¹⁰⁴ Mülga CMUK 305'teki ceza sınırı on yıl hapis ve ölüm cezasını ihtiva eden kararlar olan *otomatik temyiz*, temyiz kanun yolundan çıkartılmış ve istinafa monte edilmiştir.

⁴¹⁰⁵ Mülga CMUK döneminde temyizde uygulanan bu kural uyarınca, re'sen incelenen suç bakımından diğer suçun da incelenmesi gerekiyorsa, temyiz şartları olmasa ve temyiz edilmemiş olsa da Yargıtayca ele alınıyordu.

⁴¹⁰⁶ İçBK: 17/12/30 23/31.

⁴¹⁰⁷ Cumhuriyet savcısının açtığı temyiz davası bakımından da, CMK 294/1'e 2024 yılında eklenen cümle ile *temyiz isteğinin sanığın yararına veya aleyhine olduğunun açıkça belirtilmesi* mecburiyeti ön görülmüştür (No. ??).

⁴¹⁰⁸ CMUK kabul edilirken temyiz için sanık lehine kabul edilen bu hükmün, o sıralarda ülkenin her yerinde müdafî bulmak imkânı olmadığı sebebine dayandığını tahmin etmekteyiz. Bugün ağırceza mahkemelerinin bulunduğu merkezlerde müdafî bulunabileceğine, malî imkânları müsait olmayan sanıklara adli müzaheret yolu ile müdafî tâyini de mümkün olduğuna göre, bize özgü olan bu istisnaya artık zaruret kalmadığı kanaatindeyiz. Kaldı ki bu zaruret, o zamanlar mevcut bulunan temyiz sebeplerinin gösterilmesi mecburiyetinden doğmakta idi. Bu mecburiyet ise 1936 da kaldırılmıştır. İstinafta sanığın "istinaf ediyorum" demesi yettikten sonra, otomatik istinafa artık ihtiyaç yoktur. Re'sen incelemenin temyizde olduğu dönemlerde *Kunter* şöyle bir formül bulmuştu: *Otomatik temyiz kaldırılmadığı takdirde, şöyle bir yol tutulmalıdır: Kanun makamı olan başsavcılık dosyayı baştan aşağı incelemeli, o da temyiz sebebi görmemişse, başka temyiz eden de yoksa dosya geri gelmelidir.*

2. İstinaf davasından vazgeçme ve istinaf dâvasının geri alınması.

İlkmahkemenin hükümlerinin bir hakkını ihlâl etmediğini düşünen ve kanun yolu davası açma yetkisi bulunan şüje, başvurma süresi içinde kanun yolu dâvası açmaktan vazgeçerse (No. 512, III), hüküm kesinleşir.⁴¹⁰⁹ Kanaatimizce, istinafta da savcının açtığı davanın geri alınabilmesi için, sanık aleyhine açılmış diğer kanun yolu davaları gibi, sanığın rızası aranmalıdır. Zira sanığın haberi olmadan savcının istinaf davasını geri alması, kanun yoluna başvurmayı lüzumsuz bulan sanığı güç durumda bırakabilir.

II. Başvurulacak makam ve başvuru şekli.

İstinafa yer vermiş olan kanunlar, başvurulacak makamı tayinde, ya doğrudan doğruya ilk mahkemeye veya istinaf mahkemesine veya ikisinden birine başvurma sistemini benimsemiştir. Tutuklu sanıklar bakımından özel düzenlemeler de vardır. Türk Kanunu, *hükmü veren mahkemeye başvurma* sistemini kabul etmiştir (CMK 273/1). İstem ya dilekçe verilerek veya zabıt katibine bir beyanda bulunarak yapılır; beyan tutanağa geçirilir ve tutanak hâkime onaylatılır. Tutuk sanık zabıt katibine, infaz kurumu müdürüne beyanda bulunarak veya dilekçe vererek (CMK 263) istinaf başvurusu yapabilir (CMK 273/1).

Yazılı başvuruda, hükmün maddî ve hukukî yönlerinin daha üst yetkili bir mahkeme tarafından yeniden incelenmesi isteği ortaya konulmalıdır. Dilekçede *istinaf* kelimesinin, hatta gerekçenin bulunması şart değildir. Kabul edilebilir bir başvuruda kanun yolunun veya merciin belirlenmesinde yanılma, başvuranın hakkını ortadan kaldırmaz. Başvuru görevli ve yetkili olan mercie gönderilir (CMK 264).

III. İstinaf isteminin süresi.

İstinaf süresi hükmün *gerekçesi ile birlikte tebliğinden* itibaren iki haftadır (CMK 273/1). Bu kural 1 Haziran 2024 tarihinden itibaren yürürlüktedir.⁴¹¹⁰

Sanık, *yokluğunda* verilen hükümlere karşı *eski hali getirme* isteminde bulunabilir (CMK 274).⁴¹¹¹

Ağır ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcılarının, yargı çevresinde bulunan mahkemelerden verilen hükümlere karşı, hükmün o yer C. Başsavcılığına geliş tarihinden itibaren *iki hafta* (2024 öncesinde yedi gün idi) içinde istinaf davası açma yetkisi vardır (CMK 273/3).

IV. İstinafta sanığın gerekçe göstermek mecburiyeti yoktur.

Sanık ve müdahil istinaf yoluna başvururken *neden göstermek zorunda değildir* (CMK 273/4). *Cumhuriyet savcısı* ise istinafa giderken, *neden ve gerekçe* göstermek zorundadır (CMK 273/5). Temyizde ise, *sanık* dahil, temyiz eden herkesin *temyiz* başvurusunda *hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini*, yani temyiz nedenlerini göstermesi zorunludur (CMK 294). Temyiz dilekçesinde temyiz sebeplerinin (gerekçe ve nokta) gösterilmemesi, Yargıtay'ın temyiz isteminin reddi kararı vermesine yol açar (CMK 298) (No. ??). Bu düzenlemenin amacı, temyiz başvurusu ile, istinaf başvurusu arasında bir fark yaratmaktır.

Böylece hem dâvasız muhakeme olmaz prensibi korunur, hem Yargıtay hâkimleri yersiz bir yükten kurtulur, hem de memleketin sosyo-kültürel durumu gözönünde tutulmuş olur (Kunter: Semp. II, 242), sanık da yoksun kalmamış olur.

⁴¹⁰⁹ İstinaf dâvası Almanya'da, duruşmada tartışma bölümünün sonuna kadar gerialınabilir. Fakat bazı sınırlamalar vardır: Duruşmalı karar verilmesini gerektiren kanunyollarında, duruşma başladıktan sonra, geri alma için karşı tarafın rızası alınır. (StPO 303 I) Savcının açtığı kanun yolu davası sanık lehine ise, sanığın rızası olmaksızın geri alınamaz (StPO 302 I).

⁴¹¹⁰ İstinaf davasının açılması için, hükmün açıklanmasından (tefhimden) itibaren yedi günlük bir süre kabul edilmişti (CMK 273/1). Anayasa Mahkemesi kanun yoluna başvurma hükmün temelini oluşturan gerekçeyi öğrenmeden kanun yoluna başvuru hakkını kullanılamayacağı gerçeğinden yola çıkarak, istinaf süresinin tefhimden itibaren başlamasını, yani gerekçeli kararın tebliğinden önce başlamasına ilişkin kuralı iptal etti (AYM 26.7.2023, E. 2022/114, K. 2023/137; RG. 24 Ekim 2023). Bu karar Resmî Gazetede 24 Ekim 2023 Salı günü yayımlandığı tarihten itibaren 9 ay sonra yürürlüğe girecekti. Kanun koyucu 2024-7499 sK ile 1 Haziran 2024'ten itibaren yürürlüğe girecek şekilde değişiklik yaparak, gerekçesi ile birlikte hükmün tebliğini esas alan bir düzenleme yaptı ve süreyi de iki hafta olarak belirleyerek Kanundaki diğer bazı sürelerle uyum sağladı.

⁴¹¹¹ Yoklukta açıklanan hükme karşı da süre tebliğ tarihinden itibaren başlıyordu (mülga CMK 273/2). 2024 değişikliği ile istinaf süresinin hüküm ve gerekçesinin tebliğ tarihinden başlaması kabul edildiği için, CMK 273/2 yürürlükten kaldırılmıştır.

V. İstinaf başvurusunun etkisi.

1. Kesinleşmenin engellenmesi.

Süresi içinde yapılan istinaf başvurusu, hükmün kesinleşmesini engeller (CMK 275/1).

2. Hükmün gerekçesi ile birlikte tebliğ edilmesi.

Hükmün gerekçesinin açıklanması konusunda Kanunda değişik yerlerde farklı kurallar konmuştur. Genel kural hüküm açıklanırken gerekçenin ana çizgileri ile anlatılmasıdır (CMK 231/1). Hükmün gerekçesi ve varsa karşı oy gerekçesi tümüyle tutanağa geçirilmemişse, açıklanmasından itibaren en geç onbeş gün içinde dava dosyasına konulur (CMK 232/3). Buna karşılık hüküm istinaf edilirse, gerekçesi istinaf yoluna başvurulduğunun mahkemece öğrenilmesinden itibaren, yedi gün içinde tebliğ ediliyordu (CMK 275/2). Bir kararın gerekçesini öğrenmeden ona karşı kanun yolu başvurusu yapmak olanaksız olduğu için, Anayasa Mahkemesi 2023 yılında CMK 273/1'deki "hükmün açıklanmasından itibaren" kelimelerini iptal etmiştir (yukarıda III). Bu iptal kararı üzerine Kanun değiştirilmiş ve istinaf ile temyiz yollarına başvuru için sürenin *hükmün gerekçesi ile birlikte tebliğ edildiği tarihten* başlaması kabul edilmiş ve süre *iki hafta* olarak belirlenmiştir (CMK 273/1 ve 291/1).

3. Aktarma etkisi.

İstinaf başvurusunun en önemli etkisi, ilk derece mahkemesinde görülen davanın ikinci derece mahkemesi olan istinaf mahkemesine aktarılmasıdır.

VI. İstinaf davasına katılma ve mağdurun durumu.

İlk derece muhakemesine katılmış olan mağdur sanık hakkında verilmiş olan hükmü istinaf edebilir. Buna karşılık ilk derece muhakemesinde kamu davasına katılmayan suçtan zarar gören kişilerin *kanun yolu muhakemesinde katılma isteğinde bulunmasını* Kanun kabul etmemiştir (CMK 237/2). Bu nedenle, bizde davaya ilk defa istinaf aşamasında katılma mümkün değildir.

Ceza Muhakemesi Kanunu suçun mağduru ve şikayetçiye önemli haklar tanıdığı için (CMK 233 vd), savcının açtığı istinaf davası kabul edilir ve istinaf duruşması açılırsa, mağdurun bundan haberdar edilmesi (CMK 234/1-b) söz konusu olacağından, bizce bu aşamada kamu davasına katılma mümkün olmalıdır.⁴¹¹² Zira, ilk derece mahkemesinde açılan kamu davası ikinci derece esas mahkemesi olan istinaf mahkemesinin önünde devam ettiği için, muhakeme kovuşturma evresindedir. Nitekim Alman Hukukunda *istinaf dâvasına katılma (Anschlussberufung)* mümkündür.⁴¹¹³

VII. İstinaf muhakemesinde savunma makamı.

İstinaf muhakemesinde savunma makamının görev ve yetkileri, ilk derece muhakemesindeki gibidir. Zorunlu müdafiliği gerektiren veya gerektirmeyen bir hüküm istinaf edildiğinde, ilk derece muhakemesindeki müdafinin görevi, istinafta da devam eder.⁴¹¹⁴

VIII. İstinaf dâvasının kabul aşaması.

1. Ön inceleme: İstinaf isteminin hükmü veren mahkemece kabul edilmesi.

Hükmü veren ilk derece mahkemesi istinaf istemini; i) *süre*, ii) *hükmün üst mahkeme kanun yoluna başvurulabilecek bir hüküm olup olmadığı* ve iii) *başvuranın buna hakkı olup olmadığı* noktalarını inceler (CMK 276). İstinaf koşullarının mevcut bulunmaması nedeni ile istem kabul edilmezse, ret kararına karşı, Cumhuriyet savcısı veya ilgililer, tebliğden itibaren *iki hafta* (2024 öncesi 7 gün idi) içinde Bölge Adliye Mahkemesinin *bu hususuta bir karar vermesini isteyebilirler*. Yapılan istem bir *itiraz* kanun yolu değildir. Bu *başvuru* hükmün infazının ertelenmesine yol açmaz (CMK 276/2, cü.3).

2. İstinaf davasının kabul edilmesi.

⁴¹¹² Öztürk 2009, 582.

⁴¹¹³ Almanya'da, suçtan zarar görenin, kanun yoluna başvurma süresi içinde, ilkmuhakemede katılan sıfatını kazanmamış olsa dahi, kendi müstakil kanun yolu dâvasını açabilmesi veya gene kanun yoluna başvurma süresi içinde, açılmış olan bir kanun yolu dâvasına katılması kabul edilmektedir. Bu takdirde sözkonusu olan müstakil katılmadır.

⁴¹¹⁴ Öztürk (2009, 582) de, CMK 156/1-b deki hükmün, istinaf muhakemesini kapsadığı görüşündedir.

İstinaf başvurusu süre, sıfat ve konu bakımından aranan koşullara uygun olduğu için ilk derece mahkemesi tarafından kabul edilirse, istinaf davası, *karşı tarafa* tebliğ edilir ve *iki hafta* (7 gün idi) içinde yazılı cevap istenir (CMK 277/1). Sanık sözlü beyanla da cevabını verebilir (CMK 277/2, cü.1). Bu beyan tutanağa bağlanır. Sanığın yasal temsilcisi, eşi veya tutuklu sanığın istinaf başvurusu hakkında CMK 262 ve 263. maddeler uygulanır.

Cevap verildikten sonra veya cevap süre içinde gelmediği durumda, ilk derece Cumhuriyet savcısı dava dosyasını Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına gönderir (CMK 277/2, cü.2).

3. Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet savcısının tebliğname düzenlemesi sorunu.

İstinaf kanun yoluna ilişkin kurallar ilk yürürlüğe girdiği dönemde istinaf savcısı tebligat eksikliklerini tamamlayarak, *tebliğname* ile birlikte, Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairesine veriyor (CMK 278) ve tebliğname taraflara tebliğ olunuyordu. Bu husus, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları doğrultusunda temyiz (No. ??) ve istinafta ilgili hükümlere eklenmişti. Daha sonra 2016 yılında yapılan değişiklikle BAM Cumhuriyet başsavcısının tebliğnamesi kaldırıldı. Kaldırılan tebliğnamenin tekrar getirilmesi istekleri uygulamada çok yoğundur.

4. İstinaf mahkemesinin dosya üzerinden yaptığı ön inceleme.

a) Yetki açısından ön inceleme.

Her dâvada yapılması gerektiği gibi, istinaf dâvasında da istinaf mahkemesi önce dâvanın kabulü şayan olup olmadığı hakkında bir karar verir. İstinaf mahkemesine duruşmadan önce bu imkân tanınmış ve kabul edilemeyecek bir dâva ile mahkemenin meşgul edilmesi önlenmiştir.

BAM ceza dairesi de bu doğrultuda dosya üzerinden ön inceleme yapar ve öncelikle kendisinin *yetkili* olup olmadığını araştırır (CMK 279/1-a).

İstinaf mahkemelerinin *yer bakımından yetkisi* bölgesel olarak düzenlenmiştir.

Temyize benzetilen istinaf düzenlemesinde ceza dairelerinin *görevleri* suç tiplerine göre belirlenmiştir (No. ??).

Mahkeme *yetkisiz* veya *görevsiz* olduğunu belirlerse, dosyayı yetkili veya görevli bölge adliye mahkemesine gönderir.

b) Süre açısından ön inceleme.

Ceza dairesinin yaptığı ön incelemede süreye uygunluk en önemli husustur. Eğer istinaf başvurusu hükmün gerekçesi ile birlikte tebliğ edildiği tarihten itibaren iki hafta içinde yapılmamışsa, *hüküm kesinleşir*. Daire bu tespiti yaparsa, istinaf başvurusunun reddine karar verir (CMK 279/1-b).

c) İstinaf edilebilirlik açısından ön inceleme.

Hangi hükümlere karşı istinaf yoluna başvurulabileceği Kanunla belirlenmiştir (CMK 272) (No. 525-1). İncelenmesi istenilen hükmün bölge adliye mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olmadığı anlaşılırsa, istinaf başvurusunun reddine karar verilir (CMK 279/1-b).

ç) Sıfat bakımından ön inceleme.

İstinaf davası açabilmek için, başvuranın buna hakkının bulunması gerekir. Mahkeme ön incelemesinde sıfat bakımından da denetim yapar. Başvuran ilk derece mahkemesinde taraf olmuşsa, kural olarak istinaf yoluna başvurma hakkına da sahiptir (No. ??). Mahkeme başvuranın buna hakkı olmadığı kanaatine varacak olursa, *istinaf başvurusunun reddine* karar verir (CMK 279/1-b).

d) İstinaf başvurusunun reddi kararına itiraz.

Yapılan ön inceleme sonunda *istinaf başvurusunun reddine* karar verilirse, bu karara *itiraz* edilebilir (CMK 279/1-b, cü.2). İlk derece mahkemesinin yaptığı ön inceleme üzerine verdiği karara karşı *bu hususta bir karar verilmesini isteme* hakkı tanınmışken (CMK 276/2), buradaki tam anlamı ile *itirazdır* ve CMK 268'deki kurallar kapsamında incelenir.

525-3. İSTİNAF MAHKEMESİNİN DOSYA ÜZERİNDEN ESASI İNCELEMESİ.

I. İstinaf başvurusunun esasan reddi kararları.

1. İlk derece mahkemesinin hükmünün yerinde olduğunun belirlenmesi.

Ceza dairesi dosyanın tekemmül edip ettiğini, delillerin ve işlemlerin tam olduğunu; ilk derece mahkemesinin hükmünde usule veya esasa ilişkin hukuka aykırılık bulunmadığını ve ispat bakımından ilk derece mahkemesinin yaptığı değerlendirmenin yerinde olduğunu saptarsa, *istinaf başvurusunun esasan reddi kararı* verir ve temyiz yolu kapalı ise, ilk derece mahkemesi hükmü kesinleşir (CMK 280/1-a, yarı cü.1).

2. Hükümdeki hukuka aykırılıkların düzeltilmesi.

Temyize çok benzetilen istinafta, dört ayrı halde *hukuka aykırılık düzeltilerek istinaf başvurusunun esasan reddi kararı* verilebilir (CMK 280/1-a, b, c, d).

a) Temyizde esasa hükmedilebilen hallerde hukuka aykırılığın düzeltilmesi.

Yargıtayca davanın esasına hükmedilebilen haller, olayın daha fazla aydınlanması gerekmeden beraat veya düşme kararı verilebilmesi veya sabit bir cezaya hükmedilmesinin gerekmesi, sadece kanunun madde numarasının yanlış yazılmış olması, yeni kanun ile fiil suç olmaktan çıkarıldığı için ceza hükmedilmemesi gerekmesi gibi CMK 303/1'nin a, (b)⁴¹¹⁵ c, d, e, f, g, ve h bentlerinde yer alan ihlallerin varlığı halinde *hukuka aykırılık düzeltilerek istinaf başvurusunun esasan reddi kararı* verilir (CMK 280/1-a, yarı cü.2).

b) Cezanın alt sınırının uygulanması.

Yukarıda sayılan hukuka aykırılık düzeltilerek davanın esası hakkında karar verme yetkisi kapsamında *Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının iddiasına uygun olarak cezanın alt derecesinin uygulanması* sebebinin (CMK 303/1-b) yer almadığı dikkatinizi çekmiş olmalıdır. Kanun koyucu bu sebebi istinafa uyarlayarak ayrı bir bent halinde düzenlemiştir: *Cumhuriyet savcısının* istinaf yoluna başvururken ileri sürdüğü istinaf nedenine uygun olarak, ceza dairesi cezanın alt sınırının uygulanmasını uygun görürse, hukuka aykırılığı düzelterek istinaf başvurusunun esasan reddine karar verebilir (CMK 280/1-b).⁴¹¹⁶

c) Cezayı etkileyen şahsi sebep veya şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı.

Cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler ya da *şahsi cezasızlık sebeplerinin* uygulanmasında yapılan hukuki hatalar nedeni ile daha az ceza verilmesi veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiği anlaşılırsa, bölge adliye mahkemesi ceza dairesi yapılan hukuka aykırılığı düzelterek istinaf başvurusunun esasan reddine karar verebilir (CMK 280/1-c).⁴¹¹⁷ Bu kararın verilebilmesi için de olayın daha fazla araştırılmasına ihtiyaç bulunmaması gerekir.

ç) Davanın reddi ve güvenlik tedbiri kararı verilebilen haller.

Olayın daha fazla araştırılmasına ihtiyaç bulunmayan hallerde *davanın reddi kararı* verilebileceği gibi, *güvenlik tedbirine ilişkin karardaki hata* da düzeltilebilir ve bu hukuka aykırılıklar giderilerek istinaf başvurusunun esasan reddi kararı verilebilir (CMK 280/1-d).⁴¹¹⁸

II. İstinaf mahkemesinin bozma kararları.

1. Hukuka kesin aykırılık hallerinde verilen bozma kararı.

Sisteme çok yabancı olmasına rağmen, bizde uygulanan istinaf *dar anlamda istinaf*, hatta *genişletilmiş temyiz* niteliğinde olduğu için, istinaf mahkemesine büyük ölçüde *bozma* yetkileri

⁴¹¹⁵ CMK 303/1-b'deki hal, Kanuna CMK 280/1-b'deki hale benzer şekilde eklenmiştir. Aşağıda (b) altında yapılan açıklamaya bakınız.

⁴¹¹⁶ Bu fıkra Kanuna 2017 yılında 7035 sayılı Kanun ile eklenmiştir.

⁴¹¹⁷ Bu fıkra Kanuna 2019 yılında 7188 sayılı Kanun ile eklenmiştir.

⁴¹¹⁸ Bu fıkra Kanuna 2017 yılında 7035 sayılı Kanun ile eklenmiştir.

verilmiştir. Hükmün gerekçeli olması ve mahkeme kararı ile savunma hakkının kısıtlanması hariç, CMK 289'daki hukuka kesin aykırılık halleri istinafta da bozma sebebi sayılmıştır. Buna da ek olarak, soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmediği, önödeme veya uzlaştırma usulünün uygulanmadığı, istinaf edilen davanın ilk derece mahkemesinde görülmekte olan bir başka dava ile birlikte görülmesinin zorunlu olması hallerinde hükmün bozulmasına karar verilebilmektedir (CMK 280/1-f). Ancak üst mahkemenin vereceği bu ve diğer bozma kararlarına karşı, esas mahkemesinin direnme hakkı yoktur (CMK 284).

2. *Ceza muhakemesi şartı gerçekleşmediği için veya birleştirme gereği ile bozma.*

Ceza muhakemesi şartlarının gerçekleşmediği veya önödemelik veya uzlaştırmalık suçta bu usulün uygulanmadığı anlaşılırsa, istinaf mahkemesi bozma kararı verir (CMK 280/1-f).

III. Sanık lehine verilen kararların yayılma etkisi.

Bölge adliye mahkemesinin CMK 280/1 ve 2 uyarınca dosya üzerinden yaptığı ön inceleme sonunda verdiği karar sanık lehinde ise, temyizdeki yayılma etkisi (CMK 306) doğar ve istinaf başvurusunda bulunmamış olan diğer sanıklar da istinaf başvurusunda bulunmuşçasına verilen kararlardan yararlanır (CMK 280/3). Yayılma etkisi 2017 yılında yapılan değişiklikle kabul edilmiştir.

IV. Davanın yeniden görülmesi kararı.

İstinaf mahkemesi dosya üzerinden yaptığı esas incelemesinde ilk derece mahkemesinin hükmünde usule veya esasa ilişkin hukuka aykırılık bulunduğunu belirler, bu hukuka aykırılığın düzeltilemeyeceğini ve bozma kararı veremeyeceğini de görürse, *davanın yeniden görülmesi kararı* verir (CMK 280/1-g).

Bu karar verilinceye kadar *denetim muhakemesi* yapmakta olan istinaf mahkemesini ikinci derece esas mahkemesi konumuna getirdiği için, istinaf muhakemesinde verilen en önemli kararlardan biridir. Davanın yeniden görülmesi kararı ile birlikte, ceza muhakemesi kovuşturma evresinin başına dönmüş olur ve duruşma hazırlığı yaparak, bazı özellikleri olan bir esas duruşması yapar. *Davanın yeniden görülmesi kararı* ile ilk hüküm fiilen ortadan kalkar.

525-4. İSTİNAFTA DURUŞMA HAZIRLIĞI VE DURUŞMA.

Davanın yeniden görülmesi kararına ulaşabilen bir istinaf başvurusu hakkında duruşma yapılır. Duruşma genel hükümlere göre yapılır. Fakat CMK 282'deki istisnalar, duruşmanın akışını teminata zarar vermeden hızlandırmak için doğrudanlık ilkesini büyük ölçüde sınırlandırmış ve belge okuma olanağı alabildiğine genişletilmiştir.⁴¹⁹ Buna rağmen istinaf duruşmasında tanık dinlenmesi mümkündür.

İstinaf mahkemesi duruşma sonunda ilk derece mahkemesinin hükmünde maddi mesele veya hukuki meseleye ilişkin bir hata bulunduğunu belirlerse ilk derece mahkemesinin hükmünü kaldırır ve yeniden hüküm kurar (CMK 280/2) (No. 525-4-III).

Görüldüğü gibi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kabul ettiği istinaf sistemi, *genişletilmiş temyiz* niteliğinde dar anlamda bir istinaftır. İstinaf mahkemesi duruşma (No. 525-4) sonunda başta varlığından kuşkulandığı hataları tespit etmezse istinaf başvurusunu esastan reddeder. Temyiz yolu kapalı ise, ilk hüküm kesinleşir.

I. Duruşma hazırlığı.

1. Çağırılar.

İlk aşamayı başarıyla arkasında bırakan bir başvuru açısından, *duruşma hazırlığı* (CMK 281) yapılır, duruşma günü saptanır ve çağırılar yapılır.

2. Eksik delillerin tamamlanması.

İstinaf mahkemesinin ceza dairesi bu aşamada dosyayı dikkatle incelemiş olduğu için, eksiklikleri de tespit etmiş bulunacaktır. Kanun mahkemeye, *duruşma öncesinde gerekli gördüğü tanık ve*

⁴¹⁹ Avrupa Birliği Eşleştirme Projesi kapsamında hazırlanan "Ceza Muhakemesinde İstinaf El Kitabı".

bilirkişileri dinlemek ile, keşif yapmak yetkisi vermiştir (CMK 281/2). Buradaki amaç, istinaf duruşmasının bir tek celsede bitirilebilecek kadar olgun hale getirilmesi, bütün eksik delillerin toplanması, raporların alınması ve delillerin getirtilmesidir.

II. İstinaf duruşması.

İstinaf davasındaki duruşma genel hükümlere göre yapılır (CMK 282). Bununla birlikte, istinaf davasına özgü bazı hususiyetler de vardır.

1. Sanığın sorgusu ve sanığın istinaf duruşmasına gelmemesine bağlanan sonuç.

İstinafta asıl ceza davasının duruşma evresine geri dönüldüğü için, mahkemenin genel hükümlere göre *sanığın sorgusunu* yapması gerekir. Bunun için sanığın duruşma salonunda hazır bulunması gerekir. Ancak, kanun koyucu bu konuda da esnek davranmış ve sanık hazır olmamasına rağmen duruşmanın sonlandırılmasının yolunu açmıştır.

Bu durum, sanığın duruşmaya gelmediği hallerde söz konusu olur. Davetiye tebliğ edilmiş olmasına rağmen sanık, müdafisi, katılan ve vekilin duruşmaya gelmemesi halinde duruşmaya devam edilir ve sanığın sorgu tutanakları anlatılmak suretiyle dava yokluklarında bitirilebilir. Ancak ilk derecede verilen ceza ağırlaştırılacaksa, sanık dinlenir (CMK 281/1-f).⁴¹²⁰

2. Raporun anlatılması.

İstinaf duruşmasının ilk derecedeki duruşmadan ikinci farkı, iddianamenin tekrar anlatılmamasıdır. Duruşma genel hükümlere göre açıldıktan sonra, iddianamenin anlatılması yerine, raportör üyenin *inceleme raporu* anlatılır (CMK 282/1-a). Kanun ilk yürürlüğe girdiği sırada inceleme raporu okunuyordu, daha sonra yapılan değişiklikle maddedeki tüm okumalar anlatmaya döndürüldü.

2. İlk mahkemenin verdiği hükmün anlatılması.

İstinaf duruşmasındaki üçüncü fark, inceleme raporunun anlatılmasından sonra *esas mahkemesinin gerekçeli hükmününün anlatılmasıdır* (CMK 282/1-b).

3. Belge delillerinin anlatılması.

İlk derece mahkemesinde dinlenmiş olan tanıkların ifadelerinin tutanakları, keşif tutanakları, bilirkişi raporu (CMK 282/1-c) ile istinaf mahkemesi tarafından duruşma hazırlığı sırasında toplanan deliller, keşif ve bilirkişi açıklamalarının tutanakları anlatılır (CMK 282/1-d).

4. Tanık dinleme.

İstinafta asıl ceza davasının duruşma evresine geri dönüldüğü için, maddi mesele hakkında hüküm verecek olan hakimlerin tanıkları bizzat kendilerinin dinlemesi gerekir. Bizim kabul ettiğimiz sistem ise, aslında *genişletilmiş bir temyiz* incelemesi niteliği taşıdığı için, kanun koyucu bütün tanıkların tekrar dinlenmesinden vazgeçmiş ve sadece ihtiyaç duyulan tanıkların dinlenmesi kabul edilmiştir.

İstinaf duruşmasında ilk derecedeki duruşmaya nazaran bizce en önemli fark, bütün tanıkların İstinaf mahkemesi *gerekli* gördüğü takdirde, tanık ve bilirkişileri duruşmaya çağırır ve doğrudan doğruya dinler (CMK 282/1-e). İstinaf duruşmasında tanık dinlemek istisnadır. Görüldüğü gibi, üst mahkeme ceza dairesinde yapılan duruşmada temel özellik, esas mahkemesi tarafından verilen hükmün maddi olgu tespiti açısından ve hukukun uygulanması yönünden “hukuka uygun olup olmadığının” denetlenmesidir. Yeni delil ikame edilmesi ve yeni tanık dinlenmesi mümkündür, fakat istisnadır.

III. Yeni bir hüküm verilmesi.

⁴¹²⁰ Kanun ilk yürürlüğe girdiği sırada, sanığın duruşmaya gelmemesinin davayı uzatan sebeplerden önemli biri olduğunu gözönünde tutularak (mehaz Alman Kanununa da uygun bir şekilde), *sanık tarafından açılan istinaf davasında, sanığın duruşmaya gelmemesi, “davanın esastan reddi sebebi”* yapılmıştı (CMK 281/1). Bu kural savunma hakkını kısıtlayın ve bu nedenle hukuka aykırı olduğu için, Anayasa Mahkemesi tarafından 14.6.2017 tarihli karar ile iptal edildi. Kanun koyucu ise, 2017-7035 sayılı Kanun ile bu düzenlemeyi yürürlükten kaldırdı ve 2019-7188 sK ile halen yürürlükte olan kuralı kabul etti.

Bölge adliye mahkemesinin ceza dairesi, duruşmanın sonunda *yeni bir hüküm* tesis eder (CMK 283). Yeni bir hüküm verilebilmesi için, esas mahkemesi tarafından verilen hüküm duruşmanın sonunda kaldırılır (CMK 280/2), bunun yerine yeni bir hüküm kurulur.⁴¹²¹

Burada dikkat edilmesi gereken husus, bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin yaptığı duruşma sonunda *istinaf başvurusunun esastan reddi kararı* verdiği hallerdir. İstinaf mahkemesi duruşma açmış, delil dinlemiş ve sonuçta ilk derecede verilen hükmün doğru olduğunu görmüşse, istinaf başvurusunu esastan reddederken yeni bir hüküm kurmaktadır. Kanunda (CMK 288/2) bu karar açısından ilk derece mahkemesinin hükmünü kaldıracağından söz edilmiş olmasa bile, duruşma açabilmek için ilk derece mahkemesinin hükmünün hukuki varlığının sona ermiş olması gerekir. Nitekim, *davanın yeniden görülmesi kararı* ile ilk hüküm fiilen ortadan kalkmıştır (No. 525-3/IV).

IV. Yalnız sanık lehine başvuruda cezanın ağırlaştırılması yasağı.

İstinaf mahkemesi hüküm tesis ederken, *yalnız* sanık lehine başvurulmuş olduğu hallerde, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır cezaya hükmedemez (CMK 283). CMK ilk yürürlüğe girdiği sırada *sadece* veya *yalnız* gibi bir kelime metne alınmamıştı. Daha sonra yapılan ekleme ile hata düzeltildi. Aleyhe değiştirme yasağı ile ilgili tartışmalar için kanun yollarının genel hükümleri bölümüne bakınız (No. 514 III).

525-5. İSTİNAF MAHKEMESİNİN KARARLARINA KARŞI KANUN YOLU.

I. Olağan kanun yolu: Temyiz.

Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin hükümleri sınırlı ölçüde temyiz edilebilir (CMK 286/1 ve 3). Temyiz edilemeyen her türlü kararlar ve istinaf başvurusunun esastan reddi kararları tahdidi bir şekilde sayılmıştır, fakat çok sayıdadır (CMK 286/2) (No. 531).

II. Direnme yasağı.

Bölge adliye mahkemesi karar ve hükümlerine karşı direnilemez. İtiraz ve temyize ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. Bunlara karşı herhangi bir olağan kanun yoluna gidilemez (CMK 284). Ceza Muhakemesi Kanununun sistemine göre temyiz yolu, sadece Bölge Adliye Mahkemelerinin Ceza Dairelerinin (bozma dışında kalan) hükümlerine karşı kabul edilmiştir (CMK 286). Bu önemli bir değişikliktir. İstinaftan sonra temyize gitmek çok sınırlandırılmıştır (No. 531). Aşağıda temyiz bahsinde açıklanacak olan olağan kanun yolunun büyük ölçüde sınırlandırılması, bölge adliye mahkemesi başsavcısının itirazı kurumunun (CMK 308/A) doğmasına vesile olmuş ve olağan üstü başvuru yolları açılmasını gerektirmiştir.

III. Olağan üstü kanun yolu: BAM Cumhuriyet Başsavcılığı itirazı.

1. BAM Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının yapısı.

a) İtiraz edilebilen kararlar.

BAM Cumhuriyet başsavcılığı ceza dairelerinin *kesin nitelikteki kararlarına karşı* re'sen veya istem üzerine kararı veren daireye itiraz edebilir (CMK 308/A, cü.1).

Sanığın lehine itirazda süre aranmaz (CMK 308/A, cü.2).

Sanık aleyhine itiraz edilebilmesi için kararı etkileyecek nitelikte esaslı bir hatanın bulunması ve itirazın kararın BAM Cumhuriyet başsavcılığına verildiği tarihten *otuz gün* içinde yapılması zorunludur. Sanık aleyhine itiraz yapıldığında, bu itiraz daire tarafından sanık veya müdafisine tebliğ olunur (CMK 308/A, cü.3). İlgililer tebliğden itibaren yedi gün içinde yazılı olarak cevap verebilirler (CMK 308/A, cü.4).

BAM Cumhuriyet başsavcılığının kararına itiraz ettiği ceza dairesi kararını düzeltebilir. İtirazı yerinde görmezse, daire başkanı veya görevlendireceği bir üye bir rapor hazırlar (CMK 308/A, cü.6) ve itirazı incelemesi için *ceza daireleri başkanlar kuruluna* gönderir (CMK 308/A, cü.5).

⁴¹²¹ Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK 283), Dönmezer Tasarısından farklı olarak, istinaf duruşmasının sonunda hangi hükümlerin verileceğini ayrıca belirtmemiştir. Genel hükümlerle düzenlendiği için, buna lüzüm görülmediği anlaşılmaktadır.

b) *BAM ceza daireleri (itiraz) başkanlar kurulu.*

BAM Cumhuriyet başsavcılığının itirazını incelemek üzere 2019-7188 sK ile *BAM ceza daireleri başkanlar kurulu* adı altında kanunla yeni bir mahkeme daha kurulmuştur. Bu mahkeme *bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulundan* (aşağıda IV) farklı bir yapıya sahip olup, dört üyeden oluşur. Dörtten fazla dairesi olan bölge adliye mahkemelerinde başkanlar arasından Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenen dört başkan bu incelemeyi yapar (CMK 308/A, cü.9).

c) *İtirazın incelenmesinin yöntemi.*

Ceza daireleri başkanlar kurulunun itirazı nasıl inceleyeceği Kanunda düzenlenmemiş, çalışma usul ve esaslarının Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenmesi istenmiştir (CMK 308/A, cü.10). İstinaf kanun yolunda kesin nitelikteki daire kararlarını denetleyen bu mahkemenin itiraz mı, istinaf mı, yoksa temyiz incelemesi mi yapacağı belli değildir. İsmi itiraz olmasına rağmen Yargıtay C. Başsavcısının itirazını düzenleyen CMK 308'den sonra yerleştirilmesi sistematik olarak temyiz mahkemesi niteliğinde olduğunu göstermektedir. Vereceği kararların kesin nitelikte ve dairenin buna uymak mecburiyetinde olması sistem içinde ayrı bir sorun kaynağı olmaya namzettir.

ç) *Başkanlar kurulunun kararı.*

Ceza daireleri başkanlar kurulu itirazı kabul ederse, kararını gereği için ceza dairesine gönderir (CMK 308/A, cü.7). Kurulun verdiği kararlar kesindir (CMK 308/A, cü.8).

2. *BAM Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı kurumunun geçirdiği evrim.*

a) *Kanuna CMK 308/A maddenin eklenmesi.*

BAM ceza dairesi tarafından verilen ve temyiz yolu kapalı olduğu için kesinleşen hükümlerde hata bulunduğu sonradan fark edilirse, bu kararlara karşı olağanüstü kanun yolları uygulanamıyordu. CMK 308 Yargıtay daireleri tarafından verilen kararları kapsadığı için, sadece CMK 272/2 uyarınca verildiği sırada kesin olan kararlara karşı CMK 309/1 uygulanabiliyordu (No. 567). Uygulamacıların yoğun isteği üzerine 2017-7035 sayılı Kanunla, daha sonra Anayasa Mahkemesinin *kesin hükmün otoritesini ihlal ettiği gerekçesiyle* verdiği iptal kararının konusunu teşkil eden, CMK 308/A madde eklendi.

b) *2019 değişikliği.*

2019 yılında 7188 sayılı Kanunla CMK 308/A maddesinin birinci fıkrasının üçüncü ve dördüncü cümleleri değiştirildi ve fıkraya şu cümleler eklendi:⁴¹²² “*Daire en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı itirazı incelemek üzere ceza daireleri başkanlar kuruluna gönderir. Kurula gönderilen itiraz hakkında, kararına itiraz edilen dairenin başkanı veya görevlendireceği üye tarafından kurula sunulmak üzere bir rapor hazırlanır*”. “*Kurulun itirazın kabulüne ilişkin kararları, gereği için dairesine gönderilir. Kurulun verdiği kararlar kesindir. Dörtten fazla dairesi olan bölge adliye mahkemelerinde Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından daire başkanları arasından belirlenen ve dört üyeden oluşan başkanlar kurulu bu incelemeyi yapar. Başkanlar kurulunun bu maddeye ilişkin çalışma usul ve esasları, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenir*”. *Daire, bu itiraz üzerine mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse, kararını düzeltir; aksi halde itirazı reddeder. İtirazın reddi kararı kesindir (CMK 308/A).*

c) *Anayasa Mahkemesinin 2022 yılında verdiği iptal kararı.*

Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesi, Terörizmin Finansmanın Önlenmesi Kanununa muhalefet suçundan açılan davada BAM Başsavcılığının yaptığı itiraz üzerine CMK 308/A maddenin Anayasaya aykırı olduğu kanaati ile iptal başvurusu yapmıştır.⁴¹²³ Gerekçe olarak ileri sürülen husus, kesin nitelikte olan kararların BAM Başsavcılığının itirazı neticesinde sanık aleyhine değiştirilebilecek olmasının adil yargılanma hakkı ile bağdaşmamasıdır. Anayasa Mahkemesi önce konuya *ne bis in idem*

⁴¹²² 17/10/2019 tarih ve 7188 sayılı kanunla CMK'ya eklenen, geçici madde 5, f. 1, g bendine göre: “308/A maddesinde yapılan değişiklikle bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığınca yapılan itirazların incelenmesine ilişkin usul, bu maddenin yayımlandığı tarihten önce itiraz yoluna başvurulup reddedilmiş olan itirazlar hakkında uygulanmaz.”

⁴¹²³ AYM 26.1.2022, E. 2021/48, K. 2022/7 (RG 14.4.2021).

ilkesi açısından yaklaşmış ve kuralı ve istisnalarını açıklamıştır.

Buna göre, adil yargılanmanın güvencesi olan aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama ve cezalandırılmama ilkesinin⁴¹²⁴ sınırlı bazı istisnaları da vardır: Süreçler bağlantılı ise, yeni delil elde edilirse veya davanın sonucunu etkileyecek esaslı bir kusur tespit edilirse (AYM 4.11.2021, E. 2019/4, K. 2021/78, §§ 26-33), aynı fiilin tekrar yargılanması mümkündür. İtiraz konusu davaya bu ilkeleri uygulayan AYM, *bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazının sanığa bildirilmemesi* üzerinde durmuştur. Sanığa haber verilmemesinin çelişmeli yargılama (§ 23) ve silahlarda eşitlik (§ 25) ilkelerinin ihlal ettiği görüşü ile, AYM CMK 308/A maddenin birinci cümlesini *sanığın aleyhindeki itirazlar* yönünden iptal edilmesine karar vermiştir (§ 29).

ç) 2023 yılında yapılan düzenleme.

Madde 2023'te değiştirilerek *sanık aleyhine itiraz edilebilmesi için kararı etkileyecek nitelikte esaslı bir hatanın bulunması zorunlu olarak arandı*. Ayrıca itirazın ilgili daire tarafından *sanık veya müdafisine tebliğ olunması mecburiyeti* getirildi. Bu tebligat, ilgililerin dava dosyasından belirlenen son adreslerine yapılmasıyla geçerli olacak ve ilgili, tebliğden itibaren iki hafta içinde yazılı olarak cevap verebilecektir (CMK 308/A/1, cü. 2).

d) 2024 yılında yapılan değişiklik.

tt

IV. İstinaf mahkemeleri arasındaki hüküm uyumsuzluklarının giderilmesi.

İstinaf mahkemeleri bölgesel olarak kurulmuş bulunduğu için, bölge adliye mahkemeleri arasında içtihat uyumsuzlukları çıkabilir. Yargıtay bu ihtiyaca cevap vermekle görevli kılınmıştır. Bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu ve bölge adliye mahkemesi hukuk daireleri başkanlar kurulunun başlattığı *hüküm uyumsuzluklarını giderme* süreci Yargıtay'ın kararı ile içtihat haline gelir.

1. Bölge adliye mahkemesi başkanlar kurulu önündeki süreç.

a) Başkanlar kurulunun yapısı.

Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük Kanunundaki düzenlemeye göre, bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu ve hukuk daireleri başkanlar kurulu, bölge adliye mahkemesi başkanı ve ilgili dairelerin başkanlarından oluşur (5235 sK m. 28). Bölge adliye mahkemesi başkanının bulunmadığı hâllerde kurulun başkanlığını ilgili daire başkanlarından kıdemli olanı yerine getirir. Daire başkanının mazereti hâlinde, o dairenin kıdemli üyesi kurula katılır. Bu *başkanlar kurulu*, BAM Cumhuriyet başsavcılığının itirazını inceleyen *BAM ceza daireleri (itiraz) başkanlar kurulundan* (yukarıda III) farklıdır.

b) Başkanlar kurulunun görevleri.

Bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu ve hukuk daireleri başkanlar kurulu daireler arasında çıkan iş bölümü uyumsuzluklarını karara bağlar (5235 sK m. 35).

Kurulun diğer görevi, re'sen veya istek üzerine hüküm uyumsuzluklarını Yargıtaya taşımaktır. Bölge adliye mahkemesinin bir hukuk veya ceza dairesi, Cumhuriyet başsavcısı veya Ceza Muhakemesi Kanunu veya Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanlar, benzer bir olayda bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında ya da bu mahkeme ile başka bir bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen *kesin nitelikteki kararlar arasında uyumsuzluk bulunduğunu* gerekçeli olarak talep edebilir. İlgili başkanlar kurulu eksiksiz toplanır, çoğunlukla karar verir ve uyumsuzluk bulunduğu görüşünde ise, kendi görüşlerini de ekleyerek Yargıtay'dan bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir. Bu istem, ceza davalarında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına, hukuk davalarında ise Yargıtayın ilgili hukuk dairesine iletilir (5235 sK m. 3/3).

2. Yargıtay önündeki süreç.

⁴¹²⁴ AYM 4.11.2021, E. 2019/4, K. 2021/78, §§ 26-31; Ünal Gökpınar GK 27.3.2019, B. No. 2018/9115.

Ceza davalarında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı da uyuşmazlık bulunduğu kanaat getirmesi durumunda ilgili ceza dairesinden bir karar verilmesini talep eder. Uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin olarak Yargıtay dairesince verilen kararlar kesindir (5235 sK m. 35/4).⁴¹²⁵

77. § TEMYİZ

526. Temyiz yolunun gayesi ve görevi. 527. Yargıtay. 528. Temyiz nedeni ve bozma sebebi: hukuka aykırılık. 529. b) Bozma sebebi sayılmayan temyiz sebepleri. 530. c) Hukuka kesin aykırılık halleri. 531. Temyiz olunabilen kararlar. 532. Temyiz olunamayan kararlar. 533. Temyiz dâvasının açılması. 534. Temyiz başvurusunun içeriği ve temyiz gerekçesi: Temyiz lâyihası. 535. Temyiz dâvasının açılmasının hükmün kesinleşmesine engel olması. 536. Kararı temyiz olunan mahkemece yapılacak işlemler. 537. Yargıtay isteminin esastan reddi kararı (onama). 543. Bozma kararı. 544. Yargıtay'ın esas hakkında karar vermesi: ıslah kararı. 545. Düşme kararı. 546. Bozma kararının temyiz etmeyenlere etkisi. 547. Hüküm verdikten sonra, Yargıtay'ın yapacağı işlemler. 548. Uymadan önceki duruşma: Mahkemenin uyma ve direnme kararları. 549. Bozmaya uymadan sonraki duruşma: Mahkemenin verdiği yeni hüküm: a) Serbestlik kaidesi. 550. b) Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğname. 538. Yargıtay'ın ön kararları. 539. Temyiz muhakemesinde yargılamanın yapılması. 540. Temyiz muhakemesinde yargılama konusu. 541. Yargıtay'ın verdiği hükümler. 542. Temyiz Uymadan sonraki serbestlik kaidesinin istisnaları. 551. Uymadan sonra verilen hükme karşı kanun yolu.

526. TEMYİZ YOLUNUN GAYESİ ve GÖREVİ.

Temyiz, yargılama makamlarının kararlarındaki aykırılıkları gidermek gayesi ile kabul edilmiş kanun yollarından biridir (No. 511). Yargıtay, bu yolla içtihatlarda birliği de sağlar. Bu yol ile, aykırılık konusunda çıkan uyuşmazlığın halli yargılama makamından istenir. Bu sebeple, *temyiz dâvasından* söz edilir. Bu dâva üzerine iddia, müdafaa ve yargılama makamları kolektif bir şekilde uyuşmazlığın haline çalışırlar. Bu sebeple de *temyiz yolu muhakemesinden* veya kısaca *temyiz muhakemesinden* bahsedilir.

Temyiz yolu, mahkemelerin hükümlerindeki aykırılıkların bozma veya ıslah metotları ile giderilmesi için kabul edilmiş bir yoldur. Kaide, bozma⁴¹²⁶ olup, ıslah istisnayı teşkil eder.⁴¹²⁷ İtiraz ve istinaf yolları, sadece ıslah için kabul edildiklerinden, temyiz yolundan bu bakımdan da ayrılırlar.

Temyiz yolu, henüz kesinleşmemiş hükümlere karşı söz konusu olduğundan, *olağan kanun yolu* olduğu gibi, sadece hukukî meseleye ilişkin aykırılık uyuşmazlıklarını çözmek için kabul edildiğinden, *hukukî derece* yoludur (No. 511). Gerçekten, temyiz muhakemesindeki yargılama makamı, uyuşmazlığın maddî ve hukukî meselelerinden sadece hukukî meseleyi, *yani mahkemece sabit kabul edilen olayın hukuk normları karşısındaki durumu meselesini* ele alacak ve esas mahkemenin hükmünü bu açıdan inceleyerek, normun vasıta olarak kullanılmasında aykırılık olup olmadığını söyleyecektir (No. 528).

⁴¹²⁵ Örneğin, Yargıtay 19. CD 10.5.2018 tarih ve K.2018/5874 sayılı kararı ile; Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulu 20.09.2017 tarih, 2017/65 sayılı Kararı ile Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 11. Ceza Dairesinin 16.03.2017 tarih, 2017/413 Esas, 2017/398 Karar sayılı ilamı ile Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 12. Ceza Dairesinin 03.03.2017 tarih, 2017/218 Esas, 2017/242 Karar sayılı ilamı arasında "karşılıksız çek düzenleme suçunda şikayet hakkının kime ait olduğu" konusundaki uyuşmazlığın 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un, "Başkanlar Kurulunun Görevleri" başlıklı 35. maddesi gereğince giderilmesini istenmesi üzerine, özel daire karşılıksız çek düzenleme suçunda şikayet hakkının; çeki tahsil amacıyla bankaya ibraz eden hamil ile "karşılıksızdır" işlemi yapıldıktan sonra çeki elinde bulunduran ve aynı zamanda "karşılıksızdır" işlemi yapılmadan önceki dönemde geçerli ve meşru ciranta olan kişiye ait olacağına oybirliğiyle karar verilmiştir.

⁴¹²⁶ Fransızların Yargıtaya "bozma mahkemesi" (*Cour de cassation*) demeleri bundandır.

⁴¹²⁷ 2005 sonrasında yeni tip bir *kanunen bozma* ortaya çıktı: 5252 sayılı Kanunun 9 uncu maddesi uyarınca "lehe yasa incelemesi yapılması için, Yargıtaydaki dosyaların incelenmeksizin esas mahkemeye iade edilmesi kararlarının" da "bozma sonucu" doğurduğu kabul edilmiştir (CGK 2.2.2010, K. 17).

Temyiz yolunun hukukî derece olmasının iki sebebi vardır. Bir kere, deliller tekrar ve yeniden ortaya konulmak suretiyle dar manadaki ceza muhakemesinin kovuşturma evresi niteliğinde bir öğrenme muhakemesi yapılması, hemen hemen imkânsız olduğu için, istinaf ile temyiz birbirinden ayrılmış ve hiçbir memlekette *maddî meselenin* istinaftan sonra üçüncü defa olarak temyiz yolunda ele alınması kabul edilmemiştir. Diğer taraftan, *hukukî yönün* bir kere daha ve merkezî bir organ tarafından ele alınması hem mümkündür hem de müşahhas olmayıp mücerret olması, bir kişiyi değil, milyonları ilgilendirmesi bakımından daha faydalıdır. Bunun içindir ki, istinaf mahkemeleri işletilmeli ve Yargıtay istinaf mahkemesi haline gelmekten kurtarılmalıdır. Yargıtay müşahhas olayı ilgilendiren *maddî meselelerle* de uğraşırsa, içtihat yaratmadaki önderlik görevini (No. 310) yapamaz (No. 525).

Gerçi *hukukî ve maddî meselelerin birbirinden ayrılması* hüküm niteliğindeki hükmün mantıkî bütünlüğüne aykırıdır⁴¹²⁸, çok da güçtür (No. 142, 296) fakat imkânsız değildir. Bu ayırım kanunla kabul edildiği ve ihtiyara bırakılmadığı için, mecburîdir. Fazla olarak, Yargıtayın sadece hukukî derece olarak kabulünü gerektiren maddî şartları bakımından da zorunludur. Onun içindir ki, bu ayırım sadece *nazari* kalmamış⁴¹²⁹, yapılagelmiştir. İctihadın hemen her memlekette bocaladığı ve Yargıtayın kontrol sahasının genişlediği⁴¹³⁰ bir gerçektir (No. 137, III). Nazariye içtihadı yol göstermek için yapıldığına göre, bütün mesele hukuka aykırılık konusunda (No. 528) sağlam bir kural koymaktır.

Temyiz yolu, ilk mahkemeler ile istinaf mahkemelerinin⁴¹³¹ verdikleri hükümlere ve bunlarla birlikte olmak şartı ile, bunlara esas teşkil etmiş olan ara kararlarına karşı kabul edilmiştir (No. 531).

527. YARGITAY.

I. Yargıtay hakkında genel bilgiler.

Temyiz muhakemesi, bir kararda hukukî bakımdan aykırılık olduğu iddiası üzerine çıkan uyuşmazlığın kollektif bir şekilde halli, demek olduğundan ve muhakeme adı verilen her kollektif faaliyette *yargılama faaliyeti* de bulunduğundan, temyiz muhakemesinde bu faaliyeti hangi makamın yapacağını tâyin etmek icap eder. Bu makam, memleketimizde, genel yargılama kuruluşunda *Yargıtaydır* (No. 66).⁴¹³² Ancak, Yargıtayın yaptığı yargılama, sadece temyiz adlı kanun yolunun muhakemesinde yaptığı, kısaca *temyiz yargılaması* değildir. Yargıtayın, meselâ *olay mahkemesi* olarak veya *itiraz mercii* sıfatı ile yaptığı yargılamalar da vardır (No. 89). Bu nedenle, *temyiz yargılaması* yerine, Yargıtay yargılaması denilmemelidir.⁴¹³³

⁴¹²⁸ *Falcshi*, 193.

⁴¹²⁹ k-m: *Erem*, n. 329.

⁴¹³⁰ Tafsîlât için meselâ: *Deschenaux*: La distinction du fait et du droit dans la procédure de recours au Tribunal Fédéral, Friburg, 1948; *Marty*: La distinction du fait et du droit, Paris, 1929, *Centre National De Rescherches De Logique*: Le fait et le droit. Etude de logique, Juridique Bruxelles, 1961; *Güngör*: Temyiz mahkemesinin kontorlî bakımından vakıa ve hukuk, SBFM, 56, III, 278; *Bourgnecht*: Le recours au Tribunal Fédéral en matière pénale, ZSR 1941, 60, 5.

⁴¹³¹ Yargıtay uygulamada, istinaf mahkemesi imiş gibi, fakat onun kadar olamadan, yani öğrenme muhakemesi ve dolayısı ile duruşma yapılmadan, bunun sonucu olarak beyan delillerini ve bunlara karşı tarafların ileri sürdüklerini duymadan, bunların duruşma tutanağına, kabul etmek gerekir ki, eksik ve yanıltıcı olarak geçiş biçimine dayanarak, uyuşmazlığın maddî mesele yönünü de ele almakta ve olay mahkemesinin olayı belirlemesine karışmaktadır. Bazan o kadar ileri gitmektedir ki olayı kendisi belirleyip hukuki sonucu da çıkarmakta ve meselâ beraat kararı veremese de verilmelidir diye bozmaktadır. Kanuna ve muhakeme hukukunun esaslarına aykırı olan bu hatalı uygulamanın nedenleri arasında, bizde sırf hukukî denetim için kanun yolu yargılaması geleneğinin bulunmaması, Yargıtay hâkimlerinin olay mahkemesindeki alışkanlıklarından kolay kolay sıyrılmaması gibi, istinaf mahkemelerinin bulunmaması da yer alsa gerektir. İyi niyetle de olsa Yargıtayın istinaf boşluğunu doldurmaya çalışması, onu Yargıtaylıktan çıkarıp istinaf mahkemesi yapmak demektir. O zaman da Yargıtay ihtiyacı yüzünden, sırf hukukî meseleler üzerinde durup içtihat yaratacak yeni bir Yargıtay kurmak gerekecektir.

⁴¹³² Kanun yolu muhakemesinin kanun yolunun adını taşıması şart olmadığından, istinaf mahkemesine üst mahkeme denilebildiği gibi, temyiz yolu mahkemesine de *Temyiz Mahkemesi* yerine *Yargıtay* denmiştir. Kaldı ki Yargıtay her zaman temyiz yolu mahkemesi de değildir.

⁴¹³³ 1985-3206 numaralı kanun mülga 322 inci maddeyi değiştirirken bu hataya düşmüştür.

Ülkemizde bir tek temyiz yolu mahkemesi olarak Yargıtay vardır. 2016 yılına kadar bir de *Askerî Yargıtay* vardı (mülga AY 141).⁴¹³⁴ Yargıtayın dairelere ayrılması ve daireler arasında görev bölüşülmesi yapılması mümkündür. Nitekim bu şekilde hareket edilmekte ve Yargıtayın işi çoğaldıkça (No. 525, not 90) daire sayısı da arttırılmakta ve yeniden görev bölüşülmesi yapılmaktadır (No. 218). İstinaf mahkemelerinin 2016 yılında göreve başlamasından sonra Yargıtay'a giden iş sayısı önemli derecede azaldığı için bazı Yargıtay dairelerinin kapanması gündeme gelmiştir. Daire sayısının azalması da yeni görev dağılımını beraberinde getirmiştir.

Temyiz kanun yolunda yargılama görevi yapan Yargıtaydır, denilince, Yargıtayın görev bakımından yetkili dairesi anlaşılır. İstisna olarak *Genel Kurullar* da temyiz yargılaması yapar. Bu istisnaya a) bozma üzerine istinaf mahkemesinin verdiği direnme⁴¹³⁵ kararında (CMK 307/3) veya b) şahıs itibariyle yetki kaideleri dolayısı ile Yargıtay dairelerinin ilk mahkeme sıfatı ile hareket edip yargılama yaptığı zaman (No. 222), dairenin hükümlerine karşı temyiz dâvası açıldığında (No. 89) rastlamaktayız.

528. TEMYİZ NEDENİ ve BOZMA SEBEBİ: HUKUKA AYKIRILIK.

I. Temyiz nedeni.

Temyiz nedeni,⁴¹³⁶ temyiz dâvasının sebebidir, yani *hukukî hata* veya bir diğer söyleyişle *hukuka aykırılık* iddiasına dayanan temyiz dâvasını haklı göstermek için ileri sürülen *gerekçedir*. Temyiz nedenini, *Yargıtayın kaide olarak bozma, istisna olarak islâh suretiyle denetimine imkân veren sebep*, diye de tarif edebiliriz. *Temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanabileceği için, temyiz nedeni, hukuki hata yapıldığını ileri süren tarafın dayandığı gerekçedir* (CMK 288/1). *Bir hukuk kuralının hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması, hukuka aykırılık, yani temyiz nedenidir* (CMK 288/2). Temyiz nedeni, aynı zamanda *bozma imkânı* yolunu açan sebeptir.

Temyiz başvurusunda *temyiz edenin hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini göstermesi zorunludur* (CMK 294/1). Cumhuriyet savcısı temyiz isteğinin sanığın yararına veya aleyhine olduğunu açıkça belirtir (CMK 294/2).⁴¹³⁷

Temyiz nedeni, denetlenecek kararın hangi noktasının hatalı görüldüğünü de belirttiği için, temyiz muhakemesindeki uyumsuzluğu da sınırlar (No. 534). Temyiz muhakemesinde temyiz başvurusunda belirlenen sınırın dışına çıkılamaz. Temyiz başvurusunda belirtilmeyen, fakat Yargıtayın kendiliğinden tespit ettiği hatalar, bozma nedeni yapılamaz. Hukuka kesin aykırılık halleri (CMK 289) saklıdır.⁴¹³⁸

⁴¹³⁴ Niteliği itibariyle cezaî olan askerî mahkemeler üstünde de sadece hukukî denetim yapacak bir mahkemeye yani Yargıtaya ihtiyaç olsa bile, bu ihtiyaç Yargıtayla giderilebildiği için, bu özel Yargıtayı izaha, askerî ceza yargılamasını gerektiren sebeplerle (No. 83) dahi imkân yoktu. *Tosun* (II, 205) da Yargıtayın bir dairesinin Fransada'ki gibi bu işle görevlendirilmesi fikrindedir. *Onar*, askerî mahkemelerin kararlarının Askerî Yargıtay'da tetkik edilip nihaî karara bağlanmasını 1924 Anayasasına aykırı bulmakta idi (İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. II, 1960, s. 1429). 1961 Anayasasında iki Yargıtay kabulündeki sistemsizlik, içtihat Birleştirme Kurullarının dahi kanunlarla ayrılması ile büsbütün yersiz ve sakıncalı bir hale getirilmiştir. Gerçekten aynı konu hakkında iki ayrı kuruluştan iki farklı içtihat birleştirme kararı çıkabilecektir.

⁴¹³⁵ İstinafta *direnme* kabul edilmemiştir (CMK 284/1).

⁴¹³⁶ Mülga Kanunda *temyiz sebebi* diye isimlendirilmmişti (CMUK 307/1). CMK ise “temyiz sebebi” terimini “temyiz nedeni” (CMK 288, 294/1) yapmış, fakat bozma sebebini “bozma sebebi” olarak (CMK 302/2) muhafaza etmiştir. Bu düzenlemeler arasında bazı maddelerde (CMK 294/2) “temyiz sebebi” kelimesinin kullanılması ise, şartıctır. Terimlere özen gösterilmemesi, hukukî çalışmaları zorlaştırır. Kanun koyucunun hata yapmayacağına inandığımız için, “temyiz nedeni” (CMK 288/1), “temyiz sebebi” (CMK 294/2) ve “temyiz gerekçesi” (mülga CMK 295) kelimelerinin farklı anlamlar taşıdığı inancındayız.

⁴¹³⁷ Bu kural 2024 yılında yürürlükten kaldırılan 295. maddede idi. Ek dilekçe kaldırılırken 294. maddeye aktarıldı.

⁴¹³⁸ Yürürlükteki hukuk böyle iken, mülga CMUK döneminde esaslara aykırı olarak, temyiz muhakemesinde dava sınırı dışına çıkma kabul edilmiş (No. 540) ve bu yüzden temyiz sebeplerinin gösterilmesi mecburiyetinden vaz geçilmişti (No. 534). Yazılı hukuk ile uygulanan hukuk arasındaki farkı belirtmek üzere yaşayan bir örnek olarak belirtmek gerekir ki, kanun maddesini değiştirmekle uygulanan hukuk değişmemektedir. Zira, 2023 yılı itibariyle uygulanan hukuk CMK değil, yürürlükten kalkmış olan CMUK taki düzenlemedir: Yargıtay içtihadında *maddi ceza hukukuna aykırılık* ve *muhakeme hukukuna aykırılık* ayırımına dayanmış ve maddi ceza hukukuna aykırılık açısından (ceza'yı ağır buluyorum gibi) genel bir ifade kullanılmasının yeterli olduğu, temyiz nedenlerinin açıkça gösterilmesine gerek olmadığına karar vermiştir (CGK 14.1.2020, E. 2019/425, K. 2020/4) (aşağıda No. 528/V,1,c).

II. Hukuka aykırılık.

Ceza Muhakemesi Kanunu temyiz nedenini, *hükmün hukuka*⁴¹³⁹ *aykırı olması* diye göstermiş ve hukuka aykırılığın da ne olduğunu şöyle tarif etmiştir: *Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır* (CMK 288).

Bu tarifteki *hukuk kuralından* maksat, *kanun* normu değil, *hukuk* normudur.⁴¹⁴⁰ *Uygulama* kelimesi ise kullanmanın özel bir şeklini ifade eder (No. 296). O halde hukuka aykırılık hâkimin olaya en uygun normu bulamaması yahut bulsa da yanlış anlayıp yanlış kullanmasıdır. Demek ki hukuk normunun kullanılması bakımından bir yanlışlık olup olmadığı araştırılacaktır.

Yargıtay, temyiz yolunda yargılama yaparken, uyuşmazlığın ispat yönünü oluşturan ve *fili* de denilen *maddi meseleyi* olay mahkemesinin duruşmada ortaya konan delillere dayanarak vardığı *vicdani kanaate* göre çözüşüne, kısaca *olayı belirlemesine* (No. 321) dokunamayacak, olay mahkemesinin hukuki meselede, yani belirlemiş olduğu olayın hukuk normları karşısındaki durumu konusunda yaptığı *tavsif* de denilen *hukuki değerlendirmesini* ve ondan çıkardığı sonuçları denetleyecek, kısacası *hukuki hata* olup olmadığına bakacaktır.

Temyiz yolunun hukuki derece olması da zaten bu demektir (No. 526). Kullanılacak hukuk normu kullanılmamış veya yanlış kullanılmışsa, hükmü veren mahkemenin hukuki hata yaptığı, *hukuka aykırı* karar verdiği iddiası haklı görülecektir.⁴¹⁴¹ Suçların bir unsuru da *hukuka aykırılıktır*. Fakat *suç unsuru olan hukuka aykırılık*, suç tipine uygun olan *eylemin genel* olarak Hukuk Düzenine aykırı olmasını ifade ettiği halde⁴¹⁴², burada, *hükmün* Hukuk Düzenine *somut* bir aykırılığını belirtilmektedir. Birincisi *eylemin*, ikincisi *kararın* hukuka aykırılığıdır.

III. Temyiz nedeni ve hukuka aykırılık ilişkisi.

Hukukî ve maddî meselelerin birbirinden ayrılması maddî bakımdan zarurî ve hukukî bakımdan mecburî olunca ve ayırım için de *hukuka aykırılık* ölçüsü kabul edilince, bu kavramı, imkânları göz önünde tutacak ve ihtiyaçlara cevap verecek şekilde açıklamak gerekir.

Kanunumuzun *hukuk kuralının uygulanmaması* tarifi (CMK 288/2), hiçbir ayırım yapılmadan, maddî meselelerde hâkimlerin yetkilerinin serbest olduğu, olayı belirlemelerinin Yargıtayı mutlak olarak bağladığı sanılan devirlerin kalıntısıdır.

Oysa, uyuşmazlığı çözmeye işinin hâkime verilmesi, bugün yeterli bir teminat sayılmamaktadır. Hukukta gelişme hâkim kararlarının da denetimi yönündedir. Önce *kanun yolu* kabul edilmiş, sonra bu yolların sayısı artırılmış ve hâkimlerin denetim dışı kalabilen kararları gittikçe azalmıştır (No. 137).

Bu gelişme, delillerin tekrar veya yeniden ortaya konulması suretiyle bir *öğrenme muhakemesi* (No. 459) yapmayan Yargıtay'ın denetimine de tesir etmiş ve hukuk kuralı olmadığı açık olan, meselâ bir *fizik kanunu* veya *mantık kuralını*, bir kelime ile *tecrübe kaidelerini* de hukuk kuralı tabiri içine sokmak ihtiyacı duyulmuştur. Görüldüğü gibi, *temyiz nedeni*, hukuk kuralına aykırılıktan daha geniştir.

IV. Yargıtay'ın denetleyebildiği maddi mesele.

Yargıtay'ın olay mahkemesi tarafından verilen ve *maddî meseleye ilişkin kararları* ile bağlı olması ve onu denetleyememesi, bir istisnadır. Bu istisna Yargıtay'da olayın belirlenmesi için bir *öğrenme muhakemesi* yapılmamasından doğan maddî imkânsızlıkla haklı görülebilir. Ancak, imkân varsa, Yargıtay maddi meseleyi de denetlemelidir.

⁴¹³⁹ Mülga CMUK *kanuna muhalefet* demişti.

⁴¹⁴⁰ Mülga kanundaki "hukukî kaide" tâbirinin geniş mânâda alınmasında Türk doktrini müttefikti (*Kantar*, 361; *Taner*, 372; *Yüce*, Tez, 98; *Erem*, n. 335; *Tosun*, II, 212; *Yurtcan*, 375). Buna karşılık bir kararda azınlık, siyasi suçun kanunî tarifi bulunmaması sebebi ile buradaki hatayı hukukî saymamıştı (CGK 8/3/71 RKD 71, 8).

⁴¹⁴¹ Temyiz nedeni *hukuk normuna aykırılık* diye tarif edildiğine ve hukuk deyince de yazılı olan ve olmayan hukuk anlaşılması gerektiğine göre, temyiz sebebini Kanunun *kanuna aykırılık* diye adlandırması yanlış; zira bu ad sadece kanuna, yani Yazılı Hukukun bir kısmına yahut kanunu geniş manada alırsak sadece Yazılı Hukuka aykırılığı belirtmekte idi. Biz temyiz sebebini ifade için *kanuna aykırılık* yerine *hukuk normlarına aykırılık* veya kısaca *hukuka aykırılık* demiştik.

⁴¹⁴² *Kunter*: Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi, 1949, s. 119)

1. Tecrübe kaidesinin denetlenebilmesi.

Yargıtay soyut ve genel olan hususlarda maddi meseleyi denetleyebilir. Örneğin, Yargıtay hâkimleri, hukuk kaidesi gibi *tecrübe kaidesini* de en az esas mahkeme hâkimleri kadar bilirler. Bu nedenle, Yargıtay'ın tecrübe kaidesine aykırılığı denetleyememesi için hiçbir sebep yoktur.

2. Olay mahkemesinin dosya üzerinden inceleyebildiği maddi mesele.

Yargıtay'ın maddi meseleyi incelemesindeki sorun, somut hususlarda ve belli bir olay söz konusu olduğunda ortaya çıkmaktadır. Yargıtayda yeni delil ileri sürülmediğine ve eskileri tekrar ortaya konmadığına ve tanık dinlenmediği için, Yargıtay⁴¹⁴³ ancak *olay mahkemesinin yararlanabildiği ve dosyanın elverdiği ölçüde* bir denetim yapabilir.⁴¹⁴⁴ Örneğin, istinabe veya niyabet suretiyle dinlenenlerin beyanının denetimi mümkündür. Çünkü bu hallerde esas mahkeme dahi kararını verirken, beyan deliline değil, belge deliline dayanmıştır. Soruşturma evresindeki ifade tutanaklarının okunması ile yetinildiği hallerde de durum aynıdır (No. 343). Belge⁴¹⁴⁵ delili dosyadadır. O halde Yargıtay hâkimleri de esas mahkeme gibi, bunun muhtevasını öğrenebilirler, hatta bu delili tek başına veya hepsi belge delili ise, diğer delillerle birlikte değerlendirebilirler (No. 332). Buna karşılık, duruşmada okunmaması gereken bir tutanak, dosyadaki delil sayılmaz (No. 349).

Vardığımız sonuç şu olmaktadır: *Temyiz sebebi olan “hukuka aykırılık”, Yargıtayın gerektiğinde ve mahkemenin dayanabildiği ölçüde dosyadaki belge delillerine dayanarak⁴¹⁴⁶ denetleyebilmesi maddî bakımdan mümkün olan hukukî aykırılıktır.*

⁴¹⁴³ CMK 288: Temyiz istemi maddi vakıaların yanlış değerlendirildiğine yönelik olabileceği gibi yargılama usulüne ilişkin yanlışlıklar hakkında da olabilir (Özbek 2005, 1112).

⁴¹⁴⁴ Meselâ bir belgeden ilânın yapılıp yapılmadığının anlaşılması (CGK 4/2/74 İKİD 74, 2753). Temyiz süresi içinde ortaya çıkan delil dosyaya girebilir ve Yargıtay, gerekli öğrenim muhakemesi yapabilmesi için “soruşturma tamamlatılsın” diye bozma kararı verebilir. Bu kestirme yol varken, muhakemenin yenilenmesini beklemek abes olurdu (CGK 27/11/72 İKİD 73, 1711). Buna karşılık, yeni olay ve delil niteliğinde olmayan bir hususun (meselâ sanığın mahkemede benim dediği şeyin amcasına ait olduğunu temyiz dilekçesinde söylemesinde bu hususun) araştırılması için bozmak (CGK 26/11/79 YKD 80, 276) Yargıtayın, temeline aykırı olduğu gibi dâvaların uzamasına da yol açmaktadır. Almanya’da, *olay mahkemesinin duruşmadan doğrudan doğruya edindiği kanaata göre hüküm vermesi prensibine* -ki biz buna “vasıtasızlık” diyoruz- aykırı düştüğü için Yargıtay dosyada bulunan fakat duruşmada ele alınmamış olan verilere dayanmamaktadır. Temyizi genişleten ve dosya muhtevasının Yargıtayca incelenmesini öngören 1975 tarihli kanun yolunda reform öntasarısının hakikî yeni delil ve olayları kabul etmemesi (Riess, 671) bizce isabetsizdir. Zira Tasarıda “olay mahkemesinin duruşmadan edindiği kanaata göre karar vermesi” esasından ayrılmadığı ve yapılacak reformun bu ana ilkeyi ihlâl etmemesi gerektiği belirtildiğine (Riess, s. 667) göre, Yargıtay yapacağı temyiz yargılaması sonunda yeni delil ve yeni olayların da olay mahkemesince değerlendirilebilmesini sağlamak üzere, soruşturmanın genişletilmesi için bozma kararı verilmelidir. Buna karşılık bu tasarı; Yargıtayın elinde bulunan verilere yani yeni olmayan delil ve olaylara göre, olayın önemli noktalarda belirlemesinin doğruluğu hakkında veya hukukî sonuçların seçim ve uygulanmasında hata yapıldığı yolunda ağır basan bir şüpheye düşmesi halinde bozma kararı vermesini kabul etmektedir (Riess, 668, 669). Böylece dosya muhtevasının incelenmesini öneren bu tasarı, yine de, sözü geçen vasıtasızlık prensibine aykırı düştüğünden, dosyaya aykırılık diye genel bir iddiayı kabul etmemiş, dosyanın her tarafını Yargıtayın incelemesi imkânsız olduğundan, hangi noktaların eksik soruşturma yüzünden hatalı sayıldığını bildirmesini şart koşmuştur (Riess, 670).

⁴¹⁴⁵ Sanığın hâkim önündeki beyanına ait tutanağın okunmasında, tanık beyanı delili değil, belge delili söz konusu olduğu Almanya’da genellikle kabul edilmektedir (Herrmann, 78).

⁴¹⁴⁶ Dosyaya dayanma, her dâvada dosyanın Yargıtayca baştan sona incelenmesi anlamına gelmemelidir. Zira bu yükün altından hiçbir Yargıtay kalkamaz. Bu nedenle temyiz sebeplerinin ve dolayısı ile temyiz edilen noktaların gösterilmesi mecburiyetine bir an önce dönmeliyiz. Belirtelim ki Alman 1975 öntasarısı Yargıtayın işini kolaylaştırmak için temyiz iddialarını 4 tipe ayırmış ve hangi tipin söz konusu olduğunun da belirtilmesini mecburî kılmıştır. Bu tipler muhakemedışı hukuka ve muhakeme hukukuna aykırılıklar ile olayda hata ve hukukî sonuçta hatalardır (Riess, 673). Belirtelim ki denetlemek için dosyanın verdiği imkâna dayanmak, temyiz edilen nokta ile ilgili olsa da dosyada bulunan her belgeye dayanmak demek değildir. Bir kere, duruşmada ortaya konmamış bir delile mahkeme nasıl dayanamıyorsa Yargıtay da elbet dayanamaz. Diğer taraftan, duruşma tutanağının dâva konusu olayın delili olmadığı da unutulmamalıdır. Mahkemenin dayandığı sözlü deliller, tutanağa şöyle veya böyle geçirilmiş olan “beyan” delilleridir. Yargıtay üyelerinden *Sami Selçuk* da 15/11/1985 tarihinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde verdiği “Ceza adaletinde bunalm ve ceza yargılaması diyalektiğinin kurulması” konulu konferansında, mesela Fransız Yargıtayının 4 kararından 1’ini bozmasına karşı bizde 5’de 3’ünün bozulduğunu ve bunun yarısının da “olgu” açısından” yani maddî mesele bakımından olduğunu açıklamış, duruşma tutanağına dayanmanın diyalektik ters düştüğünü, Yargıtayın yükünü hafifletmek için sadece hukuk yönünden denetlemesi ve adli hataları önlemek için de mahkemelerin diyalektik ilkelere göre saptadıkları gerçeğe sıkı sıkıya sarılması gerektiğini vurgulamıştır.

3. Yargıtay'ın denetleyemediği maddi mesele.

Yargıtay, dosyada bulunduğu halde duruşmada ele alınmadığı için, *delillerin müşterekliği prensibi* gereğince (No. 324-VI), mahkemenin ele alamadığı belgelerden yararlanamaz.⁴¹⁴⁷

Yargıtay dosyaya girmeyen *beyan* delillerine de dayanamaz. Beyan delillerinin duruşma tutanağına geçirilmiş olması, onları yazılı delil haline getirmez. Beyanların tutanağına aynen yazılması hemen hemen imkânsızdır. Hele sözle birlikte yapılan ve süjenin psikolojik durumunu açığa vurup beyanın değerini kontrol imkânı veren jestlerin yüz kızarması, terleme, kekeleye gibi fizyolojik belirtilerin tutanağına geçirilmesi hiç mümkün değildir. Bu nedenle, Yargıtay duruşma tutanağına geçmiş beyanlara dayanarak denetim yapamayacak, mahkemenin kararında tespit ettiği şekilde, bir diğer söyleyişle delil muhtevasını belirlemesiyle (No. 333) bağlı kalacaktır. Bu muhtevanın tek başına veya diğer delillerle birlikte değerlendirilmesinin sonucuna da, bu sonuç çıkarış *mantık kurallarına uygun oldukça* karşılamayacaktır.

V. Hukuka aykırılık halleri.

Yukardaki tarifî uygularsak, aşağıdaki⁴¹⁴⁸ hallerin *hukuka aykırılık* (CMK 288/1) olduğu⁴¹⁴⁹ sonucuna varırız.

1. Yazılı hukuka aykırılıklar.

Kanun, tüzük, yönetmelik gibi kaynaklarda yazılı hukuk kurallarına (No. 305) aykırılıkların *hukuka aykırılık* olduğu açıktır. Kanunla onaylanan sözleşmeler, meselâ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine aykırılık⁴¹⁵⁰ ve yabancı devletlere ait yazılı hukuk kuralları⁴¹⁵¹ bu kapsamdadır. Yazılı hukuka aykırılık açısından en önemli ayırım, a) muhakeme hukukuna aykırılık ve b) maddi ceza hukukuna aykırılık ayırımıdır. Bu ayırım maddi meselenin incelenmesi açısından büyük fark yaratır (No.).

a) Muhakeme hukuku kurallarına aykırılık.

Muhakeme Hukuku normları içinde delilleri, onların değerlendirilmesini, değerlendirmenin gerekçelendirilmesini düzenleyenlere aykırılık *hukuka aykırılıktır*. Kanun yakalandığı sırada sanığa haklarının bildirilmesini mecbur tutmuştur (CMK 90/4). Buna uyulmaması muhakeme hukukuna aykırılıktır. Sanığa ifade alma veya sorgudan önce haklarının bildirilmemesi (hiç kimse kendisini

⁴¹⁴⁷ Yargıtayın sorsoruşturmada hattâ önsoruşturmada tutanağına geçen beyan delillerinin hepsini, dosyadaki delil imişçesine, denetlediği vardır. Bu tatbikat dosyaların baştan aşağı okunmasını gerektirdiğinden, Yargıtayın işini gereksiz yere artırmakta, onu üstelik açık ve sözlü bir öğrenme muhakemesi yapmayan acaip bir istinaf mahkemesi durumuna sokmaktadır. Hele bu iş Ceza Genelkurulunda yapılmca (meselâ CGK 1/7/74 İKİD 75, 3196 ve 23/2/87 86/9-496 esas ve 87/80 numaralı olan bu karar yayınlanmamıştır), Yargıtayın 9. Ceza Dairesinin hepsi değilse de toplantıya katılanları, kanunun kendilerine verdiği görevin dışındaki bir işle uğraştırılmış olmaktadır. Sözü ettiğimiz bu sonkarardaki misalde gerek daire gerek genelkurul, tanık beyanlarını “filân doğru söylüyor, falan yalan beyanda bulunuyor” diye değerlendirecek mahkûmiyet kararı için yeterli bulmamış, daha da ileri giderek, sanki olay veya istinaf mahkemesi imiş, duruşma yaparak vicdanî kanaate varmış gibi “beraat kararı verilmeli” diye bozmuştur. İsbatın nisbiliğine, delillerin müşterekliğine, ancak olay mahkemesinin delilleri açıklık, sözlülük ve vasıtasızlık gibi belli özellikler taşıyan duruşmada edineceği vicdanî kanaate göre takdir ederek karar vermesine, kısaca muhakeme hukukunun pek çok temeline ters düşen bu uygulamadan artık vazgeçmeliyiz. Misal olarak verdiğimiz olaydaki gerek daire gerek genelkurul kararının yayınlanmamış olması, bize, 1945 yılında Adalet Bakanlığında yetkili hâkim olarak çalıştığımız sırada Adalet Dergisinde yayınlanması için Genelkurul karar dosyasını incelerken istediğimiz bir kararın verilmemesi için gerekçe olarak “olaya mahsus bir karardır, emsal değeri yok” denildiğini hatırlattı. Bu da gösteriyor ki hukukî bakımdan denetleme yapıp emsal kararlar vermesi gereken Yargıtayın, olayın belirlenmesine karşın ve bu yüzden hukuk bakımından emsal değeri olmayan kararları vermemesi, verememesi gerekmektedir.

⁴¹⁴⁸ Bu hallerin herhangi biri olabilir. Meselâ gerekçe göstermek mecburiyeti olmamakla beraber gösterilen gerekçe, mecburiyetten gayri bakımlardan denetlenebilir (k-m: Özgen: not, DİB 69, 13).

⁴¹⁴⁹ Yargıtayın maddî bakımdan müdahale ettiğini gösteren kararlar çoktur. Ancak bu “gösterme”nin, hukukî yönün belirtilmemiş olması yüzünden, aldatıcı olması da mümkündür. Hakikî müdahalelerinin sebebi de hukuka uygun karar vermek endişesi olsa gerektir.

⁴¹⁵⁰ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin falan maddesine aykırı diye bir kararın bozulması bu hakların korunması bakımından çok yararlı olacaktır.

⁴¹⁵¹ Yabancı hukuk normu bakımından da denetim (Ansay, 351; Bilge/Önen, 649; Kuru, 700; Postacıoğlu, 723; k-m: Üstündağ, II, 43) Yargıtayın hem adaleti (Nomer: Dâvada yabancı kanun, 1972, s. 134) hem de Türkiye’de uygulama bakımından birliği sağlama görevi gereğidir.

suçlayıcı delil vermeğe zorlanamaz) kuralının (CMK 147) ihlali niteliğinde olup, muhakeme hukukuna aykırıdır.⁴¹⁵² İddianamenin CMK 170'e aykırı olması da muhakeme hukukuna aykırıdır.⁴¹⁵³

Olayın mahkemece aydınlatılması mecburiyetine aykırılık *eksik soruşturmadır* ve muhakeme hukukuna aykırılık nedeni ile bozma sebebidir.⁴¹⁵⁴ *Muhakeme hukukuna aykırılık* nedeniyle bozma kararı verilen hallere diğer örnekler şöyledir: Duruşma tutanağının bir bölümünün zabıt katibince imzalanmaması⁴¹⁵⁵, esaslı işlemlerin yapıldığı duruşma zaptının 1. sahifesinde başkan imzasının bulunmaması⁴¹⁵⁶, bilirkişi inceleme tutanağının birinci sayfasının zabıt katibi tarafından imzalanmaması⁴¹⁵⁷, hükmün verildiği duruşma tutanağının 1. ve 2. sahifelerinin zabıt katibi tarafından imzalanmaması⁴¹⁵⁸ hallerinde işlem muhakeme hukukuna aykırı görülerek, bozma kararı verilmiştir. Dava açılmayan bir konuda verilen hükme yönelik temyiz isteğinin kabulüyle *kararın bozulmasına* karar verilmelidir.⁴¹⁵⁹ Müştekinin müdahale talebi hakkında bir karar vermeden hüküm tesisi usule aykırıdır.⁴¹⁶⁰ Katılanlar ile tanığın önceki anlatımlarının, talimatla gönderilmemesi nedeniyle okunamaması, yönerge ile olsa dahi katılanlar ile tanığın anlatımlarının karı-koca hâkim-savcı tarafından alınması, katılanların tanık sıfatıyla dinlenilmeleri usul ve yasaya aykırıdır.⁴¹⁶¹

Delilin koruma tedbirlerini düzenleyen hukuk normlarına uygun olarak toplanmaması veya bunların uygulanabilmesi için verilen hakimlik kararlarındaki hukuka aykırılıklar da *muhakeme hukukuna*

⁴¹⁵² Özel dairece incelenen dosyada, CMK 135 inci maddesi uyarınca yasal hakları hatırlatılmadan sanığın sorgusu yapılmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanması nedeniyle kararın bozulması üzerine yerel mahkemece "sanığa duruşma gününün tebliğ edildiği ilk celseye gelmediği, sanık ile müdafinin hazır buldukları sonraki celsede CMK 135 inci maddesine uygun biçimde kimliğinin saptandığı, sanık ile müdafinin hazır buldukları sonraki celsede duruşma gününün tebliğ edildiği ilk celseye gelmediği, sanık ile müdafinin hazır buldukları sonraki celsede CMUK 135 inci maddesine uygun biçimde kimliğinin saptandığı, yüklenen suçun anlatıldığı, sanığın önceden hazırladığı yazılı savunmasını sunduğu, bir gazetenin sorumlu müdürü olan sanığın yasal haklarını da bildiği, bu nedenle ayrıca avukat tutma ve susma hakkı vardır demenin bir şekil koşulu olmadığı, sanığa hatırlatılmayan hiçbir hakkın bulunmadığı" gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir. Sanığın sorgusunun nasıl yapılacağı 3842 sayılı yasa ile değişik CMK 135 inci maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. CMK 135 inci madde hükmü kamu düzeni ile ilgili ve buyurucu niteliktedir. Buna uyulmaması da savunma hakkının kısıtlanmasına yol açar. Bu nedenle, yargıtay incelemesinde esasa girilmeden bozma nedenidir. Sanığın sosyal ve kültürel durumu, tahsili gibi hususların göz önüne alınarak, CMK 135. madesindeki haklardan bilgi sahibi olduğu ve bu nedenle ona hatırlatılmasına gerek olmadığı biçimindeki bir yaklaşım hukuksal olamayacağı gibi hukuk uygulamasında eşitlik ve istikrara da aykırıdır. Kaldı ki, hazırlık soruşturmasında ifadesi alınırken ve sulh hâkimi tarafından haklarının yeniden hatırlatılması gerektiği ceza genel kurulu'nun 1.5.1995 tarih ve 71/147 sayılı kararı ile, benimsenmiştir. Sorgunun usulüne uygun yapılması zorunluluğunun dvaların uzamasına yol açtığı vs. gibi gerekçeleri haklı ve doğru olamaz. Bu usul aykırılığını mazur ve meşru görmek diğer buyurucu usul kurallarına aykırılıkların da göz ardı edilmesine yol açar ki, bu ve benzeri anlayışların maddi gerçeği ortaya çıkarmayı amaçlayan yargılama yasası ile bağdaştığı söylenemez. Böyle bir uygulama evrensel nitelikteki adil ve güvenli yargılama hakkı ile bağdaşmaz. Bu nedenle sair yönleri incelemeyen kararın bu usulü sebepten bozulmasına karar verilmelidir (CGK 24.10.1995, E. 1995/165, K. 1995/302).

⁴¹⁵³ Suç bölümünde iddianamede yazılan "Tebliğat Yasası'na aykırı davranış" suçunun ne şekilde, nasıl işlendiği açıklanmaksızın "fezlekedede izah edildiği gibi" diyerek eylemlerin anlatılmaması, fezlekeye yollama yapılmasıyla yetinilmesi, olay ve suçun yasal unsurlarının açıklanmaması suretiyle "savunma hakkının kısıtlanması", usul ve yasaya aykırıdır (CGK E. 1999/6, K. 1999/3).

⁴¹⁵⁴ Almanlar, olayın re'sen aydınlatılması mecburiyetini 1935 de açıklamışlardır (StPO 244, II). Bizde bu yüzden bir güçlük duyulmamış ve eksik soruşturma nedeniyle bozma kararları verilegelmiştir. *Yenisey* (II, n. 684.2.b) ceza yargılaması ile medenî yargılama farkını en belirgin olarak ortaya çıkaran bu mecburiyetin bizde de kanunla belirtilmesini önermektedir. Almanya'da eksik soruşturma nedeniyle bozmaya karar verilmesi için bozma istiyenin daha önce aydınlatılmasını istediği olayı bildirmiş ve bunun için gerekli olan delili de göstermiş, fazla olarak, eksik bırakılan kısmın esasa etkili olduğu konusunda gerekçe de belirtmiş olması aranmaktadır (*Yenisey*, II, n. 656.4; 680.6).

⁴¹⁵⁵ 4 CD. 2.3.2000, E. 2000/1109, K. 2000/1722.

⁴¹⁵⁶ 1 CD. 22.2.2000, E. 1999/4290, K. 2000/400.

⁴¹⁵⁷ 7 CD. 20.4.1999, E. 1999/1022, K. 1999/3719.

⁴¹⁵⁸ 11 CD. 15.11.1999, E. 1999/6622, K. 1999/7607.

⁴¹⁵⁹ CGK E. 1999/70, K. 1999/68. Bu metin İstanbul Barosu bilgi bankası arşivinden alınmıştır.

⁴¹⁶⁰ 4 CD. 25.5.1999, E. 1999/5031, K. 1999/6033.

⁴¹⁶¹ CGK 1.6.1999, E. 1999/136, K. 1999/147.

aykırılık kapsamına girer. Koruma tedbiri uygulanmasına karar veren hâkim tali ceza muhakemesindeki serbest ispat kurallarını uyguladığı için, tanık dinlemez ve kural olarak dosya üzerinden karar verir. Bu tür hukuka aykırılıkların Yargıtay tarafından denetlenmesi mümkündür (No.).

b) *Maddi ceza hukukuna aykırılık.*

Asıl ceza davasında fiilin suç olup olmadığını belirlerken ve fiilin tavsifi için kullanılan maddi ceza hukuku kurallarına aykırılık da hukuka aykırılıktır. Maddî meseleye ilişkin olan bu normlara aykırılık, muhakeme hukuku kurallarını da ilgilendirir. Fiil yanlış bir suç olarak tavsif edilmişse, uzlaştırma veya seri muhakeme uygulanamaz, uygulanmışsa muhakeme hukuka aykırılık yapılmış olur. Bu gibi hallerde Yargıtay'ın hukukî mesele hakkında bir karara varabilmek için ek soruşturmayı gerekli görmesi ve bu sebeple bozması da maddî meseleyi denetleme sayılmaz, hukuki denetimdir.⁴¹⁶²

Maddi ceza hukuku (yani suç tipleri) yaşanmış hayat olaylarının üstüne inşa edilir. Her suç tipinde bir olgu, bir kural ve bir de yaptırım kısmı vardır. Tipe uygun olgunun bir kişiye yüklenmesine *isnat*, yaptırımın uygulanmasının istenmesine *husumet* denir (No.). Yargıtay olgu kısmını denetleyemez ama, isnat ve husumet kısmını denetleyebilir.

c) *Maddi hukuka aykırılık ile muhakeme hukukuna aykırılık ayrımının önemi.*

Fiilin hangi suç tipine girdiği ve yaptırımını belirleyen *maddi hukuka aykırılık* ile, muhakemenin nasıl yapılacağını belirleyen *muhakeme hukuku kurallarına aykırılık* ayrımı Ceza Muhakemesi Kanunu tarafından net bir şekilde yapılmış değildir ama bu ayrım kanunda mevcuttur. Örneğin, temyizde incelenecek hususları düzenleyen CMK 301, temyiz isteminde belirtilen temyiz nedeni *usule ilişkin noksanlar* ise, Yargıtay *temyiz başvurusunda bunu belirten olaylar hakkında incelemeler yapar*, diyerek muhakeme hukukuna aykırılık iddialarında nokta ve gerekçe göstermek mecburiyetini tekrar ifade etmiştir.

Gerçekten, Yargıtay'ın muhakeme hukuku meselesinin maddi meselesini incelemesi bizim yukarıda verdiğimiz hukuka aykırılık kriteri kapsamında mümkündür: ilk derece mahkemesi de muhakeme hukukunun maddi meselesini dosya üzerinden inceler (örneğin arama kararı veren hâkim, makul şüphe bulunup bulunmadığını kolluğun düzenleyip savcılığa verdiği rapordan inceler, kendisi doğrudan delil dinlemez).

Ceza Muhakemesi Kanunu maddi ceza hukuku meselesi ile muhakeme hukuku meselesi ayrımına sadece bu sonucu bağlamıştır. Buna karşılık Alman Kanunu (StPO 352) bu ayrıma bambaşka bir sonuç daha bağlamış ve muhakeme hukukuna aykırılık iddialarında nokta ve olgu göstermek mecburiyeti getirirken maddi ceza hukukuna aykırılık iddialarında bu konuyu suskun bırakmıştır. Alman uygulaması bu düzenlemeye dayanarak, sadece *hükmü temyiz ediyorum* denilmesinin yeterli olduğunu kabul etmiştir.⁴¹⁶³ CMK'nın maddi meseleye ilişkin hukuka aykırılık iddialarında böyle bir istisna tanımamasına rağmen, *Yargıtay'ın BAUHF dergisinde yayımlanan bir makaleye*⁴¹⁶⁴ atf yaparak bu istisnayı uygulamaya başlamış ve neticede Ceza Genel Kurulu içtihadı haline getirmiştir. Bugün gelinen aşamaya göre, temyiz dilekçesinde sadece 'hakkımda hükmedilen ceza ağırdır, kanuna ve hukuka aykırıdır' denilmesi, yeterli temyiz nedeni olarak kabul edilmekte, buna karşılık *işbu cezayı temyiz ediyorum* denmesi, temyiz nedeni olarak kabul edilmemektedir.⁴¹⁶⁵

2. *Yazılı olmayan hukuka aykırılıklar.*

⁴¹⁶² k.m. Erem 575.

⁴¹⁶³ Yenisey/Oktar 2023, 475; StPO 353 metni için bkz. Yenisey/Oktar/Oktar 2020, 439.

⁴¹⁶⁴ Kızıroğlu, .

⁴¹⁶⁵ Başvuruda "hüküm kanuna aykırıdır" denmesini yeterli gören Yargıtay kararları (CGK 14.5.2020, E. 2019/358, K. 2020/197; CGK 14.5.2020, E. 2018/292, K. 2020/194) gibi, "karar uluslararası sözleşmelere, ... adalete ve adil yargılanma hakkına aykırıdır" denmesini de yeterli temyiz nedeni olarak kabul eden kararlar vardır (CGK 14.1.2020, E. 2019/425, K. 2020/4). Bunun gibi, "hakkımda verilmiş bulunan mahkûmiyet hükmü ağırdır" ibaresinin, sanık hakkında uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan kurulan mahkûmiyet hükmünün miktarına yönelik bir temyiz nedeni olduğu ve bu bağlamda hükmün sadece maddi hukuka aykırılık yönüne ilişkin bir iddia olduğu ve bu yönüyle temyiz başvurusunda bir temyiz nedeni bulunduğunu kabul eden kararlar da vardır (CGK 19.11.2020, E. 2019/341, K. 2020/474); nakleden: Şahin/Göktürk 2022, sh. 641.

Hukuk normlarının doğrudan doğruya kaynaklarından biri olduğundan yazılı olmayan hukuka aykırılıklar (No. 309) dosya imkânı nispetinde denetlenmelidir. Çok defa hukukun esaslarına aykırı, haksız, vicdanları rahatsız eden, makbul olmayan gibi tabirlerle ifade edilen bu aykırılık, normların veya delillerin değerlendirilmesi bakımından olabilir. Normların değerlendirilmesinde denetim her zaman, hattâ serbest değerlendirme yetkisine ilişkin olsalar bile mümkündür. Meğerki tam serbest yetki söz konusu olsun.⁴¹⁶⁶ Delillerde dosya imkânı şartı aranmalıdır.⁴¹⁶⁷

a) İçtihadî Hukuka aykırılıklar.

Hukuk normları içtihatlarla da yaratılabildiğinden, içtihadı aykırılık da hukuk normuna aykırılıktır.⁴¹⁶⁸

b) İlmî hukuka aykırılıklar.

Hukuk normlarının dolayısı ile kaynaklarından birini teşkil eden doktrin de denilen İlmî Hukuka aykırılıklar da hukuka aykırılıktır.⁴¹⁶⁹

c) Maruf ve meşhur olan şahsî bilgide hatalar.

Hâkimin ancak iki şartla nazara alabildiği olay hakkındaki şahsî bilgisi (No. 324) hatalı olabilir. Bunları herkes gibi, Yargıtay hâkimleri de bilirler. İmkân olduğuna göre bu hataların denetlenmemesi için haklı sebep yoktur.

ç) Hukukî anlaşmalara aykırılıklar.

Akit gibi tarafların anlaşması ile yapılan hukukî işlemlere aykırılık da imkânı varsa denetlenmelidir. Yazılı işlemlerde imkân daima vardır, çünkü belge dosyada olacaktır.

d) Tecrübe kaidesine aykırılıklar.

⁴¹⁶⁶ Serbest yetki ile tam serbest yetki, gerekçe gösterip göstermemek bakımından ayrılır (No. 137). Gerekçe gösterilmemesi kabul edilen tam serbest yetkilerde gösterilmeyebilecek gerekçenin tartışılması da söz konusu olamamak gerekir. Meselâ kanunkoyucu sabit ceza ile sabit ağırlatma ve hafifletme sebeplerinin sakıncalarını görmüş ve cezayı suçluya uydurabilmek, yani en haklı, en âdil cezanın verilebilmesini sağlamak için, bunlarda aşağı ve yukarı hadler kabul ederek gerisini mahkemeye bırakmıştır. Bu demektir ki mahkeme her olayda her suçluya vereceği cezayı bu hadler içinde kalmak şartı ile tam bir serbestlikle tâyin ve takdir edecektir. Ve bunun gerekçesini göstermeyebilecektir. Bunun bir diğer sonucunu da, öğrenme muhakemesi yapmadan karar veren Yargıtayın bu tam serbest takdire karışmamasıdır. Buna karşılık gerekçe gösterilmesi kabul edilen ve gösterilebilen hallerde gerekçeler Yargıtayca hukuka uygunluk bakımından denetlenebilecektir. Bu hususta en çok tartışma, takdirî hafifletici sebeplerde (mülga TCK 59) çıkmaktadır. Bunun bizce iki sebebi vardır, çünkü bu madde mahkemeye iki takdir yetkisi tanımaktadır. Birincisi, bu maddeye göre indirme yapıp yapmamaktır. İkincisi, yapılacak indirimin aşağı ve yukarı hadleri arasındaki cezayı tâyin etmektir. Bizce birincisi, gerekçe gösterebileceğine göre serbest yetki olarak kabul edilebilir. İkincisi, gerekçe gösterilemeyeceğine göre, tam serbest yetki olarak kabul edilebilir. İkincisi, gerekçe gösterilemeyeceğine göre, tam serbest yetkidir. Çünkü mahkemeye neye meselâ onda bir indirmedin de altında bir indirdin diye sormaya hakkımız yoktur. Gerekçe gösterilince de onun yazılı olmayan hukuka da uygun olması aranacaktır. Meselâ esrar vermemeği mahkeme takdirî hafifletici sebep saymış, fakat Yargıtay “gösterilen sebeplerin... Hukuk kaidelerini zedelemeyecek, kanunların esas maksat ve amacına aykırı düşmeyecek, vicdanları rahatsız etmeyecek nitelik taşıması gerekir” diye bozmuştur (1. CD 9/5/67 RKD 68, 56). Bir diğer olayda daire “ikrar varken TCK 59 uygulanmadı” diye bozduğu halde Genelkurul bunu “gerekçe hukuk kurallarının esasına ve maksadına aykırı düşmemeli ve vicdanları rahatsız etmemeli”, “TCK 59 ancak ilerde uslanma ihtimali bulunan ve suçu arzî ve tesadüfî sebeplerle işlemiş bulunanlar hakkında uygulanabilir” gerekçesiyle kabul etmemiştir (AsYDK: 5/11/87 İKİD 88 5443). Memleketimizde istinaf mahkemesinin bulunmaması, Yargıtayın tam serbest yetkileri de denetlenmesine sebep olmaktaki idi. Yargıtay, meselâ kaçak yüzlerce tabanca ve binlerce mermi taşımanın, birkaç tabanca ve mermi ile bir tutularak aşağı haddin üstüne çıkılmamasını haklı bulmamıştır (8. CD 17/1/78 YKD 78, 1050). Bir diğer örnek için Bkz. CGK 8/5/78 YKD 79/3/ 408. Ceza Genelkurulu son bir kararında, suçun işleniş tarzına ve dosyaya göre toplum için çok zararlı olan ve ilerde uslanma imkân ve ihtimali bulunmayan kişi hakkında TCK 59 uygulanmasını “âdil ve makbul sebebe dayanmıyor” diye hukuka aykırı bulmuştur (14/1/85 YKD 85/10 1519). Bu uygulamayı 7/6/76 tarihli İçBK: âdeta perçinlemiştir. Bizce serbest yetkilerde denetleme için Yargıtayın bütün dosyaları baştan aşağı incelemesi gerekeceğinden, bu da altından kalkılamıyacak bir yük yükleyeceğinden isabetli değildir. Yargıtay, kanun da hatası yüzünden, temyiz iddialarının dışına da çıkıp dosyanın her tarafını incelediğinden ve başsavcılığa dahi ileri sürülmeyen bir hukuka aykırılık da var mı diye araştırıldığından, zaten gereğinden fazla yüküldür. Şimdi de tam serbest yetkileri denetlemeğe çalışarak yükünü daha da artırmaktadır.

⁴¹⁶⁷ Dosyaya dayanmayan gerekçe, keyfiliğe yol açar diye, bozma sebebi sayılmıştır (CGK 3/5/82 YKD 82/10 1457).

⁴¹⁶⁸ Bozma sebebi olarak mevcut içtihadı aykırılığın ileri sürüldüğü pek çoktur

⁴¹⁶⁹ Yargıtay birçok kararında doktrine aykırılığa dayanmaktadır.

Mücerret ve genel olan ve bu sebeple hukuk normuna benzeyen tecrübe kaidelerini (No. 333) Yargıtay hâkimleri esas mahkeme hâkimleri kadar ve hatta daha tecrübeli oldukları için daha fazla bilebilirler. Hâkimlerin bilmediği bir konu ise, zaten bilirkişi mütalâasına başvurulmuştur. Bu mütalâaları da Yargıtay hâkimleri esas mahkemeninkiler gibi değerlendirilebilirler.⁴¹⁷⁰ Meğerki pek istisnâî bir durum olsun.⁴¹⁷¹ Gerçekten, günlük şahsî tecrübelerden edinilen bir tecrübe kaidesinin Yargıtay hâkimlerince, hatta bilirkişilerce de bilinmemesi mümkündür. Bir tanığın yalancılığı hakkındaki bilgide durum böyle olabilir. Bu hallerde denetim mümkün olamayacak demektir. Bunların dışında, kaide olarak denetim, mümkün olduğundan, yapılmalıdır. Meselâ mantık kuralını⁴¹⁷², delillerin bütün olarak değerlendirilmesi sırasında eksik mozaik parçalarının mevcutlara göre tahmin edilip sabit sayılmasında dayanılan tecrübe kaidesini⁴¹⁷³ bilen Yargıtayın bu konuyu denetleyememesi için sebep yoktur.⁴¹⁷⁴ Meselâ olayda belirlenen duruma göre tahrikin ağırlığını⁴¹⁷⁵, hâkimin tayin ettiği sürenin yeterliliğini⁴¹⁷⁶, patlayıcı maddenin cinsini, sayı ve ağırlık ölçülerini⁴¹⁷⁷ Yargıtay hâkimleri denetleyebilirler.

529. b) BOZMA SEBEBİ SAYILMAYAN TEMYİZ SEBEPLERİ.

Temyiz yolu, hükmün kaide olarak bozulması suretiyle aykırılığın giderilmesi için kabul edilmiş bir kanun yolu olduğundan (No. 526), temyiz dâvasının sebebi demek olan *temyiz nedeni* ile *bozma nedeni* arasında, kaide olarak, bir fark olmamalı, başka bir söyleyişle, her hukuka aykırılık kaide olarak bozmayı gerektirmelidir. Ancak, nispeten önemsiz bazı hallerde, aykırılıklara ses çıkarmamak da gerektiğinden (No. 510) veya ayrı bir tali dâva açma mümkün olduğundan bazı aykırılıkların istisna olarak bozma sebebi sayılmaması da kabul edilmiştir. Bu sebepler aşağıda gösterilmiştir.

I. Hükme tesirsiz aykırılıklar.

Haksız kararın kaldırılması demek olan bozmanın işe yaraması, yani sonunda başka ve haklı bir karar verilebilmesi lâzımdır. Eğer başka bir karar verilemeyecekse, bozmanın da manası yoktur.⁴¹⁷⁸ Onun için aykırılığın⁴¹⁷⁹ hükme tesirini araştırmak gerekir.⁴¹⁸⁰ Hüküm, daha önce kovuşturma evresinde yapılan

⁴¹⁷⁰ Alman Yargıtayı tecrübe kaidesine aykırılığı bozma sebebi saymaktadır (*Riess*, 667).

⁴¹⁷¹ Meselâ mülga TCK 522'deki değer normal, hafif veya fahiş olması bizce, her yerde aynı değildir (6. CD 10/10/74 YKD 75/4, 108; k-m: CGK 27/3/73 RKD 73, 76) ve farklı durumu Yargıtay bilmeyebilir. Mülga TCK 371 uygulamasında yanan özel bina ve mahsul yönünden ülke çapında ve hakça bir denge kurmak için genel ölçü kabul edilip 1986 da 650.000, 1987 de 1 milyon ve 1988 de 2 milyon liraya kadar değerlerin az sayıldığına rastladık (8. CD 4/2/88 YKD 88/7 1010).

⁴¹⁷² Alman Yargıtayı mantık kurallarına aykırılığı denetlemektedir (*Riess*, 667). Bizim Yargıtayımızda mantık kurallarına aykırı kararları mantıkî (veya makul) değil veya çelişik diye bozmaktadır. Meselâ aynı sonuç için çelişik iki gerekçe gösterilmesinde aykırılık açıktır. Buna karşılık, iki suçun beraber işlendiği olayda iki ikrardan birinin doğru kabul edilmesine çelişiklik denilmesi (1. CD 28/9/77 İBD 78, 362) yersizdir, çünkü birinin doğru, diğerinin yalan olması imkânsız değildir.

⁴¹⁷³ Aslında bu halde esas mahkeme de Yargıtay da bir ihtimal hükmü vermektedir. Esas mahkemenin tahmininin daha isabetli sayılması için sebep yoktur. İkinci derece hâkimlerinin tahminini birinci dereceninkilere tercih ettiğimiz gibi, daha tecrübeli Yargıtay hâkimlerinin tahminini de tercih edebiliriz. İsviçre Federal Mahkemesi bu sonuca, "bu hallerde olay belirlenmesi değil, beni bağlamayan tahmin vardır" diye varmıştır (*Deschenaux*, 23). Meselâ mahkeme iki beyazın zenci çocuğu olmaz derse, Yargıtay bu tecrübe kaidesinin Mendel Kanununa aykırı olduğunu belirtebilir.

⁴¹⁷⁴ Medenî Muhakeme Kanunundaki (m. 428: 5) "maddî meselenin takdirinde hata"dan maksat, bizce, değerlendirme sırasında başvuru tecrübe kaidesindeki hatadır. Bu bendi hukukî tavsifle ilgili görenler vardır. Meselâ *Üstündağ*, II, 51.

⁴¹⁷⁵ 1. CD 1/2/73 İBD 73, 388; 21/2/73 İBD 73, 392.

⁴¹⁷⁶ HG: 28/2/68 ABD 68, 494.

⁴¹⁷⁷ 8. CD 6/10/82 YKD 82/12 1711.

⁴¹⁷⁸ Yargıtayın adli tatilde tanık dinlendi, keşif yapıldı diye bozduğu vardır. Sonkarara tesir etmeyeceğine göre, bizce, adli tatil normlarına riayeti sağlamak için de olsa, dâvaları gereksizce uzatan bu çareye başvurulmamalıdır.

⁴¹⁷⁹ Sonkarara tesirin söz konusu olabilmesi için ortada aykırılık bulunmalıdır. Sonucun bir yandan doğru bulunması, bir yandan da sonuca tesirden söz edilmesi (4. CD 31/10/78 YKD 79, 899) yersizdir.

⁴¹⁸⁰ Tatbikatta hükme tesir yerine bazan "telâfisi mümkün olup olmamak" ölçüsüne başvurulduğu vardır. Bunlar her zaman biri diğeri yerine kullanılabilir ölçüler değildir. Telâfisi mümkün olmaz da sonkarara tesir etmiştir. Telâfisi mümkündür de sonkarara tesir etmemiştir. Bu sebeple, gizli duruşma açık yapılmışsa (2. CD 27/2/64 *Çağlayan* "66" II, 445; 4. CD 16/5/85 YKD 85/8 1243; 3. CD 1/2/84 İKİD 87/2 4685) veya 3005 sayılı kanun uygulanmamışsa (8. CD 18/1/77 YKD 77, 599; 8. CD

muhakeme işlemlerinin sentezi olduğundan, bu işlemlerdeki aykırılıklar çok defa hükme tesir edecek ve onun *yanlış* ve dolayısı ile *haksız* olması sonucunu doğuracaktır. Ancak bunun aksi de imkânsız değildir. Bu takdirde hüküm *doğru*, yani *haklı* olduğundan, ona tesir etmediği kabul olunan aykırılıkların bozma sebebi sayılması, muhakemenin uzamasından başka bir işe çok defa yaramayacaktır.⁴¹⁸¹ Adli tatilde hüküm kurmak ile, tatil dışında karara bağlamak arasında fark yoktur.⁴¹⁸²

Hükme tesirsizlikten maksat, aykırılık yapılmasının tesir etmediğinin ve aykırılığın kaldırılmasının da tesir etmeyeceğinin muhakkak görülmesidir. Eğer aykırılığın hükme tesir etmesi veya kaldırılması halinde başka bir hüküm verilmesi ihtimali varsa, aykırılığın hüküm bakımından tesirsiz olduğu söylenemeyecektir.⁴¹⁸³ Tereddüt halinde, tesir kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.⁴¹⁸⁴

Aykırılık, *maddi ceza hukukuna aykırılık* türünde, yani muhakeme hukuku dışı kurallar bakımından ise, neticede cezada değişiklik olmasa dahi hükme kaide olarak⁴¹⁸⁵ tesir eder, zira hüküm sadece neticede verilen ceza değildir.⁴¹⁸⁶ Şu veya bu suçtan mahkûm edilmek, ilerde farklı sonuçlar doğurabilir. Meselâ biri affedildiği halde, diğeri edilmeyebilir.

Aykırılık, *muhakeme hukukuna aykırılık* türünde ise, *hukuka kesin aykırılık* (CMK 289) (No. 530) dışında, hükme tesir edip etmediği her olayda ayrıca araştırılmalıdır.⁴¹⁸⁷

II. Cezanın artırılmayacağı hallerde sadece cezayı artırmaya yol açacak aykırılıklar.

Temyiz dâvası *yalnız sanık tarafından veya onun lehine* açılmışsa, bozma sonunda verilecek ceza eskisinden ağır olamayacağından (CMK 307/5), hükme tesirli olmasına rağmen, sadece cezayı artırma sonucu doğuracak bozma kararı vermek de manasız olurdu. Bu hallerde hüküm bozulmamakta, mahkemeleri uyarmak için, belirtilmekle yetinilmektedir. Burada dikkat edilecek nokta şudur: Hüküm sadece sonuç-ceza demek olmadığından, meselâ şu veya bu suçtan mahkûm edilmek farklı sonuçlar

8/12/81 İKİD 82, 852) telâfisi imkânsız değil, sonkarara tesirsiz diye bozulmamalıdır. Nitekim mülga 3005 numaralı kanunun uygulanması, sonucu etkilemiyor diye bozulmadığı da vardı (1. CD 25/10/78 YKD 79, 729).

⁴¹⁸¹ Meselâ beraat kararı, sırf MmMK gereğince lüzumu muhakeme kararı alınmamış diye bozulursa ne kazanılacaktır? Yargıtay da bu görüşü benimsemiş, fakat CMK 253'e dayanmıştı (CGK 29/2/87 YKD 87/6 937). Valinin izni ile açılan dâvada suçun tavsifi değiştirilerek memur muhakemesine giren bir suçtan dolayı mahkûmiyet kararı verilmişse, artık İdare Kurulu kararı aramanın ne anlamı olacaktı? Bizce önce idari mercie gidilmemesinin tesiri yoktur. Yargıtay, idari mercie hatalı olarak görevsizim demişse bu hatayı bozma sebebi saymadığı halde idari mercie gidilmemişse çok defa bozmaktadır. Bunun teminat sağlamakla da bir ilgisi yoktur.

⁴¹⁸² K.m: Adli tatilde tutuksuz davaya bakılarak hüküm kurulması, «buyurucu nitelikte» olduğu kabul edildiği için, sonuç üzerinde etkili olup olmadığı araştırılmadan CMK 423'e aykırı bulunarak, bozma kararı verilmemiştir (CGK 2.6.98, E.98/11-134, K.98/199; YKD Mart 1999, 392).

⁴¹⁸³ Bu ölçüyü mülga 320. madde “hükme tesiri olacak derecede” diye, 20/5/1957 tarihli İçtihat Birleştirme Kararı da “hükümün” esasına ve neticesine tesir etmiş veya etmesi muhtemel görünmüş olmak” diye ifade etmiştir.

⁴¹⁸⁴ *Kantar*, 366. Tanıklıktan çekinen kişinin yazılı beyanının duruşmada okunması, hükme tesir etmiş bir aykırılık sayılmalıdır (2. CD 15/2/87 YKD 87/8 1239).

⁴¹⁸⁵ İstisna olarak, tesadüfler neticesi, hatanın sonkarar sonucunda kaybolması ve ilerde de tekrar söz konusu olmaması mümkündür. Meselâ temel cezada hapis yerine ağırhapis demek hatası, sonradan bu ceza ağırpara cezasına çevrilmekle ortadan kalkabilir (4. CD 18/1/66, *Çağlayan* “66” I, 804).

⁴¹⁸⁶ Neticede verilen cezaya bakıp, buna tesir etmeyecekse aykırılığı bozma sebebi saymayan Fransız Yargıtayının “*peine justifiée*” (sonuçta haklı ceza) adı verilen tatbikatu, haklı olarak tenkit edilmiştir (*Vitu*, 414; *Bouzat*, II, 1152).

⁴¹⁸⁷ Meselâ gizli yapılması gereken duruşma açık yapılmışsa, bozmadan sonra gizli duruşma yapılması sonkarara tesir etmeyecektir. Birleştirilemeyecek muhakemelerin birleştirilerek yapılmasında (k-m: CGK 14/9/64, *Çağlayan* “66” I, 678), yeminsiz denilecek tanığa yemin verilmesinde (k-m: CGK 2/2/65, 4035), tecilde ihtar yapılmamasında (İçBK: 20/5/57), CİK 4 uygulanamayacaksa istek hakkında karar verilmemesinde (CGK 26/11/57), CİK 4 uygulanamayacaksa istek hakkında karar verilmemesinde (CGK 26/11/73 YKD 75/10, 32) durum böyledir. Katılmanın kabule şayan görülmesindeki aykırılık da, katılma dâvasına ilişkin sonkarara tesir etmemeli, sanık hakkındaki sonkarar sırf bu sebeple bozulmamalıdır. Yargıtay bu durumlarda çok defa kabul kararını kaldırdığından katılanın temyiz yetkisini tanınamaktadır. Fakat zarara uğrayıp uğramadığını araştırmadan kabul yanlış diye, hem de katılanın temyizi üzerine bozduğu da vardır (2. CD 17/5/79 YKD 79, 1065). Buna karşılık, müzakerede bulunmaması gereken kişilerin bulunması, hâkimlerin çekinmesine, korkmasına sebep olabileceğinden, sonkarara tesir ettiği kabul olunabilecek bir aykırılıktır. Tutuklama teminatının geriverilmesi, hazineye irat kaydı kararları sonkarara tesir etmez (2. CD 26/9/64 *Alicanoğlu* 202 k-m: 4. CD 16/1/70 *Alicanoğlu* 200).

doğurabileceğinden, bu ölçü, değişikliğin sadece cezanın artırılması şeklinde olması halinde uygulanmalı⁴¹⁸⁸, cezanın artmasından başka değişiklik söz konusu olan hallerde, hükme tesir ölçüsüne göre hareket edilmelidir.

III. Sanık lehine konulmuş olan normlara, sanık aleyhine bozma sonucu doğurabilecek aykırılıklar.

Sadece sanık lehine (Kanun sanık yararına, diyor) konulmuş bir norm uygulanmadı diye bir mahkûmiyet kararının bozulması yerinde ise de *beraat* kararının bozulması yersiz olur. Onun için Kanun (CMK 290), *sanık yararına olan hukuk kurallarına* aykırılığın sanık aleyhine bozulması için savcılığa bir hak vermediğini belirtmiştir. Burada *sanık yararına* sözlerini, Alman Kanununda ve İstanbul Tasarısında olduğu gibi, *sadece sanık lehine konulmuş olan* diye anlamak gerekir.

Gerçekten, ceza muhakemesi normları iki çeşittir. Çoğunluğu oluşturan normların amacı hakikatin araştırılmasıdır. Azınlıkta olanlar ise, sadece şüpheden faydalanması gereken (No. 327) sanık lehine kabul edilmiştir. Hakikatin araştırılması için ve dolayısı ile sanık da dahil herkesin yani toplumun lehine kabul edilmiş bir norma aykırılık elbet bozma sebebi olacaktır. Fakat sadece sanık yararlansın diye konulmuş bir norma aykırı hareket edildi diye sanığın aleyhine bozmanın da amaca ters düşeceği açıktır. Bu konuda bütün güçlük, bir normun hakikatin araştırılması için mi yoksa sadece sanık lehine mi konulmuş olduğunun tayininde ortaya çıkmaktadır.

Suçun niteliği değişince sanığın müdafaasını yapabilecek halde bulundurulması (CMK 226), yalnız sanık lehine istinaf ve temyizde cezanın ağırlatılmaması (CMK 283, 307/5) normlarının sadece sanık lehine konuldukları şüphe götürmez. Hükümden önce son sözün hazır bulunan sanığa verilmesi normu da (CMK 216/3) daha önce müdafî tarafından kamu adına savunma yapılmış olduğu ve sanığın kendi aleyhinde konuşmayacağını kaideyi oluşturduğu göz önünde tutularak, sadece sanık lehine konulmuş kabul edilebilir. Buna karşılık, kısmen de olsa hakikatin araştırılması için kabul edilmiş normlar, elbet sadece sanık lehine kabul edilmiş sayılmaz.⁴¹⁸⁹

IV. Ayrı bir tali dâva açılması ile giderilecek aykırılıklar.

Ayrı bir tali dâva açmak mümkün iken⁴¹⁹⁰ asıl ceza davasında verilen hükmün bozulması işleri uzatacağından, böyle aykırılıklar bozma sebebi sayılmaz. Örneğin *müsadere kararı verilmedi* (No. 493), *tutukluluk cezadan mahsup edilmedi* (No. 507) veya *verilen ceza başka mahkemenin verdiği ceza ile içtima ettirilmedi* (No. 501) diye hüküm bozulmaz.

530. c) HUKUKA KESİN AYKIRILIK HALLERİ.

Hiç uygulanmayan veya yanlış uygulanan bir hukuk kuralı, *muhakeme hukuku kuralı* ise, belli hallerde, aykırılığın hükme tesir ettiği önceden ve kanunla kabul olunabilir. Bu hallerde Yargıtay tesir meselesini araştırır. *Mutlak temyiz nedeni* de denilebilen bu halleri, Kanun *hukuka kesin aykırılık halleri* diye tanımlamıştır. Bozmayı gerektirip gerektirmeyeceği hususunda Yargıtaya araştırma yetkisi tanınmamış olan *hukuka kesin aykırılık halleri* Kanunda şöyle düzenlenmiştir (CMK 289):

⁴¹⁸⁸ Mesela aşağı haddin altında ceza verilmesi (4. CD 4.6.65, *Çağlayan* "66" II, 491), cezanın tekrerrüle artırılmaması (CGK, 29.6.64, *Çağlayan* "66" III, 236).

⁴¹⁸⁹ Meselâ hükmün gerekçeli olması veya müzakerede ancak belli kişilerin bulunması veya katılma isteği hakkında karar verilmesi (k-m: CGK 29/2/60, Ç. III, 102), sanık için bir teminattır. Fakat sadece sanık lehine konulmuş değerlerdir. Keza tanığın beyanına karşı diyeceğinin sanıktan sorulması da teminattır. Fakat hakikatin öğrenilmesi için kabul edilmiştir (3. CD 17/12/48 HID 49, 94). Buna karşılık, sorgu, sanığın beyanda bulunmayabilmesinden de anlaşıldığı üzere, sanık beyanı elde etmek için kabul edilmiş olmayıp, sadece bir müdafaa vasıtasıdır, yani sadece sanık lehine konulmuştur. Bu sebeple sanık sorguya çekilmedi diye sonkarar aleyhinde bozulmamalıdır (k-m: CGK 16/7/62, *Çağlayan* "66" III, 106; 31/10/46, *Çağlayan* "66" 106; 17/1/77 İKİD 77, 5242; 8/5/78 YKD 79, 406; 9. CD 15/11/85 YKD 86/3 448). Keza tanıklıktan çekinen kişinin hazırlıktaki ifadesinin okunması normu (CMUK 245), hakikati öğrenme amacı söz konusu olmadığından, sadece sanık lehine konmuş bir norm sayılmıştır (2 CD 11.9.2002 (E. 2002/16855, K. 2002/14606, YKD 2003/111): Beraat eden sanık hakkında, sanık lehine usul hükümlerinin uygulanmaması, sanığın aleyhine olarak hükmün bozdurulması için C. savcılığına hak vermez.

⁴¹⁹⁰ Mülga TCK 402/2'deki ilân, mahkûmiyet sonuçları arasında sayılmadığından, bizce, suç karşılığı cezalardan biridir ve sonkararda belirtilmedikçe infaz safhasında uygulanması mümkün değildir (k-m: 4. CD 27/10/87 YKD 88/10 1441).

- a) Mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemesi (No. 470),⁴¹⁹¹
- b) Hakimlik görevini yapmaktan kanun gereğince yasaklanmış olan hâkimin hükme katılması (No. 182),
- c) Geçerli şüphe nedeniyle hakkında ret istemi öne sürülmüş olup da bu istem kabul olunduğu halde, hâkimin hükme katılması veya bu istemin kanuna aykırı olarak reddedilip, hâkimin hükme katılması (No. 183),
- d) Mahkemenin kanuna aykırı olarak davaya bakmaya kendini görevli⁴¹⁹² veya yetkili⁴¹⁹³ görmesi,
- e) Cumhuriyet savcısı veya duruşmada kanunen mutlaka hazır bulunması gereken diğer kişilerin yokluğunda⁴¹⁹⁴ duruşma yapılması,
- f) Duruşmalı olarak verilen hükümde açıklık kuralının⁴¹⁹⁵ ihlal edilmesi
- g) Hükümün 230 uncu madde gereğince gerekçe (No. 28, 486) içermemesi,
- h) Hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı⁴¹⁹⁶ ile sanığın savunma hakkının sınırlandırılmış olması (No. 483),
- i) Hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile (No. 358-1) dayanması.

531. TEMYİZ OLUNABİLEN KARARLAR.

I. Temyiz olunabilen hüküm ve ara kararlar.

1. Genel kural.

Bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin verdiği hükümler temyiz edilebilir. İlk derece mahkemeleri tarafından verilen hükümlerin doğrudan temyiz edilmesi kural olarak kabul edilmemiştir. İlk aşama istinaftır: Bölge adliye mahkemesinin istinaf üzerine verdiği *istinaf başvurusunun esastan reddi kararları* ile, ilk derece mahkemesinin hükmünü kaldırarak *yeniden kurduğu hüküm*, CMK 286/2'daki

⁴¹⁹¹ Toplu Basın mahkemesinin kuruluşunu kontrol için oradaki hâkimlerin kıdemlerini gösteren belge aramak (4. CD 19/10/68 İKİD 68, 6538), her kararda her hâkimin yetkisini gösteren belgeyi aramaktan farksızdır.

⁴¹⁹² Mahkeme uyuşmazlığı çözen makamın kararına uymak mecburiyetinde olduğundan, yetkisiz karar vermiş sayılmaz (İçBK: 10/6/42, 26/16). İtiraz merciinin kararına mecburen uymuşsa yine bozulmamak gerekir. Keza yukarı mahkeme duruşmada anladığı için bakmışsa, aşağı mahkeme yetkili diye duruşmada madde yönünden yetkisizlik kararı verilemediğine göre, bu nedenle bozma da (4. CD 30/9/75, İKİD 75, 3841; 8. CD 17/4/80, YKD 80, 1309) yersizdir. Sonkarardan sonra madde yönünden yetki değişikliği dolayısı ile ve sırf bu yüzden bozma kararı verilmesinin de kamu düzeni ve kamu yararı ile bir ilgisi yoktur. Kaldı ki mahkemenin kanuna aykırı olarak kendisini yetkili gördüğü de söylenemeyecektir.

⁴¹⁹³ Yer itibarıyla yetkisizlik bakımından bir iddia, daha doğrusu bir talî dâva olmalı ve bu dâva mahkemece reddedilmeli ki mahkemenin yer itibarıyla yetkisiz olması bir bozma sebebi sayılabilsin. Böyle bir dâva olmamışsa, mahkemenin yetkisi kabul edilmiş demektir. Yetkili sayılan mahkemenin yetkisiz olduğunu söylemeğe ve bu sebeple sonkararı bozmağa elbet imkân olamayacaktır. Eğer yer itibarıyla yetkisizlik iddiası ilksoruşturmada yapılmış, reddedilmiş ve bu karar yargı halini almışsa, mahkemenin yetkisizliğinden yine bahs olunamayacaktır. Kaldı ki kamu düzenini ilgilendirmediğinden, İsviçre'de olduğu gibi (*Clerc*, No. 39) mahkemenin kararı ile yetinilebilir.

⁴¹⁹⁴ Bir oturumda bulunmayan savcının diğer oturumda hazır bulunması halinde, bütünü ile duruşma savcı gıyabında yapılmış sayılmaz. Bu sebeple bozma sebebi teşkil etmiyebilir.

⁴¹⁹⁵ CMUK 308. maddede “şifahî bir duruşma neticesi olarak verilen hükümde alenî muhakeme kaidesinin ihlâl edilmesi” denilmektedir. Sözlü olmayan duruşma söz konusu olamayacağı bir kenara bırakılsa bile, açıklık kaidesinin ihlâlinin hükmün tefhiminde olması halinin derpiş edildiği gibi bir mânâ çıkarılmasına müsait olan bu ifade kanaatımızca hatalıdır. Duruşma sırasındaki kanuna aykırı gizliliklerin de mutlak temyiz sebebi olduğunda şüphe edilmemelidir. Duruşmanın açıklığının istisnaları için bkz. *Nuhoğlu*: Cinsel Suç Mağdurunun Beyanı ve İspat, Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul, 2002, 49 vd.

⁴¹⁹⁶ Bu karar zımnî de olabilir. Müdafaa için bir delilin ortaya konması mahkemeden istendiğinde mahkemenin bu hususta karar vermemesini, Alman Yargıtayı zımnî bir red kararı olarak kabul etmiştir (*Löwe*: madde 338, No. 16). Sanığa son sözün verilmemesi (CGK 6/7/64, İKİD 64, 3132) veya tanıktan sonra söz verilmemesi (CGK 5/4/76 YKD 77, 564) hallerinde, neticeye tesiri aramadan bozma kararı vermek de mutlak temyiz sebebi saymak ve dolayısı ile, zımnî bir karar verildiğini kabul etmektir. Buna karşılık, üç defa müdafaa için tâlike rağmen, haklı bir sebep göstermeden duruşmaya gelmiyen müdafinin müdafaasından vazgeçmek, müdafaa hakkının sonkarar için önemli noktada sınırlandırılması sayılmaz (4. CD 2/12/64, AAD 66, X, 83).

yüksek barajı⁴¹⁹⁷ aşabiliyorsa, temyiz edilebilir. Ancak, CMK 286/2’de belirtilen temyiz edilemeyecek kararlar kapsamında olsa bile, CMK 286/3’te sayılan suçlar nedeniyle BAM ceza daireleri tarafından verilen kararlar temyiz edilebilir. Bu suçlar aşağıda (No. 532, II) açıklanacaktır.

2. Mülga CMUK'un günümüzde uygulandığı haller.

İlk derece, istinaf ve temyizden oluşan üç dereceli sistemi içeren kanunlar 2005 Haziran’ında yürürlüğe girmiş, fakat istinafa ilişkin hükümlerin uygulanması, istinaf mahkemelerinin göreve başladığı 2016 yılına kadar ertelenmişti. Mülga CMUK nun temyize ilişkin hükümleri 2005 ile 2016 yılları arasında uygulandı ve ilk derece mahkemeleri tarafından verilen bütün hükümlere karşı doğrudan temyize gidildi. Bu zaman aralığı içinde *temyize bulaşmış* tüm davalar hakkında mülga CMUK’un temyiz sistemi 2024 yılı itibariyle halen uygulanmaktadır.⁴¹⁹⁸

3. Temyiz olunabilen hüküm türleri.

Dar manada ceza muhakemesinde önce istinaf, sonra da yol açıksa temyiz edilebilen mahkeme kararlarına kanun *hüküm* adını vermiştir. Kanun (CMK 223) hüküm tabiri ile, derece mahkemelerinin verdikleri beraat, ceza verilmesine yer olmadığı kararı, mahkûmiyet⁴¹⁹⁹, güvenlik tedbiri kararı, davanın reddi kararı, dâvanın düşmesi kararı⁴²⁰⁰ ve adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararlarını kastetmiştir.

CMK *durma kararı*ni hüküm olarak kabul etmemiştir. Mahkûmiyet kararı verilecek hale gelindiği halde verilemeyip durma kararı verilmesinde, bunu hüküm saymak mümkünse de durma sebebi kalkınca mahkûmiyet kararı otomatik olarak verilemediğinden, bu sayma da isabetli olmaz. Doğrusu, durma kararlarını hükümler arasından çıkarmak, hükmü işin esasını çözen hüküm manasına almak, ara kararı niteliğindeki durma kararları ile Yargıtay’ı yormamaktır.⁴²⁰¹

⁴¹⁹⁷ CMK 286/3 ile bunların içinden temyize gidebilen istisnalar dışında kalan ve temyiz edilemeyen istinaf kararları CMK 286/2’de şöyle sayılmıştır: a) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adli para cezalarına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları, b) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararları, c) Sulh ceza mahkemesinin görevine giren suçlarla ilgili olarak ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları, d) Adli para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin suç niteliğini değiştirmeyen bölge adliye mahkemesi kararları, e) Sadece eşya veya kazanç müsadereğine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararlarını değiştirmeyen bölge adliye mahkemesi kararları, f) On yıl veya daha az hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren suçlardan, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen beraat kararları ile istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları, g) Davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine veya istinaf başvurusunun reddine dair kararlar, h) Yukarıdaki bentlerde yer alan sınırlar içinde kalmak koşuluyla aynı hükümde, cezalardan ve kararlardan birden fazlasını içeren bölge adliye mahkemesi kararları, Temyiz edilemez (CMK 286/2).

⁴¹⁹⁸ *Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Kanunu madde 8*: (1) Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazetede ilân edilecek göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun 322 nci maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere, 305 ilâ 326 ncı maddeleri uygulanır. (*Ek cümle: 1/7/2016-6723/33 md.*) Bu kararlara ilişkin dosyalar bölge adliye mahkemelerine gönderilemez. (*Ek cümle: 6/12/2006-5560/29 md.*) Yargıtay ceza daireleri ile Ceza Genel Kurulu kararlarındaki yazıma ilişkin maddi hataların düzeltilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, ilgili ceza dairesi veya Ceza Genel Kuruluna başvurabilir. (2) (*İptal: Anayasa Mahkemesinin 5/4/2007 tarihli ve E.: 2005/127, K.: 2007/42 sayılı Kararı ile.*) (3) Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce Yargıtay’ca incelenip kesinleşen hükümler hakkında, başvuru süresi dolmamış olması kaydıyla karar düzeltme yoluna gidilebilir.

⁴¹⁹⁹ Mülga Memurin Kanununun 9 uncu maddesine göre açılan “siyasî yayında bulunulduğunun tesbiti” dâvasında asliye ceza mahkemesinin verdiği tesbit kararı da ceza müeyyidesini ihtiva etmemesine rağmen, mahkûmiyet kararı gibi sayılmış ve temyiz edilebileceği kabul olunmuştu (CGK 19/3/62, *Çağlayan “66” III, 84*).

⁴²⁰⁰ Şahsî dâvanın düşmesi kararına karşı açılan eski hale getirme dâvasının (CMK 361) reddi kararı temyiz edilebilir (2. CD 21/1/83 YKD 83/66 901), zira bu ret kararı düşme kararı niteliğindedir.

⁴²⁰¹ 17/12/30 tarihli İçBK “duruşmanın durması kararı dâvanın esasını halletmez” diyerek temyiz edilemeyeceğini kabul etmekle, bunları hüküm saymamış ve kanunun hatalı sistemini düzeltmişti. Durma kararına itiraz da edilemediğinden, sadece olağanüstü temyiz mümkündü (CGK 25/5/64 *Çağlayan “66” II, 369*). İstisnalar kabul edildiği vardır. Meselâ durma kararı, mahkûmiyet kararı verileceği sırada şikâyeti gerektiren bir vasıf kabulü yüzünden (5. CD 17/4/59 *Çağlayan “66” II, 378*), şikâyet dilekçesi varken yok diye (4. CD 30/3/44 AdD 46, 31), askerlik nedeniyle (6. CD 23/12/76 YKD 77, 1175), emniyet

Asıl ceza davasında mahkemece verilen, *millet itibariyle yetkisizlik veya genel ceza yargılaması itibariyle yetkisizlik kararları*⁴²⁰² gibi bazı kararlar vardır ki hüküm değilse de Türk genel ceza mahkemeleri bakımından hüküm sayılabilir. Bunlara karşı kanunda itiraz yolu tanınmadığından, uygulama bunları *hüküm* saymak ve hüküm gibi temyiz edilebileceğini kabul etmek zorunda kalmıştır.⁴²⁰³

Kararın temyiz olunabilmesi için duruşmada verilmiş olması şart değildir.⁴²⁰⁴

4. İstinaf veya temyiz olunabilen ara kararlar.

Hükme esas teşkil eden ara kararlar veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararları, hükümle birlikte istinaf (CMK 272/2) veya temyiz olunabilir (CMK 287).⁴²⁰⁵ Hükümden önce verilip hükme esas teşkil ettiği için istinaf veya temyiz edilebilen bu kararlar, kovuşturma evresinde verilen mahkeme kararlarıdır. Hükme esas teşkil eden, yani hükmün çıkması ile bağlantısı olan ve onu yaratan kararlar, hükümle birlikte temyiz olunur.⁴²⁰⁶ Bu kararların başında *her bakımdan yetkililik kararları* gelmektedir. Hükme esas teşkil eden ara kararında aykırılık varsa, giderilmesi imkânı önce istinaf, sonra temyiz yolu ile sağlanmıştır. Bu yolda istinaf aşamasında maddi ve hukuki meseledeki aykırılıklar ele alınabilirken, temyizde sadece hukuki aykırılıklar düzeltilebilir.

5. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının (istinaf ve) temyiz edilmesi sorunu.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, 2024 itibariyle *istinaf* edilebilen bir karar olarak düzenlenmiştir (CMK 231/12) (No. 525-1/II).⁴²⁰⁷

tedbiri bakımından yetkisizlik dolayısıyla (CGK 23/2/76 İKİD, 76, 4728) veya düşme adı altında (4. CD 2/11/44, 9746/10940) yahut o nitelikte (CGK 8/3/76 İKİD 76, 4604) verilmişse temyiz yolu tanınmıştır. 1973 değişikliğinde getirilen açıklıktan sonra muhakeme şartının gerçekleşmesini beklemek üzere verilen muhakemenin durması kararlarının hepsinin temyiz edilebileceği kabul edilmektedir (CGK 23/2/76 ve 6. CD 20/11/78 YKD 79, 1375). Kanunun açıklığı dışında kalan kararlar tartışılabilir. Fakat önödeme için süre verirken mahkeme tâlik yerine durma dediğinde temyiz yargılaması yapılmasına (9. CD 3/12/79 YKD 80, 320) yahut 1930-1609 numaralı kanun gereğince işlem yapılmalı diye verilen durma kararının, dâvanın kabule şayan olmaması kararı niteliğinde iken, ceza muhakemesi şartı bakımından verilmiş durma kararı sayılmasına (5. CD 12/10/82 İKİD 82 1417) ne demeli? Bir dosyanın gönderilmesini beklemek üzere, yanlışlıkla verilen durma kararına karşı, gerekçede hatalı fakat sonuçta isabetli olarak, adi itiraz kabul edildiği vardır (No. 516, not 81).

⁴²⁰² Yargıtay sanığın işlediği suç tarihindeki sıfat ve görevine bakarak şahıs itibariyle yetkili mahkemeyi belirlemektedir: «suç tarihinde ‘ba iradei seniye ile mansup) milli irade ile atanmış memur statüsünde Emniyet Genel Müdürü olan sanık hakkındaki soruşturmanın Memurin Muhakematı Kanununa göre yapılması, «yasal ve doğal» mahkemesinde yargılanması anlamını taşıdığı için, Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından verilen sonradan kazanılan Bakanlık sıfatından hareketle yargılamanın Yüce Divanda yapılması için görevsizlik kararını, hukuka aykırı bulmuştur (8. CD. 9.7.1998 E. 98/8817, K. 98/10786; YKD Aralık 1998, 1822).

⁴²⁰³ Tatbikatta, Yücedivan (CGK 27/3/61 *Alicanoğlu* 502), hukuk mahkemesi (2. CD 29/3/45, 2387-2700), askerî mahkeme (4. CD 10/11/64, AAD. X, 79; 9. CD 23/2/79 YKD 79, 1101), sıkıyönetim mahkemesi (9. CD 28/2/79 YKD 602; CGK 16/4/79 YKD 79, 1349). Belediye (2. CD 4/3/53, *Çağlayan* “66” III, 87), yabancı mahkeme (CGK 20/2/56, 28-26; 4. CD 10/11/64 AAD. X, 79; 9. CD 28/5/75 YKD 75/5, 161) yetkili denilerek verilen yetkisizlik kararları ile Memurların Muhakemesi Kanununa göre karar alınmak üzere dosyanın iadesine dair verilen kararlara karşı temyiz yolu kabul edildiği vardır. Askerî mahkemelerin “askerî yargılamaya girmiyor” (mülga AsMK 176) veya “askerî disiplin mahkemesi yetkili” (AsİçBK: 78/1-1 RG 25/11/78) diye verdikleri kararlar da temyiz edilebilmektedir.

⁴²⁰⁴ 4. CD 16/11/65 *Alicanoğlu* 503; 2. CD 13/7/65 *Alicanoğlu* 503; 6. CD 18/10/66 *Alicanoğlu* 503.

⁴²⁰⁵ CMK 287: Kanunlarda başka bir kanun yolu öngörülmemişse hükme esas alınmış olan ara kararlar da hükümle birlikte temyiz edilir (*Özbek* 2005, 1110)

⁴²⁰⁶ Hüküm temyiz edilmeden sadece bu kararlar temyiz edilemez (4. CD 23/10/64, *Çağlayan* “66” I, 246; 9. CD 10/4/75, YKD 75/11, 127); meğerki bu kararların temyizi sonkararın da temyizi mânâsına gelsin.

⁴²⁰⁷ Ancak, HAGB düzenlemesi Kanuuna ilk girdiği sırada itiraza gidilebiliyordu. Bu nedenle de Yargıtay bu kararın temyiz edilemeyeceği içtihad edilmişti. Çıkan büyük sorunlar üzerine, 2010 yılında yapılan değişiklikle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı *sanığın kabulüne bağlı* tutularak, 2016 sonrasında doğrudan *istinaf* (Ağustos 2010 itibariyle; *temyiz*) etmek isteyen sanığın bu kararı kabul etmemesi ara çözümü bulundu (mülga CMK 231/6-c, ek cümle). Fakat, 2024 değişikliği ile HAGB kararına karşı istinaf yolu kabul edilince, kabul koşulu de yürürlükten kaldırıldı.

Ancak, açıklanması geri bırakılan, asıl ceza davasında verilmiş olan ana hüküm, onu askıya alan HAGB kararından bağımsız olarak istinaf edilemez. Bu nedenle, istinaf edilmeyen HAGB kararı kesinleşecek ve denetim süresi işlemeye başlayacaktır.

2024 değişikliği ile kabul edilen sisteme göre, sanık denetim süresinde yeni bir kasıtlı suç işler veya yükümlülükler aykırı davranırsa, mahkeme hükmü açıklayacak, fakat açıklanan veya yeni kurulan bu hükme karşı *temyize gidilemeyecek, itiraz* edilebilecektir (CMK 231/11, cü.3). İtiraz incelemesi ise bu fıkradaki koşullarla sınırlı tutulmuştur (yeni kasıtlı suç işlenmesi, yükümlülükler aykırı davranılması vs) (CMK 231/11, cü.4). Netice olarak, mahkemenin hükmü şöyle veya böyle açıkladığı hallerde temyiz yolu kapatılmıştır.

Açıklanması geri bırakılan hükme karşı *temyiz yolu* sadece, yükümlülükler uygun davrandığı için açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi verilen hallerde (CMK 231/10) mümkün gözükmemektedir. Ancak, düşme kararlarının temyiz edilmesini engelleyen CMK 286/2-h düzenlemesi kapsamında bu yol da kapalıdır. Sadece suçun CMK 286/3'te sayılan suçlardan olduğu hallerde temyiz yolu açıktır.

III. Tali ceza muhakemesinde verilen kararların temyiz edilmesi sorunu.

Dar manada tali ceza muhakemesinde hangi kararların temyiz olunabileceğini kanun açıkça göstermelidir.⁴²⁰⁸ Açıkça gösterilmemişse, kararın mahiyetine bakılmalı, hüküm mahiyetinde ise temyiz yolu kabul olunmalıdır.

Ceza infazının ertelenmesi yetkisi C. başsavcılığına verilmiş, geri bırakmanın kaldırılması kararına karşı, infaz hakimliğine başvurulabilmesi kabul edilmiştir (CGİK 16/3). İnfaz sırasında bölge adliye mahkemesi veya Yargıtaydan başka mahkemeler tarafından verilen bu kararlara karşı ise, itiraz yolu kabul edilmiştir (CGİK 101/3).

532. TEMYİZ OLUNAMAYAN KARARLAR.

Ceza Muhakemesi Kanunu ilk derece mahkemelerinin verdikleri hükümlere karşı sadece doğrudan istinaf yoluna başvurulmasını kabul etmiş, sadece bölge adliye mahkemesi ceza daireleri tarafından verilen hükümlerin temyiz edilebilmesine izin vermiştir (CMK 286/1). Ancak, istinaftan sonra temyiz etmek isteyenler için önemli kısıtlamalar vardır (CMK 286/2). Hüküm olduğu halde temyiz edilemeyen kararlar mülga kanun döneminde CMUK 305 ile düzenlenmişti. Çok az önemli hukuka aykırılıklara karşı kanun yolunun kapatılmasına ilişkin bu kurallar istinaf kabul edildikten sonra istinafa nakledilmiş olduğu için (CMK 272), bunları istinaf bahsinde ele aldık (No. 525-2, I). Halen istinaftan sonra temyiz yolunun kapalı olduğu haller (CMK 286) aşağıda açıklanmıştır:

I. İstinaf mahkemesinin bozma kararı.

Ceza Muhakemesi Kanunu istinaf mahkemesine CMK 289 da düzenlenen *hukuka kesin aykırılık* nedenlerinin bulunması halinde hükmü *bozma* yetkisi vermiştir (CMK 280/1-b). Bölge adliye mahkemesi kararına karşı itiraz ve temyiz saklı kalmak üzere, direnme ve diğer kanun yolları kapatılmış ise de (CMK 284), bölge adliye mahkemesinin *bozma kararı* temyiz de edilemez (CMK 286/1).

II. İstinaf mahkemesinin temyiz edilemeyen kararları ve bu sınırlamanın istisnaları.

Ceza adalet sistemini 2004 reformu ile yeniden yapılandıran kanun koyucu, ilk derece mahkemelerinin verdikleri hükümlere karşı ilk basamak kanun yolu olarak istinafi kabul etti ve Yargıtay'a giden iş sayısını azaltmak amacı ile çok ağır olmayan suçlarda temyiz yolunu kapattı (CMK 286/2). Böylece ülke çapında işlenen tüm suçların büyük bir bölümü istinafta kesinleşti. Hukuk birliğinin sağlanması açısından denetleme yapılmaması sonuçta temyiz edilemeyen suçlara sayma yöntemi ile istisnalar eklenmesi ve istinafta olağan üstü kanun yolu BAM Başsavcılığının itirazı yolu (CMK 308/A) (No. 525-8) açıldı. Aşağıda önce temyiz edilemeyen BAM kararları (CMK 286/2), sonra bunun istisnaları (CMK 286/3) belirtilecektir.

⁴²⁰⁸ Meselâ yasak hakların geriverilmesine veya bu dâvanın reddine dair kararlara karşı temyiz yolu tanınmıştı (CMUK 418).

1. Temyiz edilemeyen BAM kararları.

İstinaf mahkemesinin dosya üzerinden esasa girdikten sonra verdiği *istinaf başvurusunun esastan reddi kararları* ile ilk derece mahkemesinin hükmünü kaldırarak kurduğu yeni hüküm, yasa izin veriyorsa temyiz edilebilir. Bölge adliye mahkemesi ceza dairesi dosya üzerinden yaptığı inceleme sonunda davanın yeniden görülmesine gerek görürse, ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş bulunan hüküm *kaldırır* (CMK 280/1-c). İstinaf mahkemesinin verdiği bu karara karşı itiraz yolu açılmadığı gibi, *hüküm olmadığı için, temyiz yolu da yoktur. Temyiz yolunun kapalı olduğu kararlar şunlardır:*

a) *İlk derece mahkemesinin verdiği beş yıl hapis veya adli para cezası içeren mahkûmiyet kararına karşı yapılan istinaf başvurusunun esastan reddi kararı.*

İlk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararı verdiği hallerde, istinaf mahkemesi beş yıl ve daha az hapis cezasına karşı yapılan istinaf başvurularını esastan reddettiğinde temyiz yolu kapanmaktadır: *İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezası ile miktarı ne olursa olsun adli para cezası içeren mahkûmiyet hükümlerine karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları temyiz edilemez* (CMK 286/2-a).

İlk derecede verilen adli para cezasının istinaf edilmesi üzerine, istinaf başvurusu esastan reddedilirse, temyiz yolu kapanmaktadır. Adli para cezasının miktarının önemi yoktur. Bilinçli taksir hariç, taksirli suçlarda hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi mümkündür (TCK 50/4). Adli para cezası beş yıldan fazla hapis cezasından çevrilmiş olsa bile temyiz yolunun kapalı olduğu görülmektedir.⁴²⁰⁹

b) *İlk derece mahkemesinin verdiği beş yıl hapis cezasını artırmayan istinaf mahkemesi kararı* (CMK 286/2-b).

İstinaf mahkemesinin duruşma açarak verdiği kararlar vardır (CMK 282/2) (No.). İlk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararı verdiği ve Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesinin beş yıla kadar hapis cezalarında yaptığı istinaf incelemesinin sonucunda *hapis cezasını artırmayan* ve netice itibarıyla, *suç niteliğini ve sonuç cezayı değiştirmeyen* bir hüküm kurduğu hallerde temyiz yolu kapanmaktadır.

İstinaf mahkemesinin mahkûmiyet dışında verdiği beraat, düşme, ret ve ceza verilmesine yer olmadığı kararları *ilk derece mahkemesinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezasını artırmayan kararlardan* oldukları için, temyiz edilememektedir. Bu durum hak arama özgürlüğünü ihlal etmektedir.⁴²¹⁰

c) *Hapis cezasından çevrilen seçenek yaptırımlara ilişkin bütün kararlar.*

2017 yılında 7035 sayılı Kanunla eklenen kural uyarınca; *hapis cezasından çevrilen seçenek yaptırımlara ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen; seçenek yaptırımlara ilişkin her türlü kararlar ve istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar temyiz edilemez* (CMK 286/2-c).

d) *İlk defa istinafta verilen iki yıla kadar hapis veya adli para cezası.*

Kununa göre; *ilk defa bölge adliye mahkemesince verilen ve 272'nci maddenin üçüncü fıkrası kapsamı dışında kalan mahkûmiyet kararları hariç olmak üzere, ilk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları temyiz edilemez* (CMK 286/2-d). Kanun koyucu üst sınırı iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlarda verilen hapis cezası ve adli para cezasının istinaf edilmesini kabul etmiş, fakat istinaftan sonra temyiz edilmesinin yolunu *kural olarak* kapatmıştır.

Kanun yürürlüğe girdiği sırada CMK 286/1-c'deki düzenleme ile, sulh ceza mahkemelerinden verilen hükümlerin istinaftan sonra temyize gitmesi engellenmişti. Sulh ceza mahkemelerinin kaldırılmasından sonra 2014 yılında 6546 sK ile yapılan değişiklikle, ilk derece mahkemelerinin görevine giren suçlardan

⁴²⁰⁹ Erdem/Şentürk 2018, 183.

⁴²¹⁰ CGK 20.3.2018, E. 2018/11-38, K. 2018/113; nakleden: Erdem/Şentürk 2018, 184.

kanunda üst sınırı iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin istinaf kararlarının temyiz edilememesi şeklinde bir düzenleme yapıldı. Bu düzenleme, ilk derece mahkemesinin verdiği beraat kararının istinafta mahkûmiyet şeklinde değiştirildiği hallerde, sanığın mahkûmiyet kararını temyiz edememesine yol açıyordu.⁴²¹¹ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi, Anayasanın 36. maddesine aykırı gördüğü bu kuralın iptali istemi ile Anayasa Mahkemesine başvurdu. Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun dengelediği iki menfeati (*kanun yolunu kapatarak davaların makul sürede ve en az giderle yargılanmasındaki yarar ile sanığın kanun yoluna başvurma hakkı*) yeniden değerlendirdi ve ilk defa istinafta verilen mahkûmiyet kararlarının temyiz edilememesinin ölçülü olmadığını ve bu nedenle hukuka aykırı olduğunu tespit ederek (§ 33) kuralı iptal etti (§ 34).⁴²¹²

Bu iptal kararı üzerine 2019 yılında 7165 sK ile kural tekrar düzenlendi ve ilk defa bölge adliye mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet kararları hakkında temyiz yolu açıldı.

Yapılan yeni düzenlemede istinaf edilemeyen ilk derece mahkemesi hükümleri (CMK 272/3) bakımından temyiz yolu özellikle kapatıldı.

e) *İlk derece mahkemesinin verdiği adli para cezasına karşı yapılan istinaf başvurusunun esastan reddi kararı (CMK 286/2-e).*

İlk derece mahkemesinin miktarı ne olursa olsun adli para cezasına mahkûmiyet kararı verdiği hallerde, istinaf mahkemesi istinaf başvurusunu esastan reddettiğinde temyiz yolu kapanmaktadır.

f) *İlk derece mahkemesinin verdiği müsadereye ilişkin karara karşı yapılan istinaf başvurusunun esastan reddi kararı (CMK 286/2-f).*

(Değişik: 18/6/2014-6545/78 md.) İlk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararı verdiği haller: Sadece eşya veya kazanç müsaderesine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararını değiştirmeyen bölge adliye mahkemesi kararları istinafta değiştirilmemişse, temyiz yolu kapanmaktadır.

g) *İlk derece mahkemesinin on yıl hapis veya adli para cezası gerektiren suçlarda verdiği beraat kararına karşı yapılan istinaf başvurusunun esastan reddi kararı (CMK 286/2-g).*

İlk derece mahkemesi on yıl veya daha az hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren suçlarda beraat kararı verir ve bu karara karşı yapılan istinaf başvurusu esastan reddedilirse, istinaf mahkemesinin verdiği bu karara karşı temyiz yolu kabul edilmemiştir (CMK 286/2-g).

h) *Davanın düşmesi, ceza verilmesine yer olmadığı ve güvenlik tedbiri kararları* (CMK 286/2-h).

İlk derece mahkemesi davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına veya güvenlik tedbirine hükmederse ve bu kararlar istinaf edildiğinde istinaf mahkemesi bu tür bir karar verir veya istinaf başvurusunun esastan reddine karar verirse, istinaftan sonra temyiz yolu kapanmaktadır (CMK 286/2-h; 18/6/2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunun 78 maddesi ile değiştirilmiştir).

i) *Yukarıdaki bentlerde yer alan sınırlar içinde kalmak koşuluyla aynı hükümde, cezalardan ve kararlardan birden fazlasını içeren bölge adliye mahkemesi kararları temyiz edilemez* (CMK 286/2-i)

Aynı hükümde birden fazla ceza ve karar içeren bölge adliye mahkemesi kararları da temyiz edilemez.

III. Temyiz edilemememe kuralının istisnaları.

2019 yılında 7188 sayılı Kanunun 29. maddesi ile eklenen CMK 286/3 ile kabul edilen istisnaya göre, ikinci fıkrada belirtilen temyiz edilemeyecek kararlar kapsamında olsa bile, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları aşağıda sayılan suçlar nedeniyle verdikleri kararlar temyiz edilebilir.

1. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan suçlar.

⁴²¹¹ 2017-7035 sK ile maddeye yeni bir (c) fıkrası eklenince, iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlarda istinafta verilen hükümlerin temyiz edilememesi kuralı (d) fıkrası haline geldi.

⁴²¹² Anayasa Mahkemesinin 27/12/2018 tarihli ve E. 2018/71 K. 2018/118 sayılı kararı (RG 15.2.2019).

1. Hakaret (madde 125, üçüncü fıkra),
2. Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit (madde 213),
3. Suç işlemeye tahrik (madde 214),
4. Suçu ve suçluyu övme (madde 215),
5. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama (madde 216),
6. Kanunlara uymamaya tahrik (madde 217),
7. Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma (madde 217/A) (2022-7418 sK ile eklenmiştir),
8. Cumhurbaşkanına hakaret (madde 299),
9. Devletin egemenlik alametlerini aşağılama (madde 300),
10. Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama (madde 301),
11. Silâhli örgüt (madde 314),
12. Halkı askerlikten soğutma (madde 318) suçları, temyiz edilememe kapsamında olmalarına rağmen, istinafan sonra temyiz edilebilir.

2. *Özel ceza kanunlarındaki suçlar.*

Terörle Mücadele Kanunu'nun 6 ncı maddesinin ikinci ve dördüncü fıkrası ile 7 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar.

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28 inci maddesinin birinci fıkrası, 31 inci maddesi ve 32 nci maddesinde yer alan suçlar.

3. *Avukatların görev suçları.*

Avukatların, avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar nedeniyle verilen bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları hakkında Ceza Muhakemesi Kanununun 286'ncı maddesinin ikinci fıkrası uygulanmaz (AvK 59/3). Bu fıkra 11/7/2020 tarih ve 7249 sayılı Kanunun 10 maddesi ile eklenmiştir.

533. TEMYİZ DAVASININ AÇILMASI.

I. Dava açabilenler.

Temyiz olağan kanun yollarından biri olduğundan, olağan kanun yolu dâvasını açabilenler (No. 512), temyiz yoluna da başvurulabilir, yani temyiz dâvası açabilirler.

II. Temyiz davası açma koşulları.

Temyiz yolu dâvasının açılması için kanun iki koşul aramaktadır: *istek (1)* ve *süre (2)* şartı. Mukayeseli hukukta kabul edilen ve temyiz davası açmak için belli bir harç yatırılması anlamına gelen depo şartı kaldırılmıştır.⁴²¹³

1. *İstek ve temyiz nedeni gösterme koşulu.*

a) *İstek koşulu.*

⁴²¹³ CMUK 310. madde *üçüncü şart* olarak 1985 değişikliğine kadar 100 liranın depo edilmesini arıyordu. Faydasından çok zararı olan bu şart 1985-3206 numaralı kanunla çok yerinde olarak kaldırıldı.

Temyiz davasının kendiliğinden açılmaması, bir isteğe lüzum göstermesi kaidedir. *Davasız yargılama olmaz* ana prensibi (No. 92) gereğince, temyiz davasının açılması için istek şarttır.⁴²¹⁴ İstek şartı her dâva için ayrı aranır.⁴²¹⁵ Sanıklardan birinin isteği, ötekilerin isteği yerine geçmez.⁴²¹⁶

Bu istek dilekçe şeklinde yazılı veya tutanağa geçirilmek şartı ile, sözle yapılabilir. Sözle yapılırsa tutanak düzenlenir (No. 270, 513) (CMK 291/1).

Dilekçe hükmü veren ve kararına karşı temyiz dâvası açılan mahkemeye (No. 269) sunulur (CMK 291/1). Ancak, yanlışlıkla, başka mercilere, hatta Başsavcılığa⁴²¹⁷ müracaat edilmesi hak kaybına neden olmaz, çünkü kabul edilebilir bir başvuruda kanun yolunun veya merciin belirlenmesindeki yanılma, başvuranın hakkını ortadan kaldırmaz (CMK 264).

b) Temyiz nedeni göstermek koşulu.

Temyiz isteminde hükmün neden dolayı bozulmasının istendiğinin gösterilmesi zorunludur. Temyiz sebebi, ancak hükmün hukuki yönüne ilişkin olabilir. Cumhuriyet savcısı temyiz isteğinin sanığın yararına veya aleyhine olduğunu açıkça belirtir (CMK 294) (No. 534). Dilekçede temyiz nedeni belirtilmemişse, Yargıtay temyiz istemini reddeder (CMK 298).

2. Süre koşulu.

Temyiz istemi *hükmün gerekçesiyle birlikte tebliğ*⁴²¹⁸ edildiği tarihten itibaren iki hafta içinde yapılır (CMK 291/1).⁴²¹⁹ Süre şartının yerine getirilmesi için, isteğin kanunun aradığı şartlar içinde ve süresinde yapılmış olması lâzımdır (No. 266, 267, 513/VI). Temyiz etmeyen tarafa, karşı tarafın temyizi üzerine, cevap süresi içinde ek bir süre tanınmalıdır (No. 267/III).⁴²²⁰

⁴²¹⁴ Bu nedenle, daha önce CMUK 305/1'de yer alan otomatik temyiz kaldırılmıştır. Kaldırılan bu kural, onbeş yıl ve daha fazla hapis cezaları bakımından istinafa aktarılmıştır (CMK 272/1) (No. 525-2, I).

⁴²¹⁵ Temyiz dilekçesinde inceleme sırasında görülecek diğer eksikliklerden dolayı da bozma istenmiş ise, şahsi halk bakımından da istek var sayılmakta idi (CGK 19.12.1977 IBD 78, 357).

⁴²¹⁶ *Erem* (n. 336) ve *Tosun* (II. 227) temyiz talebinin sirayetini istemektedir. Halbuki lehe bozmanın sirayetini haklı gösteren adalet duygusu, temyiz isteğinin sirayetini haklı göstermemektedir. Lehe bozma, temyiz etmeyen sanığa sirayet eder, ancak temyiz isteği sirayet etmez. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 3.12.1990 gün ve 6990/6-218/232 sayılı kararında belirtildiği gibi, Usulün 325. maddesinin uygulanması için «talepte bulunmaya» gerek yoksa da dava olmadan yargılama yapılamayacağı cihetle, temyiz isteği olmadan Yargıtay incelemesi yapılamaz (11 CD. 14.4.1997, E. 97/1121, K. 97/1333; YKD Aralık 1998, 1826). Zaten yüklü olan Yargıtaya yeni yükler yüklemekte isabet yoktur. Kaldı ki istek yani dâva olmadan muhakeme yapmak, esaslara da aykırıdır.

⁴²¹⁷ CGK 24/3/47, 60/43.

⁴²¹⁸ Bu süre 2024-7499 değişikliğinden önce, sanık duruşmada hazırsa, süre *hükmün açıklanmasından* itibaren (hükmün; duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak ve gerekçesi ana hatları ile anlatılarak açıklanması gerekiyordu; CMK 231/1), hüküm sanığın yokluğunda açıklanmışsa, süre tebliğden başlıyordu. Mülga CMUK 310. maddede tebliğden başlatma sadece sanık bakımından nazara alınmışsa da bu hükmü sanığa hasretmek için bir sebep yoktu. Tatbıkatta süre savcıya tebliğden itibaren hesaplanıyordu (CGK 11/7/55, *Çağlayan*, “66”, I, 268). Müdafinin sanıktan ayrı durumu hatırlanmalıdır. 8 CD. 28.6.1999 (E. 1999/7514, K. 1999/10824): Karar, sanığın vekilinin veya müdafinin yokluğunda tefhim edilmişse, temyiz süresi sanık vekiline veya müdafine kararın tebliğ edildiği tarihte başlıyordu (CGK 12.12.1994 (E. 1994/317, K. 1994/338). Müdahilin yüzüne karşı, vekilin yokluğunda tefhim edilen direnme kararı için bir haftalık temyiz süresi müdahilin yüzüne karşı tefhim ile birlikte başlıyordu. Ayrıca kendisine ya da vekiline hükmün tebliği gerekmiyordu. CGK 13.5.2003 (E. 2003/2-129, K. 2003/154, YKD 2003/1431): Müdafilerinden biri tefhimde hazır bulunan sanığın temyiz süresi teefhimle başlar. Gerekmeyi halde kararın diğer müdafine tebliği, temyiz süresi itibarı ile yeni bir hak vermiyordu. 10. CD. 10.10.1994 (E. 1994/8955, K. 1994/11956): Üst cumhuriyet savcılarının, yargı çevresi içinde buldukları sulh ve asliye ceza mahkemeleri kararlarına karşı temyiz süresi otuz gündü.

⁴²¹⁹ Süre 2017 yılında 7035 sayılı Kanun ile *15 gün* olarak değiştirilmeden önce *yedi gün* idi. 2024-7499 sK ile genel olarak Kanundaki tüm süreler iki hafta olarak değiştirilirken, temyiz süresi de, 1 Haziran 2024 tarihinden geçerli olmak üzere, iki hafta olarak belirlendi. Mülga CMUK ise bir hafta süre vermişti Sürenin bir hafta olması kaidesinin mülga Kanunda yersiz iki istisnası vardı: 1) Sulh mahkemelerinin kararlarına karşı onların yanında durumunda olan asilye veya ağırceza savcılıkları için temyiz süresi 1 aydı (CMUK “85-3206” 310/3). 2) Ağırceza savcılığı, bulunduğu merkez dışındaki sulh veya asliye mahkemelerinin kararlarının üst savcı sıfatı ile temyiz ettiğinde süre 30 gündü (mülga Yürürlük K 28/2). Bu düzenlemeler de 2014-6545 sayılı Kanun ile istinafa aktarıldığı için (CMK 273/3), halen yürürlüktedir.

⁴²²⁰ “Hâkim havalesi” bulunmasa dahi, temyiz dilekçesi yasal sürede temyiz defterine kaydedilen sanığın temyiz isteminin yasal sürede yapıldığı kabul edilmelidir (CGK E. 1999/3, K. 1999/296).

Adli tatilin hemen önündeki günlerde başlayan süreler işlemez; adli tatile rastlayan süreler tatilin bittiği günden itibaren üç gün uzamış sayılır (CMK 331/4). Temyiz süresinin kusuru olmaksızın geçirilmesi halinde eski hale getirme talep edildiğinde, bu konudaki kararı Yargıtay verir.⁴²²¹

534. TEMYİZ BAŞVURUSUNUN İÇERİĞİ VE TEMYİZ GEREKÇESİ.

I. Temyiz başvurusu ve temyiz dilekçesi.

Hükmü temyiz etme iradesini açıklayan *temyiz başvurusu* ile *temyiz dilekçesi (layiha)* arasında fark vardır.⁴²²² Temyiz başvurusunda bulunan, hükmün hangi hukuka aykırılık nedeni ile bozulmasını istediğini nokta olarak, bunların gerekçelerini de belirterek göstermek zorundadır (CMK 294). Temyiz edenin *hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini* temyiz dilekçesinde gösterebilmesi için, gerekçeyi de okumuş ve anlamış olması gerekir.

2024 değişikliği ile temyiz süresinin başlangıcının tefhimden değil, hükmün gerekçesi ile birlikte tebliğ edildiği tarihten itibaren başlaması (CMK 291/1) nedeni ile, gerekçeli kararın ayrıca tebliği edilmesine gerek kalmadı ve bunu öngören CMK 295 yürürlükten kaldırıldı.⁴²²³ Bununla bağlantılı olarak, hükmün temyiz edildiğinin öğrenilmesinden itibaren gerekçenin yedi gün içinde tebliği öngören CMK 293/2 de yürürlükten kaldırıldı. Böylece, uygulamada süre tutum dilekçesi denilen *ilk temyiz başvurusu* ile, temyiz gerekçelerinin açıklandığı *temyiz dilekçesi (layiha)* birleşmiş oldu. Yürürlükten kaldırılan CMK 295'te yer, *savcının temyiz dilekçesinde isteğin sanık yararına veya aleyhine olduğu* hususu ise, CMK 294/1'e eklendi. Böylece, taraflara tanınan ve temyiz gerekçelerini etraflı olarak açıklamak için verilmiş olan yedi günlük ek süre de⁴²²⁴ (mülga CMK 295/1) kalkmış oldu.⁴²²⁵

Bizce temyiz başvurusunda nokta ve gerekçe gösterilmesini isteyebilmek için, bunun hazırlanması için taraflara ek sür de verilmelidir. Almanya'da süre bir aydır ve belli koşullar altında uzatılabilmesi de kabul edilmiştir (StPO 345). Artık biz de temyiz başvurusunda gösterilen nokta ve gerekçe dışına çıkmama esasını kabul ettiğimiz için, ek süre kabul etmeli ve bu süreyi uzun tutmalıyız.

Bununla birlikte, temyiz başvurusu hükmü veren bölge adliye mahkemesi tarafından kabul edilirse, dilekçenin bir örneğinin karşı tarafa tebliğ olunması ve bunun *iki hafta* içinde yazılı olarak cevap vermesi kuralı korundu (CMK 297/1).

Bununla birlikte, halen yürürlükte olan kurallar temyiz gerekçesinin Yargıtay ceza dairesinin ön incelemesine kadar verilebileceğini göstermektedir. Zira, temyiz sebeplerinin gösterilmemesi, hükmü veren Bölge Adliye Mahkemesi tarafından yapılan ön inceleme aşamasında, red sebepleri arasında sayılmamıştır (CMK 296/1). Buna karşılık, dosya Yargıtaya geldikten sonra özel dairede yapılan ön incelemede temyiz dilekçesinin temyiz sebeplerini içermediği anlaşılırsa, temyiz isteminin reddi kararı verilmektedir (CMK 298). Buradan çıkan sonuç, temyiz neden ve sebeplerinin, yani gerekçesinin Yargıtay'daki incelemeye kadar ek dilekçe ile verilebileceğidir. Böylece, mülga CMK 295/1'deki süre,

⁴²²¹ CGK 27.12.2011, E. 2011/8-274, K. 2011/300; *Yenisey/Nuhoğlu* 2023, 928.

⁴²²² Temyiz gerekçesini gösteren dilekçeye *ek dilekçe* (veya *layiha*) denir (mülga CMK 295/1). Bu, ilk temyiz isteğinin açıklandığı *temyiz başvurusundan* (CMK 294) farklıdır. Temyiz nedenlerini, yani gerekçeyi gösteren dilekçeye, temyiz başvurusundan ayırdetmek için, *temyiz lâyihası* adı verilmiştir.

⁴²²³ 2024 öncesinde kanun yolu süresi hükmün CMK 231 kapsamında tefhiminden itibaren başlıyordu ve hükmün gerekçeleri hüküm açıklanırken ana hatları ile anlatıldığı için, teorik olarak, sanığın temyiz başvurusunda nokta ve gerekçe gösterebileceği söylenebilirdi. Fakat Kanun sanığa ek dilekçe sunma hakkı tanıyarak, gerekçeli karar tebliğ edildikten sonra görüş bildirme imkanı veriyordu. Anayasa Mahkemesinin önce bireysel başvuru yolunda verdiği ihlal kararları, sonra da CMK 273/1 ile ilgili olarak verdiği iptal kararından sonra, *hükmün gerekçesi tebliğ edilmeden kanun yoluna başvuru süresinin başlamaması* yolunda bir ilke benimsendi. Bu ilkenin CMK'ya yansımaları ile birlikte ek dilekçeye ihtiyaç kalmadı ve bunu düzenleyen CMK 295, 1 Haziran 2024 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırıldı.

⁴²²⁴ Temyiz gerekçelerinin daha sonra, yani temyiz süresinin bitmesinden veya gerekçeli kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde hükmü temyiz edilen bölge adliye mahkemesine ek dilekçe verilerek açıklanması kabul edilmişti (CMK 295/1).

⁴²²⁵ CMUK'ta da temyiz lâhiyası verilmesi süre şartına bağlanmıştı. Lâyiha, en geç, temyiz dilekçesi için belli sürenin bitmesinden yahut tebliğ edilmemişse, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde veriliyordu (CMUK "85-3206" 314/1). Ancak lâyiha mecburiyeti kalkınca sürenin de önemi kalmamıştı.

zımni olarak uzatılmıştır. Uygulamada da süre geçtikten sonra da temyiz lâiyhasının verilmesi kabul edilmekte idi. Elverir ki Yargıtay yargılamayı yaparken, geç verilen lâiyha dosya içinde bulunsun.⁴²²⁶

III. Temyiz başvurusunun içeriği.

Temyiz başvurusunda *maddi ceza hukukuna aykırılık* veya *muhakeme hukukuna aykırılık* şeklinde olabilen *hukuka aykırılık*, yani *temyiz nedeni* (CMK 288) ile *temyiz sebebinin* (CMK 298) gösterilmesi, temyiz kabule değer sayılmasının koşullarındandır.

1. 'Temyiz nedeninin' gösterilmesi kavramı.

Temyiz nedeni hukuka aykırılıktır (CMK 288/1). Temyiz yoluna giden, hükümdeki hukuka aykırılığın *maddi ceza hukuku kuralının* ihlali mi, yoksa *muhakeme hukuku* kurallarının ihlalini oluşturduğunu nokta olarak göstermek zorundadır. Türk Hukukunda bunların ikisi de eşit olarak ele alınmış ve her ikisinin de nokta olarak gösterilmesi ve ihlalin dayandığı olguların da belirtilmesini, yani temyiz sebebinin de açıklamasını zorunlu kılmıştır. Alman hukuku ise, maddi ceza hukukuna aykırılıklarda temyiz nedeni gösterilmesi mecburiyeti kabul etmemiş, sadece muhakeme hukukuna aykırılıklarda olgu belirtme zorunluluğu ön görmüştür.

2. 'Temyiz sebebinin' gösterilmesi kavramı.

Temyiz sebebi (CMK 298) temyiz nedeninin (CMK 288) gerekçesidir. Gerekçe, hukuk kuralının somut olgulara dayandırılması olduğuna göre, temyiz sebebinin gösterilmesi, hukuka aykırı olarak uygulandığı veya uygulanmadığı iddia edilen hukuk normunun madde numarası veya adının söylenmesinden öte, bu kuralan hangi maddi koşullar altında uygulanıp uygulanmadığının, somut olgulara dayanarak açıklanması demektir. Temyiz nedeni, yani *hükümün neden dolayı bozulmasının istendiği* ve bunun *gerekçesinin* temyiz başvurusunda gösterilmesi, başvuranın görüşlerini kabul ettirebilmesi için de hayati önem taşır.

3. Temyiz isteminde 'neden' ve 'sebe' gösterilmelidir.

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, temyiz isteminde gösterilmesi zorunlu olan *temyiz sebepleri* iki hususu içermektedir: önce temyiz nedeni olan hukuka aykırılık kanun maddesi veya hukuk kurumu olarak tanımlanacak ve *temyiz nedeni* yazılacaktır. İkinci olarak da bu hukuka aykırılığın somut olayda nasıl meydana geldiği olgulara dayanılarak açıklanacaktır. *Temyiz sebebi* budur. CMK 295'in 2024 yılında, bizce hatalı olarak yürürlükten kaldırılması ile *temyiz gerekçesi* kavramı hukukumuzda maalesef çıkmış bulunmaktadır.

Temyiz neden ve sebeplerinin, yani hükmü hangi hususlar bakımından hatalı görüldüğünün belirtilmesindeki önem üzerinde fazla durmağa lüzum yoktur. Bunun iddia görevini yapmak demek olduğunun ve temyiz muhakemesinde yargılama görevi yapanlara ışık tuttuğunun, her mütalâada meselenin ortaya konmasında mantıkî zorunluluk bulunduğunun, muhakemenin kolektif yapıldığının hatırlanması kâfidir.⁴²²⁷ Ancak temyiz dâvası açan, temyiz yargılamasını yapacak hâkimleri ikna edebilmek için, kararı neden hukuka aykırı bulunduğunu açıkça göstermelidir. Bu nedenle, hiçbir sebep göstermeyen müdafî veya katılan vekili görevini yapmış sayılamaz. Hele bu iş için Devletten para alan savcının sebep göstermiyebilmesini havsala almaz.⁴²²⁸

4. Temyiz isteminin reddi.

⁴²²⁶ İçBK: 15/3/40 25/45.

⁴²²⁷ Ancak, 320. maddede mehzadan ayrılarak, temyiz yargılamasının lâiyhada gösterilen sebeplere inhisar etmemesi prensibi kabul edildiğinden, sebep göstermenin mecburî olmasının önemi hayli azalıyordu. Bunun içindir ki 1936 tâdilinde lâiyha mecburiyeti de kaldırıldı.

⁴²²⁸ 1985 değişikliğinde, savcının temyiz dilekçesinde sebep göstermemesi halinde, lehte mi aleyhte mi temyiz ettiğini açıklamasının mecburî kılınması (CMUK 314/1), her halde, savcının sebep göstermiyebileceği biçiminde yorumlanmamalıdır. Zira, burada söz konusu olan, Hükümet gerekçesinde de belirtildiği gibi, savcıların süreyi kaçırmamak için verdikleri temyiz dilekçesidir. Yalnız gerekçede, temyiz incelemesi sırasında temyiz lehte mi aleyhte mi olduğu anlaşılmadığından da söz edilmesinden anladığımızı göre ya savcılar arkadan temyiz lâiyhası vermiyorlar ya da mahkemeler lâiyhayı beklemeden dosyayı Yargıtaya gönderiyorlar. Bizce asıl düzeltilmesi gereken bu iki yanlış tutum olmalıdır.

Temyiz eden, hükmün *neden dolayı* bozumasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır (CMK 294).⁴²²⁹ Temyiz dilekçesinin *temyiz sebeplerini* içermediği saptanırsa, temyiz istemi Yargıtay tarafından reddedilir (CMK 298).

Bu düzenleme uluslararası standartlara uygundur. Yargıtayın maddi mesele ile uğraşması hem imkansızdır, çünkü her olayın maddi olgusunu incelemeye kalkışan Yargıtay, prensip kararları veremez. Hem de temyiz kanun yolunun var oluş amacına aykırıdır. Ancak, kanunun (CMK 294) *zorunluluk* dediği temyiz sebebi göstermek mecburiyetinin içtihatla içinin boşaltıldığını (No. 528, V, 1) ve maddi ceza hukukuna aykırılık iddialarında artık bu mecburiyete uyulmadığını tekrar hatırlatmak isteriz.

535. HÜKMÜN KESİNLEŞMESİNE ENGEL OLMA ve AKTARMA ETKİSİ.

Temyiz dâvasının açılması, kanunun tâbiri ile *temyiz başvurusu*, kanun yolu dâvasının açılmasının sonuçlarını doğurur ve özellikle hükmün kesinleşmesine engel olur (CMK 293/1).

Ceza dâvası üzerine yapılan muhakeme sonunda verilen hüküm bir bütün teşkil ettiğinden, hükmün kısmen kesinleşmesi mümkün değildir (No. 514). *Kısmî kesinleşme* mümkün değilse de *nisbî kesinleşme* mümkündür. Meselâ sadece sanık lehinde temyiz dâvası açılmışsa, sonuç cezayı ağırlaştırmamak istisnası kabul edilmiştir (No. 514, 550).

Temyiz davasının açılması ile dava hukuki derece olan Yargıtay'a aktarılır (No.).

536. KARARI TEMYİZ OLUNAN MAHKEMECE YAPILACAK İŞLEMLER.

I. Hükmün gerekçesinin yazılması ve tebliği.

Hükmü veren mahkemenin yapması gereken işlemlerin başında hükmün gerekçesini ve varsa karşı oyları yazmak gelir. Hüküm açıklanırken hüküm fıkrası okunacak ve hükmün gerekçesi de ana çizgileri ile anlatılacaktır (CMK 231/1). Fakat hükmün gerekçesi tümüyle tutanağa geçirilmemişse, açıklanmasından itibaren en geç on beş gün içinde dava dosyasına konması gerekmektedir (CMK 232/3).⁴²³⁰

II. Temyiz isteminin kabule değer olup olmadığının incelenmesi.

Kararı temyiz edilen bölge adliye veya ilk derece mahkemesi temyiz istemini kabule değer olup olmadığı açısından inceler ve 1) temyiz istemi süresinde yapılmamış, 2) hüküm temyiz edilemeyecek bir hüküm ise⁴²³¹ veya 3) başvuranın temyiz etme hakkı⁴²³² yoksa, temyiz istemini reddeder (CMK 296/1).

⁴²²⁹ Temyiz layihasında nokta ve gerekçe göstermek mecburiyeti mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda 1936 yılında yapılan değişikliğe kadar mevcuttu: Temyiz yargılaması yapılması için “temyiz sebeplerinin”, yani iddia edilen hukuka aykırılıkların, daha doğrusu temyiz edilen noktalarla, bunları temyiz edişin gerekçelerinin gösterilmesi şart koşulmakta idi. Bu mecburiyet 1936 değişikliği ile kaldırıldı da istiyen, bunları gösterebiliyordu. Temyiz isteminin sınırları belli olmayınca Yargıtay’da yapılan inceleme de sınırsız oluyor ve Yargıtay hükmün her noktasını inceleyebiliyordu. Davasız yargılama olmaz ilkesi uygulanmıyordu. Yargıtay’ın iş yükünü de altından kalkamaz şekilde artıran bu duruma 2004 Dönmezer Tasarısı son vermek istedi ve temyiz başvurusunda hükümde hangi hukuka aykırılığın bulunduğu nokta olarak belirtilmesini ve bunun gerekçesinin açıklanması mecburi hale getirdi (CMKT 2002 320/2). Tasarının bu düzenlemesi 2005’te yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanununa 294, 298 maddeler olarak yansdı.

⁴²³⁰ Hükmün temyiz edildiğinin bölge adliye mahkemesince öğrenilmesinden itibaren yedi gün içinde gerekçenin hükmü temyiz eden C. Savcısına veya ilgililere tebliğ edilmesi gerekiyordu (mülga CMK 293/2). 2024-7499 değişikliği ile kanun yolu sürelerinin hükmün gerekçesi ile birlikte tebliği tarihinden başlaması kabul edildiği için (CMK 273/1 ve 291/1), bu kural yürürlükten kaldırıldı.

⁴²³¹ Yargıtay kararı yok sayıp dâvanın reddine karar veremez, yokluk müeyyidesini ancak dolaylı olarak belirtebilir.

⁴²³² 11. CD. 11.7.1996 (E. 1996/856, K. 1996/1376): Davaya katılma isteminde bulunmayan ve müdahil sıfatını iktisap etmeyen müşteki vekilinin temyiz dilekçesi, mahkemece reddedilmelidir. CGK 1.6.1999 (E. 1999/111, K. 1999/143): Kamu davasına katılabilmek için doğrudan doğruya zarar görmüş olma şartı vardır. Dolayısıyla zarar nedeniyle kamu davasına müdahale edilemez. 1999/6033): usule aykırı olarak kamu davasına katılmayan yakınının temyiz isteminin reddi gerekir (Bu metin İstanbul Barosu bilgi bankası arşivinden alınmıştır). 8. CD. 29.6.1995 (E. 1995/4270, K. 1995/10326): Yokluğunda verilen kararın sanığa Tebliğat Kanunu’nun 21. maddesi uyarınca usulüne uygun olarak tebliğ edilmiş olmasına göre sanığın hükmü yasal süresi geçtikten sonra temyiz ettiğinin anlaşılmasına göre verilen temyiz isteminin reddine dair kararın onanmasına karar verildi. CGK. 8.4.1991 (E. 1991/99, K. 1991/121): Temyiz davası açılabilmesi için gerekli istek koşulu, öngörülen bir haftalık süre koşulu geçirildikten sonra yapıldığından, yerel mahkemenin CMUK 315/1. maddesi uyarınca temyiz

Görüldüğü gibi, sonuç olumsuzsa mahkeme temyiz dâvasının kabule şayan olmadığına karar vermektedir.⁴²³³ Bu ön inceleme aşamasında temyiz davasını açanın temyiz sebebini göstermiş olup olmadığı incelenmez, nokta ve gerekçe göstermeme, ilk ön incelemede temyiz başvurusunun reddi sebebi olarak kabul edilmemiştir. (Buna karşılık ikinci ön incelemeyi yapan Yargıtay, nokta ve gerekçe gesterilmeyen, yani temyiz sebebi içermeyen temyiz istemini reddeder: CMK 298).

III. Yargıtay'dan istemin reddi hususunda bir karar vermesinin istenmesi.

Bölge adliye veya ilk derece mahkemesinin temyiz istemini kabule değer bulmama kararı bütün ilgililere⁴²³⁴ tebliğ olunur. Temyiz istemi olunmayan kimse, tebliğden itibaren iki hafta içinde, bu karar kousunda Yargıtayın bir karar ermesini isteyebilir (CMK 296/2). İstinaftaki ön inceleme (CMK 276/2) ile paralel olan bu başvuru, teknik anlamda bir itiraz değildir (No. 515).

Yargıtay, başvuruyu haklı bulursa, istemi kabul etmeyen kararın kaldırılmasına karar verir ve temyiz dâvasının mahkemece kabulü halinde yapılması gereken işlemlerin yapılması için, dosyayı mahkemesine gönderir.⁴²³⁵ Mahkeme, bu karara uymağa mecburdur.⁴²³⁶

IV. Tarafların görüşlerinin alınması.

1. Temyiz isteminin karşı tarafa tebliği.

Temyiz edilen hükmü veren bölge adliye mahkemesi ceza dairesi, kabule şayan gördüğü temyiz dilekçesinin bir örneğini karşı tarafa tebliğ eder (CMK 297/1). Maksat, hükmün kesinleşmediğini ve dilekçede hukuka aykırılık olarak hangi temyiz nedenlerinin (CMK 288) ve bunların gerekçesi olan temyiz sebeplerinin (CMK 298) ileri sürüldüğünü karşı tarafın öğrenmesi ve iki hafta içinde bunlara cevap vermesidir.

Karşı tarafın hukuki görüşlerini hakkiyete uygun bir şekilde hazırlayabilmesi için, temyiz dilekçesinin temyiz nedenleri ile gerekçesini içermesi gerekir. 2024-7499 değişikliği ile *ek dilekçe hakkı kaldırıldığı* için (mülga CMK 295), temyizde iddianın hazırlanması gerekçeli kararın tebliğinden sonra iki hafta ve savunmanın hazırlanması ise, temyiz dilekçesinin karşı tarafa tebliğinden sonra iki hafta olmak üzere, süre eşitlenmiştir.

2. Karşı taraf kavramı.

Karşı taraftan maksat, asıl ceza dâvasındaki karşı taraftır. Temyiz muhakemesinde dâvalı durumunda olan, hatalı olduğu iddia olunan kararı veren mahkemedir. Mahkeme görüşünü kararı ile belirttiğinden ayrıca temyiz sebepleri hakkında ne diyeceğinin sorulmasına lüzum duyulmamıştır. Buna karşılık, asıl muhakemede karşı taraf makamlarında olanların görüşlerini öğrenmekte fayda umulduğundan onlara cevap verme imkânı sağlanmış ve müdafaa makamına onlar oturtulmuştur.

3. Karşı tarafın cevabı.

Karşı taraf, iki hafta içinde yazı ile cevap verebilir. Ancak, karşı taraf sanık ise, sözle de cevap verebilir. Cevaba cevap verilmesi kabul edilmemiştir. Geç verilen temyiz lâyihasının nazara alınması kabul edildiğine göre geç verilen cevap lâyihası da nazara alınmalıdır.

4. Uygulamadaki durum.

dilekçesinin reddine ilişkin müteferrik kararı yerindedir. Aynı yasanın 315/2. maddesi uyarınca temyiz dilekçesinin reddine ilişkin kararın onanmasına karar verilmelidir. CGK. 28.3.1988 (E. 1988/36, K. 1988/133): Yasal süresi geçtikten sonra verilen temyiz dilekçesi reddedilir.

⁴²³³ Mülga Kanun bu karara "temyiz dilekçesinin reddi kararı" adını vermekte idi (CMUK 315).

⁴²³⁴ Kanunda sadece temyiz eden tarafa tebliğden bahsolunuyorsa da bütün ilgililere tebliğ olunmak lâzım geleceği şüphesizdir (*Kantar*, 382).

⁴²³⁵ *Kantar*, 383. Göndermeyip tasdik etmesi (5. CD 9/7/74 YKD 75/6, 124), tarafların görüşü alınmadığından yanlıştır ve Yargıtayın isabetli karar vermesini de engeller. Hele temyiz edilemeyen kararı tasdik etmek (9. CD 25/2/75 YKD 75/10, 105), temyiz edilemeyen temyiz edildiğini gösterdiği için de yersizdir.

⁴²³⁶ CGK 14/12/42, 286/287.

Tatbikatta çok defa temyiz lâyhaları karşı tarafa tebliğ edilmemekte ve karşı taraf, ileri sürülen temyiz sebepleri hakkında cevaplarını vermek imkânından mahrum edilmektedir. Bu hal sanığın müdafaa hakkını kullanamamasına sebep olduğu kadar, katılanın haklarını korumalarına engel olmaktadır. Diğer taraftan bu uygulama, hükümlerin kolektif olarak verilmesi, hâkimlerin kararlarına tarafların mütalâaları ile iştirak etmeleri yani kolektiflik esasına, bir kelime ile Muhakeme Hukukunun temeline aykırıdır. Tarafların tutacağı ışıktan mahrum kalan Yargıtay hâkimlerinin işi de güçleşmekte ve isabetsiz kararlar verilmesi mümkün olmaktadır. Yargıtay, esasa girmeden önce, buna bakmalı, karşı tarafa tebliğ edilmemişse, dosyayı derhal geri göndermelidir.⁴²³⁷

III. Dosyanın savcılığa verilmesi.

Cevap lâyihası verildikten veya süre geçtikten sonra, mahkeme dosyayı bölge adliye mahkemesi başsavcılığına verir. Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı da Yargıtayın ilgili dairesine verilmek üzere onu Başsavcılığa gönderir (CMK 297/2).⁴²³⁸

537. YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞINCA DÜZENLENEN TEBLİĞNAME.

I. Tebliğname.

1. Tebliğnamenin hukuki niteliği.

Temyiz olunan karar, hallettiği hukukî meseleler bakımından, bu meseleler hakkında yeniden karar verecek olan Yargıtay'ın hâkimleri nazarında bir mütalâa niteliğindedir (No. 23). Yargıtay, bu mütalâyayı isabetli veya isabetsiz bulacaktır. Ancak Yargıtay'ın kararının da isabetli olması için, mümkün olduğu kadar fazla kimselerin mütalâasını almakta fayda vardır. Temyiz lâyihası ve ona verilen cevap, mahkemenin mütalâası hakkında mütalâalardır. Fakat maddî hakikatın arandığı ceza muhakemesinde, Yargıtay'ın mümkün olduğu kadar isabetli bir karar vermesi için, kanun koyucu, şekli hakikatın arandığı medenî muhakemeden farklı olarak, bu mütalâalar ile yetinmemiş, Başsavcılığın da *tebliğname* düzenleyerek (CMK 297/3) mütalâa bildirmesini istemiştir.⁴²³⁹ Dosyanın doğruca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesinin başlıca sebebi budur.⁴²⁴⁰

2. Tebliğnamenin kapsamı.

Tebliğnamede, özel dairenin ne şekilde karar vermesi gerektiği hakkında mütalâa beyan olunacaktır. Her mütalâa niteliğindeki hüküm gibi, tebliğnamenin de *gerekçeli* olması gerekir.

Yargıtayın ileri sürülmeyen hukuka aykırılıkları bozma nedeni yapamamasına (CMK 302/2) rağmen, Başsavcılığın ileri sürülen sebepler ile bağlı olmaksızın, temyiz olunan kararda başka temyiz sebebi görüp görmediğini, görüyorsa bunların neler olduğunu bildirmesi gerekir. Birden fazla hukuka aykırılık belirlenirse, hepsinin bir bir gösterilmesi lâzımdır.⁴²⁴¹ Zira, hüküm temyiz dilekçesinde gösterilen

⁴²³⁷ Kunter: Semp. II, 86. Hattâ bu yetki başsavcılığa da tanınmalıdır.

⁴²³⁸ Almanya'da savcı dosyayı Yargıtaya bir raporla yollamakta ve bu raporda Yargıtayın dosyayı incelemesini çok kolaylaştıran bilgileri liste halinde sunmaktadır (*Yenisey*, II, n. 680). Bizde de benzer bir yol tutulması çok yararlı olacaktır.

⁴²³⁹ Kanun, başsavcılığın duruşmasız temyiz yargılamalarında mütalâa vermek mecburiyetini açıkça göstermiş değildir. Ancak 332 ve 343. maddelerde Başsavcılığın iddiasından ve tebliğnameden bahs olunmaktadır.

⁴²⁴⁰ Almanya'da Başsavcılık, savcılıkların açtığı temyiz dâvalarından uygun görmediklerini veya başarılı sonuç alınmayacağı görüşünde olduklarını geri alabilmekte veya gerialınması için savcılıklara talimat verebilmektedir (RiStBV 168). Böyle bir normun, Yargıtayın işini azaltma bakımından yararlı olacağına iniyor ve savcılıklarla başsavcılık arasında böyle bir denetleme ilişkisi bizde kabul edilmemiş olmasına rağmen, savcılık kuruluşları ve savcılarının statüsüne aykırı düşmeyeceğini düşünüyoruz.

⁴²⁴¹ CGK 24/12/62 *Çağlayan*, III, 402) Meselâ yalnız madde itibarıyla yetkisizlik hakkındaki temyiz sebebi ile yetinilemez (CGK 25/2/46 83-96). Bazan başsavcılık kararın temyiz edilemeyeceği mütalâasında olduğu için esas hakkında mütalâa serdetmemektedir. Bu takdirde, Yargıtay evrakı bazan geri çevirerek esas hakkında mütalâa istemekte (5. CD 15/5/81 İKİD 82 851), Başsavcılık yine mütalâa vermezse, Başsavcılığın zorlayamayacağından, esas hakkında Başsavcılığın mütalâası olmadan, yargılama yapmakta ve karar vermektedir (2. CD 5/6/42, esas 3124; CGK 3/5/43: 53-53). Geriçevirmeden karar verildiği de vardır (CGK 24/12/62, *Çağlayan* "66" III- 402). Tatbikatta, temyiz dâvasının esas mahkemece reddi kararına itiraz kabul edilip derhal, yani hem karşı tarafın lâyhaya cevap vermesi imkânı sağlanmadan, hem Başsavcılıktan mütalâa istenmeden esas hakkında karar verildiği de olmuştur (CGK 1/2/43, 10/13). Bu takdirde hem dairenin hatalı kararının karar düzeltmesi yolu ile

hukuka aykırılıklar nedeniyle bozulursa, dilekçede açıklanmış olmasa bile saptanan bütün diğer hukuka aykılık hallerinin de ilamda gösterilmesi gerekmektedir (CMK 302/3).

II. Tebliğnamenin Yargıtay özel dairesince ilgililere tebliği.

1. Hükmü temyiz edene tebliğ.

Başsavcılık mütalâasını *tebliğnamesinde* bildirir ve dosyayı, tebliğnamesi ile birlikte, görev itibarıyla yetkili (No. 218) olan daireye verir. Tebliğname hükmü temyiz eden tarafa tebliğ edilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu bildirim yapılıp yapılmamasını ihlal nedeni olarak kabul etmektedir.⁴²⁴² Mülga Kanun bu yönde değiştirilmişti (CMUK “2003-4929” 316/3),⁴²⁴³ oradaki düzenleme Ceza Muhakemesi Kanununa yansıtılmıştır.

2. Aleyhine sonuç doğurabilecek olanlara tebliğ.

Temyiz eden taraf olmasa da, tebliğnamede aleyhine sonuç doğurabilecek görüş varsa, tebliğname sanık veya müdafii ile katılan veya vekillerinin dava dosyasından belirlenen son adreslerine tebliğ olunur (CMK 297/3, 4). Duruşma yapılmıyan hallerde Başsavcılık tebliğnamesinin, bilmediği ve cevaplandırması gereken aleyhte yeni sebepler ileri sürülmüşse, sanığa bildirilmesi yerindedir.

İlgili taraf tebliğden itibaren iki hafta içinde yazılı olarak cevap verebilir (CMK 297/3).

538. YARGITAY’IN ÖN KARARLARI.

Mahkemenin verdiği hükümde hukuka aykırılık olduğu, bozulması gerektiği iddiası üzerine çıkan uyuşmazlığı çözecek makam olan Yargıtay, bu uyuşmazlığı doğrudan doğruya veya dolayısı ile çözüp sona erdiren *hükmünden* başka, *ön karar* diyeceğimiz kararlar da verir. Bunları, mahkeme hükmünün kesinleşmesine yol açıp açmamalarına göre ikiye ayıracağız: 1) Temyiz dâvasının kabul edilebilirliği konusunda karar, 2) Dosyanın geri gönderilmesi kararı.

I. Temyiz dâvasının kabul edilebilirliği konusunda inceleme.

Yargıtay, önce dâvanın kabulü, yani esasa girmeğe yer olup olmadığı konusunda bir karar vererek, bir eleme yapar (CMK 298). Böylece, kabul edilmeyecek dâvaların esası üzerinde boşu boşuna durmamış, zamandan ve enerjiden tasarruf etmiş olur.⁴²⁴⁴ Kabul konusundaki karar olumlu veya

düzeltilmesi imkânı çok daraltılmakta, hem de daire, kendisini aydınlatabilecek mütalâalardan mahrum kaldığından hatâ ihtimali artmaktadır.

⁴²⁴² Sanığa savunma imkânı verilmeden, başsavcılığın onun aleyhinde olarak karar üzerinde etkili olabilmesi, eşitlik esasına ve dolayısı ile hakkaniyete aykırıdır (AİHK: Derleme No. 118, 119). Her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Delcourt* dâvasında Belçika Başsavcısının oy hakkı olmamakla beraber, müzakereye katılmasının garip görülebileceğini kabul etmekle beraber, “hakkaniyete uygun şekilde yargılanma hakkı”na (İHAS 6, 1) aykırı bulmamışsa da (17/1/70 Derleme No. 122), bunun sebebi başsavcılığın Yargıtayın bağımsız danışmanı olması, kendiliğinden temyiz edememesi, taraf olan savcının etkileyememesi, sanığın temyiz isteklerine uyulmamasını istemesinin onun hasmı olduğu mânâsına gelmemesi, sanığın durumunu kötüleştirecek şartlar altında dâvayı yürütememesidir. Bizdeki durum farklı olduğundan, eşitlik ilkesini zedeler (k-m: *Donay*, s. 55). Gerçekten Yargıtay tarafların temyiz sebepleri ve dolayısı ile noktaları ile bağlı olmadığından, başsavcılık da bağlı değildir ve aleyhte temyiz sebeplerini kendiliğinden bulup çıkarabilmekte ve aleyhte temyiz edilmişse sanığın durumunu kötüleştirebilmektedir. Yapılacak şudur: Ya başsavcılık sadece tarafların temyiz ettiği noktalar hakkında mütalâa bildirmeli, yahut yeni ve aleyhte aykırı noktalar ileri sürmüşse ve bunlar aleyhte tesir edebilecekse sanığa cevap imkânı sağlanmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Başsavcılığın görüşünün taraflara bildirilmesini uygun görmektedir. Bkz. *Güç/Türkiye* kararı.

⁴²⁴³ Önce bütün tebliğnamelerin tebliğ edilmesi yönünde düzenleme yapılmışken (CMUK “2003-4778” 316/son) daha sonra sınırlama getirildi: hükmü temyiz eden veya aleyhinde sonuç doğurabilecek görüş içermesi halinde, sanık ve müdafii ile müdahil, aksi davacı veya vekillerine dairesince tebliğ etme kabul edildi (CMUK “2003-4829” 316/3).

⁴²⁴⁴ Bu eleme, rasyonel çalışmanın temeli olup işlerin çoğalmasının doğurduğu ihtiyaca cevap verir. Diğer yargılama makamları da esasa girmeden önce kabul meselesini çözerler. Savcı da hazırlık soruşturması yapmadan önce hazırlık soruşturması yapmağa yer olup olmadığını araştırır. Bu araştırma ve dolayısı ile eleme, rasyonel çalışmanın gereğidir ve muhakeme hukukunun diğer dallarında da yapılmaması için hiçbir haklı sebep yoktur. İçtihat Birleştirme Büyük Kurulu 1/2/84 de verdiği kararında (YKD 84/5 677), Medenî Muhakeme Kanununun 432/4 numaralı maddesindeki değişiklik ile “süre ve temyiz kabiliyeti bakımından ret yetkisi mahkemeye verilmiştir” diyerek, mahkemece karar verilmeden gönderilen işlerde Yargıtayın ret kararı veremeyip dosyayı mahkemeye iadesi gerektiğini kabul etmiş ve Ceza Muhakemesi Kanununun yol gösteren örneğini ise “Ceza Hukuku ile Özel Hukuk arasında hukuk felsefesi açısından fark var” diyerek nazara almamıştır. Yargıtay, ceza hukuku ile özel hukuk arasında değil, “ceza muhakemesi hukuku” ile “medenî muhakeme hukuku” arasında,

olumsuz olabilir. Kabul etme kararı zımnî de olabilir. Fakat açıkça verilmesi iyi olur. Temyiz dâvasını kabul etmeme, bir diğer söyleyişle, kabule şayan görmeme kararı⁴²⁴⁵ şu hallerde⁴²⁴⁶ verilir:

1. *Süre açısından inceleme.*

Temyiz şartlarından *süre*⁴²⁴⁷ veya *istek* (No. 533/II) koşulu gerçekleşmemiş veya gerialınmışsa temyiz istemi reddedilir (CMK 298).⁴²⁴⁸

2. *Hükümün temyiz edilebilir olup olmadığı açısından inceleme.*

Hüküm temyiz edilebilir değilse temyiz istemi reddedilir (CMK 298) (No. 531).

3. *Temyiz edenin hakkı açısından inceleme.*

Temyiz edenin temyiz hakkı yoksa (No. 513) temyiz istemi reddedilir (CMK 298).

Bu konuda özellikle katılanın durumu önemlidir (No. 119). Yargıtay, temyiz yetkisi açısından, katılmanın kabulü veya reddi hakkında verilmiş olan kararları da denetler.⁴²⁴⁹

4. *Temyiz sebeplerinin varlığı açısından inceleme.*

Temyiz sebebinin muhakeme hukukan aykırılık veya maddi ceza hukukuna aykırılık olması arasında Türk Kanunu bir ayırım gözetmemiştir. Tüm temyiz sebeplerinin açıkça bildirilmemesi, *temyiz isteminin*

“Yargıtayın ön eleme yapıp reddedebilmesi bakımından” bir fark var mı diye araştırmalıydı. Medenî muhakeme hukukunun da muhakeme hukukunun dalı olduğu, muhakeme hukukunun ise kamu hukuku içinde yer aldığı gözden kaçırılmasa ve 1983 de kabul olunan Yargıtay Kanunu (YK 40/4) âdetâ hiçe sayılmasaydı, sözü geçen 432. maddede dâvaları çabuklaştırmak için yapılan değişiklik dâvaları uzatacak biçimde uygulanmazdı. Medenî Muhakeme Kanununun 169. maddesine göre Yargıtayca yapılacak eski hale getirme incelemesinin, temyiz şartları gibi yapılacağı ve onlar gibi incelenip karara bağlanacağı yolundaki 170. maddesini yorumlayan Hukuk Genelkurulu, bu sefer, İçtihat Birleştirme Kararına rağmen, olayın özelliği nedeniyle eski hale getirme isteğinin genelkurulca incelenmesini kabul etmiş ve önce bu isteği, sonra da ona bağlı olan temyiz isteğini, eski hale getirme isteği reddolunduğu gerekçesiyle, reddetmiştir (HG: 28/6/85 ve 5/7/85 YKD 86/8 1093). 432. maddenin 4. fıkrasının işleri çabuklaştırmak amacı ile yapılmış olan değişikliğinin işleri daha da uzatacak biçimde uygulanmasına söyliyecek söz bulamıyoruz

⁴²⁴⁵ Bu karara mülga kanun “temyiz isteğinin reddi kararı” demekte idi (CMUK 317). İstek dâva mânâsına geldiğinden, esastan da ret kararı verildiğinden, ayırmak üzere “davanın kabul edilmemesi kararı” denilmelidir. Uygulamada “temyiz dilekçesinin reddi” (CGK 25/12/72 İKİD 73, 1839), “yerine gönderilmek üzere dosyanın savcılığa geri verilmesi” (CGK 7/1/46 10/10), “tetkikat ifasına mahal olmadığı” (4. CD 12/1/46 204/376) denildiği vardır.

⁴²⁴⁶ Almanya’da 1922 de yapılan değişiklik ile, temyiz dâvasının açıkça asılsız (offensichtlich unbegründet) olduğu oybirliği ile görülürse, temyiz dâvasının reddi ve dolayısı ile duruşmanın yapılmaması kabul edilmişti. 1965 reformunda bu kabul etmeme sebebi, savcılığın da aynı görüşte olduğunu gerekçeli bir şekilde belirtmesi şartına bağlandı (§ 349) (*Barosio*, 268-271).

⁴²⁴⁷ Mülga CMUK 317. maddede “temyiz dilekçesinin süresinde verilmediği”nden söz edilmekteydi. 1985 de buna “temyiz beyanının yapılmadığı” da ilâve edilmiştir. Kısaca “temyiz isteği”nden, daha doğrusu “temyiz dâvası”ndan söz edilebilirdi. Depo parası şartı kalkınca, sadece süre şartı kaldığı da sanılmamalıdır. İstek şartının da arandığı biçimde gerçekleşmiş olması elbet aranacaktır.

⁴²⁴⁸ CGK 7/1/46 10/10. Tabii bu durum, istek olmadan da varsayılan istisnaî hallerde söz konusu değildir. Savcı temyiz dâvasını gerialdığıında, sanığın lehine temyiz etmiş idiyse onun muvafakatı arandığından (CMK 295/1), 1985 değişikliğinde savcılara temyiz dilekçelerinde lehte mi aleyhte mi temyiz ettiklerini açıklama mecburiyeti getirilmiştir (CMK 314/1).

⁴²⁴⁹ Yargıtay, denetlemesi sonunda, katılmanın reddi kararını kanuna aykırı bulursa temyiz dâvasını kabule şayan görerek esasa geçmektedir (1. CD 6/7/35 *Perinçek/Tüzün*, 1954, 366; 4. CD 6/12/63 İKİD 64, 2690; CGK 1/10/73 RKD 74, 14 k-m: 4. CD 5/2/63 *Çağlayan* “66 III, 435). Buna karşılık, ret kararı doğru (9. CD 4/11/77 YKD 78, 143; 2. CD 17/5/79 YKD 79, 1066) veya kabul kararı yanlış (4. CD 25/2/76 İKİD 76, 4799; 9. CD 24/9/80 YKD 81, 256; 4. CD 28/1/83 YKD 83/5 770; 9. CD 14/1/86 YKD 87/3 479) ise, temyiz yetkisi yok diye katılanın temyiz dilekçesi reddolunmaktadır. 8. CD. 15.6.1996 (E. 1996/5429, K. 1996/6949): İcra ceza suçlarında şikâyet hakkının düşürülmesi kararını temyiz etmek müştekinin şahsi hakları kapsamında bulunduğu cumhuriyet savcısının hükmü temyize yetkisi yoktur. 9. CD. 10.6.1996 (E. 1995/8537, K. 1996/3481): Orman idaresinin mülga TCK’nun 526. maddesine muhalefet sebebi ile açılan kamu davasına katılma olanağı bulunmadığından temyiz isteminin reddine karar verilmelidir. 8. CD. 8.4.1996 (E. 1996/3842, K. 1996/5083): 6136 sK. ya aykırılık ve sarhoşluktan sanık hakkında hükmedilen cezanın tür ve tutarına göre, sarhoşluk suçundan kurulan hükmün temyiz kabiliyeti bulunmadığından temyiz talebinin reddine karar verildi. 8. CD. 5.2.1996 (E. 1995/511, K. 1996/1484): Sanık Rıfat hakkında etkili eylem suçundan dolayı verilen para cezasının miktarına göre CMUK 305 gereğince temyizi mümkün olmadığından temyiz talebinin reddine, sanık Hayrullah hakkındaki hükmü ait temyiz bakımından ise temel para cezası olarak hükmedilen miktara ne suretle ulaşıldığının denetimi sağlayacak şekilde gösterilmesi gerekir.

reddi sebebi olarak CMK ya eklenmiştir (CMK 298). Oysa Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda maddi ceza hukukuna aykırılık iddialarında temyiz sebebi göstermek mecburiyeti yoktur (No. 528/V).

Temyiz yargılamasının istekle bağlı olarak şekillendirildiğini açıkça gösteren bu hüküm önemlidir. Bundan sonra nokta ve sebep gösterilmeyen temyiz istemleri Yargıtayı meşgul etmeyecektir.

Görülüyor ki, ilk derece mahkemesi olan bölge adliye mahkemesinin denetlemesine ve ancak kabule şayan gördüklerini Yargıtaya yollamasına rağmen, Yargıtay ikinci bir denetleme yapmaktadır. Çünkü bu, asıl kendi işidir. Yargıtay ilk derece mahkemesinin elemesinden faydalanmakta, ancak onun kabulü ile kendisini bağlamamaktadır.⁴²⁵⁰

5. Ön incelemenin önemi.

Temyiz dâvasının kabul edilmemesi kararı, yani “temyiz isteminin reddi kararı” ile bölge adliye mahkemesinin hükmü kesinleşir, yani “yargı” olur.

Kabul etmeme sebeplerini Yargıtayın görmeyip dâvayı kabul etmesi, müeyyidenin *kabul edilmezlik* olup olmamasına göre farklı sonuç doğurur. Meselâ, kaldırılmış olan depo şartı bakımından müeyyide kabul edilmezlik sayılırsa, bu şartın gerçekleşmediği kabulden sonra anlaşılrsa, temyiz yargılaması yapılabilirdi.

II. Dosyanın geri gönderilmesi kararı.

Şu hallerde dosya incelenmeden geri gönderilir: Mahkeme temyiz dâvası bakımından gerekli bir işlemi yapmamışsa. Meselâ gerekçeli kararı tebliğ etmemiş⁴²⁵¹ veya temyiz dilekçesine cevap verme imkânını karşı tarafa sağlamamışsa.

Diğer bir hal, Yargıtaydaki muhakemeyi de durdurması kabul edilebilecek bir durma sebebi ortaya çıkmışsa; bu sebeplerden biri, sanığın sonradan milletvekili seçilmesidir⁴²⁵², bir diğeri de failin kaçırıldığı kızla evlenmesi idi.⁴²⁵³ Karar temyiz edilebilir olmakla beraber henüz hüküm verilmemiş veya verilmiş olsa da temyiz edilmemiş ise, dosyanın incelenmeden geri gönderilmesi gerekir (CMUK 306).⁴²⁵⁴

⁴²⁵⁰ Bu demektir ki mahkemenin temyiz edilebilirlik ve süre şartlarını denetlememesi halinde dosya geri gönderilmeyecektir. Medenî muhakemede uygulama ters yöndedir. Gerçekten 1/2/84 tarihli İçBK (YKD 84/5 677) 432. maddenin 1981-2494 numaralı kanunla değişik metninin yorumu yer vermiyecek kadar açık olduğu ve önce Yargıtaya verilmiş olan bu görevi mahkemeye verdiği, mahkemelerin görevi kamu düzeni ile ilgili olduğundan kıyas ve yorum ile genişletilemeyeceği, 432. maddenin temyiz yolunda yeni bir sistem getirdiği, görevin Yargıtayca da yapılabilmesinin kabulü halinde hâkim veya başkanın vereceği süre içinde eksik yatırılan harcın tamamlanamaması durumunda temyizden vazgeçilmiş saymağı öngören 434. maddenin dayanaksız kalacağı, ceza muhakemesinde açık bir hüküm ile Yargıtaya da görev verilmiş olduğu, buna karşılık aradaki “hukuk felsefesi yönünden bağdaştırılmaz kesin ayrımlar” yüzünden hukuk muhakemesinde farklı sistem getirildiği gerekçeleri ile, Yargıtayın ön inceleme yapamayacağını ve dosyayı geri göndermesi gerektiğini kabul etmiştir. Biz ceza ve hukuk muhakemeleri arasında temyiz süresi ve temyiz edilebilirlik şartlarının denetimi açısından fark bulunmasını haklı gösterecek bir sebep göremediğimizden ve hatalı veya artık ihtiyaca cevap veremez hale gelen kanunların bile yorumla düzeltilebileceğinde ve ihtiyaca cevap verir hale getirilebileceğinde tereddüt etmediğimizden kararda gerekçe olarak belirtilmemiş olmasına rağmen, mahkemelerin bu denetleme görevini ihmal etmelerini önlemek ve maddeye işlerlik kazandırmak ihtiyacının, ceza muhakemesinde bunca yıllık uygulamada duyulduğuna rastlamadığımız ve durumun hukukta farklı olması için bir neden görmediğimizden bu karara katılmıyoruz.

⁴²⁵¹ CGK 3/5/63 *Çağlayan* “66” III, 147; 1. CD 25/4/50 *Çağlayan* “66” III, 143; 4. CD 7/2/75 İKİD 75, 3334.

⁴²⁵² Sanığın sonradan milletvekili seçilmesinde, sırf bu sebeplerle bozma kararı verildiği vardır (1. CD 23/2/66 *Çağlayan* “66” II, 356). Bozmadan geri gönderme mümkün olmadığı düşüncesiyle böyle bir hareket edildiğini tahmin ediyoruz. Bizce, mümkün olmaması için sebep yoktur. Yargıtay bu durumda muhakemenin durması kararı vermeli, fakat durma sebebi kalkıncaya kadar dosyayı bekletmesi pratik olamayacağından, gereği yapılmak üzere geri göndermelidir. Dâvanın reddi kararı verildiği de vardır (4. CD 7/3/67 RKD 67, 89). Dâvanın reddi halinde sonkarar kesinleşeceğinden, burada bu adın verilmesi, hele “Yargıtay incelemesinin muhakeme olmadığı” gerekçesine dayanılması isabetli değildir.

⁴²⁵³ Mahkeme dosyayı Yargıtaya yollamadan muhakemenin durması kararı vermişse, bu karar Yargıtaydaki muhakemeyi de durduracağından, dosya geri gönderilmelidir. Netekim 5. CD 31/3/86 tarihli kararında, durma kararına karşı kanun yoluna gidilmesi durumunda, “önceki hükümlerle ilgili temyiz incelemesi yapılamaz” demiştir (İKİD 87/9/ 5127). Durma sebebi mahkemenin elinden çıktıktan sonra gerçekleşirse Yargıtay da bu sebebi sonkararını verecek duruma geldikten sonra öğrenmişse, geri gönderme yerine lehte ise sonkararını verecektir.

⁴²⁵⁴ 8. CD 7/11/79 YKD 80, 319.

Görülüyor ki, Yargıtayın esasa girmesine engel varsa gereği yapılmak üzere dosya geriye gönderilmelidir. Bu sebeple bu önkarar üzerine mahkemenin hükmü ne ortadan kalkar ne de kesinleşir; “temyiz edilmiş hüküm” durumunu sürdürür.

539. TEMYİZ MUHAKEMESİNDE YARGILAMANIN YAPILMASI.

Temyiz muhakemesinde yargılama makamı olarak Yargıtay, yani kaide olarak yetkili daire ve istisna olarak Ceza Genelkurulu dâvayı kabul ettikten sonra yargılama yani uyuşmazlığı çözmeye görevini kaide olarak dosya üzerinde yapar. Duruşmalı yargılama bizde istisnayı teşkil eder. Başka memleketlerde ceza işlerinde temyiz yargılaması, hattâ talepsiz, duruşmalı yapılmaktadır.⁴²⁵⁵

I. Duruşmalı inceleme (mürafa).

1. Yargıtay duruşmayı uygun görürse yapar.

Yargıtay⁴²⁵⁶, on yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümler hakkındaki temyiz incelemesini, *uygun görmesi halinde* duruşma açarak yapar (CMK 299/1). 2017 yılında yapılan değişikliğe kadar, sanık veya katılan isterse, duruşma yapılması mecburi idi. *Uygun görme* değişikliği üzerine 2024 yılı itibarıyla Yargıtay'da artık hiç duruşma yapılmadığı bildirilmektedir.

2. Kuraldaki gelişim çizgisi.

Mülga kanunda ağır cezalı⁴²⁵⁷ hükümlerde de duruşma açılması mecburi idi (CUMK 318). 2017 yılında 696 sayılı KHK ile yapılan değişiklik 2018-7079 sayılı Kanun ile aynen kabul edilmeden önceki düzenlemeye göre ise, duruşmalı inceleme sanığın⁴²⁵⁸ veya katılanın temyiz başvurusundaki istemi⁴²⁵⁹ üzerine veya Yargıtay'ın kendiliğinden vereceği karar üzerine yapılıyordu. Sanığın duruşma isteği üzerine duruşma yapılması mecburi idi⁴²⁶⁰, zira kanunda *yapar* denilmişti (No. 184). 2017 değişikliği ile emir kipi kaldırıldı ve *yapabilir* denerek taktire bırakıldı. Her ne kadar kanun duruşma isteminin temyiz başvurusunda yapılması halinde mecburiyetten bahsetmiş ise de 2024 yılında kaldırılan temyiz gerekçesini içeren ek dilekçede (mülga CMK 295/1) ileri sürülen duruşma isteğinin aynı sonucu doğurabilirdi. Bazı sanıklar bakımından duruşma yapılamıyacaksa, tatbikatta birleştirme kabul edilmemekte, bir kısmı hakkında duruşmalı, bir kısmı hakkında duruşmasız yargılama yapılmaktadır.⁴²⁶¹

3. Yargıtay'daki duruşmanın faydası.

⁴²⁵⁵ 1965 Alman reformunda, sanık lehine olan temyiz dâvasının esaslı olduğu, yani temyiz sebeplerinin varit olduğu oybirliği ile görülürse, duruşma yapılmadan bozma kararı verilmesi kabul edilmiştir (§ 349/4) (*Barosio*, 272). Bunun gibi, savcılığın gerekçe gösterilmesi mecburi bir talebi üzerine de temyiz dâvası açıkça temelsiz görülürse, duruşma yapılmadan ret kararı verilebilmektedir (§ 349/2). 1975 öntasarısında temelsizliğin açıkça olması dahi aranmamaktadır (*Riess*, 677). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Pakelli* dâvasında verdiği 23/3/83 tarihli karardan öğrendiğimize göre Almanya'da ceza işlerinde duruşma oranı % 10 dur.

⁴²⁵⁶ Kanunda Yargıtay dendiğine göre, temyiz muhakemesinde yargılama makamı Ceza Genel Kurulu da olsa duruşma bahis konusudur. Ceza Genelkurulu sadece itiraz yargılama makamı olduğu zaman duruşma yapılamayacaktır.

⁴²⁵⁷ Mülga CMUK 318, *ağır cezaya müteallik hükümler* kriterini kullanmıştı. “Ağır cezaya müteallik hükümler” tabirinin yorumlanmasında hükmolunan cezaya bakılmakta, meselâ ağırcezalık bir suçta ağırceza mahkemesi 5 seneden az hapis cezası vermişse, duruşma kabiliyeti olmadığı kabul edilmektedir (*Kantar*, 386; 1. CD 22/2/72 RK D 772-28; 16/1/51, 156/75; 3. CD 19/7/67, 17897-24850; 4. CD 7/7/64, AdD 65, 263). Uygulanan maddedeki cezanın yukarı haddine bakıldığı, artırma sebeplerinin nazara alınmadığı da vardır (1. CD 11/7/59, Çağlayan “66” III, 166). Biz duruşmanın mümkün olduğu kadar fazla yapılmasını sağlamak için, bu tâbiri “ağırceza mahkemesinin verdiği hüküm” mânâsına almağa (CGK 10/11/69 *Alicanoğlu*, 569) taraftarız.

⁴²⁵⁸ Sanıktan gayri kimselerin duruşma isteği üzerine duruşma yapma mecburi değildir. Fakat Yargıtay kendiliğinden duruşma yapmağa karar verebileceğine göre bu kimselerin isteği, Yargıtayın kendiliğinden karar vermesini istemek mânâsına gelir. Böyle bir müracaat halinde (senin yetkin yok) denecek yerde (1. CD 9/2/54, Çağlayan “66” III, 166; 4/5/66 RKD 68, 39), 5. CD 10/7/80 *Çağlayan* “81” III, 179), duruşma yapmağa neden lüzum görülmediği belirtilmelidir.

⁴²⁵⁹ Duruşma isteğinin dilekçe metninde yazılmadan başlıkta “duruşma isteminin ihtiva eder” gibi bir formülle belirtilmesi, süreden sonra veya bir başkası tarafından eklendiği şüphesini uyandıracak bir durum olmadıkça kabul edilmektedir (CGK 20/2/78 *Çağlayan* “81” III, 180).

⁴²⁶⁰ CGK 2/2/53 *Alicanoğlu* 571; k-m: *Taner*, 386.

⁴²⁶¹ 1. CD 2/4/48, 620/3131; 24/5/41, 154/1689.

Muhakeme görevi bakımından duruşmanın faydası açıktır. Esas muhakemedeki taraflar, hukukî mesele hakkındaki görüşlerini sözle daha iyi anlatacaklarından hâkimler daha iyi aydınlanmış olurlar. Diğer taraftan duruşma taraflar için de teminattır. Zira duruşma sayesinde lâyihaların hiç veya dikkatli okunmadığı yolundaki şüpheler ortadan kalkar. Cevap vermek imkânı bulunur ve son söz sanığın olur. Duruşmanın açıklığı da ayrı bir teminattır. Bunun içindir ki mehzaz kanun gibi İstanbul Komisyonu tasarısı da her temyiz muhakemesinin duruşmalı olmasını kabul etmişti.⁴²⁶² Bakanlık tasarısı değiştirilerek Meclise sevketmiş⁴²⁶³ ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu da, bugünkü CMK daki şekli de yansıtır biçimde kabul edilmiştir. Duruşma gününden sanığa, katılana, müdafii⁴²⁶⁴ ve vekile haber verilir (CMK 299). Katılan ve vekiline haber verilmesi, CMK ile kabul edilmiştir, CMUK'ta yoktu.

4. Yargıtay'daki duruşmanın akışı.

Duruşma saatinde hâkimler kurulu toplanır. Zabıt kâtibi ile Başsavcılık makamını temsil eden birinin hazır bulunması şarttır. Sanık, duruşmada hazır bulunabileceği gibi, kendisini bir müdafii ile de temsil⁴²⁶⁵ ettirebilir. Sanık ve müdafii hazır bulunmayabilir. Bunlar için hazır bulunmak bir yetki olup bir ödev değildir. Sanık tutuk ise, hazır bulunma yetkisine de sahip değildir. Sanık ve müdafii gelmemişse, duruşma isteğinden vazgeçtikleri açıkça anlaşılmadıkça, yargılama yine duruşmalı olarak yapılmalıdır. Zira duruşma sanık bakımından bir teminattır. 2005 öncesinde katılanın temyiz muhakemesindeki duruşmaya kabul edilmemesi⁴²⁶⁶ duruşma esasına aykırı idi. Mülga CMUK da katılıandan söz edilmemesi, katılınsız muhakemenin gözönünde tutulmasından idi. CMK bu durumu düzeltti ve katılan ile vekilinin de temyiz duruşmasında hazır bulunmasını kabul etti (CMK 299/1). Duruşma üzerine derhal karar vermek, duruşma kabulünün zarurî ve mantikî bir sonucu olduğuna, katılanın mütalâası bilinmeden ve sanığa cevap hakkı tanımadan karar verilemeyeceğine göre, kanaatimizce katılanın lâyihası da duruşmada okunmalıdır. Duruşmadan önce⁴²⁶⁷ raportör üye veya tetkik hâkimi, hazırladığı raporu üyelere açıklayarak, işi izah eder (CMK 300/1). Raportör üye veya tetkik hâkimi duruşmadan önce raporunu tanzim ve imza ederek dosyaya koymuştur. Üyeler, ayrıca *bizzat dosyayı incelerler*. Bu hususlar gerçekleşikten sonra duruşma açılır (CMK 300/1). Duruşmada Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya yerine görevlendirdiği Yargıtay Cumhuriyet Savcısı, sanık, müdafii, katılan ve vekili iddia ve savunmalarını açıklar (CMK 300/2). Temyiz dâvasını açmış olan taraf önce dinlenir. Son söz sanıktır. Bundan sonra duruşmanın bittiği bildirilerek kurul müzakereye çekilmeli, sonuç müzakere sonunda müdafii olmasa da savcı huzurunda⁴²⁶⁸ derhal tefhim edilmelidir.⁴²⁶⁹

II. Duruşmasız inceleme.

⁴²⁶² Tasarı m. 326 (Esbabı mucibe, 124).

⁴²⁶³ *Kantar*, 385.

⁴²⁶⁴ Mülga Kanun müdafie, “istemişse” haber verdiriyordu.

⁴²⁶⁵ Bu hal, müdafiiin sanığı “temsil” ettiği ender hallerden biridir. Müdafiiin diğer durumlarda “temsilci” olmadığı hatırlanmalıdır.

⁴²⁶⁶ 1. CD 27/4/51, 776/884.

⁴²⁶⁷ Mülga CMUK'a göre, rapor *duruşma başladıktan sonra*, ilk iş olarak okunuyordu. CMK bu sistemi değiştirdi: raporun açıklanması ve dosyanın incelenmesi duruşma öncesine alındı. Önce duruşma yapılmasına karar verilmesi (5. CD 26/3/66, RKD 67, III/1, 55) tekrar olacağından isabetsizdir. Bu karar açıkça olmasa da önce verilmiştir. Davetlerin yapılması bunu göstermektedir.

⁴²⁶⁸ 1. CD 14/7/45, 909/1718; 3/4/49, 620/1131

⁴²⁶⁹ Kanunda temyiz kararlarının daima tefhim edileceği bildirilmekte ise de (CMUK 324) bu hüküm temyiz muhakemesinde daima duruşma yapılacağı hakkında tasarıda kabul olunan prensip icabı kabul olunmuştur. Duruşma maddesi değiştirilirken, tefhim maddesi gözden kaçmıştır. Derhal tefhim, kararının derhal verilmesini sağlar. Aksi takdirde karar verilmesi sonraya bırakılır ve böylece duruşma yapılmasının faydalarından birçoğu ve sanığa son söz verilmesinin mânâsı kaybolur. 324. madde 1985-3206 numaralı kanunla değiştirilmiş ve “mümkün olmadığı takdirde, duruşmanın bitiminden itibaren bir hafta içinde karar verilir” denilmiştir. Madde kararın verilmesini değil, tefhimini düzenlediğine ve gerekçede de tefhimin bir hafta içinde yapılabilmesi imkânından söz edildiğine göre, maddedeki “verilir” kelimesini “tefhim edilir” diye yorumlamaktan başka çare görülmüyor. 261. maddeden farklı bir tutumun bizce haklı bir yanı yoktur. Esaslara aykırı olan uygulama kanunlaştırılacağına, esaslara uygun hale getirilmeliydi. Bu imkân yine de vardır. Aynı gün yapılacak duruşmaların saatleri tesbit edilirken kararların verilmesi için geçecek zaman da gözönünde tutulmalıdır.

Temyiz muhakemesinde duruşma yapılmadığı zaman, dosyalar önceden üyeler ve yardımcıları⁴²⁷⁰ arasında bölüşülmekte ve her biri tetkik ettiği dosyayı kurulda izah etmekte, müzakere yapılarak sonunda karar verilmektedir.

İşlerin çokluğu yüzünden, dairelerde duruşmasız yargılamalarda, bir dosyanın müzakeresine hasredilebilen dakika sayısı pek azdı.⁴²⁷¹ İstinaf sonrasında işleri azalan Yargıtay'daki durumun 2024 itibarı ile değiştiğini umuyoruz.

Verilen kararlar, sabırsızlıkla bekliyen ilgililere tebliğ suretiyle bildirilmelidir. Tatbikatta maalesef tebliğ edilmemektedir.

540. TEMYİZ MUHAKEMESİNDE YARGILAMA KONUSU.

I. İstekle bağıllık.

Temyiz yargılaması, mahkemelerin hükümlerinde hukuka aykırılık olduğu iddiası üzerine açılan kanun yolu dâvası ile ortaya çıkan uyuşmazlığı çözmek için hâkimlerin yaptıkları faaliyet olduğuna göre her kanun yolu dâvasında olduğu gibi, hâkimlerin iddialı, yani ihtilâflı noktaları ele almaları kaideyi teşkil eder.

1. CMK'taki düzenleme.

Ceza Muhakemesi Kanunu, büyük bir reform yaparak, temyizde incelenecek hususları kısıtladı: “a) Yargıtay **yalnız** temyiz başvurusunda belirtilen hususlar ile, b) temyiz istemi usule ilişkin noksanlardan kaynaklanmışsa, temyiz başvurusunda bunu belirten **olaylar** hakkında inceleme yapar” (CMK 301). Böylece pozitif hukuk açısından istekli bağıllık sistemine dönüldüğü, fakat uygulamanın farklı olduğu görülmektedir.

2. Yürürlükte olan hukuk.

2024 yılı itibarıyla yürürlükte olan temyiz hukuku uyarınca, Yargıtay incelemesini, sadece temyiz isteminde yer verilen (CMK 294/1 ve 2, 298) ve gerekçesi de belirtilen (mülga CMK 295) *maddi hukuk kuralına aykırılık* ile *muhakeme hukuku kuralına aykırılık* noktaları (CMK 288) bakımından yapar. Temyiz dilekçesinde gösterilmesi zorunlu olan bu hukuka aykırılıklar hükmü etkileyecek nitelikte ise, Yargıtay hükmü bozar ve bozma sebeplerini ilamda ayrı ayrı gösterir (CMK 302/2, cü.2). Sadece bozma kararı verdiği hallerde, dilekçede yer almayan, fakat kendisinin saptadığı diğer hukuka aykırılık hallerini ancak o zaman dikkate alabilir ve ilamda gösterir (CMK 302/3).

3. Uygulanan hukuk.

Yasal düzenlemenin bu kadar açık olmasına rağmen, CMUK döneminden kalma istekle bağlı olmayan inceleme yapmaya ilişkin eski alışkanlıklar, Yargıtay'ı emredici hukuk kurallarını geniş yorumlamaya yönlendirmiştir. İçtihat, maddi ceza hukukuna ilişkin kuralların uygulanmadığı veya yanlış uygulandığına ilişkin *maddi ceza hukukuna ilişkin temyiz nedenleri* açısından nokta ve gerekçe aranmasından feragat etmiş bulunmaktadır (No. 534). Kanun değişmedikçe, bu içtihadı *hukuka uygun* kabul etmek, bizce mümkün değildir.

4. Mülga CMUK'taki düzenleme.

Mülga Kanunumuz, temyiz yolu muhakemesinde bu kaideden tamamen ayrılmıştı.⁴²⁷² Temyiz hukukunun en zor konularından olan *temyiz muhakemesinde yargılama* konusunu açıklayabilmek için,

⁴²⁷⁰ Bu yardımcıların adı “tetkik hâkimi”dir (YK 26). İşçokluğunun yarattığı bu sistem ancak üyenin roportörlüğünü kabul eden 319. maddeyi değiştirmiştir.

⁴²⁷¹ Üçüncü Ceza başkanlarından merhum *Zahir Sancar*, bunu dosya başına 4 dakika olarak hesapladığını, 1945 yılında bize bildirmişti. 1965 de dairelerde dosya başına ortalama 10,5, Üçüncü Cezada 3,5 dakika düşmekte idi (*Seçkin*, 161). Dairelerin çoğalmasına rağmen iş de çoğaldığından bugün de durumun pek farklı olmadığı muhakkaktır. Bu kadar kısa zaman içinde raporlar izahatını yapmakta, müzakere ve münakaşa cereyan etmekte, hâkime not verilmekte ve evrak tekrar dosyasına yerleştirilmektedir. Bu durum karşısında Yargıtaydan isabetsiz kararlar çıkmasına hayret edilmemelidir.

⁴²⁷² İlk istisna, bazı mahkûmiyet kararlarına karşı temyiz dâvası açılmasa da açılmış sayılarak muhakeme yapılması ile tanınmıştı. İkinci istisna istek üzerine temyiz muhakemesi yapılan hallerde dahi yargılamanın gösterilen noktalara inhisar etmemesinin kabul edilmesi ile ortaya çıkmıştır.

geriye gitmek ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun hazırlık aşamasına bakmak gerekir. Mülga CMUK 320. madde mehzadan ayrılırken bunu haklı göstermek üzere, Medenî Muhakeme Hukukunda da Yargıtayın iddia ile bağlı kalmadığı ileri sürülmüştü (Esbabı Mucibe 126). Komisyon müzakerelerinden, bu konuda halkın seviyesinin ve meselenin öneminin de ikinci sebep olarak gözönünde tutulduğu anlaşılmaktadır.⁴²⁷³ Mülga Medenî Muhakeme Kanunumuz genellikle⁴²⁷⁴ yanlış anlaşılmıştı.⁴²⁷⁵ Diğer taraftan, ileri sürülmiyen noktaları ele alma uygun da değildir. *Nasıl olsa Yargıtay tetkik ediyor, el değmişken, görülen başka hatalar da giderilsin* denilmemeli, Yargıtay'ın işleri çoğaldıkça, kararlarda isabet ihtimalinin azalacağı unutulmamalıdır. Kaldı ki *nasıl olsa dosya ele geçmişken her tarafını tetkik edelim*, düşüncesi, temyiz şartlarının gerçekleşmediğinin Yargıtayca farkına varılması halinde de temyiz yargılamasının yapılmasını gerektirebilecektir, çünkü nasıl olsa dosya Yargıtayın eline geçmiştir. Bu düşünce bu halde nasıl uygulanmıyorsa, sebepler bakımından da uygulanmamalıdır. Çünkü zararı, faydasından fazladır.⁴²⁷⁶ Yargıtay'ın istekle bağlı olmaması, ancak Yargıtaylarında Başsavcılık kuruluşu bulunmayan az gelişmiş ülkelerde (No. 107) haklı görülebilir.⁴²⁷⁷

II. Tamlik.

Temyiz yargılaması maddi ceza hukukuna aykırılık ile muhakeme hukukuna aykırılıktan olan *hukuku aykırılık* bakımından tam olmalı, fakat maddi olguları sadece muhakeme hukukuna aykırılık iddiası ileri sürüldü ise, o zaman incelemelidir (aşağıda III) (CMK 301).

Yani sadece temyiz başvurusunda belirtilen ve hukuka aykırı olduğu söylenen noktalar incelenir. Mülga Kanunumuzun (CMUK 320) hatalı sistemine göre ise, başka noktalarda da *hükme tesiri olacak derecede aykırılık* görülürse bunlar da incelenerek bozma sebebi yapılabilirdi. Ceza Muhakemesi

⁴²⁷³ Hazırlık Çalışmaları, 294. İstanbul Komisyonu tasarısının temyiz faslının gerekçesinde “yargıtayın kanunun doğru uygulanıp uygulanmadığını araştırmakla mükellef olması”ndan söz edilmiştir. Gözden kaçırılan nokta, bu araştırmanın temyiz dâvası dolayısı ile yapıldığıdır. Yargıtay bu araştırmayı kaide olarak, yani re’sen temyiz istisnası dışında, yapamadığına göre, istek ve dolayısı ile dâva sınırları da aşarak yapamaması gerekir. Kaldı ki sınırsız araştırma ve bozma başka şey, bozmadan sonraki sonkararda ceza bakımından bir sınır tanımak yine başka şeydir. Biz, böyle bir sınır çizilmesinden yanayız.

⁴²⁷⁴ Nitekim 23/2/55 tarihli (D. III. 37, s. 1120) İçtihat Birleştirme Kararında, sebep ve nota ayrımı gözetilmemiş ve ileri sürülmiyen noktalarda da Yargıtayın bozma sebepleri var mı diye re’sen araştırma yapacağı söylenmiştir. Gerçi bu kanun Yargıtaya ileri sürülen iddia ve müdafaalarla bağlı kalmadan “sair” sebeplerle bozma yetkisini vermişti (mülga HMK 439/2). Ancak Medenî Muhakemedeki sebep de nokta mânâsına olmayıp “hukukî gerekçe”yi ifade etmektedir. Yargıtay, iddianın ileri sürmediği bir başka gerekçe ile aykırılığı ileri sürülmiyen noktaları ele alamaz.

⁴²⁷⁵ Üstündağ, II, 74; Postacıoğlu, 736. Kanunun isabetinde tereddüt etmesi ve temyiz edilmemiş noktaya ilişkin misâl vermesi (s. 735) yüzünden Postacıoğlu’nun nokta ve sebebi açıkça ayırdığı söylenemez. Bilge /Önen (s. 666), re’sen nazara alınabilme bakımından bir istisnaya taraftardır.

⁴²⁷⁶ Belki herkes avukat tutamıyor diye kabul olunan bu normun, hiç olmazsa savcı bakımından bir istisnası kabul edilmeliydi. Diğer taraftan Yargıtay da bazı istisnalar kabulü suretiyle prensibe dönmeğe çalışmaktadır. Meselâ sadece sanık temyiz etmişse, daha ağır ceza verilmemek şartıyla aleyhe bozma mümkün olduğu ve aleyhe bozma sebeplerini de araştırmak kanun gereği bulunduğu halde, aleyhe olan noktalarda bozma sebebi olup olmadığı araştırılmamaktadır (CGK 4/7/66, İKİD 66, 4755).

⁴²⁷⁷ Kunter: Semp. II, 94. Fransa’da dar mânâda tutulan “kamu düzeni”ni ilgilendiren aykırılıklar (*Bouzat*, II, no. 1493; JCP 1946, I, 542) İtalya’da kanunun ıslâha müsaade ettiği veya her safha ve derecede ele alınabileceğini belirttiği hallerdeki aykırılıklar (*Leone*, III, 215) istisna olarak re’sen nazara alınabilmektedir. Son zamanlarda, mahkeme ile savcılığın eylemi yaralama olarak nitelendirdikleri bir dâvada savcının sadece tahrikin ağır kabulü yönünden temyiz etmesi halinde, adam öldürme niteliğinin temyiz incelemesinde ele alınamayacağı yolunda, azınlıkta da kalsa, bir görüşün belirmesini (CGK 18/2/80 YKD 80, 720) 320. maddedeki “görürse” sözcüğünü geniş yorumlamanın sakıncalarının anlaşılmağa başlandığını gösterdiği için olumlu karşılıyoruz. Kunter 1989 yılında yayınladığı bu kitabın 9. basısında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun değiştirilmesini ve sadece ileri sürülen noktalarda aykırılık aranmasının kaide olmasını önermişti. Ancak “muhakemenin her evre ve derecesinde” ele alınmasını kanunun kabul ettiği veya içtihadın kabul edeceği hususlar bakımından bir istisna tanınması yerinde olacağını söylemişti. Haksızlığı gidermek için tanınan bu istisna dolayısı ile Yargıtaya altından kalkamayacağı bir yük yüklemek de kaş yapayım derken göz çıkarmak olacağından, istisna, basit bir inceleme ile hemen görülen hukuka aykırılıklara hasredilmeli, hukuka aykırılığın görülmesi için dosya didik didik edilmemeli, her delilin ayrı ayrı tartışmasına girilmemesi görüşünde idi. Bu konuda dosyasını Yargıtaydan çok iyi bilmesi gereken savcılığın ilgili bilgileri raporla bildirmesi yolundaki Alman uygulamasından da yararlanılması önerileri arasında idi. Bu istisnanın ihtiyacının şekli hakikatle yetinebilen medenî muhakemeden çok, maddî hakikati arayan ceza muhakemesinde duyulduğunu da belirtmişti. Bundan fazla olarak, sadece sanık lehine temyizde sonucun ağırlatılmaması gibi, aleyhe temyizde de aleyhe temyizcinin çizdiği tavanın aşılması dediği bir istisnanın, içtihatla kabul edildiğini söylemişti. Kunter’in bu önerisi 2004 kanun koyucu tarafından benimsenmiş ve halen yürürlükte olan Kanun, temyiz muhakemesinde istekle bağlı bir sistem kabul etmiştir.

Kanunu bu hükme yer vermedi ve incelemenin (CMK 289 hariç) istemle bağlı olması sistemini benimsedi (CMK 301, 302/5). Bu nedenle, istem dışı noktalarda hükme tesir olacak derecede hukuka aykırılık tespit edilirse, bunlar belirtilmeli, fakat bozma sebebi yapılmamalıdır. İstemle bağlılık kuralının istisnası CMK 289 uncu maddede belirtilmiş bulunan “hukuka kesin aykırılık” halleridir.

Eğer hüküm herhangi bir noktadan bozulursa, varsa diğer bütün bozma sebepleri de gösterilir.⁴²⁷⁸ Temyiz yargılamasının ana gayesi bozma olduğundan, bozulan bir kararda bozulmayan noktalar gösterilmez. Ancak, bazı hallerde temyiz yargılamasının belli hususlarla sınırlı tutulması zarurîdir. Örneğin suçun genel affa, dâvanın zamanaşımına uğradığı görülürse, başka yönlerden incelemeye gerek kalmıyacak, derhal düşme kararı verilecektir.

III. Muhakeme hukuku kuralına aykırılığa dayanan temyiz isteminde incelenecek hususlar.

Temyiz istemi *usule ilişkin noksanlardan*, yani muhakeme hukuku kuralına aykırılıktan kaynaklanmışsa, Yargıtay muhakeme hukukunun maddi meselesini de inceleyebilir. Maddi ceza hukukunun (suçun) maddi meselesi olan fiili inceleyemeyen Yargıtay, muhakeme hukukuna aykırılık iddiasında *olaylar* hakkında inceleme yapabilir (CMK 301). Bunun sebebi, esas mahkemesinin de olgu incelemesini dosya üzerinden yapabilmesidir (No. ?). Ancak, Yargıtayın muhakeme hukuku kuralına aykırılık iddiasını inceleyebilmesi için, bunun temyiz başvurusunda açıkça belirtilmiş olması gerektiği unutulmamalıdır.

Muhakeme hukukuna aykırılık sübuta ilişkin kısımda, örneğin tanık dinlenmesinde ise, bu takdirde bu işlem de bozulur (CMK 302/4). Bozmadan sonraki muhakemede bozulmayan işlemlerin tekrarlanmasına gerek kalmaz, sadece bozulan işlemlerin yeniden yapılması ile yetinmek mümkündür.

IV. Maddi ceza hukukuna aykırılığa dayanan temyiz isteminde incelenecek hususlar.

Türk Ceza Muhakemesi Kanunu temyiz sebepleri arasında maddi ceza hukukuna aykırılık ve muhakeme hukukuna aykırılık bakımından özel bir düzenleme yapmamıştır. Bu nedenle, maddi ceza hukukuna aykırılık iddiasında bulunan tarafın nokta ve gerekçe göstermesi ve incelemenin bunlarla sınırlı olması gerekir. Bizden farklı olan Alman Hukukunda ise, maddi ceza hukukuna aykırılık iddiasında bulunan tarafın böyle bir yükümü yoktur.⁴²⁷⁹

541. YARGITAY'IN VERDİĞİ HÜKÜMLER.

I. Önkarar - sonkarar ayrımı.

Yargıtay temyiz dâvasını kabul ettikten sonra yargılama yapar ve esas mahkemesinin verdiği hükmün hukuka aykırılığı iddiası üzerine çıkan uyuşmazlığın esasını çözen bir karar verir. Bu karara, uyuşmazlığı çözmeyen önkararlardan ayırmak için, *hüküm* diyoruz.

Temyiz uyuşmazlığının çözülmesi dört şekilde olur. (1) Ya temyiz dâvası esastan reddolunur, (2) Ya temyiz dâvası esastan kabul edilir ve mahkemenin hükmü bozulur, (3) Ya, istisna olarak, mahkemenin hükmü kaldırılarak yerine uyuşmazlığın esasını doğrudan doğruya çözen bir hüküm verilir, yani mahkeme hükmü teknik mânâda “islâh” edilir, (4) Ya da yine istisna olarak hem temyiz dâvası hem asıl ceza dâvası düşürülür, yani *düşme kararı* verilir.

Kaideyi teşkil eden ilk iki şekilde temyiz uyuşmazlığı, olumlu veya olumsuz olarak, doğrudan doğruya çözülmektedir. İslâhta ise hem temyiz uyuşmazlığı hem asıl uyuşmazlık yine doğrudan doğruya

⁴²⁷⁸ 4. CD 2/2/63 *Çağlayan* “66” III, 179. Yargıtayın bazı hallerde belli hukukî meselelerin halli ile yetindiği vardır. Meselâ madde itibariyle yetki bakımından bozmalarda diğer bozma sebepleri gösterilmemektedir. Madde itibariyle yetkili mahkeme, diğer mahkemenin kararındaki hatalar hakkında Yargıtayın görüşünü bilmediğinden onları tekrar edebilmekte ve böylece dosya tekrar Yargıtay'a gelmekte, hem Yargıtaya gelen iş sayısı artmakta, hem de muhakemeler uzamaktadır. Bozmadan sonra yer itibariyle yetkili başka mahkemeye dosyayı göndermek mümkün olduğuna ve bozma sebepleri bu mahkemeye bildirildiğine göre, aynı sebeplerin madde itibariyle yetkili mahkemeye bildirilmemesi için bir sebep olmasa gerekir.

⁴²⁷⁹ *Çınar* 2006, 86; *Erdem/Şentürk* 2018, 211.

çözülmemektedir. Meselâ Yargıtayın mahkeme yerine geçerek⁴²⁸⁰ beraat kararı vermek suretiyle islâh etmesinde, bu durum açıkça görülmektedir.

Buna karşılık, Yargıtayın davanın düşmesi kararı vermesinde, uyuşmazlık dolayısı ile yargılanmaktadır. Düşme sebebi ile her zaman düşme kararı verilememesi de ayrı bir özelliktir. Bu sebeple düşme kararını ayrıca inceliyeceğiz.

II. Kararın verilmesi.

Yargıtay hükümlerini, kurul halindeki bütün yargılama makamlarının her kararında olduğu gibi, müzakere sonunda verir. Bu müzakere ve oy verme genel hükümlere göre yapılır.

Yargıtay kararları da mahkeme kararları gibi, niteliği gereği *gerekçeli* olmalıdır. Gerekçeli olmak, ileri sürülen bütün temyiz sebeplerinin birer birer niçin kabul veya reddolunduğunu göstermeyi de gerektirir (No. 28).

542. TEMYİZ İSTEMİNİN ESASTAN REDDİ KARARI (ONAMA).

Temyiz edilen hüküm Yargıtayca hukuka uygun bulunursa, temyiz isteminin esastan reddine karar verilir (CMK 302/1).

Yargıtay, Kanuna göre *yalnız temyiz başvurusunda belirtilen hususları inceleyebileceği*, ileri sürülmeyen noktalarda da aykırılık gördüğünde, bunları belirtmekle yetineceği⁴²⁸¹ için (CMK 301), temyiz muhakemesi sonunda, bölge adliye mahkemesinin temyiz edilmiş olan hükmünde hiçbir bozma sebebi görmezse, kaide olarak temyiz dâvasını reddeder (CMK 302/1). İstisna olarak, reddetmeyip esasa karar verdiği, yani hukuka aykırılığı düzelterek esas mahkemesinin hükmünü islâh ettiği haller de vardır (No. 544).

Hükmün gösterilen (hattâ gösterilmeyen) noktalarında bozma sebebi görülmemesi halinde verilecek kararın adı kanunda gösterilmemiştir. Tatbikatta ve doktrinde *onama veya tasdik* denilmesi hatalıdır. Zira onama, işlemin tam değer kazanması için yapılır. Hâkim kararı ise onamaya muhtaç olmayıp verildiğinde tam değerlidir. Kanun yoluna gidilmediğinde bu değer kendisini göstermektedir.⁴²⁸² Kaldı ki onama “hukuka uygundur” mânâsına da kullanılmamalıdır. Zira hukuka aykırılığa rağmen bozma gerekmiyebilir.

⁴²⁸⁰ Üzerinde 22 ayar altın damgası bulunan 4 adet altın kaplama bileziği şikayetçi kuyumcuya satma eylemi, bileziklerin gümüşten yapılması nedeni ile, dolandırıcılık suçunu oluşturur: ticarete hile karıştırma suçunda, ticari yaşamda güvenilir bir ortamın sağlanmasını önleyen ticari hileler cezalandırılmıştır (CGK 17.2.1998, E. 1998/6-9, K. 1998/40, YKD 1999, 533). Yargıtay suçun sübuta erip ermediğini de denetlemektedir. Mesela, «Silopi ilçesinde taciz ateşi açtığı iddia edilen sanıkların eylemlerinin TCK125'teki suçun matuf fiillerinden olduğuna karar verilmiştir (CGK 17.2.1998, E. 1998/9-11, K. 1998/35, YKD 1999, 92).

⁴²⁸¹ CMK bu noktada CMUK tan esaslı bir şekilde ayrılmış ve ileri sürülmeyen noktalarda inceleme yapılması yolu kapatılmıştır.

⁴²⁸² Doğru olarak “red” denildiği de vardır. Meselâ olağanüstü temyizde red deniliyor. Danıştay da temyiz yolunda çok defa davanın reddine karar vermektedir. İlk iki basıda biz de herkes gibi tasdik tâbirini kullanmıştık. Bunun hatalı olduğunun farkına, Fransızcaya tercüme sırasında vardık. Fransa’da, İtalya’da, Almanya’da tasdiğe tekabül eden bir tâbir kullanılmamakta, Yargıtayın dâvayı (vaya talebi) reddedeceği söylenmektedir. Bizdeki tatbikat, eski kanundan kalan alışkanlık eseridir. Medenî Muhakeme Kanunundaki hatalı tâbirin kıyas yolu ile cezada kullanıldığı da söylenebilir. Eski kanunda (m. 332) tasdik denilmesi de mehzaz kanuna uymuyordu. Çünkü mehzaz Fransız kanununda (m. 432) red tâbiri vardı. Temyiz bakımından tasdik tâbiri Türk Hukukuna, öyle sanıyoruz ki, 1870 tarihli Divan-ı Ahkâm-ı Adliyyeye Nizamnamei Dahilîsi ile girmiştir. Bunun da sebebi her halde ilk muhakeme kanunları hazırlanırken istinafta kullanılan “confirmation” tâbirinin “tasdik” diye tercüme ve temyize de teşmil edilmesidir. Bu tâbirin sadece istinaf yolunda kullanılmasının hikmeti gözden kaçmıştır. Diğer taraftan tercüme de hatalıdır. Teyid veya tekit edilmeliydi. Bugün bu durumda ilk kararın benimsendiği söylenebilir. Zaten “*confirmer*” birlikte imzalamak demek olup, benimseme de bunu ifade etmektedir. Çünkü maksat, aslında kuvvetli olup kanun yoluna gidilmekle kuvveti sarsılmış olan bir muameleye eski kuvvetini iade etmektir. Tasdik ise, Türk Hukukunda, bir makamın aslında kuvvetsiz veya zayıf olan bir muamelesini destekleyip kuvvetli hale getirmek, ona muteberlik kazandırmak mânâsına kullanılmaktadır. Resmî olmayan bir suretin noterlikçe, belediyelerin bazı kararlarının idarî vesayet makamlarınca tasdikinde olduğu gibi, Mahkeme ve hâkim kararları ise tasdik edilmeden de tam bir hüküm ve kuvvet ifade ederler. Yargılama (kaza) nın mahiyeti bunu gerektirir. Yargılama makamlarına lâyük olduğu itibarı vermeli, onları küçük düşüren tasdik tâbirini kullanmamalıyız.

Bu ret kararı temyiz yolu dâvasının esastan reddi demektir ve kanunun *hüküm* adını verdiği hükümlerin yargı halini alması sonucunu doğurur.

Onama, bozulacak nokta bulunmadığı demek olduğundan, hükmün bir kısmı bozulurken diğer kısmı onanamaz.⁴²⁸³ Birleştirilmiş muhakemelerde olduğu gibi, birden fazla dâvaya ait hükmün birlikte verilmesi durumunda, her dâvaya ait kısım ayrı bir hüküm olduğundan, birinin bozulması diğerlerinin bozulmasını gerektirmez.⁴²⁸⁴

543. BOZMA KARARI.

I. Bozma kararı verilebilen haller.

1. Hukuka kesin aykırılık halleri.

Hukuka kesin aykırılık halleri (No. 530) (CMK 289) doğal bozma sebebidir. Bunların temyiz başvurusunda gösterilmiş olması gerekmez (CMK 302/5). Ancak, temyiz yoluna başvuran taraf hiçbir temyiz nedeni göstermemişse, temyiz istemi ön inceleme aşamasında reddedileceği için, hükümde hukuka kesin aykırılık hali bulunsa bile, Yargıtay bunun farkına varamayacaktır.

2. Hükmü etkileyecek nitelikteki hukuka aykırılık nedeniyle bozma.

Yargıtay yaptığı incelemenin sonunda *hükmü etkileyecek nitelikte hukuka aykırılıklar* tespit ederse, bunların *temyiz başvurusunda gösterilmiş olması koşulu* ile, temyiz edilen hükmü bozar (CMK 302/2). *Hükmü etkileyecek nitelikteki hukuka aykırılık*, bu hukuka aykırılığın istinaf mahkemesi tarafından verilmiş olan hükmü başka bir hüküm haline getirdiği, yani *hükmü etkilediği (esasa müessir olduğu) hallerde* söz konusu olur ve bozma kararı verilmesini gerektirir.

3. Bozma sebeplerinin gösterilmesi.

Yargıtayın bozma sebeplerini ilamda tek tek, ayrı ayrı gösterme mecburiyeti getirilmiştir. Yargıtayın bozma sebeplerini ayrı ayrı göstermek mecburiyetinde olması (CMK 302/2, cü.2), bozmada sonra yapılacak olan yargılama aşamasında, Yargıtay tarafından tespit edilmiş bulunan bütün hukuka aykırılıkların esas mahkemesine öğretilmesi, gösterilmesi ve bu şekilde davaların yeni bozma nedenleri sebebiyle uzamasının önüne geçmek amacı ile kabul edilmiştir.

Bozma sonrası yargılama, bölge adliye mahkemesi, istisnai hallerde kararı veren ilk derece mahkemesi tarafından yapılır (No. 547) (CMK 304/2). Ancak, bozma kararına, bölge adliye veya ilk derece mahkemesinin *direnme hakkı* vardır (No. 548) (CMK 307/3). Bununla birlikte, bozmadan sonraki yargılamanın (No. 549) bir başka mahkemede yapılması gerekirse de (CMK 23/3'ün kıyas yolu ile uygulanmasından bu sonuç çıkmaktadır) uygulama bu yönde değildir.

II. Bozma sebebi olan veya olmayan hukuka aykırılıkların ilamda gösterilmesi.

1. Hükmü etkileyen hukuka aykırılıkların gösterilmesi.

Yargıtay, aleyhine temyiz davası açılmış olan bölge adliye mahkemesi hükmünü, temyiz başvurusunda gösterilen hukuka aykırılıklardan, *hükmü etkileyecek nitelikte olana* dayanarak bozar. Bozma sebepleri *ilamda* tek tek gösterilir (CMK 302/2). Birden fazla suç veya sanık hakkındaki dâvaların birleştirilmesi sonunda verilenlerden farklı olarak, tek suç ve tek sanık hakkındaki tek davada verilen hükmün bozulması halinde, bozulan noktaların hepsi, sebepleri ile birlikte birer birer gösterilmelidir; zira temyiz yargılaması tam yapılmalıdır.

2. Dilekçede açıklanmayan diğer hukuka aykırılıkların gösterilmesi.

Temyiz hukukunda kabul edilen *iddia ile bağlılık kuralı* gereğince, bozma kararı sadece temyiz dilekçesinde belirtilen hukuka aykırılıklar konusunda verilebilir. Ancak, *temyiz incelemesinin tamlığı ilkesi* gereğince, Yargıtay hükümde gördüğü diğer hukuka aykırılıklara kayıtsız kalmaz. Esasen, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesinde de istekle bağlı olmaksızın hukuka aykırılık tespiti yapılabileceğini yukarıda belirtmiştik (No. 537). Bu nedenle, eğer hüküm dilekçede gösterilen

⁴²⁸³ Kısmen bozulduğu, kısmen tasdik edildiği vardır (CGK 6/1/64, İKİD 64, 3066)

⁴²⁸⁴ Hele diğeri hakkındaki temyiz isteği açıkça reddedilmişse (k-m: CGK 7/1/77 YKD 79, 705, 24/1/83, YKD 83/12 1931).

temyiz neden ve sebeplerle bozulursa, dilekçede açıklanmış olmasa bile, saptanan diğer hukuka aykırılıkların bozma kararında gösterilmesi gerekir (CMK 302/3).

Uygulamada *uyarı bozması* denilen husus budur. Fakat, uyarı bozmasının dilekçede gösterilen temyiz nedenlerine dayanan bozma kararı verilmesinden sonra yapılacağı unutulmamalıdır. Bir başka ifade ile, hüküm dilekçede belirtilen bir nedenle bozulmamışsa, uyarı bozması da yapılamaz.

3. Hükme esas olan işlemlerin bozulması.

Hükümün bozulmasına neden olan hukuka aykırılık, bu hükme esas olarak saptanan işlemlerden kaynaklanmış ise, bunlar da aynı zamanda bozulur (CMK 302/4). Bu kural bozmadan sonra yapılacak olan muhakemede önem kazanır. Bozmadan sonraki muhakemede bozulan noktalardaki hatalar giderilirken, bozulan işlemlerin yeniden yapılması gerekecektir (No. 549, III).

III. Hükümün ortadan kaldırılması.

Bozma sebebi olan hukuka aykırılık muhakkak mahkemenin hatasından ileri gelmez. Verildiğinde hukuka uygun olan karar, sonradan ortaya çıkan sebeplerle hukuka aykırı düşebilir. Yargıtay temyiz dâvasında ileri sürülmemiş olan bu aykırılıkları istisna ölçüleri içinde nazara alabilir.⁴²⁸⁵ Mahkemenin uygulayabileceği bir norm⁴²⁸⁶ hüküm verildikten sonra yürürlüğe girerse, hüküm verildikten sonra hukuka aykırı hale gelir. Hukuka aykırı olan bu hükümün ortadan kaldırılması gerekir. Bu gibi hallerde Yargıtay temyiz dâvasını esastan kabul edip ilk verildiği sırada hukuka uygun olan hükümü bozar. Bu karara da sonuca bakılarak *bozma kararı* denilmektedir.

Ortadan kaldırma konusunda belirtilmesi gereken çok önemli bir nokta da şudur: Bizde *direnme* (ısrar) denilen acaip bir kurum (No. 548) (CMK 307/3) kabul edildiğinden, ortadan kalkma, *uyma şartına* bağlanmış demektir. Bozulan karar ancak *uyma kararı* (CMK 307/3) verildiğinde ortadan kalkar. Bozma, hukuka aykırılık sebebiyle hükümün kesin olarak ortadan kaldırılmasıdır. Bu demektir ki, ancak ortadan kaldırılabilen yani hukuk bakımından var olan bir karar bozulabileceğinden, bozulmuş olan kararın hukuken hüküm ifade etmemesinden, yani yokluğundan söz edilemez.

IV. Kısmi kesinleşme olmaz.

Kısmi kesinleşme kavramı *dikey* ve *yatay kısmi kesinleşme* olarak iki türdür. *Dikey kısmi kesinleşme* aynı hükümün maddi olgu tespiti, hukuki değerlendirme kısmı ve yaptırımın belirlenmesi kısımları arasında, bunlardan birinin kesinleşmesi söz konusu olur. Kısmi kesinleşmeyi kabul eden sistemlerde, örneğin maddi ceza hukukuna aykırılık temyiz nedeni yapılmış, fakat muhakeme hukukununa aykırılık iddiası ileri sürülmemişse, bunun kesinleştiği kabul edilir. *Yatay kısmi kesinleşme* ise, birleştirilerek görülmüş farklı davalar vardır. Bunlardan birinin temyiz edilmesi, diğerlerinin edilmemesi halinde, sadece temyiz edilen kesinleşmez, diğerleri kesinleşir.

Dikey kısmi kesinleşme aynı ve tek hükümün bozulmamış noktaları onanmış değildir.⁴²⁸⁷ Bir noktadan da bozulursa, hüküm bütünü ile bozulmuştur.⁴²⁸⁸ Uyma şartı gerçekleştiğinde bütünü ile

⁴²⁸⁵ Mahkemenin hatası olmadan da bozma kararını gerektiren durumlarla karşılaştığımızdan, ilk dört basıdaki görüşümüzü değiştirdik. Meselâ temyiz süresi içinde ortaya çıkan delil dosyaya girince ve bu yüzden yeni bir öğrenme muhakemesi gerekince, bozma kararı verilebilmelidir ki esas karar kalsın ve soruşturma tamamlanarak yeni bir sonkarar verilebilsin (CGK 27/11/72 İKİD 73, 1711). Bu kestirme yol varken muhakemenin yenilenmesini beklemek abes olurdu. Keza sadece tahrik bakımından bozulan mahkûmiyetten sonraki duruşmada öldürüldüğü sanılanın ortaya çıkmasını mahkeme nasıl nazara alırsa, temyiz yargılanmasından önce ortaya çıkması halinde de Yargıtay nazara alabilmeli ve başka bozma sebebi yoksa da bu sebeple bozup yeni bir öğrenme muhakemesini sağlamalıdır.

⁴²⁸⁶ Meselâ CİK 4/2 (1. CD 5/3/74 YKD 75/2, 103); CİK 6/2 (CGK 18/3/74 YKD 75/10, 37); CK 26 (7. CD 3/7/70 YKD 79, 1234); CK 2 (7. CD 17/12/87 İKİD 88, 5510).

⁴²⁸⁷ K-m: *Kantar*, 390; *Özgen*: Tez, 44. Buna karşılık, mahkemenin sonkararından sonra kanun şu veya bu yönden yetkiyi değiştirmişse, verildiğinde hukuka uygun olan kararın sırf bu yüzden sonradan aykırı hale geldiğini kabul için de sebep yoktur.

⁴²⁸⁸ 4. CD 5/12/59, (Çağlayan “66” III, 182); 1. CD 18/10/63 (Çağlayan “66” II, 481); CGK 30/4/72 İKİD 73, 2104; 5/2/73 RKD 73, 36; CGK 2/2/76 YKD 76, 897; 8/12/80 Çağlayan “80” III, 751 (Bkz. No. 80.5). CGK. 14.11.1994 (E. 1994/262, K. 1994/280): Yargıtayın bozma kararı vermesi halinde, kararın bozulmayan kısmı onanmış veya kesinlik kazanmış değildir. Bir karar bozulmakla tümüyle ortadan kalkacağından mahkeme bozmaya uyarı yeni bir hüküm kurmak zorundadır. Yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine tabiri bozulan mahkeme kararının değinilmeyen kısımlarını kesinleştirmez.

ortadan kalkar. Bu sebeple, kısmî de olsa bir kesinleşme söz konusu değildir.⁴²⁸⁹ Bozulmayan noktalar ilerde değiştirilebilir (No. 549, III). Neticede hüküm ilk defa veriliyormuşçasına yazılır.

Yatay kısmi kesinleşmede ise, birleştirilen muhakemelerde tek gibi gözükten hüküm aslında birden fazla olduğundan, bunlardan birinin bozulup diğerlerinin bozulmaması mümkündür. Hangisinin bozulduğu, hangilerinin bozulmadığı ise bozma sebebine bakılarak kolayca anlaşılacaktır.

IV. Reformatio in peius yasağı.

Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine temyiz edilmişse, bozmadan sonra verilen hükümdeki ceza önceki hükümde belirlenen cezadan daha ağır olamaz (CMK 307/5). Ancak, temyiz yoluna yalnız sanık lehine gidilmiş olsa dahi, *hüküm sanık aleyhine bozulabilir*.⁴²⁹⁰ Ancak, bozmadan sonra yeni kurulan hükümde eskisinden daha ağır bir ceza verilemez.

Görüldüğü gibi, lehe kanun yolu davası üzerine aleyhe değiştirmeme mecburiyeti sonuç ceza bakımındandır. Suç niteliği yönünden bozma kararı verilebilir. Sonuçta eskisinden ağır bir ceza verilmezse de yeni suç niteliğine göre temel cezada artırma ve eksiltme yapılabilir. Bu kabul, Yargıtay'ın yasaların ülke genelinde bir örnek uygulamasını sağlama görevinin gereğidir.⁴²⁹¹

Ancak, hüküm ister sanık lehine, isterse aleyhine temyiz edilmiş olsun, Yargıtay'ın *bozma kararı sanık lehine ise*, aleyhe değiştirme yasağı gene devreye girer (No. 514, III, 2).

544. HUKUKA AYKIRILIĞIN DÜZELTİLMESİ.

I. Yargıtay'ın esas hakkında karar vermesi istisnadır.

Yargıtayın temyiz yargılama makamı olarak görevi, kaide olarak, hukukî meselenin çözümünde ister karar verildiği sırada ister sonradan olsun, aykırılık olup olmamasına göre bozmak veya bozmamaktır. Yargıtayın asıl ceza davasının esasına karar vermesi ve davayı orada bitirmesi, bir diğer söyleyişle bir başka makamın, yani esas mahkemesinin verdiği kararı kaldırıp yerine yenisini koyması, muhakeme hukuku deyişimiyle *ıslâh* etmesi istisna⁴²⁹² olup, yeniden mahkemeye göndermeğe ihtiyaç olmadığını gösteren iki temel şarta bağlıdır.⁴²⁹³ (a) Maddî meselenin daha ziyade aydınlanması için bir soruşturma, kısacası bir *öğrenme muhakemesi* gerekmemelidir. (b) Maddî mesele bakımından mahkemeye bırakılmış *serbest değerlendirme yetkisi* (No. 332) söz konusu olmamalıdır.⁴²⁹⁴

Yargıtayın *ıslâh* edip etmemesi, yeni bir hüküm verilmek üzere dosyanın esas mahkemeye gönderilmesine ihtiyaç olup olmaması ile açıklandığına göre, kanun bu ihtiyaca göre yorumlanmalı;

⁴²⁸⁹ CGK 29/12/58, 86/84 (MHD 1959, 70).

⁴²⁹⁰ CGK 4/2/57 (Çağlayan "66" III, 248). Yargıtayın, kararı bozmadan aykırılığı gösterdiği vardır. Bu tutum, bizce, sadece cezanın artırılmaması hatalarında isabetlidir. Sadece sanık lehine temyiz edilmişse sanık aleyhine bozulmayacağı görüşü (Tosun, II, 1. bası, 210), aleyhte temyiz olmasa da yeniden muhakeme yapıp hüküm verileceğinden bahseden kanuna (CMK 326/ 2) aykırıdır.

⁴²⁹¹ Suç vasfında bir isabetsizlik saptandığında aleyhte temyiz olmasa dahi bu husus bozma nedeni yapılmazsa, aynı eylem nedeni ile değişik mahkemelerde yargılanan sanıklardan, «suç vasfı doğru olarak belirlenen sanığın mahkumiyeti ile ceza zamanasını, memuriyetten yoksun bırakılma, seçilme hakkının kaybı, olası bir af yasası karşısında değişik durumlara karşılaşması gibi» sonuçlar ortaya çıkabilir. Bu durum eşitlik ilkesine, hak ve adalet duygusuna uygun değildir (CGK 17.11.1998 E. 98/1-282, K. 98/348, YKD Ocak 1999, 101).

⁴²⁹² 1975 Alman öntasarısı istinafi kaldırıp, sadece genişletilmiş temyiz adlı yeni bir yolu önerdiği için, istisna sınırını genişletmekte ve Yargıtaya bazı eksiklikleri tamamlamak üzere ve müşahhas tesbitlerin ayrı değerlendirilmesi mümkün ise ek delil toplayarak *ıslâh* imkânını da vermeyi teklif etmektedir (Riess, 675).

⁴²⁹³ Bu iki temel şartın sadece birincisinin, o da 322. maddenin 1 numaralı sebebine ilişkinmişçesine gösterilmesi yersizdir. İkinci şart da bütün sebepler için aranacak şekilde ifade edilmelidir. Kaldı ki *ıslâh* sebeplerini saymaktansa iki temel şartla yetinmek daha iyi olur. Böylece *ıslâh* müessesesi ihtiyaçlara göre genişler ve muhakemelerin uzaması önlenir ve maddeye ikide bir bent ilâvesine lüzum kalmaz.

⁴²⁹⁴ Aşağı ve yukarı hadler arasında ceza takdiri meselesi, suçlunun şahsiyetinin tâyini ile ilgili maddî bir mesele olduğundan, Yargıtayın esasa karar vermesinde söz konusu olmamalıdır. Netekim kanunumuz cezanın aşağı haddinin uygulanması şeklinde bir istisna kabul etmiştir. Hadler arasında takdir yetkisinin Askerî Yargıtaya tanınması (mülga AsMK 120; E; AsYtİçBK: 21/1/67, 1-1; RG 17/3/67) bir hataydı ve Yargıtayı istinaf mahkemesi saydığımızı gösteriyordu.

darsa, genişletilmelidir.⁴²⁹⁵ Hukuka aykırılık düzeltilerek davanın esası hakkında karar vermenin gayesi davayı orada bitirmek olduğundan, esas mahkemesi bu karara uymağa mecburdur.

II. Islah ile düzeltme farklıdır.

Başka bir makamın yaptığı işlemdeki aykırılığı gideren süje, kararında sadece “islâh”tan söz etmeli, meselâ “kararı şu şekilde islâh ettim” veya “islâhına karar verdim” demelidir. O kararın kaldırıldığından söz etmek gereksiz ise de yersiz değildir.⁴²⁹⁶ Islâh ile düzeltme, bozma ve tasdik (onama) farklı kavramlar olduklarından, islâh yerine Türkçe olsun diye *düzeltilme* demek⁴²⁹⁷ veya “bozarak islâh”tan⁴²⁹⁸, “islâh ederek tasdik”ten⁴²⁹⁹ söz etmek, hele aynı hükmün hem bozulmasına yani ortadan kaldırılmasına hem de düzeltilerek onanmasına karar vermek⁴³⁰⁰ kavramların farklılığına ters düştüğü için⁴³⁰¹ yanlıştır.

III. Yargıtayca “davanın esasına hükmedilebilen haller”.

Hükme esas olarak saptanan olaylara uygulanmasında hukuka aykırılıktan dolayı hüküm bozulmuş ise, Yargıtay Kanunda sayılan⁴³⁰² hallerde *davanın esasına hükmedebileceği* gibi, hükümdeki hukuka aykırılığı da *düzeltilir* (CMK 303).

1. Beraat veya düşme kararı verilmesi.

Olayın daha ziyade aydınlanması gerekmeden *beraate*⁴³⁰³ veya *davanın düşmesine* ya da alt ve üst sınırı olmayan *sabit bir cezaya*⁴³⁰⁴ hükmedilmesi gerekirse, Yargıtay hükmü bozarak hukuka aykırılığı *düzeltilir* (CMK 303/1-a).

2. Cezanın en alt sınırının uygulanması.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının iddiasına uygun olarak sanığa kanunda yazılı cezanın en alt derecesini⁴³⁰⁵ uygulamayı uygun görürse hükümdeki hukuka aykırılığı da *düzeltilir* (CMK 303/1-b).

3. Kanununun madde numarasının düzeltilmesi.

⁴²⁹⁵ CGK 28/6/65 *Çağlayan* “66” III, 100.

⁴²⁹⁶ Gereksizdir. Çünkü islâh eski kararı kaldırıp onun yerine yenisini koyma demektir. Yersiz değildir. Çünkü o karar gerçekten ortadan kalkmıştır ve bunu açıklamada bir yarar bile umulabilir.

⁴²⁹⁷ Meselâ CGK 19/4/65 *Çağlayan* “66” III, m. 91.

⁴²⁹⁸ Meselâ 4. CD 24/6/86 YKD 87/2 289. Bozmayı mahkemenin hatasına dayandıran görüşümüzü değiştirmemiz üzerine bozarak ve bozmayarak islâh ayırımına 5. basıda son vermiştik. 7. basıda da bozma ile islâhın farklılığını gözönünde tutarak islâh kararında bozmadan söz edilmesini yersiz bulmayan görüşümüzü “düzelttik”.

⁴²⁹⁹ Meselâ CGK 4/7/66 İKİD 66 4558.

⁴³⁰⁰ 4. CD 8/2/80 YKD 80 1425.

⁴³⁰¹ Ortadan kaldırmak anlamına da gelen islâh ile bunun tam tersi olan tasdik elbet bağdaşamaz. Aynı şekilde ortadan kaldırarak işi tekrar mahkemeye göndermek demek olan bozma ile mahkemeye göndermeden karar vermek anlamına gelen islâhın da bağdaşması imkânsızdır.

⁴³⁰² Saymada sadece ceza dâvası gözönünde tutulmuştur. Şahsî hak dâvasında da iki temel şart varsa, meselâ tazminat ödenmesi yolsuzsa, bu kısım kaldırılarak islâh edilmelidir (3. CD 18/5/76 k-m: CGK 21/5/76 YKD 77, 1453).

⁴³⁰³ Temyizin hukukî derece olması sebebiyle, beraat kararları hukukî mesele bakımından verilecektir. Yargıtayın sübut bakımından beraat kararı vermesi (CGK 19/1/70 Alicanoğlu 387; 28/2/66, İKİD 66, 4435; 10/11/64, *Çağlayan* “66” III, 192; 13/2/67 İKİD 67, 5177, 8. CD 22/12 81 İKİD 82, 1293) hatalıdır.

⁴³⁰⁴ Mahkemenin artırıcı sebep kabulü hatalı ise, artırılan miktarın indirilmesi ile verilecek ceza da sabit sayılmıştır (1. CD 18/12/73 RKD 74, 204).

⁴³⁰⁵ Bu norm temel cezanın mahkemece tâyin esasına aykırı ise de (*Kantar*, 397), faydası da büyüktür, zira hem Yargıtayın vaktini almamakta hem bozma engel olarak muhakemeleri kısaltmaktadır.

Mahkemece sabit görülen suçun unsurları, niteliği ve cezası hükümde doğru gösterilmiş olduğu halde sadece kanunun madde numarası yanlış yazılmış⁴³⁰⁶ ise hükümdeki hukuka aykırılığı da düzeltebilir (CMK 303/1-c).

4. *Hükümden sonra yürürlüğe giren kanunun uygulanması.*

Hükümden sonra yürürlüğe giren kanun, suçun cezasını azaltmış ve mahkemece sanığa verilecek cezanın belirlenmesinde artırma sebebi kabul edilmemiş veya yeni bir kanun ile fiil suç olmaktan çıkarılmış⁴³⁰⁷ ise, birinci halde daha az bir cezanın hükmolunmasına ve ikinci halde hiç ceza hükmolunmaması gerekirse hükümdeki hukuka aykırılığı da düzeltebilir (CMK 303/1-d).

5. *Yaş küçüklüğü indirimindeki hata.*

Sanığın açıkça saptanmış olan doğum ve suç tarihlerine göre verilecek cezanın belirlenmesinde gerekli indirim yapılmamış veya yanlış indirim yapılmış ise hükümdeki hukuka aykırılığı da düzeltebilir (CMK 303/1-e).

6. *Cezanın belirlenmesinde artırım ve indirim hatası.*

Artırma veya indirim sonucunda verilecek ceza süresi veya miktarının belirlenmesinde maddi hata yapılmış ise hükümdeki hukuka aykırılığı da düzeltebilir (CMK 303/1-f).

7. *Cezanın belirlenmesinde sıralama hatası.*

Türk Ceza Kanunu'nun 61 inci maddesindeki sıralamanın gözetilmemesi yüzünden eksik veya fazla ceza verilmiş ise hükümdeki hukuka aykırılığı da düzeltebilir (CMK 303/1-g).

8. *Yargılama giderlerindeki hata.*

Harçlar Kanunu ile yargılama giderlerine ilişkin hükümlere ve Avukatlık Kanunu'na göre düzenlenen ücret tarifesine aykırılık⁴³⁰⁸ mevcutsa, hükümdeki hukuka aykırılığı da düzeltebilir (CMK 303/1-h).

9. *Cezayı ağırlaştırılmama.*

Esas mahkemesinin hükmündeki hukuka aykırılık düzelten Yargıtay, davanın esası hakkında mahkûmiyet kararı verirken nadir de olsa ilk cezanın ağırlaştırılması sonucu doğabilir. Hüküm yalnız sanık tarafından temyiz edildiği hallerde (CMK 307/4), Yargıtay cezayı artıramamalıdır (No. 543/IV).⁴³⁰⁹

⁴³⁰⁶ 1973'den önce sadece "Kanun yanlış tatbik edilmişse" deniyordu. Bundan maksat, 1936 tâdil gerekçesinden de anlaşıldığı üzere madde veya fıkra yanlışlarını düzeltmekti (*Kantar*, 397; *Taner*, 390). Tatbikatta, geniş bir yorumla, kanun hükümlerinin yanlış uygulanması hatalarını da Yargıtayın islah ettiği vardı. Meselâ Af Kanunu yanlış uygulandı diye mahcuriyet kaldırılmış, kamu hizmetlerinden geçici yasaklık süreliye çevrilmiştir (1. CD 4/1/51, 78/17, AdD 1951, s. 635). Keza Af Kanunu ile fer'î cezadan yapılmayan tenzilâtı Yargıtay yapmıştır (5. CD 24/5/51, 1156/1635). Müdahale etmeyen kimseye hükmolunan tazminatı Yargıtay kaldırmıştır (1. CD 20/8/63, İKİD 67, 2870). Her hukukî hatanın islah yolu ile düzeltilmesi, islah kararlarına karşı mahkemelerin uymama hakkı olmadığından, uymama ise Ceza Genelkurulunun kolektif hükme iştirakini sağlayan bir müessese olduğundan, kolektiflik ve dolayısı ile, teminat esasına aykırı ise de işlerin bir an önce sonuca bağlanması bakımından faydalıdır. Yargıtay kararlarına karşı düzeltme ve itiraz gibi olağanüstü yollar zaten tanındığı için uymamadan vazgeçmek dahi mümkün olduğuna göre, esas mahkemenin takdir yetkisi söz konusu olmadıkça, Yargıtay maddî mesele takdirine karışmadıkça (k-m: CGK 29/10/64, *Çağlayan* "66" III, 192), ilk iki basıda karşı tezi savunmamıza rağmen, geniş yorumu isabetli sayıyoruz.

⁴³⁰⁷ Yargıtay bozup gönderse mahkeme beraat kararı vereceğine göre, 322. madde gereği işin esasına hükmetmesi halinde, olay mahkemesi gibi, beraat kararı vermelidir. 322. maddenin 4 numaralı bendinde "beraate hükmolunması gerekirse" denilecek yerde hiç ceza hükmolunmaması denmesini yadırgıyoruz. Zira böyle bir karar çeşidi kanunumuzda mevcut değildir. Diğer taraftan, Yargıtayın bu durumda kamu dâvasını ortadan kaldırma kararı (yani düşme kararı) vermesi de (7. CD 20/3/85 YKD 85/8 1255) yadırganmalıdır.

⁴³⁰⁸ 322. maddenin 1. fıkrasının 9 numaralı bendine 1985 de ekleme yapılırken muhakeme giderleri denilecek yerde yargılama giderleri denilmiş olması isabetli olmamıştır.

⁴³⁰⁹ CGK 28.9.1992 (E. 1992/190, K. 1992/237): Lehe temyiz davası üzerine Yargıtay; suç vasfında yanılığa düşüldüğünü belirlerse, cezanın tür ve miktarı yönünden kazanılmış hakkı saklı tutarak, yasaya aykırı olan hükmün bozulmasına karar vermelidir.

545. DÜŞME KARARI.

Düşme kararı Yargıtay'ın verebileceği kararları düzenleyen CMK 302'de yer almamaktadır. Buna rağmen, temyiz muhakemesi sırasında ister mahkeme hükmünden önce olsun ister sonradan⁴³¹⁰ ortaya çıkan, meselâ zamanaşımı gibi bir düşme sebebi bulunduğunu gören Yargıtay, düşme kararı verir.⁴³¹¹

Gerçekten, düşme sebepleri, muhakemeyi olduğu yerde durdurmakla kalmaz, durma sebeplerinden farklı olarak, devamını engeller. Yargıtay bu sebepleri, islâh sebeplerinden (CMK 303) farklı olarak, yargılamaının sonuna, yani temyiz uyuşmazlığının esası hakkında karar verecek duruma gelmeden önce de görebilir ve o anda yargılamaya son vermesi gerektiği için, esas hakkında karar vermesine zaten imkân yoktur, derhal düşme kararı verir.

Yargıtayın düşme sebebini, yargılaması sonunda görmesi de imkânsız değildir. Bu takdirde, düşme sebebi, lehte olan kararın verilmesini engellemez, sadece aleyhte karar vermek gerekiyor idiyse, onun yerine düşme kararı verilir. Meselâ beraat kararı aleyhindeki temyiz dâvası esastan reddedilecek duruma gelinmişse, düşme değil, ret (hatalı tâbirle onama) kararı verilir.

Davanın düşmesi kararı, asıl ceza dâvası ile birlikte talî dâvaları ve bu arada temyiz dâvasını da düşürür. Daha önce verilmiş bütün kararlar, kendiliğinden hükümsüz olur. Meselâ tutuklama kararı verilmişse bu karar da kalkar ve tutuklama kararı açıkça gerilimden tutuk salıverilir. Bunun gibi mahkemenin temyiz edilmiş hükmü de kendiliğinden ortadan kalkar.⁴³¹²

Görülüyor ki, *düşme* ile *hukuka aykırılık düzeltilerek davanın esası hakkında verilen kararlar*, mahkeme hükmünün ortadan kalkması sonucunda birleşeler dahi⁴³¹³ farklıdır: *Hukuka aykırılık düzeltilerek davanın esası hakkında verilen karar*, daima temyiz yargılaması sonunda verildiği ve hakiki hüküm olduğu, yani uyuşmazlığın esasını doğrudan doğruya çözdüğü halde, *düşme kararı* daha önce verilebilir ve uyuşmazlığı dolayısı ile çözdüğü için, hüküm sayılabilen bir karardır.

546. BOZMA KARARININ TEMYİZ ETMEYENLERE ETKİSİ.

I. Hükümün bozulmasının diğer sanıklara etkisi.

Bir hükümle⁴³¹⁴ birden fazla sanık hakkında karar verilmişse, bir gibi gözükmesine rağmen sanık adedi kadar hüküm var demektir. Sanıklardan bazıları hakkındaki kararlar temyiz edilmemiş olabilir. Bunlar hakkındaki hükümler kesinleşip yargı halini alır ve yargı otoritesine sahip olur. Ancak bu kaidenin istisnası olarak, hükmün bozulması bazı hallerde, hükmü temyiz etmemiş olan diğer sanıkları da etkiler (aşağıda II).

Hüküm 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 (CMK 306).

Görüldüğü gibi, CMK burada da CMUK'dan ayrılmış ve “*diğer bir sanık hakkındaki hükmün cezanın uygulanmasındaki aykırılıktan dolayı sanık lehine bozulması*” kriterini, yani “bozma sebebinin muhakeme hukuku hatası olmaması” ölçütünü terk etmiştir.

⁴³¹⁰ Hüküm tarihinden inceleme tarihine kadar mülga TCK'da öngörülen 6 aylık zamanaşımının dolmuş olması davanın ortadan kaldırılması nedenidir. (8CD. 17.5.2000, E. 2000/8212, K. 2000/8848).

⁴³¹¹ Zamanaşımı nedeni ile Yargıtayın düşme yerine hâlâ “ortadan kaldırma” kararı (CGK 28/11/77 YKD 78, 1888; 3/11/86 YKD 87/5 761) vermesi, eski alışkanlıklardan kolay kurtulunamadığının açık bir örneğidir. Buna karşılık bu durumda düşme (veya ortadan kaldırma) kararı yerine bozma kararı verilmesi (1. CD 24/10/86 YKD 87/2 283) acaba neyle açıklanabilir?

⁴³¹² Bunun için ayrı bir karar gerekmezse de, uygulamadaki tereddütleri önlemek için son kararın ortadan kalktığı açıklanabilir.

⁴³¹³ Bu ortak nokta, düşme sebebinin kanunda islâh sebepleriyle birlikte gösterilmesine yol açmıştır (CMUK 322: 1). Maddede “tahkikatın tatili” deniliyordu. Maksat düşme idi. 1973 değişiminde düşme diye açıklanması isabetli olmuştur.

⁴³¹⁴ *Kantar*, 391. Aynı mahkemeden aynı kararlar mahkûm edilmek şartının isabetsizliği tezine (*Kantar*, 391; *Erem*, n. 336) katılmıyoruz. Ayrı görülen dâvalarda da uygulamak istisnayı çok genişletir. Kaldı ki gerekirse olağanüstü kanun yoluna gidilebilir (Kunter, Semp. II, 98).

Geri kalan tek kriter, bozulan hususun temyiz etmemiş diğer hükümlülere uygulanabilecek bir nitelik taşımasıdır. Yani sadece bozulanı ilgilendiren bir durum yoksa, bunların da temyiz etmişçesine hükmün bozulmasından faydalanmaları kabul edilmiştir (CMK 306).

Bozma kararının temyiz etmeyenler bakımından gösterdiği bu tesire “genişleme etkisi” denildiği vardır.⁴³¹⁵ Temyiz etmeyenlerin, edenlerden daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaları *adaletle aykırı* görülmüş⁴³¹⁶ yargı otoritesi bakımından istisna tanımak yoluna gidilmiştir. Aynı suretle, temyiz edip dâvası kabule şayan görülmeleyenler de temyiz etmeyenler gibi bozmadan faydalanmalıdır.⁴³¹⁷

Bozma karardan diğer sanıkların da faydalanabilmesi için Yargıtay, diğer sanıklar bakımından da hükmü bozmalı ve bunu açıklamalıdır.⁴³¹⁸ Ancak, Yargıtayın ihmali, sanıkların bu hükümden faydalanmasına engel olmaz.⁴³¹⁹

Temyiz etmeyenlerin faydalanması adalet esasına dayandığından, maksat da esas mesele hakkındaki *hukukî hatalar bakımından bozmalardır*.⁴³²⁰

Kanun sadece *bozmadan* bahsetmiş ise de, Yargıtayın *lehte olarak esasa karar vermesi* halinde de diğer sanıkların faydalanmasını kıyas yolu ile kabul etmek lâzımdır.

Temyiz etmişçesine faydalanma kabul edilmesi, bu kimselerin bozmadan sonra verilecek yeni hükümleri de temyiz edebilmelerinin kabul olunması demek değildir.⁴³²¹

II. Verilen kararın başvurmayanları etkilediği diğer haller.

1. İstinafta.

İstinaf yolunda bölge adliye mahkemesinin dosya üzerinden yaptığı incelemede verdiği esas hakkındaki kararların (No. 525-3) sanık lehine olması halinde, bu hususların istinaf isteminde bulunmamış olan diğer sanıklara da uygulanma olanağı varsa bu sanıklar da istinaf isteminde bulunmuşçasına verilen karardan yararlanırlar (CMK 280/3).

2. Basit yargılamada.

Basit yargılamada verilen hükme itiraz üzerine açılan duruşmada verilen hükmün sanık lehine olması halinde, bu hususların itiraz etmemiş diğer sanıklar hakkında uygulanma olanağı varsa, bu sanıklar da itiraz etmiş gibi verilen karardan yararlanır (CMK 251/4).

547. YARGITAY'IN HÜKÜM VERDİKTEN SONRA YAPACAĞI İŞLEMLER.

I. Onama ve ıslah kararından sonra dosyanın gönderileceği makam.

1. Onama ve ıslah kararları ilk dereceye gönderilir.

⁴³¹⁵ Yurtcan, 392.

⁴³¹⁶ Kantar, 391.

⁴³¹⁷ 4. CD 30/4/54, 3563/3580. CGK 27.10.1998 (E. 1998/6-261, K. 1998/331, YKD 1999/691): Lehe bozmanın hükmü temyiz etmeyen sanığa sirayeti CMUK 325 uyarınca kabul edilmişse de, bozma kararına uyulmadığı takdirde hakkında hükmü temyiz etmeyen sanığa diğer sanığın temyizinin sirayeti mümkün olmadığından, «ilk kararı temyiz etmeyen sanığın direnme kararına temyiz etmesi» olanaksızdır. 11 CD. 23.9.1999 (E. 1999/5294, K. 1999/6457): İlk hükmü temyiz etmeyen sanığın diğer sanık yönünden yapılan bozmanın sirayeti üzerine kurulan ikinci hükmü temyize yetkisi yoktur. Ancak bozma, cezanın tatbikinde kanuna muhalefet sebebiyle olduğundan, kararı temyiz edemeyen sanığa da teşmil edilmiştir (Bu metin İstanbul Barosu bilgi bankası arşivinden alınmıştır).

⁴³¹⁸ Meselâ 4. CD 22/3/77, YKD 77, 1166.

⁴³¹⁹ Taner, 391; CGK 9/10/30; 4. CD 7/9/40, 1605/8169, k-m: Kantar, 392.

⁴³²⁰ Temyiz etmeyenlere tesirin, bozmaya değil de, temyiz dâvasına bağlanması tezi (*Tosun*, II 228; *Erem*, n. 336) temyiz dâvasında istek ve süre gibi şartları ortadan kaldırır. Kaldı ki adaletsizlik olduğunu söylemek için henüz vakit erkendir. Kesinleşen cezaların yerine getirilmesine sebep, temyiz etmeyenin kendisidir. Bizce sadece, ölüm cezası bakımından bir istisna kabul edilmelidir (Kunter, Semp. II. 99).

⁴³²¹ CGK 12/7/48, 162/121 k-m: *Erem*, n. 336.

Yargıtay, temyiz isteminin esaslan *reddi* (CMK 302/1) veya *hukuka aykırılığı düzelterek davanın esası hakkında karar verirse* (CMK 303), dosyayı *ilk derece mahkemesine* gönderir.

2. 2019-7165 sK ile yapılan değişikliğin anlamı.

2019-7165 sK ile yapılan değişiklik öncesinde Yargıtay'daki dosya hükmü vermiş olan bölge adliye mahkemesine gönderiliyordu. Değişiklik sonrasında bu mahkemeye sadece kararın bir örneği gönderilmektedir. Gönderme işlemini Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı yerine getirir (CMK 304/1).

İlk derece mahkemesinin hükmü hatalı olduğu iddiası ile istinafa taşınmış ve ikinci derece olan istinafa incelenmiştir. İstinaf mahkemesi ise, yaptığı incelemede istinaf başvurusunu esaslan reddetmiştir. Bu karar temyiz edilmiş ve Yargıtay istinaf mahkemesinin verdiği kararın doğru olduğunu saptamış ve istinaf mahkemesinin verdiği hükmü onamıştır. Burada belirlenmesi gereken husus, Yargıtay'ın onadığı kararın kimin kararı olduğudur. Eğer onanan karar ilk derece mahkemesinin verdiği karar ise, onanan kararın ona gönderilmesi doğrudur. Fakat söz konusu karar istinaf mahkemesinin kararı ise, bunun ilk dereceye değil, kendisi de bir esas mahkemesi olan istinaf mahkemesine gönderilmesi doğru yoldur.

Kanun koyucu doğrudan ilk dereceye gönderilmesi yolunu tercih etmişse de (CMK 304/1), bizce meseleye *genel dava teorisi* (No. 93) kamu davasının nitelikleri açısından yaklaşmak gerekir. İlk derece mahkemesinde iddianame ile açılan kamu davasında hüküm kurmak ve bunu açıklamakla, ilk derece mahkemesi işten el çekmiştir. Dava istinaf edilmek ve kabul edilmekle ikinci dereceye aktarılmıştır (No. 514, 525-2, V). İstinaf mahkemesi ön incelemesinde kabule şayan bulunduğu istinaf tali davasında dosya üzerinden esas açısından incelemiş ve *davanın yeniden görülmesi kararı* (CMK 280/1-g) kararı vererek kamu davasını kovuşturma evresine geri döndürmüştür. Bu aşamadan sonra vereceği bütün kararlar kendi kararlarıdır. Davanın yeniden görülmesi kararı verilmeden önce *denetim muhakemesi* yaparken, bu karadan sonra kendisi esas mahkemesi halini almıştır.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, istinaf mahkemesinin verdiği ve Yargıtay'ca onanan hükmün ilk derece mahkemesine gönderilmesini (CMK 304/1) doğru bulmuyoruz. Bölgesel yapısı nedeniyle, ilk derece mahkemesinin bulunduğu yerde yerine getirilecek olan bu kararın, istinaf mahkemesi tarafından bu mahkemeye gönderilmesi bizce doğru idi.

II. Bozma kararından sonra dosyanın gönderileceği mahkeme.

1. Dosyanın bölge adliye mahkemesine gönderilmesi.

Yargıtay bozma kararı verirse, istinaf mahkemesinin verdiği hüküm ortadan kalkar. Bu nedenle dosya esas hakkında karar vermesi için, hükmü bozulan bölge adliye mahkemesine veya diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderilir (CMK 307/2, cü.1). Zira bozmadan sonra muhakemenin kovuşturma evresine geri dönülür, soruşturma evresine geçilemez; evre ayrımı kesindir. Bu nedenle Kanun da, dosyanın sadece *mahkemeye* gönderilmesini kabul etmiştir. Bu nedenle, *soruşturma* şöyle veya böyle yapıldı veya yapılmadı diye bozmamak gerekir.

2. Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi.

Yargıtay'ın bozma kararı istinaf mahkemesinin verdiği *istinaf başvurusunun esaslan reddi kararına* (No.525-3) ilişkin ise, dosya gereği için ilk derece mahkemesine gönderilir (CMK 304/2-a).

İstinaf mahkemesinin temyiz edilen kararı *hukuka aykırılığı düzelterek istinaf başvurusunun esaslan reddi kararı* olup, bu karar Yargıtay tarafından bozulmuşsa, dosya bozma kararının içeriği doğrultusunda kararı veren ilk derece mahkemesine veya uygun görülürse bölge adliye mahkemesine gönderilir (CMK 304/2-b).

Bozmadan sonra davanın görüleceği mahkeme, mülga Kanuna göre geniş mânâda *yetkisizlik* sebebiyle bozulmuşsa, *yetkili mahkeme* idi (CMUK 323). CMK *yetki meselesini* istinaf aşamasında hallettiği (CMK 279/1-a) için, bu hüküm temyize eklenmedi.

3. Hükmü bozulan mahkeme dışında bir mahkemeye gönderme sorunu.

Bozmadan sonra dava, mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre, ya hükmü bozulan mahkeme, ya da civarda o seviyedeki⁴³²² diğer mahkemeye gönderilirdi (CMUK 322/3).

Mülga Kanundaki bu hüküm de istinafa aktarıldı: bölge adliye mahkemesi istinaf edilen ilk derece mahkemesi hükmünde *hukuka kesin aykırılık* (CMK 289) bulunduğunu tespit eder veya ceza mahkemesi şartının gerçekleşmediğini, önödeme, uzlaytırma uygulanmadığını veya ilk derecede görülmekte olan bir dava ile birleştirme zorunluluğu bulunan hallerde hükmü bozar ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolunmak üzere *hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine* gönderilmesine karar verir (CMK 280/1-e ve f).

Ancak, halen devam eden uygulamada dosya çok defa hükmü bozulan mahkemeye gönderilmektedir. Biz istinaf veya temyizde yapılan bozmadan sonra, her durumda davaya aynı mahkemenin bakmasına yol açan bu uygulamaya karşıyız: *bozmadan sonraki derecede* davaya bir başka mahkemenin bakması, hukuki bir garantidir. Nasıl yargılamanın yenilenmesinde *davaya bir başka hâkimin bakması* (CMK 23/3) kabul edildi ise, bozmadan sonraki derecede de, Alman Hukukunda olduğu gibi (StPO), davaya başka bir mahkemenin bakması benimsenmeli idi.

Dosyanın diğer bir mahkemeye gönderilmesi, bir hâkimin verdiği bir hükmün başka bir hâkim tarafından tetkike tâbi tutulması sonucunu doğurur. Bu sebeptir ki diğer bir mahkemeye göndermekle, bir diğer dereceye geçilmiş olmaktadır. Buna “bozmadan sonraki derece” denilmektedir (No. 549). Dereceler zarurî olmadığından, bu dereceden vazgeçme mümkündür. Bizde başka mahkemeye göndermek, yetkisizlikten başka bozmalarda ihtiyarîdir. Bir başka mahkemeye göndermek, hükmün kollektif olarak verilmesi, yani daha fazla sayıda hâkimin görüşünden ve mütalâasından faydalanmayı sağlaması bakımından tercih edilmelidir.⁴³²³ Uymama yetkisi kaldırılmadığı sürece, başka mahkemeye göndermek, yersiz uymamaları da önleyecektir.

548. BOZMAYA DİRENME.

Yargıtay’ın bozma kararından sonra dosyanın gönderildiği mahkeme (No. 547, II), *kendi verdiği hükümde direnme veya bozmaya uyma* konusunda bir karar verir. Direnme yetkisi sadece kararı bozulan mahkemeye tanınmamıştır; bozmadan sonra dosyanın gönderildiği başka mahkeme de direnme kararı verebilir.

Ancak, Yargıtay’ın bozma kararı hükümdeki bazı eksiklikler nedeni ile verilmişse, bunların giderilmesi mecburiyeti bulunduğundan, direnme kararı verilemeyeceği gibi,⁴³²⁴ görev ve yetkiye ilişkin bozma kararlarına karşı da direnilemez.⁴³²⁵ Diğer taraftan, istinaf mahkemelerinin kararlarına karşı direnme kabul edilmediği de unutulmamalıdır (CMK 284).

I. Direnme kararı tipleri.

Yargıtayın kararı ile “bozulan” hüküm, dünyanın her yerinde, hemen ortadan kalkar. Zira bozma, aykırı işlemi Yargıtayın kayıtsız şartsız iptal etmesi, ortadan kaldırması demektir. Bozmadan sonra dosya kendisine gelen mahkeme, “işin başında”, “ben ısrar ediyorum” daha doğrusu “ben bozma kararına uymuyorum” diyemez. Çünkü böyle bir davranış, direnme kararı temyiz edilmezse hüküm hiç bozulmamış gibi olacağına göre, “ben bozma kararını kabul etmiyorum” veya “veto ediyorum” anlamına gelir ve bozma kararının varlığı ve dolayısı ile hükmün ortadan kalkışı mahkemenin uyması, kabul etmesi şartına bağlanmış olur ki, bu da hukukî hata bakımından denetim için en yüksek mahkemeye gidişe ve onun kanun yolu makamı olarak verdiği kararın kesin olması ilkesine aykırı düşer.

Bu nedenle dünyanın hiçbir yerinde, bozmadan sonra ve işin başında mahkemelerin “ben uymuyorum” diyebilmesi kabul edilmemiştir. Bu imkân, sadece, o da 1927’den sonra olmak üzere Türk

⁴³²² CMUK 322. maddede “o derecede” denilmesi hatalı idi.

⁴³²³ Kanunda “veya” denilmekle iki mahkeme arasında tercih yapılmadığı belirtilmiştir. Bu sebeple “birincisi kaide, ikincisi istisnadır” denilmesinde (Erem, 610) isabet görmüyoruz.

⁴³²⁴ Kazancı 2021, 287; Özen 2023, 1550.

⁴³²⁵ CGK 23.6.2015, E. 2014/8-828, K. 2015/249 (Kazancı 2021, 288’dan naklen).

muhakeme hukukunda kabul edilmiştir. İşin başındaki uymamaya bizde ısrar denileğeldiğinden, işin başında söz konusu olan bu ısrara “*Türk tipi ısrar*” demekteyiz.⁴³²⁶

Bir de “*Fransız tipi ısrar*” vardır. Yargıtayın bozma kararına başta mecburî olarak uyduktan ve gereken yargılama işlemlerini yaptıktan sonra, yeni duruma göre mahkemenin yeni bir hüküm verirken eskisinin gerekçeleri ile yani Yargıtayın hukukî görüşünü kabul etmiyerek, eskisinin aynı bir hüküm verebilip veremeyeceği ayrı bir sorundur. Başta söz konusu olan uyup uymama sorunundan ayırmak için buna “Yargıtayın hukukî görüşü ile bağlı olup olmamak sorunu” diyoruz. Bu sorun da dünyanın hemen her yerinde, yüksek mahkemenin görüşü ile bozulan kararı vermiş olan veya dosya kendisine gönderilmiş bulunan mahkemenin o dâvada bağlı tutulması biçiminde çözülmüştür. Sadece tarihî nedenlerle Fransa’da 1790’dan bu yana ve onun tesiri ile Belçika’da yapılan yeni muhakeme sonunda, mahkemenin aynı gerekçelerle eskisinin aynı hüküm verebilmesi kabul edilmiştir.⁴³²⁷ Bizim Muhakeme hukukumuzda da 1868’den 1927 ye kadar yarı-Fransız tipi ısrar kabul olunmuştu. Zira hükmü bozulan mahkeme muhakeme-dışı hukuk bakımından bozmalarda Yargıtayın görüşüne göre hükmünü düzeltmeğe mecbur iken sadece muhakeme hukuku bakımından aykırılıklar nedeni ile bozmalarda Yargıtayın hukukî görüşü ile bağlı değildi. Bu bağlı olmamak “ısrar hakkı” diye adlandırılıyordu. Fakat verilen karar “ısrar kararı” olmayıp yeni bir “hüküm” idi. Burada söz konusu olan ısrarın ikinci çeşidi idi, yani işin başında verilen ve uymama mânâsına gelen ısrar değil, uyduktan sonra verilen ve eski hükmün tekrarlanması mânâsına gelen ısrar idi.

II. Direnme.

Bugün Türk Muhakeme Hukukunda⁴³²⁸ (CMK 307/3, CMUK 326/3, HMK 373) mahkemelere *direnme hakkı* tanınmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu istinafta direnmeyi kabul etmemiştir (CMK 284). Bu *ısrar*, 1927’ye kadarki ısrardan farklı olarak, işin başında verildiğine göre, *bozmaya uymama* anlamındadır. Gerçekten, mahkemenin kesinleşmemiş hükmüne karşı Yargıtaya gidildiğinde, yani olağan temyiz yolunda⁴³²⁹ bozmadan sonra dosya kendisine gelen mahkeme, ilk iş olarak, ısrar edip etmeyeceği, daha doğrusu bozmaya uyup uymayacağı konusunda bir karar verecektir. Bu nedenle ve “direnme” diye Türkçeleştirmenin yersizliği karşısında, bugünkü ısrar kararına “uymama kararı” demek tercih edilmelidir.⁴³³⁰

Hukukumuzda yarı-Fransız tipi ısrardan Türk tipi ısrara geçiş, tahminimize göre⁴³³¹, birinciyi yanlış anlamamanın ve hatalı uygulamanın sonucudur.

III. Uyma veya direnme kararı verme duruşması.

⁴³²⁶ Tafsilât için Bk. *Kunter*: Türk Muhakeme Hukukunda İsrar Hakkı, No. 12 (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 50. yılı dolayısı ile İstanbul Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsünce düzenlenen Sempozyuma sunulan raporun metni) İHFM “45-47”. 1979-1981, No. 1-4, s. 173.

⁴³²⁷ Fransa’da mahkeme, mecburî uymadan sonra yaptığı yargılama sonunda yine eski sonkararın aynı olan ikinci bir sonkarar verebilir. Bu sonkarar birinci defa temyiz edilirken ileri sürülen sebeplerle yeniden temyiz edilirse meseleyi Yargıtay Genelkurulu halleder (CPPF 619). Uymadan sonra verilen yeni bir sonkarar bahis konusu olduğundan bizdeki 1927 sonrası karardan, daha doğrusu uymama durumundan farklıdır (*Kunter*: Semp. II, 104; Türk Muhakeme Hukukunda ısrar hakkı).

⁴³²⁸ Mehaz kanun uymama yetkisini tanımadığından, İstanbul Komisyonu da tanımamıştı. Duruşmasız yargılamalar sonunda verilen kararlara münhasır bir uymama yetkisi Ankara’da ilâve edilmiş ve kanun böylece kabul olunmuştur. 1936 tâdilinde uymama yetkisi, Yargıtayın ilk tetkikinde verdiği her çeşit bozma kararına karşı kabul edilmiştir. Uymamanın kabul edilmemesi, bir diğer söyleyişle mahkemenin uymağa mecbur olması Anayasaya da (AYM: 13/2/68 RG 14/9/68), Hukukun esaslarına da aykırı değildir.

⁴³²⁹ Olağanüstü temyizde bozma kararına uyulur.

⁴³³⁰ “Uymama” yerine “ısrar” denilmesi doğru değildir. İsrar terimi, sistemimizin Fransa’daki ile karıştırılmasına sebep olmaktadır. “Uymama” yerine son zamanlarda “direnme” denilmesi, ısrar ile direnme arasındaki fark yüzünden de yersizdir. Fikirden çok eylemi ifade eden direnme, normal olarak hukuka aykırı bir davranıştır. Sadece zulme karşı direnme, başka hukukî çare olmadığından, hukuk tarafından caiz görülmektedir. Uymama ile direnme ayrı şeyler olduğundan, kanunun direnmeyi kabul etmediği hallerde Anayasaya (m. 125) dayanmakta (Vergiler Temyiz KG: 7/5/69 ABD 69/4, 769) isabet yoktur. Erem’in 6. basıda (n. 337) uymama kararı terimini sadece alt-başlıkta da olsa kullandığını görmek bizi sevindirmiştir.

⁴³³¹ Yarı-Fransız tipi ısrardan Türk tipi ısrara geçişimizin muhtemel nedenleri hakkında Bk. *Kunter*: Türk Muhakeme Hukukunda “ısrar hakkı”.

1. Bozmadan sonra yapılan duruşma.

Uyma ve direnme kararını vermek için yapılan bu duruşmanın özel bir durumu vardır. Zira dünyada bir eşi olmayan bu duruşma, uyup uymama konusunda bir karar verilince sona erer. Ancak uyma kararı⁴³³² verildikten sonradır ki normal nitelikte olan ve dünyanın her yerinde rastlanan yeni bir duruşma başlayacaktır.

Yargıtay'dan verilen bozma kararı üzerine davaya yeniden bakacak olan bölge adliye mahkemesi veya ilk derece mahkemesi ilgililere bozmaya karşı diyeceklerini sorar (CMK 307/1).⁴³³³ Duruşmaya gelen sanığın kimliğinin yeniden tesbiti, şüphelenilecek bir durum olmadıkça gerekmez.

Bunun için sanığın görüşünün alınacağı bir celse açılır (CMK 307/1). Sanığın görüşünün alınması, bizzet sorgu niteliğindedir ve zaman aşımını keser. Yargıtay bu konuda aksi görüştedir.⁴³³⁴

Uymadan önceki duruşmaya sanık, müdafî, katılan ve vekili çağırı kâğıdı ile çağırılacaktır (CMK 307/2). Bunlar dosyada varolan adreslerine davetiye tebliğ edilememesi⁴³³⁵ veya davetiyenin tebliğ edilmesine rağmen duruşmaya gelmemeleri halinde *bozmaya karşı beyanları saptanmamış olsa da*, duruşmaya devam edilerek⁴³³⁶ ve uyma veya uymama kararı verilebilecek⁴³³⁷ ve *dava yokluklarında bitirilebilecektir* (CMK 307/2, cü.1).

2. Uyma kararı.

Yargıtay'dan verilen bozma kararı üzerine dosya ilk derece mahkemesine gönderilirse (No. 547, II) ve ilk derece mahkemesi bozmaya uyarırsa, yeniden vereceği hükme karşı istinaf ve temyiz sınırlarına bakılmaksızın sadece temyiz yoluna başvurulabilir (CMK 307/3).⁴³³⁸

⁴³³² CGK 21.9.2004, K. 149/271): Yargıtayın bozma kararı üzerine 2 no'lu bozma nedenine uyan esas mahkemesi, 1 no'lu bozma nedenine karşı önceki gerekçeli kararın tarih ve sayısını değiştirip, aynen yinelemek suretiyle direnmiş, 3 No'lu bozma nedeni hakkında ise, uyma veya direnme kararı vermeksizin, ilk hükümde olduğu gibi uygulama yapmıştır. Hükümün bozulması ile tamamen ortadan kalkacağı için esas mahkemesinin yeniden hüküm kurması ve gerekçesini göstermesi zorunludur. Esas mahkemesi bozmadan sonra karar verirken, direnme nedenlerini göstermez, bozma kararına niçin uyulmadığını açıklamaz, fakat bozulan kararın tarih ve sayıları değiştirmek suretiyle yeniden ve aynen yazarsa, bu yazım "gerekçe" sayılmaz.

⁴³³³ Mülga Kanunu, önceleri bozmadan sonra dosya kendisine gelen mahkemenin uyup uymama konusunda karar verinceye kadar ne yapılacağını göstermemiştir. 1985-2306 numaralı kanun biraz açıklık getirdi: *mahkemenin uymama yetkisi olduğuna göre, önce uyup uymama konusunda bir karar verecek, bunun için de ilgililere bozmaya karşı ne diyeceklerini soracaktır*, hükmü (CMUK "1985-3206" 326/1) yürürlüğe girdi.

⁴³³⁴ Ceza yargılamasında yapılan işlemler, yapıldıkları tarihte yürürlükte bulunan kanun hükümlerine göre geçerlilik kazandıklarından, daha sonra yapılan değişikliklerin geçerlilik üzerinde etkisi yoktur. Fakat dikkat edilmesi gereken nokta, yapılan değişikliğin, değişikliğe uğrayan normun standardında bir yükselme meydana getirip getirmediğidir. Standart bakımından bir yükselme meydana gelmişse bu durumda eğer işlemin tekrar edilme ihtimali varsa, işlem tekrar edilmelidir. Ceza Genel Kurulu 13.6.2006, 122-162 sayılı kararında, sanığa bozmaya karşı diyeceklerinin sorulmasını teknik anlamda sorgu kapsamında değerlendirmemiştir (CGK 13.6.2006, 2006/122-162). Doktrinde de bu görüş savunulmaktadır (Kazanıcı 2021, 287). Bizce sorgu teknik anlamda bir müdafaa vasıtasıdır ve olayda Ceza Genel Kurulunun "teknik anlamda sorgu değildir" şeklinde kabul ettiği işlem, TCK 67/2 bakımından zamanaşımını kesen bir hal olarak kabul edilmelidir.

⁴³³⁵ Kusuru olmadan davetiyenin tebliğ edilememesi yüzünden ilgilinin hazır bulunamaması halinde idida veya müdafaa hakkının zedeleneyeceği açıksa da, biz uymama kararının verilmesini yersiz bulduğumuzdan, işine gelen uyulsun, gelmeyen uyulmasın diyeceğinden, çok büyük bir ihtimalle de mahkemeye ışık tutabilecek bir gerekçe göstermeyeceğinden, uymadan önceki duruşmada bunların hazır bulunmasının pratik bir yararını görmüyoruz. Ancak bugünkü durumda mahkeme uymaya da karar verebileceğine ve bu da bozmaya göre sanık aleyhine olabileceğine göre, hukukçu olan müdafii uyup uymama konusunda mahkemeye andınatabileceği de açık olduğundan, müdafî hazır değilse sanık aleyhine uymama kararı verilememeli, kanun bu yolda değiştirilmelidir. Uymadan sonraki duruşma ise farklıdır ve kaide olarak, bozmadan önce yapılmış olan soruşturmadaki normlara göre yapılmalıdır.

⁴³³⁶ Kanunda duruşmaya devamdan söz edilmesi isabetsizdir. Duruşma henüz başlamamıştır ki devam etsin. Gıyapta bitirme tâbiri de yersizdir. Zira gaiplik durumu söz konusu değildir. "Hazır olmadan" veya daha üst kavramla "yokluklarında" denilmeliydi. Yargıtay'ın bozma kararı üzerine davaya yeniden bakacak mahkeme, ilgililere bozmaya diyeceklerini sorar. Sanık veya müdahil ve vekillerine davetiye tebliğ olunamaması veya davetiye tebliğ olunmasına rağmen gelmezlerse duruşmaya devam olunarak dava gıyapta bitirilebilir (8.2.2000, E. 2000/18, K. 2000/22).

⁴³³⁷ CMUK "1985-3206" 326/2'deki bu kural, CMK 307/2 olarak yeni kanuna alınmıştır.

⁴³³⁸ Bu kural Kanuna 2019 yılında 7165 sayılı Kanun ile eklenmiştir.

3. Eylemli uyma.

Uyma kararı açıkça verilebildiği gibi, *eylemli uyma* şeklinde, yani uyulduğunu gösteren işlemler yapmakla zımnî olarak da verilebilir.⁴³³⁹ Esas mahkeme, bazan bozma kararı dairesinde hareket ettiği, yani fiilen uyduğu halde, neticede eski kararını verir ve bunu *direnme* diye adlandırır, bu karar hakikatte direnme, daha doğrusu uymama kararı değil, yeni bir hükmüdür. Temyiz edilirse Genel Kurula değil, daireye gider.⁴³⁴⁰

4. Direnme kararı verilmesi.

Hükmü bozulan mahkeme direnme kararı verirse, direnmesinin gerekçelerini de gösterecek, yani Yargıtayın hukukî görüşünü neden kabul etmediğini açıklayacaktır. Eski hükmün yeni baştan yazılması gerekmez. Bunu istemek⁴³⁴¹, işleri uzatmaktan başka bir işe yaramayacaktır, zira mahkemenin direnmesi ile, uyma şartına bağlı bozma kararı hükümsüz kalmıştır.⁴³⁴²

Direnme kararı, kararına direnilen Yargıtay dairesine gönderilir.⁴³⁴³ Daire direnme kararını en kısa sürede inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir (No.). Yerinde görmezse, dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gönderir (CMK 307/4). Karar düzeltme mekanizması 2016-6763 sayılı Kanun ile sisteme girmiştir. Yapılan bu düzenleme ile, direnme kararının otomatik olarak, yani temyiz edilmese bile kendiliğinden özel daire ve sonrasında Genel Kurul tarafından inceleneceğini ifade eder tarzda kaleme alınmışsa da, biz davasız yargılama olmaz ilkesini uygulayarak, direnme kararının sadece, aşağıda açıklanan şekilde, temyiz edildiği hallerde karar düzeltmeye ve genel kurula gidebileceği görüşündeyiz.

IV. Direnme kararını temyiz etme yetkisi.

1) Direnme kararına karşı temyiz yolu açıktır.⁴³⁴⁴ Hükmü temyiz edebilenler, direnme kararını temyiz edebilirler.⁴³⁴⁵ Temyiz edememek, cevap verememek sonucunu doğurmaz.

⁴³³⁹ Tatbikatta ısrar etmeme şeklinde tecelli eden kararlara uyma kararı adı verilmekte, zımnî olanlara da fiili (eylemli) uyma denilmektedir (CGK 11/6/62, Çağlayan “66” III, 179).

⁴³⁴⁰ CGK 2/5/38, 30/28; 13/12/48, 166/197; 15/2/65 Çağlayan “66” III, 229; 10/11/86 YKD 87/9 1379.

⁴³⁴¹ CGK 5/2/73 RKD 73, 36; 20/10/75 İKİD 76, 3981; 12/77/76 YKD 77, 1613 AsYDK: 17/1/69 İKİD 69, 7855. Bu demektir ki uyulmayan kısımlarda değişiklik yapılamaz (CGK 1/2/65, RKD 66, III, 4).

⁴³⁴² Biz de yaygın olan görüşün tesirinde kalarak ve bozulan kararın Türk tipi ısrar sisteminde uyma kararı ile hemen kalmadığını gözden kaçırarak uyma kararının yeni bir hüküm gibi yazılması gerektiği tezini benimsemiştik. “Uymama kararı vermek için beraat eden sanık ille bulunup ne diyeceği sorulmalıdır” diyen karar gerekçesi olarak “sonkararın bozulma ile kalktığı” ileri sürülünce, bu tezin yersizliğini gördük. Sonkararın yeni baştan yazılması, hele uzun kararlarda katlanılması çok güç bir yüküktür ve sadece sonkararın bozma ile hemen kalktığı sanılmasının sonucudur. Gerçi bozma ile sonkarar dünyanın her yerinde kalkar ama, bizde uymama kabul edildiğinden bozma kararı tesirini uyma şartının gerçekleşmesinde gösterir, yani bozulan karar ancak uyma kararı verildiğinde ortadan kalkar. Ondandır önce kalkmış saymak için hiçbir sebep yoktur. CGK 20.6.1994 (E. 1994/157, K. 1994/175): Bir kararın direnme kararı olabilmesi için önceki kararlar aynı olması gerekir. Bozmadan sonra yeni ve değişik gerekçeye açıklamalara ve kanıtlara dayanarak verilen karar direnme kararı olmayıp yeni bir karardır. CGK 21.2.1994 (E. 1994/40, K. 1994/62): Ceza yargılamasında bir karar bozulmakla tamamen ortadan kalkacağından yerel mahkemeye verilecek direnme kararlarında CMUK’na uygun olarak yeniden hüküm kurulması zorunludur. Bozmadan sonraki kısa kararda “eski hükümde direnilmesine” karar verilip, yeni hükmün ne olduğunun açıkça belirtilmemiş olması usule aykırılık oluşturur.

⁴³⁴³ Direnme bozma kararının bir kısmına yönelik de olabilir. Bu gibi hallerde uyulan kısım bakımından incelemeyi Yargıtay özel dairesi yapacaktır (Kazanıcı 2021, 289).

⁴³⁴⁴ Direnme kararı, meselâ aleyhe bozmaya karşı verilmesinde olduğu gibi, sanık lehine de olsa, “sanık aleyhine bozmaya gidilmez” diye sanığın temyiz davasını kabul etmemek (CGK 14/2/66, Çağlayan “66” III, 225; 28/6/65 Çağlayan “66” III, 228) hatalıdır. Sanık lehine temyiz edilmişse aleyhe bozulmaz diye bir kaide yoktur. Sanık aleyhine de bozulabilir, fakat eskisinden ağırceza verilemez. Kaldı ki Genelkurulun sanık aleyhine bozacağı da muhakkak değildir.

⁴³⁴⁵ İlk kararı temyiz etmeyen tarafın (meselâ dâvacının) uymama kararını temyiz edemeyeceği görüşünün (HG: 21/5/76 YKD 77, 461) ceza muhakemesinde yeri olmamalıdır. Meselâ savcı temyiz etti diye sanık etmemiş olabilir. Direnme kararını savcı belki temyiz etmeyecektir. Sanık niçin mağdur olsun.

2) Direnme kararı temyiz edilmezse veya edilip de temyiz dâvası kabul edilmez veya reddedilirse, evvelce bozulmuş olan daha doğrusu bozulma şartı bağlanmış olan hüküm kesinleşir ve yargı halini alır.⁴³⁴⁶

3) Direnme kararının temyiz edilmesinin sonuçları, hükmün temyiz edilmesinin sonuçlarıdır.

Direnme kararına karşı temyiz dâvası açıldığında, yargılama makamı Ceza Genelkuruludur (CMK 307/3).⁴³⁴⁷

4) Ceza Genel Kurulunun direnme üzerine yaptığı yargılama, temyiz yargılamasıdır, Ceza Genelkurulu, “Yargıtay” olarak hareket ettiğinden duruşma yapılması mümkünse de (CMK 299), tatbikatta Ceza Genelkurulunda duruşma kabul olunmamaktadır.

Ceza Genelkurulu temyiz yargılamasını daire gibi yapar ve onun verdiği ön ve sonkararları verir. Genelkurul, mahkeme ile dairenin görüşlerinden birine uymağa mecbur değildir.⁴³⁴⁸

Ceza Genelkurulu temyiz dâvasında yargılama makamı olarak hareket ettiğinden, kaide olarak, temyiz dâvasında gösterilen bütün ihtilâflı noktaları ele almalıdır.⁴³⁴⁹

5) Direnme üzerine Ceza Genelkurulunun verdiği bozma kararlarına uyma mecburîdir (CMK 307/3).

V. Direnme istisnadır.

Direnme yetkisi, bizim durumumuzda başka hiçbir Devlet yokmuş gibi sadece bizde bulunmasının acayıplığı de göstermektedir ki, çok istisnadır. Bu nedenle uygulama çok sınırlı olmalı, istisna genişletilmemeli ve çok büyük bir ihtiyaç olmadıkça Genelkurula gidilmemelidir. Direnmenin istisna oluşundan çıkan sonuçları şöyle sıralayabiliriz:

1) Aksine açıklık olmadıkça, özel muhakeme kanunları bakımından uygulanmamalıdır.

2) Bir kere uyma kararı verildikten sonra dönülüp direnme kararı verilememelidir.⁴³⁵⁰ Zira, bu istisnai yetki bir kere için verilmiştir. Buna karşılık direnmenin kısmî olması mümkündür. Bir sanığın bir eyleminden dolayı açılan dâvada mahkeme bozma sebeplerinden bazılarını hukuka aykırı bulursa onlar bakımından direnme kararı verebilecektir. Fakat hukuka uygun gördüğü sebepler bakımından uymaması

⁴³⁴⁶ Direnme kararlarının resen temyiz edilmesinin daha doğru olacağı görüşü (*Erem*, n. 337), iddia olmadan yargılama olmaz esasına ve Yargıtayın en yüksek mahkeme olarak temyiz muhakemesinde verdiği kararın kesin olması ilkesine aykırı düşer. Bu tez, olsa olsa, daire kararının şartı bağlanmasının yersizliğinin sezilerek bir çeşit otomatik kanun yolu açmak istendiğini gösterir. Ne var ki durum, otomatik kanun yolunda, meselâ 15 yıl ve daha fazla mahkûmiyetlerin otomatik temyizinde olduğundan farklıdır. Zira burada, *Erem*'in isteği gibi otomatik temyiz kabul edilirse, denetlenen aslında, mahkemenin uymama kararı değil, dairenin bozma kararı olacaktır. Direnme kararı tarafları tatmin etmişse, Ceza Gene Kurulunu neden meşgul edelim.

⁴³⁴⁷ İcra ve İflâs işlerine bakan 12. Hukuk Dairesinin ceza kararlarına uyulmadığından, bu Daire de Ceza Genel Kurula katılır.

⁴³⁴⁸ Meselâ mahkemenin beraat kararı verdiği bir eylemi daire vazifeyi (doğrusu yetkiyi) kötüye kullanma diye tavsif ettiği halde uymamadan sonra Genelkurul sahtekârlık diye bozmuştur (CGK 4/12/44, *Çağlayan* “66”, III, 184).

⁴³⁴⁹ Tatbikatta Genel Kurulun halledeceği uyuşmazlığın, daire ile mahkeme arasındaki uyuşmazlık olduğu kabul edilmekte ve temyiz edenin gösterdiği sebep bakımından uyuşmazlık hatalı olarak çözülmektedir. Meselâ tam teşebbüs ile mahkûm olan sanık beraat kararı verilmeli idi diye temyiz etmiş, daire nakis teşebbüs diye bozmuş, mahkeme nakis teşebbüsü kabul etmiş, fazla olarak fer’i iştirak normunu da kullanmış, daire fer’i iştiraki doğru bulmayarak bozmuş, mahkeme uymamış, sanık yine beraat kararı verilmeli idi diye ısrar kararını temyiz etmiş, Genel Kurul sanığın ileri sürdüğü sebebi incelememiş, bozarsam sanık aleyhine olacak, halbuki sadece sanık lehine temyiz edilmiştir diyerek, ısrar konusunu tetkik dahi eylememiştir (CGK 28/3/38, 1-73 neşredilmemiştir).

⁴³⁵⁰ CGK 6/7/64 (*Çağlayan* “66” III, 177); 1/2/65 (*Çağlayan* “66” III, 230) Bunun için “usulî müktesep hak”ka dayanılmasını yermeye Postacioğlu (s. 753) haklıdır. Ancak “eski hâkimin uyma kararı ile yeni hâkim bağlanıyor” tenkidi haksızdır. Yeni hâkim elbet bulduğu yerden yargılamaya devam edecektir. Sonunda yine ilk kararı vermesi, uymama teşkil etmeyeceğinden, mümkündür. CGK 2.10.1989 (1989/212, K. 1989/272): Mahkemece, direnme kararı verilmeyip özel daire bozma kararına uyulduktan sonra inceleme yapılarak yeniden beraat kararı verilmesi olanaklıdır. Ancak bu karar, direnme olmayıp yeni bir karardır.

ve ana kaideden ayrılması için sebep yoktur. Kısmî uymalar yüzünden yapılan yargılama bitip yeni bir hüküm verilmedikçe, direnme kararından dönmek için de haklı bir sebep yoktur.⁴³⁵¹

3) Yargıtayın temyiz şartları bakımından yanılmış olması sebebi ile de direnme kararı verilememelidir.⁴³⁵² Zira direnme sadece bozma sebepleri bakımından kabul edilmiştir.

4) Hangi sıfatla hareket ederse etsin⁴³⁵³, Ceza Genelkurulunun bozma kararlarına direnme da kabul edilmemelidir. Zira, bozmaya uymamadan sonra genelkurula gidilmesi de gösteriyor ki direnme sadece daire kararları bakımındandır.

5) Direnme yetkisi dairenin sadece bozma kararları bakımından kabul edildiğinden, dairenin diğer hükümlerine, yani tasdik denilegelen ret kararı ile islâh ve düşme kararlarına direnme söz konusu olmamalıdır. Zira bu kararlar mahkemeye yapacak iş bırakmamaktadır.

6) Sadece madde, yer ve kişi gibi hangi yönden olursa olsun yetkisizlik⁴³⁵⁴ veya eksik soruşturma nedeniyle bozmalarda, direnme kararı verilememelidir.

7) Olay mahkemesi olarak görev yaptığı hallerde Yargıtay dairesi de genelkurulun bozma kararlarına uymaya mecbur olmalıdır.⁴³⁵⁵

8) Hâkimin reddi dâvasının kabul edilmezliği veya reddi yolundaki kararlardaki isabetsizlik bakımından bozmalarda da direnme kabul olunmamalıdır. Yargıtay burada âdeta itiraz makamı yerine geçerek bu sorunu çözmektedir ve bu karar itiraz makamının gibi kesin olmalıdır.

VI. Direnmenin yararları.

Türk tipi ısrarın, yani direnmenin yararları yok değildir. Bir kere direnme kararı temyiz edilirse iş ceza genelkuruluna gittiğinden hükümler daha kollektif bir şekilde verilmektedir.

Sonra, Genelkurulun birçok işte mahkemeyi haklı bulması da gösteriyor ki bu sistemle daha isabetli kararlara varılabilmektedir.⁴³⁵⁶

Ancak mesele, yararlı olup olmamak değil, yararının zararından fazla olup olmaması meselesidir. Direnme sistemi ceza genel kuruluna çok iş yüklemekte, işleri uzatmakta ve dairelerin vaktini çaldığı

⁴³⁵¹ CGK 17/10/77 Yasa, Şubat 78, s. 319; k-m: CGK 1/2/65 Çağlayan “66” III, 230.

⁴³⁵² CGK 7/5/62 (Çağlayan “66” III, 122).

⁴³⁵³ Olağanüstü itiraz sonunda, daha yükseği olmayan hâkimlerden oluşan Ceza Genelkurulunun verdiği kararlara dahi uyulmayabileceğinin kabulü (CGK 23/9/74 YKD 75/8, 57) istisnayı yersiz olarak genişletmekte, uymama sonunda genelkurulun görüşünü almak esasına da ters düşmektir. Ceza Genelkurulunun görüşünde ısrar ettiğini 14/6/84 tarihli kararında (YKD 82/2 1687) anlamaktayız. Sonucu etkilemiş midir, yoksa “Kanunda hak sözü geçmiyor” diyen olmuş mudur ki uymamanın hak mı yetki mi olduğu uzun uzun tartışılmıştır. Daha işin başında “uymuyorum” demekle Yargıtayın kararını ve otoritesini hiçe sayan bir karar verme yetkisini mahkemeye tanıyan Türk tipi ısrar kararı mı kaide de, dünyada bizden başka her memleketinde mecburî olarak verilen, hattâ açıkça verilmesine bile ihtiyaç duyulmayan uyma kararı istisna? Bizce bir normun kaide veya istisna oluşu, kanunun isabetsiz olabilen yazılışına bakılarak değil, niteliği ve uygulanış oranına bakılarak anlaşılır. Biz Yargıtay kararlarının çoğuna uyulduğunu sanıyor ve umuyoruz. Olağanüstü itirazla uymamanın, genelkurulca karara bağlanmak ortak noktası dışında önemli farklarından acaba hangisi gözden kaçırılmış da itiraz sonunda genelkurulca verilen karara uyma mecburî olsun denilmiş? Bu fark, acaba bu karara da uymamağı haklı göstermeğe yetmiyor mu? İki durum birbirinin aynı olmadıklarına göre elbet bazı noktalar farklı olacaktır. Biz teferruata değil, esasa bakıyoruz. Onun içindir ki esasa ters düşmekten söz ediyoruz. Tekrar edelim: İki kurumun esası, yani temeli aynıdır. İkisinde de ceza genelkurulunun görüşünü almak ihtiyacı duyulmuştur ve iş bu genelkurula gelecektir. En yüksek mahkememizin ceza alanındaki en yüksek ve en kalabalık kurulunu bir dâvada iki kere uğraştırmıyalım diyoruz. Hele sonkarardan anlaşıldığı gibi, genelkurulun iki bozması da aynı noktadan olur ve aynı sebebe dayanırsa bu ikinci inceleme nasıl haklı görülebilir. Her şeyi kanuna bırakmayarak, kanunlardaki aksakları mümkün oldukça yorum yolu ile gidererek, çatışan ihtiyaçlardan hangisinin daha ağır bastığına bakarak, biz bunu sağlamağa çalışıyoruz.

⁴³⁵⁴ CGK 7/2/66 İKİD 66, 4371, 12/77/65 Çağlayan “66” III, 212; 22/1/68 İKİD 68, 6348; 19/12/77, YKD 78, 1362; 22/1/79 YKD 79, 1207; k-m: CGK 14/5/84 YKD 84/8 1244. Bu kararda askerî mahkeme yetkili diye verilen bozma kararı nihai mahiyette olduğundan ve mutlak temyiz yetkisi tanındığından uymama mümkündür” denilmiştir. Temyiz yetkisi tanımak, otomatik olarak, uymama yetkisi tanımak sonucunu doğurmayacağından bu görüşe katılmıyoruz.

⁴³⁵⁵ 1928-1221 “1962-45” m. 4 uymamayı kabul ediyordu. Yargıtay Kanunu bu isabetsiz hükme yer vermemiştir.

⁴³⁵⁶ Erem, n. 337; Postacıoğlu, 750.

için onların isabetli karar vermelerine engel olmaktadır. Daire kararlarına karşı, yine başka memleketlerde rastlanmayan “itiraz” adlı olağanüstü yolları da tanıdığımızı göre, direnmeden vazgeçmeliyiz. Geçemiyorsak uymama imkânlarını çok sınırlamalıyız. Böylece çalışma saatleri artacak olan dairelerin daha isabetli karar vermeleri de sağlanmış olacaktır.

549. BOZMAYA UYMADAN SONRAKİ DURUŞMA ve SERBESTLİK KAİDESİ.

I. Yeni duruşma.

Mahkeme, uyma kararı verince, duruşma yapar ve sonunda yeni⁴³⁵⁷ bir “hüküm” verir.

1. Yeni duruşmanın özellikleri.

Bozmaya uymadan sonra yapılan bu duruşma, bozmadan sonra fakat uymadan önce yapılan duruşmanın bir devamı gibi gözükmekte ise de farklı niteliktedir ve farklı düzenlenmelidir. Artık yeni ve gerçek bir kovuşturma evresi duruşması karşısında bulunmaktayız. Bu duruşma aslında, bozmadan önce yapılan ilk kovuşturma evresi duruşmasının devamı niteliğindedir. Kaide olarak orada uygulanan normlar burada da uygulanacaktır.

Bu nedenle mesela sanığın tekrar sorguya çekilmesi⁴³⁵⁸, duruşmada hazır bulunmak ödevinden kurtarılmışsa bu konuda tekrar karar verilmesi gerekmez. Delil toplama ve ortaya koyma işlemleri de elbet genel hükümlere göre yapılacaktır.

2. Sanığın yokluğunda duruşmaya devamla davanın bitirilebilmesi.

İlgililerin hazır bulunmalarının daha da farklı düzenlenmesi için kaide olarak bir neden yoktur. Bozmadan önce duruşma kimlerin yokluğunda yapılabiliyorsa, yani gaip olmaları veya hazır bulunmamaları duruşmanın yapılmasına engel olmuyorsa burada da engel olmamalıdır. Meğerki durumda değişiklik olsun, meselâ bozma kararı gaip hakkında duruşmayı yapılamaz hale getirsin. Madalyanın öteki yüzü de vardır. Bozmadan önceki muhakemede *sanığın yokluğunda yapılmasını engelleyen* durumlar, uymadan sonraki duruşmanın (CMK 307/2) yapılmasına da engel olmalıdır.

1985 değişikliğinde yapılan ve CMK 307 tarafından da benimsenen madde ile, *sadece* uymadan önceki duruşma (CMK 307/1) düzenlenecek yerde ikisi aynı şeymişçesine, uymadan sonraki duruşmanın (CMK 307/2) da düzenlenmiş olması çok isabetsiz olmuştur. Kanun değiştirilmeli, bugünkü metin, eğer uymama imkânı yine muhafaza edilecekse, uymadan önceki duruşmayı düzenlemeli, uymadan sonraki duruşma genel hükümlere bırakılmalıdır.

CMK 307/2 maddenin görünüşüne bakılırsa, sırf çağırma kağıdı tebliğ edilemedi diye bunda hiç kusuru olmayan sanığın hattâ müdafinin yokluğunda duruşma yapılabilecektir ki, çağırma kağıdı çıkarmaksızın duruşma yapmaktan farksız olan bu durumu kabule imkân yoktur.⁴³⁵⁹ İkinci fıkrada „bitirilir“ denmeyip „bitirilebilir“ denmesinden yararlanıp, mahkemelerin duruşma yapmak için tebligatın yapılmasında ilgilinin kusurlu olmasını araştırmaları ve ancak kusurlu gördükleri takdirde hazır bulunmadan duruşma yapmaları gerekmektedir.

⁴³⁵⁷ Bu yeni bir karar olacağından, bozulan eski karara atıf yapılmaz. (1. CD 2/11/73 RKD 73, 40; 10/6/64 İKİD 64, 3134; 11/6/50, *Çağlayan* “66” II, 483). Tekrar olacak diye atfın kabulü (CGK 3/11/69 Alicanoğlu 425) yersizdir. Çünkü bozmaya uyma ile o karar ortadan kalkmıştır.

⁴³⁵⁸ CGK 9/2/53 *Çağlayan* “66” II, 274. Bozmadan sonra yapılan yargılamada, son oturumda hazır bulunan sanığın usulüne uygun sorgusunun yapılması ve son sanığa verilmesi gerekir (CGK 22.6.1999, E. 1999/159, K. 1999/174) (Bu metin İstanbul Barosu bilgi bankası arşivinden alınmıştır). Sanık hakkında verilecek ceza, bozmaya konu olan cezadan daha ağır ise; sanığın yargıtay bozma kararı hakkında diyebilecekleri sorulmadan hüküm tesisi isabetsizdir (5 HD. 16.12.1999, E. 1999/6334, K. 1999/6239).

⁴³⁵⁹ *Öztürk* de, bu düzenlemenin, sanığın yokluğu, kaçaklığı ve gıyabında mahkum edilebilmesi imkanını getirdiği için, “yersiz” olduğu görüşündedir (*Öztürk* 2009, 646).

İddia ve müdafaa hakkının zedelenmesine, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine aykırı düşülmesine meydan vermemek için bu imkândan yararlanılmalıdır.⁴³⁶⁰

II. Bozmadan sonraki serbestlik kaidesi.

Uymadan sonraki duruşmanın bozmadan önceki duruşmanın devamı niteliğinde olması, mahkemenin uymadan sonraki serbestliğini de açıklar. Gerçekten, mahkeme, bozmaya uymadan sonra verdiği ikinci hükmünde kaide olarak serbesttir. Gerek Yargıtayın görüşü ile gerek eski kararı ile bağlı değildir.⁴³⁶¹ Mahkemenin serbest olmadığı halleri ayrıca istisna olarak gösterdiğine göre (No. 550), kanunumuzun da bu kaideyi kabul ettiği anlaşılmaktadır. Uymamanın başta kabulü de bunu göstermektedir.

Serbestlik kaidesi, ceza muhakemesinde⁴³⁶² hakikatin araştırılması ve en isabetli kararın verilmesi gayesinin tabî ve mantikî bir sonucudur.⁴³⁶³ Gerçekten, temyiz yolu dâvası açılmakla, hükmün yargılaşmasının önüne geçilmiştir (CMK 291). Yargıtay hükmü bozduğu, mahkeme de buna uyduğu için hüküm ortadan kalkmıştır. Ortada, değil kesin hüküm, hüküm dahi olmadığından, yargının otoriteleri de bahis konusu olmamak gerekir. O halde, mahkeme, hakikate en uygun ve en isabetli kararı vermek imkânına kaide olarak sahip bulunmalıdır. Bu imkân, birinci hükümde değişiklik yapılması sonucunu doğuracaktır. Bu değişiklikler: 1) Ya hukukî durumdaki değişikliğe uygun bir karar verilmesi, 2) Yahut bir hatanın düzeltilmesi maksadı ile yapılabilir:

1. Hukukî durumdaki değişikliğe uygun karar verilmesi.

Meselâ uymadan sonra eylemi suç olmaktan çıkararak veya cezayı azaltan kanun⁴³⁶⁴ veya af kanunu çıkabilir. Bu takdirde, yeni kanunî duruma uygun değişik bir karar verileceği şüphesizdir. Keza sonradan dâva zamanışımına uğrarsa, mahkemenin düşme kararı verebileceği açıktır.

2. Hatanın düzeltilmesi.

Hatanın bozulan noktalarda olması mümkün olduğu gibi, bozulmayan noktalarda olması da mümkündür:

a) Bozulan noktalarda hata.

Mahkeme hatasını düzeltebilir. Zaten bozmanın sebebi, hatanın düzeltilmesine imkân vermektir. Hatanın düzeltilmesi demek, hakikate en uygun, hukukî durumu en isabetli şekilde belirten yeni bir hüküm verilmesi demek olup, muhakkak bozmaya uygun bir karar verilmesi mânâsına gelmez.

⁴³⁶⁰ CMK 307/2 maddede “dâva yokluklarında bitirilebilir” denilmesi isabetlidir. CMUK 326/2 de “gıyapta” denilmesi yerinde değildir. Ortada gaip sanık yoktur ki gıyapta söz edilebilsin. Hazır olmamak ve gaiplik farklı kavramlardır. Sanığın hem hazır bulunmamasını hem gaip olmasını ifade eden üst kavram *yokluk* burada diğer ilgililer bakımından da kullanılmıştır.

⁴³⁶¹ K.m.: CGK 31.1.1994 (E. 1993/343, K. 1994/17): Uyma kararı esasını çözümlen kararlarıdır. Yerel mahkemenin bozmaya uymakla bozma kararında gösterilen esaslara göre işlem yaparak karar verme ödevi doğar. Sonradan bu kararın bir kısmından ya da tümünden açıkça ya da zımnen ilk hükmün aynen itihazı uyma kararının hüküm ve sonuçlarını ortadan kaldırmaz.

⁴³⁶² Şekli hakikat aranan medeni muhakemede dahi “usulî müktesep hak”, öyle sanıldığı gibi, Hukukun temel prensiplerinden değildir. Almanya’da kabul edilmemesi bunu açıkça göstermektedir (*Üstündağ*, II, 65). Türkiye’de böyle bir kaide kabul edilmişse de istisnalar kabulü ile gerekmiştir. Netekim önce madde itibarıyla yetkisizlik (İçBK: 4/2/59, 13-5), sonra içtihat birleştirme kararlarını uygulama (İçBK: 5/9/60, 26-9) bakımlarından serbestlik kabul edilmiştir (not. 316). Bunlara tarafların iddia ve müdafaalarını değiştirmeleri (*Üstündağ*, II, 66) ve bozma dışında kalan kısımların yargı (kesin hüküm) teşkil edecek nitelikte olmamaları, zımnen karar verilmiş olması, bozmadan sonra dâvadan vazgeçilmesi veya uyuşmazlığın niteliğinin değişmesi (*Postacıoğlu*, 756, 764) halleri de ilâve edilmelidir. Hakem kararlarının bozulmayan kısımlarının değiştirilmesini kabul etmeyen Büyük Genelkurul “eski karar ortadan kalkarsa BK 123/2 mânâsını kaybeder, çünkü dâva açılmamış sayılır” diyor (İçBK: 23/10/72 RG 18/12/72). Kararın bütünü ile bozulması, neden dâvayı açılmamış saydırır mı acaba? Meselâ cezada bozulursa, ceza dâvası açılmamış mı sayılıyor?

⁴³⁶³ Fransa’da dahi bozmadan sonra, sanki evvelce hiçbir karar verilmemişçesine davranma yolunda, içtihat gittikçe gelişmektedir (*Houin*: Le pouvoir de la juridiction de renvoi après cassation en matière criminelle, RSCDPC 1941, 125).

⁴³⁶⁴ Lehte kanunun yargı halini almış kararlara da tatbik edileceği hakkında Ceza Kanunumuzdaki istisnaî hüküm (mülga TCK 2) kabul edilmemiş olsaydı dahi, ortada henüz yargı yokken lehteki yeni kanuna göre ceza verilebileceğinde tereddüt edilemezdi.

Mahkemenin bozmaya uyması, ne sanık için kazanılmış bir hak doğurur⁴³⁶⁵, ne de bozmaya uygun karar verme mecburiyetini mahkemeye yükler. Sübut konusundaki bozmalarda mahkeme yeniden yapacağı kovuşturmayaya göre yeni bir karar vereceğinden, bozmaya uygunluk veya aykırılık meselesi söz konusu olmaz. Bu mesele hukukî mesele bakımından karşımıza çıkacaktır. Mahkeme, bozmaya uymakla Yargıtayın hukukî görüşünü benimsemiş olmaktadır.

Ancak, ikinci hükmünü vereceği sırada görüşünde bir değişiklik meydana gelmiş olabilir. Bu değişiklik ya yine eski görüşün doğru görülmesi veya üçüncü bir görüşün benimsenmesi şeklinde ortaya çıkar. Bu hallerde mahkeme, bozma kararındaki görüşle bağlı tutmama sistemimiz değişmediği sürece, yeni görüşüne göre karar verebilmelidir.⁴³⁶⁶ Nitekim Yargıtay da ilk bozma kararı ile bağlı değildir. Yargıtay içtihadını değiştirmiş olabilir ve ilk bozma kararına uygun bir şekilde verilen ikinci hükmü, yeni içtihadı dolayısı ile tekrar bozabilir. Hele uymama üzerine yargılama yapan Genelkurul, elbet daire ile mahkemenin görüşlerinden birine iltihaka mecbur değildir.

Mahkemeyi Yargıtay görüşü ile bağlamalıydık. Bağlamadık. Fırsattan yararlanıp sonradan da bağlamayabiliriz. Aynı uyumsuzluğun muhakemesinde, mahkemenin veya Yargıtayın hukukî bir meselede görüşünü değiştirmesi bazılarınca yadırganabileceksede, görüşü değişmiş olan mahkemenin veya Yargıtayın benzer işlerde yeni görüşe göre kararlar verirken, bozmaya uymak suretiyle yapılan muhakemelerde, belki aynı gün, farklı bir hukukî görüşle farklı bir karar vermesi daha fazla yadırganmalıdır.

b) Bozulmayan noktalarda hata.

Kısmî kesinleşme kabul edilemeyeceğinden, bozulmayan noktaların kesinleştiği söylenemeyecek ve maddî veya hukukî meselelere ilişkin olabilen bu noktalar, kaide olarak değişebilecektir:

aa) Mahkemenin maddî meselelerde hatasını öğrenmesi için yeni deliller çıkmış olması mümkündür. Çıkan yeni delilleri mahkemenin nazara almaması için hiçbir sebep yoktur. Kaldı ki kanun yargı olan hallerde dahi, yeni delillerin çıkması halinde muhakemenin yenilenmesini kabul etmiştir. Bozmaya uymadan sonra yapılan muhakemede yeni deliller ileri sürülünce veya mahkeme bunlara bizzat vâkıf olunca, “hele bekliyelim, bozulan noktaları düzeltelim, tasdik edilsin, hüküm bütünü ile yargı halini alsın, ondan sonra şartları varsa muhakemenin yenilenmesi yoluna gidilir” demesi elbet ceza muhakemesinin esaslarına aykırı düşer.⁴³⁶⁷

⁴³⁶⁵ İctihat Birleştirme Büyük Kurulu, Medenî Muhakeme bakımından verdiği 9/5/1960 tarihli, 21/9 numaralı kararı ile, sonradan çıkan içtihadı birleştirme kararının henüz Yargıtayda veya bozmadan önce veya sonra mahkemede bulunan işlerde uygulanacağı sonucuna varırken, bunun bozma kararına uymakla meydana gelen usule ait müktesep (kazanılmış) hak esasının bir istisnası olduğunu belirtmektedir. Bu kararın sonucu doğru ise de bozma kararına uymanın usule ait bir hak kazandırmasından bahsedilmesi kanaatimce isabetsizdir. Kazanılmış hak kavramı bugün medeni hukukçular tarafından dahi kamu düzenine ilişkin hususlarda kabul edilmemektedir. Bu kararda kazanılmış hak tâbiri ile yargı otoritesinin kastedilmiş olması çok mümkündür. Ancak ortada yargı olmadığına göre bu bakımdan da kazanılmış haktan bahsedilmesi doğru değildir. Nitekim sonradan MK 74 uygulanması için usulî müktesep hak kabul edilmemiştir (HG: 28/11/73 RKD 74, 2). *Postacıoğlu* (s. 763) da kazanılmış hak kavramına başvurulmasını özetle şöyle tenkit etmektedir: “Ya Alman Hukukunda olduğu gibi bozma dışında kalan noktaların kesin hüküm (yani yargı) teşkil etmeyeceği kabul edilmeli, bu yapılmıyorsa, bozma dışında kalan noktalara, yargı teşkil edebiliyorsa, dokunmamalıdır. Yargıtay yargıyı sadece mahkemenin işten el çekmesini intaç eden hükümler yönünden kabul ettiğinden, bozma dışında kalan kısımların kesinleşmesini izah için hukukî mesnetten mahrum kalmış ve kazanılmış hakka başvurmuştur. Bu kavram açık olmadığından, pratik düşüncelerle meselâ bozma kararının maddî hataya dayanmasında olduğu gibi (8. HD: 31/3/86 YKD 86/8 1154), birtakım istisnalar kabul etmek zarureti hâsıl olmuştur. Bu istisnaların nereye varacağı belli değildir” *Üstündağ* (II, 82) usulî sebeple bozma halinde istisna tanımaktadır.

⁴³⁶⁶ CGK 28/3/38, 107/58. Neşredilmeyen bu kararda tekrar tahkikat ve muhakeme icra edilmeksizin eski tavsife ve kabul olunan mahiyete muhalif olarak karar verilmesi kanuna aykırı sayılmıştır. Demek ki tekrar tahkikat ve muhakeme icra edilirse mesele yoktur.

⁴³⁶⁷ *Özgen* (Tez, 45) de, meselâ sadece tahrikin ağır veya hafifliği konusunda bozmadan sonra yapılan muhakemede suçsuzluğunu isbat edebilecek durumda olan sanığa ceza verilmesini ve mahkûmiyet kesinleştiikten sonra muhakemenin yenilenmesine başvurulmasını, böylece muhakemeyi uzatmağı haksız bulmaktadır. Ancak *Özgen*, kısmî yargılaşmayı kabul ettiğinden derhal beraat kararı verilmesine yanaşmamakta, kısmen yargılaşmış kabul ettiği kısımlarda muhakemenin yenilenmesini kabul etmek gibi garip bir formül teklif etmektedir. Bozmadan sonraki muhakeme ile muhakemenin yenilenmesi muhakemesini birlikte yürütmek imkânsız olacağından belki ikincisinin neticesine kadar birinciyi durdurmak gerekecektir ki bu da zaman kaybına yol açacaktır. Kaldı ki yenileme dâvaya bağlı olduğundan dâva açılmazsa hâkimin eli kolu bağlı kalacaktır. *Özgen*'in isabetle gördüğü haksızlığı önlemenin çaresi, kısmî yargılaşmayı kabul etmemektir. Tatbikatta itirazların

bb) Mahkemenin hukukî meselelerde de hata ettiğini öğrenmesi mümkündür. Hattâ bunun için tarafların uyarıcı bir mütalâa ileri sürmemiş olması da kabildir. Bu durumda “ne yapalım, bir kere karar verdik. Karar bu noktadan bozulmadı” diye hataların düzeltilmemesi de ceza muhakemesinin gayesine aykırı düşer.⁴³⁶⁸ Sanığın aklî durumu hakkındaki soruşturmaların da, bozmadan sonra, bozma şümulü dışında da olsa, yapılabileceğinde şüphe edilmemelidir.⁴³⁶⁹

Diğer taraftan Yargıtay da önce bozmadığı noktayı sonradan bozabilir. Yargıtay eski görüşü ile bağlı olmadığına göre bu görüşle mahkemeyi bağlı tutmak da abes olur. Mahkemenin hukukî hata kanaatine varışı, yeni İçtihat Birleştirme Kararı çıkması ile de olabilir.⁴³⁷⁰ Mahkeme, evvelce Yargıtay tarafından dokunulmamış olan, aşağı ve yukarı hadler arasında takdir hakkını kullanış nispetini de değiştirebilir.⁴³⁷¹

550. UYMADAN SONRAKİ SERBESTLİK KAİDESİNİN İSTİSNALARI.

Mahkemenin bozmaya uyduktan sonra verdiği hükümde serbest olması kaidesinin aşağıda açıklanan üç istisnası vardır.

I. Belli bir eksik nedeniyle yapılan bozmaya uyunca, bozma dairesinde hareket mecburiyeti.

Bu mecburiyet, eksikliğin tamamlanmasını gerektirir.⁴³⁷² Meselâ Yargıtay bazı noktalarda yapılan soruşturmayı yeter görmemiş ve hakikatin meydana çıkması için yeniden soruşturma yapılması gerektiği sebebi ile hükmü bozmuş ve mahkeme de buna uymuş ise, bu karar dairesinde soruşturma yapılmalıdır.⁴³⁷³ Keza Yargıtay takdirî hafifletici sebep bulunup bulunmamasının tartışılmamasını bozma sebebi yapmış ve mahkeme de buna uymuşsa, bu husus tartışılmalıdır.⁴³⁷⁴ Mahkemenin soruşturma sonunda kararını serbestçe vermesi başka şeydir, soruşturma yapıp yapmamakta serbest olması yine başka şeydir. Ceza muhakemesinde gaye hakikatı aramak olduğuna göre, böyle bir istisnanın zararı yok, faydası vardır.

II. Sanık lehine bozmadan sonra sonucun ağırlatılmaması mecburiyeti.

Bozma üzerine hüküm yargılaşmadığından, yargı otoritesi sözkonusu değilse de temyiz dâvası sanık aleyhinde de olsa, sırf sanık lehine yapılmış olan bozmaya uyulduktan sonra, evvelce yapılan hataların farkına varılması, sebebi ile düzeltme sırasında, sonuç bakımından aleyhte bir durum yaratılmaması da gerekmektedir.

Gerçekten, hüküm sadece sanık lehine bozulmuşsa, bozulan hükmün sonucu bakımından sanık lehine bir tavan, aşılmaması gereken bir yukarı had meydana gelmiş olarak kabul edilmelidir. Bu yargılaşmanın mutlak olmayıp nisbî olduğu açıktır. Bu lehe bozma olmasaydı, hüküm tasdik edilecek

açıkça reddedilmemiş olması halinde bozulmayan noktaların, değiştirilmesinin kabul edildiği vardır (4. CD 17/1/48, 303/576, HİD 48/1, 32). Hattâ bozmadan sonra bozma şümulü dışına çıkıp soruşturmanın genişletilmesini kabul eden kararlar da vardır (CGK 16/1/37, *Çağlayan* “66” II, 371; 4. CD 14/10/64, *Çağlayan* “66” II, 416, AsYtDK: 7/2/69 İKİD 69, 8046). Keza yalnız şahsî hak noktasından bozulan bir sonkararın, ceza muhakemesine taallük eden kısmı yargı halini almasına rağmen, ortada yargı olmadığı gerekçesi ile yeni deliller kabul edilerek yeniden sonkarar verilmesini doğru bulacak kadar aşırı gidildiğine de rastlanmıştır (1. CD 19/10/46; *Çağlayan* “66” II, 317). Yargıtay, hangi sebeple ve ne yönden olursa olsun bozulan kararın ortadan kaldırıldığını oybirliği ile kabul etmiştir (CGK 30/4/73 RKD 73, 113).

⁴³⁶⁸ Çernik SCM 19/12/73 ve CGK 29/4/ 74 İKİD 74, 3005.

⁴³⁶⁹ 1. CD 28/6/41, (TK 41-42, 312).

⁴³⁷⁰ İçBK: 9/5/60, 21/9. Medenî muhakeme bakımından verilmiş olan bu karara göre, bozmaya uyulmasından sonra yeni bir içtihat birleştirme kararı çıkınca, mahkeme, bozmaya aykırı da olsa, yeni içtihada göre karar vermeli, hatalı olan eski kararını düzeltmelidir.

⁴³⁷¹ (248) Bu nisbet bakımından kazanılmış haktan da bahsedilemez, (k-m: 4. CD 13/7/50 *Çağlayan* “66” III, 184).

⁴³⁷² Aşağı haddenden yukarı çıkma gerekçesiz denmişse, gerekçelendirilmesi (1.C D: 21/12/72 AdD 74, 688; k-m: *Erem*, İBD 72, 1147), duruşma tutanağında eksik imzalar var diye bozulmuşsa, imzaların tamamlanması yetmelidir (k-m: 5. CD 14/7/72 İBD 72, 979). Genelkurul (28/5/73 RKD 73, 143) tutanak okunup tarafların uygun mütalâaları alınarak imzalamayı (aynî hâkim olmak şartı ile) yeter görmüş, işlemlerin tekrarını istememiştir. Bizce, aynı hâkimin imzalaması ile eksiklik giderilir. Dosya ilk defa Yargıtaya giderken eksik imzaları tamamladığında hâkim tarafların muvafakatını mı alıyor?

⁴³⁷³ 1. CD 13/5/58, *Çağlayan*, “66” III, 183.

⁴³⁷⁴ 1. CD 6/3/51 (AdD 1951, s. 963).

ve mutlak mânâda bir yargı bahis konusu olacaktır. Bu sebeple sanık lehine bozma, mutlak mânâsıyla yargılaşmaya engel olsa bile, sanık aleyhine sonuç vermemelidir. Bu demektir ki hükmün sanık lehine bozulması halinde uyma üzerine yeniden yapılan duruşmada, hattâ gerek uyma ve gerek uymama üzerine yapılan temyiz muhakemesinde bozulmuş veya bozulmamış noktalarda hata edildiği anlaşılırsa bu hatalar ancak sonuç bakımından sanık aleyhine bir durum yaratmamak şartı ile giderilebilmelidir.

Kanunumuzda, “nisbî yargılaşma” diyebileceğimiz “sanık lehine bozmadan sonra sonucun ağırlatılmaması mecburiyeti” konusunda açık bir hüküm yoktur. Fakat bozmanın niteliğine göre böyle bir istisnayı doktrin⁴³⁷⁵ ve içtihat yolu ile kabul etmek⁴³⁷⁶ “yargı”nın kabulünü haklı gösteren sebeplerle uygun düşer.⁴³⁷⁷

III. Yalnız sanık lehine temyiz dâvası açılmasından sonra yeniden verilecek hükümde sonucun ağırlaştırılmaması mecburiyeti.

“Aleyhte değiştirmeme mecburiyeti” denilen bu istisna kanunumuzda temyiz yolunda kabul edilmiştir (CMK 307/4). Temyiz dâvası yalnız sanık lehine açıldıktan sonra sonucun ağırlatılmaması ile sanık lehine bozmadan sonra sonucun ağırlatılmaması birbirine karıştırılmamalıdır. Birincisinde sanık lehine olan cihet temyiz dâvasının açılmasıdır. İkincisinde sanık lehine oluş, temyiz dâvasının açılması bakımından değil, temyiz dâvasının sonunda verilen bozma kararı bakımındandır. Biz her ikisinin de kabulüne taraftarız.

IV. Sanık aleyhine temyiz dâvası açılmasından sonra verilecek hükümde, aleyhe temyizden çizdiği tavanın aşılması mecburiyeti.

Bunun bir diğer ifadesi, eski hükmün ancak bu tavanın gerektirdiği kadar ağırlaştırılabilmesidir. Kanunumuz bu mecburiyeti açıkça düzenlemiş değildir. Ancak buna ihtiyaç vardır ve içtihadî hukukun kıyas yolu ile CMK 307 inci maddenin 4. fıkrasını uygulayarak bu boşluğu doldurması imkânsız değildir.⁴³⁷⁸

⁴³⁷⁵ Öztürk de, istinaf veya temyiz mahkemesi, savcının aleyhe temyizinden sonra, ilk derece mahkemesi kararını sanık lehine bozmuşsa, bu durumda da “aleyhe bozma yasağının” geçerli olacağını düşünmekte ve bu görüşünü Alman doktrinine de (Bloy, JuS 1986, 590) dayandırmaktadır (Öztürk 2009, 505).

⁴³⁷⁶ Beklediğimiz içtihadı galiba kavuştuk: 4 CD 16/4/81 YKD 82/11, s. 1595 (Bu kararda önceki sonkarar aleyhine gidilmiş olup olmadığı açıklanmış değilse de gerekçede sanık lehine bozmaya dayanılmıştır). Bozmanın sanık lehinde olup olmadığı her olayda araştırılmalıdır. “Tekerrür yok” veya “suç teşebbüs halinde” diye bozmaların sanık lehinde olduğu açıktır. Buna karşı, eylemin sübutu bakımından soruşturma derinletilmeli diye bozmanın sanık lehine olduğu söylenemez, zira yeni delillerin sanık aleyhinde bir durumu ortaya çıkarması mümkündür. CGK 17.11.1998 (E. 1998/1-282, K. 1998/348, YKD 1999/101): Lehe kanun yolu davası üzerine CMUK 326/4 uyarınca aleyhe değiştirmeme kuralından yararlandığı için, hakkında ağır sonuç ceza uygulanmayan sanığın, önceki hatalı uygulama nedeniyle ortaya çıkan hafif sonuç cezadan ötürü ikinci kez başka bir biçimde yararlandırılması, sonraki ceza sanığın belli kabul edilen eyleminin karşılığı olan asıl ceza olmadığından, hak ve adalete uygun değildir (somut olayda yaşı nedeniyle sanık hakkında 647 sayılı kanunun 4/2 maddesi uygulanmıştır).

⁴³⁷⁷ Alman Federal Mahkemesi de 3/3/59 tarihli kararında “aleyhe temyizde de lehe bozma isteme amacı vardır, zira aleyhe temyizde sanık lehine bozma mümkündür (CMK 294). Bu madde böyle yorumlanmazsa sanık aleyhine sonuç verebilir” diyerek aynı sonuca varmıştır (Yüce: Tez, s. 173). Yargıtayımızın da, CMK 326/4’e girdiği gerekçesi ile de olsa, lehe bozmadan sonra eski cezadan daha ağır ceza verilememesi görüşünü benimsediğini görmekten mutluyuz (6. CD1/12/86 YKD 87/2 298).

⁴³⁷⁸ Nurullah Kunter bu görüşü ilk defa 8. basıda ileri sürmüştü ve bunu, kanunumuzun temyiz yolunda, muhakeme hukukunun esaslarına ters düşer biçimde istek-dışı yargılamayı ve dolayısı ile sınırsız bir surette aleyhe sonuç verişini mümkün kılışına bir sınır getirmek ihtiyacına dayandırmıştı. Ceza Muhakemesi Kanunu temyizde sıkı bir şekilde istek ile bağlı yargılamayı kasıl ettiği için (CMK 301, 302/2), temennilerinin yerine geldiğini görmek, sevindiricidir. Gerçekten, CMUK 320. madde ileri sürülme noktalardaki aykırılıklardan bozmayı mümkün kılmakta, 326. madde de sanık aleyhine temyiz edilmiş istediği çok aşan süper aleyhte sonuçlara sebep olmakta idi. Bu konuda genellikle 2 yol tutulmaktadır: 1) Kanun kanundur deyip isteği aşan derecedeki aleyhte sonucu katlanmak. Meselâ savcı sadece tahrikin kabulünü kanuna aykırı bulmuştur. Genelkurul çoğunlukla her noktanın incelenebileceğini ve dolayısı ile bozulabileceğini kabul etmiştir (CGK 18/2/80 YKD 80/5 720). Her noktayı derken, birden fazla suçun birlikte yargılanması sonunda verilen müşterek sonkararda her suç için verilen karar kastediyoruz. Meselâ müşterek kararın temyiz edilmemiş izzar suçu hakkındaki kısmı, elbet, incelenmemelidir (k-m: CGK 22/1/62 Çağlayan “66”, III, 171). 2) İstenilmeyen aleyhte sonucu önlemek için, böyle sonuç verebilecek aykırılıkları görmezlikten gelmek veya görülse de bozma sebebi saymamak. Sadece sanık lehinde temyiz edilmiş pek mesele çıkarılmamaktadır. Meselâ sadece sanık temyiz etmişse, daha ağır ceza verilmemek şartı ile aleyhe bozma mümkün olduğu ve aleyhe bozma sebeplerini araştırmak kanun gereği bulunduğu halde, aleyhe olan noktalarda bozma sebebi olup olmadığının araştırılmadığı vardır (CGK 4/7/66 İKİD 66, 4755). Aleyhe temyiz edilmiş de böyle düşünüldüğüne rastlanmaktadır. Meselâ savcının sadece tahrik bakımından temyizi halinde, azınlıkta kalanlar, 313, 320 ve 321. maddelerin birlikte mütalâası ile incelemenin bu konuya hasredilmesi gerektiği

551. UYMADAN SONRA VERİLEN HÜKME KARŞI KANUN YOLU.

I. Yeni hüküm.

1. Bozmadan sonraki yargılamayı bölge adliye mahkemesinin yaptığı haller.

Bölge adliye mahkemesi bozma kararına uyduktan ve gereğini yaptıktan sonra, yeni bir hüküm verir. Bu yeni “hüküm” aleyhine, genel hükümler dairesinde, temyiz yolu dâvası açılabilir.⁴³⁷⁹ Temyiz muhakemesinde yargılama makamı, yine genel hükümlere göre yetkili dairedir.

Bozmaya kısmen uyulmuş, kısmen uyulmamışsa, uymadan sonra yapılan duruşma sonunda verilen hüküm temyiz edildiğinde, önce Genelkurul uymama kısmını inceler, ondan sonra uyma kısmı hakkında karar verilmek üzere dosya daireye gönderilir.⁴³⁸⁰

Eğer hükmün sadece uyulan kısmı temyiz edilmişse, dosya doğruca daireye gönderilir.⁴³⁸¹

2. Bozmadan sonraki yargılamayı ilk derece mahkemesinin yaptığı haller.

Bozulan hüküm CMK 304/2'deki kurallar uyarınca ilk derece mahkemesine gönderilir ve uyma üzerine bu mahkeme yeni hüküm verirse, bu hükme karşı, istinaf ve temyiz sınırlarına bakılmaksızın sadece temyiz yolu açılmıştır (CMK 307/3).

II. Yargıtay'ın serbestliği kaidesi.

Temyiz yargılamasını yapmış ve hükmü bozmuş olan makam, bozma üzerine verilen hükmün temyiz edilmesi halinde kararını verirken kendi bozma kararı ile bağlı değildir. Gerçekten ceza muhakemesinde maddî hakikat arandığına, en isabetli bir karar verilmeğe çalışıldığına ve henüz yargı söz konusu olmadan iş tekrar eline geldiğine göre, Yargıtay birinci kararında hata ettiğini görürse, bunu değiştirememesi için sebep yoktur. Bu değiştirme bozulan noktalara ilişkin olabileceği gibi, bozulmayan noktalara da ilişkin olabilir.⁴³⁸²

III. Serbestliğin istisnaları.

Bozmaya uyulmadan sonra verilen hüküm bakımından Yargıtayın serbest olmasının da islâh edip mahkûmiyet kararı vermede iki istisnası vardır. Bunlar: a) Yalnız sanık tanafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262 inci maddede gösterilen kimselerce temyiz edilmesi üzerine cezanın

görüşüne varılacağı ileri sürmüşlerdir (CGK 18/2/80 YKD 80/5 720). Biz bunlara bir üçüncüsünü ekliyoruz: 3) İstenmeyen noktalarda aleyhe bozmayı, kanun zoru ile kabul etmekle beraber, mülga 326. maddenin 2. fıkrasının amacına aykırı hareket etmemek için, hükümdeki cezanın, temyiz isteklerinin çizdiği sınırı aşmamasını içtihat yolu ile kabul etmek. Bizce, Yargıtayı kaldıramıyacağı bir yükten kurtarmak için de olsa, 320. maddeyi ihmal edemeyiz. Yani gördüğümüz diğer aykırılıkları görmezlikten gelemeyiz. Fakat esaslara aykırı olan bu maddenin zararını bir dereceye kadar sınırlandırabiliriz. Bunun da yolu, 326. maddenin “kararın bütününe karşı aleyhine temyiz yoluna gidilmemiş olması tesadüfünden yararlanmak” amacına aykırı düşmemek ve “bazı noktalarda aleyhe temyiz edilmemiş olması tesadüfünden de yararlanmak için, 326. maddeyi kıyas yolu ile uygulayarak 320. maddeyi 326 ncı maddenin amacına uygun biçimde yorumlamaktır. Elbet en iyisi 320 nci maddeyi esaslara uygun bir hale getirmek olacaktır. Sadece tahrikten indirme yapılması noktasına dayandırılmış temyiz dâvası misalimize dönelim. Vaktimiz bolsa, dosyayı didik didik eder, istediğimiz kadar aleyhte nokta araştırır ve bu noktalardan bozabiliriz. Ama bir şartla: Bozmadan sonra verilecek eski cezanın tahriksiz miktarını aşmamalı.

⁴³⁷⁹ Bozmaya tamamiyle uygun hükümler yeniden temyiz edilebilir. Belki tamamiyle uyulmamıştır. Belki Yargıtay görüşünü değiştirmiştir. Belki başka bozma sebepleri vardır.

⁴³⁸⁰ CGK 17/1/38, 13/12.

⁴³⁸¹ CGK 19/12/58, 208, 260.

⁴³⁸² Tatbikatta Yargıtayın ikinci kararında serbest olduğunun kabul edildiği vardır. Meselâ Ceza Genelkurulu 29/12/58 tarihli kararında (Çağlayan “66” III, 97) şöyle demektedir: “Temyizin üstünde inceleme yapılan bir dosyada aynı hâdisede evvelce aksine verilmiş bir karar mevcut olduğu görülürse bile, hususî daireyi evvelki kararı ile mukayyet kılacak bir muhkem kaziyeye mevcut olmadıkça, hükme esas olan maddî hâdis ve vakıaların kavranış ve takdirinde kanun hükümlerinin vakılara tatbikinde zühule düşüldüğü görülmesi halinde, eski karardan dönülerek son hükmün yine kanunî sebepleri gösterilmek suretiyle bozulabileceği bedihîdir ve bu yolda muamele Temyiz teşkilâtı kuruluşu gayesine uygun bulunmaktadır”. Keza CGK 23/1/61, Alicanoğlu 598. Hattâ, hukukî görüşü, uymama yolu ile Genelkurulca benimsense ve mahkeme ona uyarak karar verse de Daire, yine eski görüşü ile bağlı değildir (CGK 24/6/68), Alicanoğlu 597; 1. CD 26/9/73 RKD 74, 2).

ağırlatılmaması (CMK 307/4) ile, b) sanık lehine bozmadan sonra sonucun ağırlatılmamasıdır (No. 550/II).

DOKUZUNCU BÖLÜM: OLAĞANÜSTÜ KANUN YOLLARI

78. § YARGILAMANIN YENİLENMESİ

552. Yargılamanın yenilenmesi yolunun niteliği. 553. Yargılamanın yenilenmesi dâvasının açılması. 554. Yargılamanın hükümlü lehine yenilenmesi sebepleri. 554-1. AİHM'nin Sözleşmeye aykırılık tespit eden kararı. 554-2. Hükümlünün veya sanığın aleyhine yenileme sebepleri. 555. Yargılamanın yenilenmesi muhakemesinin evreleri ve başvurulacak makam. 556. Davanın kabule şayan olup olmadığının araştırılma safhası. 557. İlk soruşturma evresi. 558. Kovuşturma evresi.

552. YARGILAMANIN YENİLENMESİ YOLUNUN NİTELİĞİ.

I. Kesin hükmün ortadan kaldırılması.

“Kesin hüküm”, doğruluğu hukuken kabul edilen ve artık tartışılmayan bir mahkeme kararıdır. Uyuşmazlıkların yapılan muhakeme sonunda çözülmesi ve hukuk barışının sağlanması, hukuk Devletinin işlerliği açısından gereklidir. Bu nedenle, yargılamanın yenilenmesi yolu sadece çok istisnai hallerde ve bir hal dışında süreye bağlı olmaksızın⁴³⁸³ kabul edilmiştir. İstisna kabul edilmesinin nedeni, doğruluğu hukuken tartışılmayan kesin hükmün “temellerinin” bazı hallerde sarsılmış olması, hükmün bu sarsılmış temeller üzerinde oturmasının artık mümkün olmamasına dayanmaktadır. Hukuk barışının ve hukuki güvenliğin sağlanması ne keder önemli ise, “hukuka olan güvenin” sağlanması da en az bu kadar önemlidir. Temelleri olmayan bir hüküm, hukuk düzeni tarafından kabul edilemez. Bu nedenle, yargılamanın yenilenmesi yolu sadece çok istisnai hallerde, mahkeme kararı ile açılabilir.

Kanunda düzenlenmiş olan bu sınırlı hallerin somut bir yargılamanın yenilenmesi istemi açısından gerçekleşmiş bulunup bulunmadığı, “yargılamanın yenilenmesi isteminin kabule şayan olup olmadığı” incelenmesi yolu ile belirlenir: hükmü veren mahkeme istemin kabule değer olup olmadığına karar verir (CMK 318/1). Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz (CMK 23/3).

Mahkeme istemin “kabule şayan olup olmadığına” karar verirken, ileri sürülen yenileme nedelerinin esas mahkemesi tarafından verilip kesinleşen ilk “hükmün temellerini sarsıp sarsmadığı” konusunda bir değerlendirme yapar. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken, kendisini tartışma konusu yapılan ilk hükmünü verdiği zamana geri götürür ve ileri sürülen yeni delil veya olayları o sırada bilse idi, farklı bir hüküm verip vermeyeceğini irdeler. Mahkemenin bu irdelemeyi dosyadaki delillerin tümünü nazara alarak yapması gerekir.⁴³⁸⁴

Kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış bir dava, kanunda sınırlı olarak sayılan hallerde hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülür; bu hallerden biri de, “yeni olaylar veya yeni deliller konulup da bunlar yalnız başına veya önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkum edilmesini gerektirecek nitelikte olmasıdır (CMK 311/1-e). Bu sebep hükümlü aleyhine yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmemiştir (CMK 314).

II. Olağanüstü oluş.

⁴³⁸³ Öztürk 2009, 652. Süre, sadece CMK 311/1-f de, AİHM kararı ile ilgili olarak öngörülmüştür.

⁴³⁸⁴ BGH NJW 1977, 59; Meyer-Gossner § 368 Rn. 9; Hellebrand, NStZ 2004, 413, 416; LG Landau, 28.8.2007 tarih ve 7606 Js 10865/07. KL.s sayılı Kararın 30 numaralı paragrafından naklen.

Uyuşmazlığı kesip atan “yargı”larda adli hata denilegelen bir yanlışlık yapılmış olduğu sonradan anlaşılabilir. Gerçi, uyuşmazlığın yargılanmış olmasının kesinlik ve değerlik otoritesi olmalıdır. Ancak, hepsinin değilse bile, bazı önemli aykırılıkların giderilmesi de ceza muhakemesinin hakikatı araştırma gayesinin icaplarındanadır.

Bu imkânı sağlayan yola “olağanüstü kanun yolu” adı verilmiştir. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu „olağanüstü kanun yollarını“ ayrı bir kısımda topladı. Yargılamanın yenilenmesi (CMK 311), olağanüstü⁴³⁸⁵ kanun yolunun bir çeşididir.⁴³⁸⁶

Mülga Kanununun *muhakemenin iadesi* adını verdiği⁴³⁸⁷ ve bizim *muhakemenin yenilenmesi* dediğimiz⁴³⁸⁸ bu kanun yolu, olağanüstü yolların “yargıların yenilenmesi” bölümünün sorsoruşturmanın tekrarlanmasını gerektirebilen çeşididir, zira uyuşmazlığı kesip atan yargıdaki aykırılığı giderme için gerektiğinde sorsoruşturma tekrarlanarak “yenilenme” metoduna başvurulmakta, yani aynı makam eskisini ortadan kaldırıp yerine yenisini koyar.

III. Yargılamanın yenilenmesinde kovuşturma evresi tekrarlanır.

Yargılamanın yenilenmesi ancak hükümlere karşı açık olan bir kanun yoludur. Hükümün yargı halini almış olması lazımdır. Kanun yollarına başvurma hakkındaki genel hükümler, yargılamanın yenilenmesi istemi hakkında da uygulanır (CMK 317/1).

Yargılamanın yenilenmesi istemi, bunun yasal nedenleri ile, dayandığı delilleri içerir (CMK 317/2).

Bu dava hatalı hüküm verdiği iddia olunan muhakemeye verilen bir dilekçe ile açılır (CMK 318/1). Bu mahkeme istemin kabule değer olup olmadığına karar verir.

Yargıtayın verdiği istisnai kararlardan olan islah kararlarının (CMK 303) yenilenmesi için, hükümü vermiş olan mahkemeye başvurulur (CMK 318/2).

Yargılamanın yenilenmesi davası kabul edildiği durumlarda, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz (CMK 23/3). Bu nedenle, yargılamanın yenilenmesi davası açıldığında, bu davanın kabulü veya kabule değer görülmemesi kararları ilk hükme katılmış olan hakim veya hakimlerin katılmayacağı bir makam oluşturularak verilir.

Dava açılırken deliller gösterilir (CMK 317/2). Eğer yenileme sebebi olarak bir suç ileriye sürülüyorsa (CMK 311, 314) bu takdirde bir mahkûmiyet yargısı ibraz edilir.

Yargılamanın yenilenmesi davasının açılması hükümün infazını ertelemeyebilir, ancak mahkeme infazını geri bırakılmasına veya durdurulmasına karar verebilir (CMK 312).

IV. Zamanaşımı ve genel af.

Yargılamanın yenilenmesi, bir kanun yolu olduğundan, her kanun yolunda olduğu gibi, iddia görevi nazara alınırsa “yargılamanın yenilenmesi dâvasından”, kollektif olan muhakeme görevi nazara alınırsa “yargılamanın yenilenmesi muhakemesi”nden bahsolunabilir. Kanun yolu dâva ve muhakemelerinde, hattâ talî ceza dâva ve muhakemelerinde olduğu gibi, kanunumuz muhakemenin yenilenmesinde de dâva ve muhakeme tâbirini kullanmamıştır.

⁴³⁸⁵ CMK 311: Yargılamanın yenilenmesi kesinleşmiş kararlara ilişkin olduğu için olağanüstü kanun yoludur (Özbek 2005, 1192).

⁴³⁸⁶ Mülga kanun, olağan ve olağanüstü ayırmasını yapmadığından sadece olağan yollara kanun yolu adını verdiği için, muhakemenin yenilenmesini (iadesini) bir “yol” olarak kabul etmekle beraber bir “kanun yolu” saymamış ve bunu “kanun yolları hakkındaki hükümler muhakemenin iadesi talebinde de tatbik olunur” demekle göstermişti (CMUK 333).

⁴³⁸⁷ Mehaz Kanunda, 4. kitabın başlığında “Yargı halini almış mahkeme sonkararı ile tamamlanmış muhakemelerin yeniden görülmesi” mânâsına gelen (*Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens*) tâbiri kullanılmıştır. Fransızlar “*pourvoi en révision*”, İtalyanlar “*Revisione*” demektedirler.

⁴³⁸⁸ Bu terimin doktrinde oldukça benimsendiği görülmektedir (Özgen, Tez, 3) *Tosun* (II. 265) “muhakeme” yerine “sorsoruşturma”, *Erem* (n. 399) ile *Yurtcan* (s. 457) “yargılama” diyerek ayrılmakla beraber, “yenileme” teriminde birleşmektedirler.

Dâva zamanaşımı, bütün olağanüstü kanunyollarında olduğu gibi, kaide olarak, yargılamanın yenilenmesine tesir eder. Fakat lehe yenileme bakımından bir istisna vardır: Zamanaşımı lehe yenileme dâvasının açılmasına, açılmışsa yargılamanın yapılmasına engel olmaz. Buna karşılık aleyhe yenilemede zamanaşımı bakımından istisna elbet gerekmez.⁴³⁸⁹ Aynı şekilde, genel af da, lehe yenilemelere engel değildir.⁴³⁹⁰

553. YARGILAMANIN YENİLENMESİ DAVASININ AÇILMASI.

Yargılamanın yenilenmesini istemek, bir mahkemenin asıl ceza muhakemesinde verdiği yargının hatalı olduğunu iddia etmek ve bu hususta bir karar verilmesi için yargılama makamlarını harekete geçirmek demek olduğundan, bir kanun yolu dâvası açmak demektir. Muhakemenin yenilenmesi, kovuşturma evresinde sona eren muhakeme bakımından söz konusu olduğundan, ancak hükümlere⁴³⁹¹ karşı açık bir kanun yoludur. Hükümün yargı halini almış olması lâzımdır.⁴³⁹²

Hüküm henüz yargı halini almamışsa, bir diğer söyleyişle olağan kanun yolu, varsa, olağanüstü kanun yolu söz konusu olmaz.

Kanun kimlerin muhakemenin yenilenmesi dâvasını açabileceğini ayrıca göstermemiş, kanun yolu dâvalarını açma bahsine atıf yapmıştır (CMK 317/1). Bu sebeple, olağan kanun yolu dâvası açabilenler, kamu dâvasına katılan dahil⁴³⁹³, muhakemenin yenilenmesi dâvasını açabileceklerdir. Hükümlü ölmüşse, onun yerine⁴³⁹⁴ eşi, üstsoyu, kardeşleri sanık lehine yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunabilirler (CMK 313/2). Bu kişilerin yokluğu halinde, Adalet Bakanı da yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunabilir (CMK 313/3).⁴³⁹⁵

Bu dâva, hatalı hüküm verdiği iddia olunan mahkemeye verilen bir dilekçe ile açılır (CMK 317/1). Ancak, yargılamanın yenilenmesi davası, ilk hüküm veren hâkim tarafından görülemez. Bir hâkimin kendi kararı karşısında objektif kalması zordur. Bu nedenle, yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki

⁴³⁸⁹ Keza Önder: Muhakemenin iadesinde reform, Semp. II, 25. Sadece sanık lehine yenilemede zamanaşımını kabul etmeyen kararlar gibi (2. CD 15/1/48, İHFM 66, 330) lehe ve aleyhe farkı gözetmeden zamanaşımını kabul etmediği halde eski hüküm iptal edilip yeni bir hüküm verildiği zaman, zamanaşımını nazara alan kararlar da (CGK 29/5/44, Çağlayan “66” III, 281) vardır.

⁴³⁹⁰ Ceza muhakemesi “lehe olan yenilemeyi” genel af engeldir diye kabul etmemiş, Yargıtay Hukuk Dairesi ise bunu yanlış bulmuştur (4. CD 29/11/65, RKD 67, II/1, 91).

⁴³⁹¹ Kanunda “kesin hüküm”lere karşı muhakemenin yenilenmesinden bahsedilmektedir (CMK 327, 330). “Hüküm” tâbirinde, “muhakemenin durması kararı” da dahil ise de (m. 253), durma kararı mahiyeti itibarıyla her zaman sonkarar olmadığından, yani uyumsuzluğu doğrudan doğruya veya dolayısı ile halletmediğinden, her zaman “kesin hüküm” yani “yargı” değildir. Durma kararının sonkarar sayılması mümkün olduğu zaman da, muhakemenin yenilenmesi bahis konusu olamayacaktır. Zira durma sebebi kalkınca ortaya büyük bir ihtimalle mahkûmiyet kararı çıkacak ve yenilenme bu karar yüzünden olacaktır.

⁴³⁹² Diğer kararnamelerin aksine olarak sulh hâkiminin ceza kararnamesinin kabulü ile yargı halini almasında, ortada yargıdan söz edilebildiği için, yapılmamış fakat yapıldı sayılmış sonsoruşturmaların yenilenmesi için de yargılamanın yenilenmesi mümkün olmalıdır.

⁴³⁹³ Katılanın durumu tartışmalıdır. Âdetâ kamu dâvasını açma yetkisi verilmiş olacak diye kabul etmeyenler vardır (Onursal: Tez, 99; Özgen: Tez, 154). Biz de bu görüşte idik. Aleyhte yenilemeği sınırlı kabul ettiğimize göre katılana böyle bir yetki tanınması o bakımdan mesele çıkarmayacaktır. Diğer taraftan, katılanın dâva sona erince sıfatının kalmadığı doğrudur. Ancak muhakemenin yenilenmesi sebepleriyle nasıl sona eren dâva yeniden başlıyorsa, katılanın sıfatının da yeniden başlayacağı kabul edilebilir. Kaldı ki kanunun yazılışı katılana böyle bir imkân tanıdığını söylemeği mümkün kılmaktadır (Erem, 747; Önder: Semp. II, 28).

⁴³⁹⁴ Hükümlü sağ iken yakınlarına dâva hakkı vermek tezi (Önder: Semp. II, 29) yersizdir. İlk muhakemede söz sahibi olmayana sonradan söz hakkı vermek ölüm haline mahsus istisnanın amacına ters düşer. Bunlar, hükümlüyü ikna edemiyorlarsa savcıya iknaya çalışmalıdırlar.

⁴³⁹⁵ 329. maddede “onun yerine” tâbiri yoktur ve bu yüzden, sanık ölmüşse sadece sayılan şahısların yenileme isteyebileceği, faraza savcının hattâ sanık lehine yenileme istemeyeceğini söyleyenler olmuştur (Taner, 400), Kantar, Alman doktrini ile tatbikatının savcıya bu hakkı tanıdığını belirtmektedir (s. 418), erem (n. 404) ile Önder (Semp. II, 29) de savcının yetkisini kabul etmektedir. Erem, sanığın eski müdafine de bu yetkinin verilmesini istemektedir (n. 404), k-m: Özgen: Tez, 117).

yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz (CMK 23/3). Alman Kanunu da bu yönde değiştirilmiştir (GVG 140a).

Dâva açılırken, yenileme sebebi olarak iddia olunan hususlar, bunun yasal nedenleri ve bunların dayandığı deliller gösterilir (CMK 317/2). Eğer yenileme sebebi olarak bir suç ileri sürülüyorsa, bu suçun varlığını isbat için ya bir mahkûmiyet yargısı yahut yargılama yapılmamasının veya devam edememesinin, delillerin yokluğundan başka meselâ zamanaşımı, sanığın ölümü gibi bir sebepten ileri geldiğini gösteren bir delil ibraz⁴³⁹⁶ edilecektir (CMK 316).

Bir sebebe dayanılarak açılan muhakemenin yenilenmesi dâvası reddedilse de, yeni bir sebebe dayanılarak yeniden bir dâva açılabilir.⁴³⁹⁷

Yargılamanın yenilenmesi bir *kanun yolu muhakemesi* olduğundan ve dâva açılmadıkça yargılama makamları harekete geçemediğinden, mahkeme kendiliğinden, muhakemenin yenilenmesine karar veremez.

Yargılamanın yenilenmesi dâvasının açılması, hatalı olduğu iddia olunan hükmün infazını geri bırakmaz ve başlamışsa durdurmaz. Ancak dâva üzerine mahkeme, infazın geri bırakılmasına veya durdurulmasına karar verebilir (CMK 312). Bu karar derhal verilebileceği gibi, yenileme muhakemesinin evrelerinde de verilebilir.⁴³⁹⁸

Yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunan hükümlünün haksız çıkması ve kötü niyetli olması durumunda, mülga Kanun (CMUK 342) ağır para cezası hükmolunmasını öngörmüştü. CMK bu hükme yer vermedi.⁴³⁹⁹

554. YARGILAMANIN HÜKÜMLÜ LEHİNE YENİLENMESİ SEBEPLERİ.

I. Kesinleşmiş olan ilk hükümde önemli bir hata olması.

Yargılamanın yenilenmesi yolunun açılabilmesi için kesinleşmiş olan hükümde Kanunda tek tek ve ayrı ayrı sayılarak gösterilmiş bulunan sebeplerden birine ilişkin önemli bir hata tespit edilmiş olması gereklidir. Hukuki hata ile yenileme istisnaen mümkündür. Mesela Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sözleşmeye aykırılık tespit eden kararı bu nitelikte sayılabilir. Kanunumuz hükümlünün lehine olan yargılamanın yenilenmesi nedenlerini 311 inci maddesinde göstermiştir.

II. Sahte belge.

⁴³⁹⁶ CGK 27.55.1985 (E. 1985/72, K. 1985/306): Olayda yasal kışkırtma nedeni bulunmadığı önceden tartışılarak hüküm kurulmuş ve özel dairece onanmıştır. Soyut bir konu öne sürülüp, kanıtları gösterilen bir iade nedeni ve istemi bulunmadan, ceza belirlemesiyle ilgili kesin hüküm durumuna girmiş konuda yeni bir değişiklik yapılamaz.

⁴³⁹⁷ *Kantar*, 408.

⁴³⁹⁸ Hükmün icrasını tehir eden karar esas mahkemesi tarafından verilebilir. Yargıtay hukuki meseleyi incelediği için, maddi olgu konusundaki şüphelyi değerlendiremez. *Leyla Zana* ve diğer hükümlülerin Yargıtay kararı ile tahliye edilmeleri bu ilkeyi zorlamıştır.

⁴³⁹⁹ *Öztürk* (2009, 654), kötü niyetli de olsa, hükümlünün yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmasına yaptırım uygulanmamasını yerinde bulmaktadır.

Duruşmada⁴⁴⁰⁰ kullanılan ve hükmü etkileyen⁴⁴⁰¹ bir belgenin sahteliğinin anlaşılması (CMK 311/1-a). Burada “suç teşkil eden” sahtelik söz konusudur. Sahtelik suç teşkil etmiyorsa, 5. gruptaki sebeplerden “yeni olay” var demektir.⁴⁴⁰²

III. Yalancı tanık.

Yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanığın veya bilirkişinin hükme müessir olacak surette hükümlü aleyhine kasıt veya ihmal ile gerçek dışı tanıklıkta bulunduğu⁴⁴⁰³ veya oy verdiği anlaşılması (CMK 311/1-b). Tercümanlar da kıyas yolu ile bu hükme girmektedirler.

Hakikat hilâfına beyan suç teşkil etmiyorsa, 5 inci gruptaki “yeni olay” sebebi teşkil edeceğinden⁴⁴⁰⁴, burada da suç teşkil edenler anlaşılmalıdır. Bu sebeple 2 inci bentte kasıttan söz etmek gereksizdir. İhmalden söz etmekse ters düşmektedir. Kanunda yemin şartının aranması isabetli değildir. Mesele beyanın hükme tesiridir. Yeminli olmasa da tesir mümkündür.⁴⁴⁰⁵

IV. Suçlu hâkim.

Hükme katılmış olan hakimlerden biri, hükümlünün neden olduğu kusur dışında, aleyhine ceza kovuşturmasını veya bir ceza ile mahkûmiyetini gerektirecek biçimde görevlerini yapmada kusur etmiş ise (CMK 311/1-c). Kanun, bu sebeple, hâkimlerin bir görev suçu işlemelerini aramakta ve disiplin suçlarını hariç tutmaktadır.

V. Hukuk mahkemesinin hükmü.

Mahkûmiyet kararının dayandığı hukuk mahkemesi hükmünün, yargı halini almış bir diğer karar ile ortadan kalkması (CMK 311/1-d).⁴⁴⁰⁶ Bu hükmü, kıyas yolu ile, idare mahkemesi kararlarına da uygulamak doğru olur.⁴⁴⁰⁷

VI. Yeni deliller veya yeni olaylar ileri sürülmesi.

„Yeni olaylar ve yeni deliller ortaya konulup da bunlar yalnız başına veya önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkum edilmesini gerektirecek nitelikte olursa“ (CMK 311/1-e).

⁴⁴⁰⁰ Hükmün hatalı olması arandığına ve sorsoruşturmanın yenilenmesi bahis konusu olduğuna göre, ilksoruşturmada kullanılan belgeler buraya girmez (k-m: *Taner*, 401). Diğer taraftan burada duruşma kelimesini dar mânâyâ almamak lâzımdır. Duruşma yapılmıyan hallerde, meselâ, ceza kararnamesi ile mahkûmiyette de nazara alınan vesika sahte ise muhakeme yenilenmelidir (k-m: *Önder*, 329). Netekim Almanya’da doktrin ve içtihadın ceza kararnamesine umumiyetle yargının tam otoritesini tanımaması ve bu sebeple muhakemenin yenilenmesini kabul etmemesi üzerine kanunkoyucu bunu mümkün kılan 373a maddesini 1953 de kabul etmek zorunda kalmıştır.

⁴⁴⁰¹ Kanunumuzdaki “hükme tesir eden” tâbiri, mehzada olmadığı halde, 338. maddede başka bir norm bulunduğu gözden kaçarak, ilâve edilmiştir (*Hazırlık Çalışmaları*, s. 300). 338. maddeye göre, vesikanın hükme tesiri olmadığı anlaşılırsa, muhakemenin yenilenmesi dâvası ikinci safha sonunda esassız görülerek reddedilecek, daha doğrusu, muhakemenin yenilenmemesine karar verilecektir. Görülüyor ki hükme tesir etmeme, yenileme dâvasının kabulüne manî değildir. Netekim mehzaz kanunda da böyledir. Kanunumuz bunu hem esastan tetkike, hem kabule manî saymak gibi garip bir duruma düşmüştür (*Taner*, 401).

⁴⁴⁰² *Kantar*, 409; *Erem*, n. 409; 3. CD 20/9/65 *Çağlayan* “66” III, 269. Ancak, *Kantar* bu hal tarzını âdil bulmakla beraber, bunun kanunî olduğunda tereddüt etmektedir. Bizce, sadece suç teşkil eden sebepleri nazara alan 332. madde tereddüde yer vermemelidir. Yenileme sebepleri arasında suç teşkil edenler gibi etmeyenler de olabilir. Sahtecilik suç teşkil etmiyorsa 1. sebebe girmez, fakat 5. sebebe girerek yeni olay sayılır. *Önder* de bu görüştedir (muhakemenin iadesinde müşterek sebepler, İHFM 66, 33).

⁴⁴⁰³ *Kantar*, 409; *Taner*, 402; *Erem*, n. 410; *Özgen*, Tez, 71; k-m: *Önder*: a.g.m., İHFM 66, 42.

⁴⁴⁰⁴ k-m: *Kantar*, 409.

⁴⁴⁰⁵ *Erem*, n. 410; *Özgen*: Tez, 75; *Önder*: a.g.m., 38.

⁴⁴⁰⁶ Kanunda bozmadan bahsolunuyorsa da maksat eski yargının kalkıp yerine bir yenisinin gelmesidir (*Erem*, n. 408).

⁴⁴⁰⁷ *Erem*, n. 408; k-m: *Kantar*, 410.

Kanun hem yeni⁴⁴⁰⁸ olay (vakıa)⁴⁴⁰⁹ dan hem de yeni delilden söz ettiğine göre, bunlar farklı kavramlardır. Bu nedenle 5 inci bentteki yeni olayı, *yeni delil ortaya çıkarmayan yeni olay* olarak anlamak gerekir.

Yeni olaylar veya yeni deliller ortaya konulup da bunlar yalnız başına veya önceden sunulan delillerle birlikte gözönüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkûm edilmesini gerektirecek nitelikte olmalıdır. Bizce yeni olaylar arasında, “içtihat değişikliği” olayı da vardır.

Yargılamanın yenilenmesinin sebepleri, yani yenileme dâvasının kabule şayan görülmesi sebepleri, uyuşmazlığı kesip atmış olan yargılarda, yeniden bir muhakeme yapılmasını haklı gösterecek önemde bir hata yapılmış olması halleridir. Kanunumuzda birer birer ve muhakemenin yenilenmesinin hükümlü lehinde veya aleyhinde olmasına göre, ayrı ayrı sayılarak gösterilmiş olan bu hallerin çoğu maddî de denilen sübut meselesine ilişkindir ve bu konuda şüphenin geri geldiğini gösterir. Ancak hukukî meseleye ilişkin olan ve kısaca hukukî hata da denilebilecekler için de yenileme mümkündür.⁴⁴¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sözleşmeye aykırılık tesbit eden kararı da hukuki tesbit niteliğinde ise, muhakemenin iadesi sebebi olmaz. Ancak, hükmün dayanağını teşkil eden maddi tesbitler bakımından hukuka aykırılık tesbit edilmişse, bu husus Almanya’da olduğu gibi, yargılamanın iadesi sebebi olarak Kanuna alınabilir.

Yeni olaylar arasında, bizce, “içtihat değişikliği olayı” da vardır.⁴⁴¹¹ Yargılanan kararın verildiği tarihte hâkimin bilmediği delil veya olay diye tarif edebileceğimiz yeni delil veya yeni olayın yenileme sebebi olabilmesi için, yalnız başına veya eskilerle birlikte nazara alındığında hükümlünün beraatini⁴⁴¹² veya daha hafif⁴⁴¹³ bir cezayı havi kanun hükmünün, yani sonuç cezanın tâyininde kullanılması takdire

⁴⁴⁰⁸ Tafsilât için Bk. *Önder*: Yeni vakıalar ve yeni deliller sebebiyle, muhakemenin iadesi, İHFM 1965, 55-78.

⁴⁴⁰⁹ “Vakıa”, vuku bulan, vaki olan, bir diğer söyleyişle gerçekleşen, yani realite de denilen gerçeğin bir parçası olan şeydir, yani olaydır. Gerçek, dâva konusu olayın konu dışında kalan olaylardan ayrılması gereğinden de anlaşılacağı üzere, sayısız olaylardan oluşur. “*événement*” karşılığında, bu olaylardan biri olduğunu belirtmek üzere, olgu yerine olay demeği tercih ediyoruz. Bu olaylardan bazıları “insan eseri olay” demek olan “eylem” (*fait*) olduğu içindir ki fransızcada yeni olaya “*fait nouveau*” denilmektedir (*Kunter*: İçtihat değişikliği, s. 49).

⁴⁴¹⁰ İlk sekiz basıda hemen herkes gibi biz de karşı görüşte idik. Kanunda olmayan bir cezayı veren mahkûmiyet kararının Yargıtayca onandığını ve olağan kanun yollarından geçmesine rağmen giderilmediğini gördüğümüz böylesine bir “hukukî hatanın”, Yargıtayın sonradan başka bir dâva dolayısı ile hatalı içtihadından dönmesine rağmen bu içtihat değişikliğinin yenileme sebebi sayılmamasındaki terslik, bize bu konuda daha derinlemesine araştırma ve düşünme fırsatı verince gördük ki; Kantar’ın bazı istisnaları dışında, hemen herkesçe kabul edilegelmiş olan ve “kanunumuza göre maddî (veya fiilî) hata muhakemenin yenilenmesi sebebi olamaz” diye özetleyebileceğimiz görüş, tarihten kaynaklanmakta olup kanunumuz bu kadar olumsuz bir sonucu hiç de haklı göstermemektedir (Tafsilât için *Kunter*: Hukukî hatayı gidermek için ceza muhakemesinin yenilenebilmesi sorunu. YD 87/3 201). Artık Kantar’dan da ileri giderek, 327 ve 330. maddelerin 3. bentlerinin dışındaki hallerde de hukukî hata söz konusu olabileceği, önemli olması için belirli nitelikler taşıması elbet aranacak olan “içtihat değişmesi olayı” ile ortaya çıkan hukukî hatalar nedeniyle de yenilenmenin kabul edilebileceği görüşündeyiz (*Kunter*: İçtihat değişmesi nedeniyle ceza muhakemesinin yenilenebilmesi sorunu. YD 8/1 62). Bu görüşümüz benimsendiğinde, *Özgen*’in “hukukî hatalar bakımından da muhakemenin yenilenmesi temennisi de (Tez, 19, 28) gerçekleşmiş olacaktır.

⁴⁴¹¹ Mahkemelerimiz bugüne kadar içtihat değişikliğini yenileme sebebi olarak kabul etmemişler ve geçmişe uygulanmazlık veya bunun maddî imkânsızlığı (CGK 18/3/46 Yargıtay Kararları 1946 ceza bölümü, s. 90), kanuna da geçmiş hukuk prensibi oluşu (İçBK: 15/6/49 Düstur III, 30 1567), bu konuda özel, istisnai kanun yolu bulunmayışı (AsY 2. D: 24/7/69 Alicanoğlu CMUK, 2. bası 1971, s. 614), maddî olaylar benzese de şahısların hareketlerinin kasde bağlı olup olmadığının ayrı ayrı incelenmesi gereği (7. CD 11/11/72 *Çağlayan* “80” III, s. 294) gerekçelerine dayanmışlardır. Bilimsel hukukumuzda da bu sorunu açıkça ele alanlar, şimdiye kadar hep içtihat değişikliğinin yeni olay sayılmayacağına dayanmışlardır. Kantar (s. 411) ile *Erem*’in (n. 412, 695) gerekçesi “hatanın fiilî oluşu”, *Özgen*’inki (s. 98 ve 101) ise “hatanın önemli olmadığı”dır (tafsilât için *Kunter*: İçtihat değişmesi, s. 42-64).

⁴⁴¹² Mahkemelerin verdikleri düşme kararları da buraya sokulmalıdır. Düşme kararı yerine mahkûmiyet kararı verilmişse, düşme kararı verilmesini gerektiren yeni delil veya olay, yenileme sebebi olarak kabul edilmelidir. Meselâ yeni olay suçun daha eski tarihte işlendiğini gösterebilir ve zamanaşamı ile düşmeyi gerektirebilir.

⁴⁴¹³ Hafifliği tâyin için müşahhas cezaların karşılaştırılması görüşüne (*Erem*, n. 412) katılmıyoruz. Muhakeme henüz yenilenmediğine ve mahkemenin takdir yetkilerini nasıl kullanacağı bilinmeyeceğine göre, bizce kanundaki mücerret cezaya bakmak ve onun yukarı haddini esas almaktan başka çare yoktur.

birakılmayıp, kanun gereği olan normların⁴⁴¹⁴ uygulanması ile mahkûm olmasını gerektirecek nitelikte olması gerekir (CMK 311/1-e). Bu nitelik, bilimsel hukukta çok defa “önemlilik şartı” diye anılmaktadır. Biz bu şartı, “sonuç-cezanın tâyininde kullanılması kanun gereği olan, bir diğer söyleyişle mahkemenin takdir denilegelen serbest değerlendirme yetkisine bırakılmamış bulunan her hangi bir hukuk normunun⁴⁴¹⁵ uygulanması sonunda cezanın hafifliyebileceğinin görülmesi” diye anlıyor ve ancak böyle bir yeni delil veya yeni olayın, dolayısı ile onların ortaya çıkardığı hatanın, lehte yenilemenin kabulünü gerektirecek ölçüde önemli sayıldığını kabul ediyoruz.⁴⁴¹⁶

Kabahatlerde yargılamanın yenilenmesi yolu kapalıdır. Zira, Kabahatler Kanunu genel hükümlerin hangi alanlarda uygulanacağını sınırlı olarak göstermiş (KK 28/5), yargılamanın yenilenmesi hükmüne yollama yapmamış ve benzer bir kurumu kendisi de düzenlememiştir. Mülga Kanun ise, kabahat suçlarına münhasır olmak üzere, yeni delillerin veya yeni olayların, hükümlü tarafından evvelce öğrenilmemiş veya öğrenilmiş olsa da kendi kusuru olmayarak ortaya konulmamış olmasını da aramıştı (CMUK 327).⁴⁴¹⁷ Türk Ceza Kanunu kabahatleri almadığı için, CMK bu hükmü de düzenlemedi. Kabahatler Kanununda da ayrıca bir düzenleme yer almadığı için, kabahatlerden dolayı itiraz üzerine verilen hükümlere karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamayacaktır.

VII. Yeni delil olarak bilirkişi raporu.

1. Yeni delil olarak yeni bilirkişi raporu.

⁴⁴¹⁴ İlk sekiz basıda, kanundaki “daha hafif bir cezayı havi kanun hükmü”nü “suç tipini koyan ve karşılığı olan müeyyideyi sabit olarak veya hadler arasında gösteren müstakim norm” diye anlıyorduk. Konu üzerine bir inceleme vesilesi ile daha fazla durunca isabetsiz bulduğumuz bu görüşü şu gerekçelerle terkttik: (a) Kaynak Alman kanununda “sanığın daha hafif bir ceza kanununun uygulanması ile daha az bir cezaya... mahkûm edilmesine elverişli” olmaktan söz edilmekle iki şart birden aranmaktadır: Daha hafif ceza kanununun uygulanması ve daha az cezaya hükümlenabilmesi. Bizim kanun bu ikinci şartı açıklamamıştır. Daha hafif ceza kanunu uygulanınca elbet ceza daha az olacak diye, bizde kestirme bir ifade kullanıldığı sanılabilir. Halbuki ikinci şartın amacı, yenileme sonunda daha hafif suçtan ötürü de olsa cezanın aynı kalmasını önlemektir. Kanunumuz, farklı yazılışa rağmen, bu imkânı kaldırmış değildir. Sadece daha hafif bir suçtan mahkûmiyette ceza aynı kalabilsin mi kalamasın mı sorununun çözümünü yoruma bırakmıştır. (b) İkinci şartın açıklanmamasına ve birinci şarttaki “havi” sözcüğüne bakarak evvelce vardığımız sonucun isabetsizliği karşısında, Ceza Genelkurulunun 27/5/85 tarihli kararındaki (YKD 85/9 1370) azınlıkta kalanlar gibi suç vasfını değiştiren normlar dışındaki normlarda yapılan hataların yargının kesinliği otoritesini zedelemek pahasına da olsa, sürüp gitmesine razı olmanın hukuk Devleti anlayışı ile bağdaşamayacağı görüşüne vardık. (c) 327. maddenin diğer bentlerindeki sebeplerle yenilemelerde de takdir hatası ile fazla ceza tâyin edilmiş olması imkânsız olmadığına göre, 331. madde, lehte yenileme bakımından gereksiz ve anlamsız sayılmalı idi. Kaldı ki bu madde aleyhe yenilemede de uygulanması sebebiyle daha genel bir kural getirmekte idi. (ç) Daha az cezaya mahkûm olma ikinci şartını da kanunumuzun açıkça olmasa da aradığı kabul edilince, birinci muhakeme sonunda verilen ceza ile yenileme muhakemesi sonunda verilecek cezanın karşılaştırılması gerekecektir. Bu sonuncu ceza önceden bilinmeyeceğine göre kanundaki cezanın yukarı haddine bakmaktan başka çare yoktur. Bu da gösteriyor ki 5. bent, ancak takdir hatalarını önemsiz saymaktadır. Bu nedene göre önemli sayıldığı halde kanunkoyucu yine şu veya bu hatanın yenileme ile giderilmesini kabul etmeyecekse, daha genel bir engele ihtiyaç vardır. Bu engeli de 331. madde düzenlemektedir. Netekim Almanların, bizim mülga TCK 47 ve 48 deki hareket serbestisini veya şuurun önemli ölçüde azalması halinin karşılığı olan normlara göre cezanın hafifletilmesi amacı ile yenilemeyi önlemek istediklerinden, 331. maddemizin karşılığı olan maddeye bir fıkra eklemek ihtiyacını duymaları da bunu göstermektedir. (d) 5. bendi, takdir hatalarını önemsiz sayacak biçimde yorumlamamız, hadler arasında cezanın değiştirilmesi için yenilemeyi kabul etmeyen 331. maddedeki genel engel kuralı gereği olduğu kadar çok da yerindedir. Hadler arasında takdir yetkisinin hâkimden hâkime değişebilmesi, serbest değerlendirme yetkisinin icabıdır ve değerlendirme farklılıklarının hata sayılmadığının kabulü anlamına gelir. O halde bunu sadece temel-ceza tâyini ile sınırlandırmanın anlamı yoktur. (e) Bu yorumumuz, istisnanın kıyas yolu ile genişletilmemesi ve dar yorumlanması esaslarına aykırı düşmemektedir. Zira yenileme sebepleri dışında bir hali sebep diye kabul etmiş değiliz ki kıyas söz konusu olabilsin. Bir genişleme var gibi gözüküyorsa da bunu yapan biz değiliz. Kanunumuz 331. maddesidir ve bu maddedeki engele takılmayan hataların kaide olarak yenileme ilie giderilebileceği yolundaki genel engelidir (Tafsîlât için *Kunter*: İçtihat değiştirmesi, s. 53-64).

⁴⁴¹⁵ Meselâ daha hafif bir suç söz konusu ise veya cezanın haksız tahrikle hafifletilmesi gerekiyorsa (CGK 27/5/85 YKD 85/9 1370). Bu kararda “ileri sürülen deliller haksız tahrik kabulü için yeterli değil” denilmekle yetinilecek yerde yenileme amaçlarının uzun boylu tartışılmasından ve “ilke olarak böyle bir nedenin iade sebebi olamayacağından” söz edilmesi yüzünden Genelkurulun karşı görüşte olduğu sonucunu çıkarıyoruz), kanuni ağırlatıcı sebebin uygulanması hatalı ise, sanığın mülga TCK 47 kapsamına gören akıl hastası olduğu anlaşılmışsa (7. CD 31/12/75 *Çağlayan* “80” III, 292; 1. CD 26/9/57 *Çağlayan* “60” 692).

⁴⁴¹⁶ Bu doğrultuda olmak üzere, 12’nci basıda AİHM’nin ihlal tesbit eden kararının sınırlı olarak muhakemenin iadesi sebebi olarak Kanuna eklenebileceğini mütalaa etmiştik.

⁴⁴¹⁷ Haklı olarak tenkit edilen bu hüküm, kanundan çıkarılmalı idi (*Özgen*: Tez, 97; *Önder*: Semp. II, 31).

Ceza yargılamasının yenilenmesi isteminin “dayandığı yeni delil” (CMK 317/2) olarak “yeni bir bilirkişi raporu” sunulması, sadece çok dar koşullar altında kabul edilebilir.⁴⁴¹⁸

Bilirkişi, “çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde” hâkime “*maddi mesele*” konusunda ışık tutan bilgiler verdiği, “hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda inceleme yapamayacağı” için (CMK 63/1), maddi mesele konusunda ilk hükmün temellerini sarsabilecek nitelikteki yeni bir bilirkişi raporu, belli koşullar altında daima “yeni delil” olarak kabul edilir. Yargılamanın yenilenmesi yoluna gitmek isteyen hükümlü, eğer sadece yeni bilirkişi raporunun daha önce rapor vermiş olan bilirkişiden farklı sonuçlara ulaştığını ortaya koymak ile yetinmemekte, bunun ötesinde, mesela aradan geçen zaman zarfında daha önce rapor vermiş olan bilirkişinin kullanmış olamayacağı yeni bilimsel bilgilerin ortaya çıkmış olduğunu, yani bilimin gelişmiş olduğunu ortaya koymakta ise, bu istemin “kabule değer” olduğuna karar verilmesi gerekir (CMK 318).

Yargılamanın yenilenmesi davası açılırken, daha evvel ilk muhakemede bilirkişi olarak görev yapmış olan uzmanın, “*uzmanlık alanı konusunda sahip olduğu bilginin yetersiz olduğu*” veya “*raporunun çelişkili olduğu*” ileri sürülerek, yeni bilirkişinin uzmanlık alanına ilişkin “*daha üstün bilgilere sahip olduğu*” veya hazırladığı yazılı raporunda “*yaptığı yeni tespitler ile, daha evvel rapor vermiş olan bilirkişinin raporunu temelden sarstığı*” durumlarda, bilirkişi raporu yeni bir delil olarak kabul edilmektedir.⁴⁴¹⁹

Buna mukabil, yeni bilirkişinin sadece aynı “bağlantı olaylarından” yola çıkarak, yeni sonuçlara varması, bilirkişi raporunun yeni delil olarak kabul edilmesi için yeterli değildir.

2. Ölçütler.

Frankfurt Yüksek Eyalet Mahkemesi 21.12.2005 tarihinde verdiği (1 Ws Vs 29/05 sayılı) kararında da şu tespitleri yapmaktadır: Somut olayda Giessen Eyalet Mahkemesi faili 22.3.2003 tarihli hükmüyle kasten öldürme nedeniyle 14 yıl hapse mahkum etmiş ve aynı zamanda Alman Ceza Kanununun 63 üncü maddesi uyarınca da bir psikiyatri kliniğine yatırılmasına karar vermişti.⁴⁴²⁰ Yargılamanın yenilenmesi istemini inceleyen Frankfurt Yüksek Eyalet Mahkemesi, 21.12.2005 tarihli kararında; “*somut olayda ileri sürülen bilirkişi raporunun yeni delil olarak kabul edilmesi gerektiğini*” belirtmiş ve bu yeni delil kullanıldığı takdirde, “*ilk verilmiş olan hükmün temellerinin sarsılabileceği*” ve böylece “*hükümlünün daha lehine olan bir karar verilmesi*” (StPO 359 No. 5; CMK 311/1-e) olanağının doğabileceğini belirtmiştir. Mahkeme verdiği bu kararda, yargılamanın yenilenmesi istemi incelenirken kullanılacak önemli bazı kriterler ortaya koymuştur:

a) Yeni delil veya olayın yargılamanın yenilenmesine yol açabilecek nitelikte olup olmadığı değerlendirilirken, yargılamanın yenilenmesine karar verecek olan mahkemenin daha evvel esas hakkında karar vermiş olan mahkemeden farklı bir karar verip veremeyeceği incelenmelidir. Yani, eğer ilk olarak davaya bakmış olan esas mahkemesi, yeni ortaya çıkmış olan bu olay ve delilleri bilse idi, farklı bir karar verecek idi ise, yargılamanın yenilenmesi davası kabule şayan bir dava sayılmalıdır.

⁴⁴¹⁸ OLG Hamm 2. Ceza Dairesi 24.1.2002, Dosya No: 2 Ws 7/02. Somut olaydaki suç, zehirleyerek öldürmedir. Yeni bilirkişi, kendisine siyanit verilen bir kişinin ne kadar süre ile fiil ehliyetine sahip olmayı sürdürebileceğini tartışmaktadır.

⁴⁴¹⁹ OLG Frankfurt 26 Haziran 1992 Dosya No. 1 Ws 105/91; aynı yönde BGH 3 Aralık 1992 Dosya No. StB 6/92, NStZ 1993, 502 ve OLG Hamburg 19 Ekim 1999 Dosya No. 2 Ws 136/99, JR 2000, 380.

⁴⁴²⁰ Esas mahkemesi sanığın kusur ehliyetinin önemli şekilde azaldığı sırada (StGB 21) suçu işlediğini kabul etmiş ve paranojik şizofreni durumunda toplum için tehlikeli bulunduğu için kliniğe yatırılmasına karar verilmişti. Hükümlünün avukatı 29.12.2004 tarihinde yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuş ve istemini desteklemek üzere de, daha önceki 5.8.2002 tarihli adli psikiyatri raporu ile, hükümden sonra aldığı 24.9.2004 tarihli adli psikiyatrik teşhis raporunu sunmuştu. Fulda Eyalet Mahkemesi 28.1.2005 tarihli kararıyla yargılamanın yenilenmesi talebini kabul etmemiş ve yeni olay ileri sürülmediği gerekçesine davayı reddetmiş, “*yeni bilirkişi raporunun somut olayda yeni delil olarak kabul edilemeyeceğini, zira suçu işledikten sonra yapılan inceleme ve değerlendirmelerin failin suçu işlediği sıradaki ruhi durumunu ortaya koymaya elverişli olmadığını*” ileri sürmüştür. Hükümlü bu karara karşı itiraz yoluna başvurmuş ve gerekçe olarak da; “*esas mahkemeye rapor veren bilirkişilerin ilaç vermeyi keserek uzun süre gözlem yapma imkanına sahip bulunmadıkları ve bu nedenle de, daha sonra yapılan incelemenin daha sağlıklı olduğunu ve yeni delil oluşturacağını*” ileri sürmüştür.

b) “Şüpheden sanığın faydalanması kuralı” yargılanmanın yenilenmesi davasında geçerli değildir; burada “şüpheden kesin hüküm faydalanır” kuralı geçerlidir.⁴⁴²¹

Eğer somut bir olayda yeni rapor veren bilirkişi hükümlünün suçu işlediği sırada şizofreni hastası olduğu ve böylece depresif sentomlar altında bulunduğundan kusur ehliyetine sahip bulunmadığı ortaya konacak olursa, bu teşhis kesinleşmiş olan hükmün temellerini sarsacak ve sanığın beraat etmesini sonuçlandıracak nitelikte bir tespit sayılabilmektedir. Bu tespitlere göre yeni bir bilirkişi raporunun StPO 359 No. 5 anlamında yeni delil olarak yargılanmanın yenilenmesi aşamasında ileri sürülebilmesi için daha önceki bilirkişinin uzmanlık alanındaki bilgisinin yetersiz olduğu veya raporunu hazırladığı sırada kendisine verilen olguların yetersiz olduğu, bilirkişi raporunun çelişkili olduğu veya yeni bilirkişinin daha üstün araştırma yöntemlerine sahip bulunduğu veya yeni hazırladığı raporda yeni bağlantı olayları ortaya koymak suretiyle daha önce hazırlanmış bulunan bilirkişi raporunu temelden sarsacak nitelikte bir bilirkişi raporu olması gereklidir.⁴⁴²²

Loewe Rosenberg-Gössel StPO ise, prensip olarak daha önceki duruşmada dinlenmemiş olan her bilirkişinin yeni delil olacağı kanaatini ileri sürmektedirler. Fakat bu yeni delilin kabul edilebilmesi için genel kurallar uyarınca önceki hükmün temellerini sarsacak nitelikte olması aranmaktadır. Bu kurallar StPO 244/4 cümle 2 den türetilmiştir.⁴⁴²³

3. Yeni bilirkişi raporunun yeni delil olarak kabul edilmediği haller.

Buna karşılık, aşağıdaki hallerde yargılanmanın yenilenmesi davası açılırken yeni bir bilirkişi raporu sunulması, StPO 359 No. 5 anlamında daima kabul edilmezlik kararıyla karşılaşacaktır.

i) Eğer yargılanmanın yenilenmesi dilekçesinde belirtilen yeni bilirkişi sadece daha evvelki bilirkişi raporunda kullanılan aynı bağlama olgularından hareket ederek yeni bir sonuca varıyorsa bu takdirde yargılanmanın yenilenmesi talebi reddedilecektir.⁴⁴²⁴

ii) Bunun dışında, Alman Federal Yargıtayı, çok sayıda özel inceleme maddesine sahi olmanın tek başına yargılanmanın yenilemesi talebinin kabul edilmesi için olanak sağlamayacağı, bilirkişinin ilk bilirkişiye oranla çok daha fazla ve geniş araştırma imkanına sahip olduğunun ortaya konmasının yeterli olmayacağına karar vermiştir.⁴⁴²⁵

iii) Alman Federal Yargıtayı aynı sonuca şu hallerde de varmaktadır. Önceki bilirkişi belli inceleme yöntemlerini kullanmamışsa ve bu şekilde bütün inceleme yöntemlerini tüketici bir şekilde kullanmamışsa, bu yöntemleri bilmediği, bu imkanlara sahip olmadığı anlamına gelmez; bilirkişi olay incelemesi yaparken inceleme yöntemini kendisi tayin edecektir.⁴⁴²⁶

4. Sonuçlar.

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda şu sonuçlara varılabilir. Bir hükümlünün gözlem merkezinde daha uzun süre tutulmuş olması halinde farklı sonuçlar elde edileceği ileri sürülerek yargılanmanın yenilenmesi talep edilemez. Eğer sonradan hazırlanan bilirkişi raporun ilk bilirkişi raporunun temellerini sarsacak nitelikte ise ikinci bilirkişi raporunda ortaya konmuş bulunan yeni olaylar ilk muhakemede ortaya konmuş ve tartışılmış olan olayları değiştirebilecek takdirde ise yargılanmanın dinlenmesi talebi kabule şayan bulunmalıdır.

5. Bilirkişi raporunun bağlayıcılığı sorunu.

Ceza mahkemesinde görülmekte olan bir dava sırasında alınan bilirkişi raporunun hukuk davasında kullanılıp kullanılmayacağı konusu da tartışılmıştır. Taraflar ceza dosyası içindeki bilirkişi raporuna

⁴⁴²¹ OLG Koblenz, Dosya No. St Nr. 5.

⁴⁴²² Meyer - Gossner, StPO 359 Rdnr. 35; KK-Schmidt, StPO, 359 Rdnr. 26, Pfeiffer StPO Rdnr. 10; 26.6.1992 tarih ve 1 Ws 105/91 Daire kararı – NJW 66, 2423; BGH NStZ 93, 502; OLG Koblenz, HansOLG Hamburg JR 00, 380.

⁴⁴²³ Bakınız 26.6.1992 tarihli daire kararı: Loewe/Rosenberg-Gössel, KK- Schmidt.

⁴⁴²⁴ BGHSt. 31, 365 370: 39, 75, 84.

⁴⁴²⁵ BGH, *Dallinger* MDR 56, 358.

⁴⁴²⁶ BGH StV 85, 489.

karşı herhangi bir iddiada bulunmayarak, içeriğini aynen kabul ederlerse hukuk hâkimi HMUK 74, 75 hükümleri uyarınca, tarafların talep etmediği görüntüsü resen inceleme konusu yapamaz. Fakat taraflar ceza mahkemesinde alınan kusur raporuna itiraz etmişlerse, hukuk hâkimi ceza dosyasındaki bilirkişi raporunu “kesin delil” olarak kabul edemez. Zira BK 53 ve HMUK 283, 284 ve 286 ncı hükümleri buna karşıdır. Konuyu inceleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 10 Ocak 1975 tarih ve 1975/1 sayılı kararında ceza mahkemesinde alınan bilirkişi raporunun hukuk hakimini bağlamayacağına (bk. 53), bu rapora taraflardan birinin itirazı üzerine hukuk hakiminin yeni bilirkişi raporu almak zorunda olduğuna karar vermiştir. Bu kararın gerekçesinde iki dava türünün amaç ve ilkelerinin farklı olduklarına değinilmektedir. HMUK 240, hâkimin delilleri serbestçe takdir etmesi kuralını benimsemiş aynı kanunun 283’üncü maddesinde ise hâkimin bilirkişiye soru sorma yetkisinin bulunduğu, tarafların da bilirkişiden yazılı olarak açıklama isteyebileceklerine ilişkin hükme dayanmaktadır. HMUK 284 de ise hâkimin gerçekğin ortaya çıkması için gerek görülürse yeniden bilirkişi incelemesi yaptırabileceği kabul edilmiştir.⁴⁴²⁷ Bu nedenle hukuk hâkimi ceza mahkemesindeki bilirkişi raporuyla bağlı olmayıp yeni bilirkişi incelemesi yapılabilir.⁴⁴²⁸

554-1. AİHM’NİN SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK TESPİT EDEN KARARI.

Ceza hükmünün, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya Eki Protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararı ile tespit edilmiş olması, yargılamanın lehe yenilenmesi nedeni yapılmıştır. Bu halde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir (CMK 311/1-f).

Ancak bu hüküm, 4.2.2003 tarihinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile, 4.2.2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır (CMK 311/2).⁴⁴²⁹

Mülga CMUK, AİHM’den verilen ihlal kararları üzerine önce “Sözleşmenin 41 inci maddesine göre hükmedilen tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğunun anlaşıldığı hallerde, Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı ile muhakemenin iadesi yolunun açılması sistemini“ benimsemişti (CMUK “2002, 4771” 327a).

Daha sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal kararı, muhakemenin iadesi sebepleri arasına eklenerek (CMUK “2003-4793” 327/6) CMUK 327a madde yürürlükten kaldırıldı.⁴⁴³⁰

⁴⁴²⁷ Doğanay (İ): Yargıtay Dergisi 1975, sayı 2, sayfa 31 – 35.

⁴⁴²⁸ Çelik (Ahmet): Tazminat ve Alacaklarda Zaman Aşımı, Legal Yayınevi, Ocak 2004, s. 239.

⁴⁴²⁹ Türkiye’yi diğer Avrupa Konseyi ülkelerinden ayırdedilen özellik, AİHM’in ihlal tespit eden kararından sonra, şartları uygunsa, hem ceza, hem medeni usul, hem de idari davalarda, yeniden yargılanma istenebilmesidir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa 2003-4928 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi ile yapılan düzenleme ile, 53 üncü maddede düzenlenen yargılamanın yenilenmesine 1) bendi eklenmiş ve AİHM kararında ihlal bulunmuş olması yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmiştir. Aynı Kanun’da daha sonra iptal edilen Geçici Madde 5 yer almakta idi: “53 üncü maddenin (1) numaralı fıkrasının (i) bendi, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilişkin yargılamanın yenilenmesi istemleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılır.” Bu geçici maddenin Anayasa’ya aykırı olduğuna dair Diyarbakır 1. İdare Mahkemesince yapılan başvuru (2009/34), Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmiş ve 20 Mayıs 2010’da, 2003-4928 sayılı Yasa’ ile eklenen Geçici Madde 5’in birinci tümcesinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE, karar vermiştir. Ceza Muhakemesi Kanununda belirtilen tarihler arasında kesin hükümle mahkûm olan ve iç hukuk yollarını tükettikten sonra başvurduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden Türkiye aleyhine ihlal kararı elde eden Öcalan, yargılamanın yenilenmesi prosedürünün uygulanmasını istemiş ve Türkiye yasaların gereğini yapmıştır. Bakanlar Komitesinin 2007 yılında verdiği karar, dosyanın kapandığını tespit etmiştir (Resolution CM/ResDH(2007)11). Hukuki durum böylece netleşmişken, 2010 yılında CMK 311/2 de lehe değişiklik yapılması girişimlerini onaylamıyoruz.

⁴⁴³⁰ Bu düzenleme karşısında, esas mahkemesinin CMUK 338 uyarınca, “AİHM ihlal tesbit eden kararının evvelce verilmiş olan hükme hiç bir tesiri olmadığını anlaşılması” gerekçesi ile, yargılamanın yenilenmesi talebinin esastan reddine karar verebileceği düşünülebilirse de, böyle bir kararın Bakanlar Komitesini tatmin edebileceği kuşkuludur. Otomatik bir şekilde yargılamanın yenilenmesi yolunun açılmış olması, AİHM’i “süper” temyiz mahkemesi statüsüne getirmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu, sadece ihlal kararı ile yetinmeyip “*hükmün bu aykırılığa dayandığının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararı ile tespit edilmiş olması*” ölçütünü de kabul ettiği için, bundan sonraki yargılamanın yenilenmesi taleplerinde inceleme yapacak olan, ilk hükme katılmamış olan hâkim, AİHM kararını inceleyecek ve hükmün tespit edilen aykırılığa dayanıp dayanmadığını, bu mahkeme kararı içindeki tümcelere bakarak, takdir edecektir. Mesela sadece gözaltı süresinin dört günü geçtiği durumlarda, bu süre içerisinde hükmü etkileyen başka bir işlem yapılmışsa, AİHM ihlal kararı yargılamanın iadesi sebebi oluşturmayacaktır. Ancak, AİHM *adil yargılama yapılmadı* diye ihlal kararı vermişse, hükmün bu aykırılığa dayanmadığını söylemek, sadece çok istisnai hallerde mümkün olabilecektir.

Kanaatimizce, Türkiye aleyhinde içtihat haline gelmiş ihlal kararları nazara alınmalı bütün ve esas mahkemelerinin bu içtihatı uymayan bütün kararlar açısından bir kereye mahsus olmak üzere yargılamanın yenilenmesi yolu kabul edilmeli ve başvuruçulara altı aylık bir süre tanınmalıdır. Mesela, askeri hâkimin ve savcının katıldığı Devlet Güvenlik Mahkemesi yargılamaları hakkında, Avrupa Mahkemesi kategorik bir şekilde 6 ncı madde ihlali kararı vermektedir. Halen Yargıtay aşamasında olan bu tür çok sayıda karar vardır. Bunların AİHM önüne gitmesini ve her biri hakkında ihlal kararı verilmesini beklemeden, böyle bir düzenleme yapılması ve yapılacak düzenlemede 4 Şubat 2003 tarihini de zikretmemek suretiyle genel, herkese şamil eşit bir kanun yapıldığı takdirde iç hukukumuz, bundan önemli ölçüde yararlanabilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi «Hukuka Uygunluk Denetimi» yapan bir mahkemedir. Bunun anlamı, Sözleşmeye üye olan Devletlerin iç hukuktaki yasaların veya kamu görevlileri tarafından yapılan işlemlerin, Sözleşme ile getirilen temel ilkelere uygun olup olmadığının kontrol edilmesidir.

Diğer bir ifade ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yeni bir “*olgu muhakemesi*” yapmaz, bunu yapmasına da maddeten imkân yoktur. Çünkü, Sözleşmeye taraf olan bütün devletlerin ülkelerinde gerçekleşen milyonlarca eylem Strazburg’daki bir tek mahkeme önüne gelse, muhakemenin böyle bir iş yükü altından kalkması maddeten mümkün olmaz. Bu nedenle, mahkeme sadece hukuki noktalarda denetim yetkisi ile donatılmıştır.

11 nolu Protokol ile mahkemeye tanık dinleme ve olgu tespit etme yetkisi verilmiştir. Bu gelişme «*sözleşmeye uygunluk denetimi fonksiyonu*» ile paralel ve uyumlu değil iken şimdi de «*eski hale iade*» yolunun açılması istenilmektedir. Avrupa mahkemesinin tespit ettiği “*hukuka aykırılığın tamamen ortadan kaldırılması*” ve ilgilinin böyle bir ihlale muhatap olmamış bir duruma getirilmesi teklif edilmektedir.

Bu şekilde bir *eski hale getirme mecburiyetinin* kabul edilmesi, hukukumuzun ve uluslararası hukukun kabul ettiği eski hale getirme müessesesi ile çelişki halindedir. Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 40 ve sonraki maddelerinde kabul edilen eski hale getirme müessesesi ve keza temyiz ile ilgili olarak uygulanan eski hale getirme, hak düşürücü sürelerin mucbir sebep yüzünden kaçılması neticesinde belli bir işlemin yapılamaması ve o hakkın kaybedildiği hallerde hakkaniyet gereği kabul edilmiş bir imkandır. Meselâ, bir haftalık süreye bağlı olan temyiz de hastalık nedeniyle bu hak kullanılmamışsa, maninin kalkmasından itibaren belli bir süre zarfında işlemin yapılması kabul edilmiştir.

Yargılamanın yenilenmesi, gerek Türk Hukukunda ve diğer Avrupa Hukuklarında mahkûmiyet veya beraat kararının dayanağını oluşturan fiili olgularda hata yapılmış olduğunu daha sonradan ortaya çıktığı hallerde mağduriyetin giderilmesi için bir kabul edilmiş olağanüstü kanun yoludur. Yargılamanın yenilenmesi yolunun açılabilmesi için, hükmün dayanağı olan fiili olgularda bir hata yapılmış olmalıdır. Avrupa Mahkemesinin verdiği karar Türkiye’de verilmiş olan kararın fiili olgularına ilişkin bir etki ortaya koyuyorsa, yani “*hükmü etkiliyorsa*”, bu gibi hallerde yargılamanın yenilenmesi yolu kabul edilebilir. Mesela, AİHM tarafından tespit edilen ihlal, gözaltı veya tutukluluk süresinin uzunluğuna dayandırılmış ise, bu aykırılığın yargılamanın yenilenmesi yoluyla giderilmesi mümkün olmayacağından, bu nedene dayanılarak yargılamanın yenilenmesi istenmemelidir.⁴⁴³¹

⁴⁴³¹ Öztürk 2009, 653.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu⁴⁴³² aynı görüşü kabul etmiş ve “hükümün esasını etkilediği hallerde”, Avrupa Mahkemesinin verdiği karardan sonra yargılamanın yenilenmesi yolunun açılabilmesini kabul etmiştir.

Yukarıdaki gelişme öneriler dikkatle incelendiğinde, gelişme yönünün endişe verici olduğu saptanabilir. Avrupa Mahkemesi giderek bir “süper istinaf mahkemesi” niteliğini alma yolundadır. Ülke mahkemelerinin üstünde bir *füli olgu denetimi* yapması arzulanmaktadır. Böyle bir gelişme, devletin temel unsurlarından biri olan yargı bağımsızlığını ciddi bir şekilde tehdit etmektedir.⁴⁴³³

554-2. HÜKÜMLÜNÜN VEYA SANIĞIN ALEYHİNE YENİLEME SEBEPLERİ.

Aleyhe muhakemenin yenilenmesi sebepleri kanunumuzda daha dar tutulmuştur (CMK 314).

Hükümlü veya sanık aleyhine yargılamanın yenilenmesini kabul etmeyen memleketler vardır. Bunlar arasında Amerika, Fransa, İtalya ve Belçika’yı sayabiliriz.

Buna karşılık Avusturya, Almanya aleyhe yenilemeyi kabul etmişlerdir. İsviçre’nin Federal Muhakeme Hukukunda ve Almanca konuşulan Kantonlarında da aleyhe yenileme kabul olunmuştur. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 7 numaralı Protokolü de aleyhe yenilemeği insan haklarına aykırılık saymadığı için yasaklamamaktadır (m. 4/2).

Biz, yargı otoritesinin ferde tanıdığı teminata aykırı olduğu için aleyhe yenilemenin kaide olmasına, fakat bu teminata lâıyk olmayanlar bakımından bir istisna kabulüne taraftarız.⁴⁴³⁴

I. Kanunun aleyhe yenilenmeyi kabul ettiği haller.

Kanun şu hallerde aleyhe yenilenmeyi kabul etmiştir: İlk iki sebep, kabaca (1) “sahte belge” (CMK 314/1-a), (2) “suçlu hâkim” (CMK 314/1-b) diye gösterebileceğimiz, lehte yenilemenin ilk iki sebebidir. Delillerin birinde lehte, diğerinde aleyhte ortaya konulması ve bu suretle aleyhte tesir edecek şekilde olması ve hâkimin görev suçu sebebinde „sanık veya hükümlünün neden olduğu kusur“ unsurunun hariç tutulmaması gibi, teferruata taallük etmektedir.

Mülga CMUK 330/2 deki “yalancı tanık veya bilirkişi”, yargılamanın aleyhe yenilenmesi sebepleri arasına alınmamıştır.

⁴⁴³² Almanya’da 9.7.1998 tarihinde yürürlüğe giren Kanunla, yargılamanın yenilenmesini düzenleyen 359. maddeye 6 numaralı fıkra eklenmiştir. İç hukukta kesinleşmiş olan ceza mahkemesi kararında AİHM tarafından Sözleşmeye veya ek protokollerine aykırılık bulunduğu tespit edilmişse ve hüküm bu aykırılığa dayanıyorsa (*das Urteil auf dieser Verletzung beruht*), diğer lehte yargılamanın yenilenmesi sebeplerinde olduğu gibi, bir “başvuru yolu” açılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki hükümler “doğrudan doğruya uygulanabilen iç hukuk hükümleri” niteliğinde iseler, dava görülürken gözönünde tutulmalı ve ihlalin önüne geçilmelidir. Buna rağmen iç hukukta bir ihlal meydana gelmiş ve AİHM kararı ile ihlal bulunduğu tespit de edilmişse, StPO sadece bu şartla, yargılamanın yenilenmesi davası açmaya izin vermiştir. Ancak, her ihlal yargılamanın yenilenmesi sebebi değildir: hükümün bu ihlale dayanması gereklidir. Temyizdeki bozma şartları (StPO 337; yani hata yapılması idi, hüküm başka bir hüküm şeklinde oluşacak idi ise: CMK 320’nin ifadesi ile, “hükme tesiri olacak derecede kanuna muhalefet edilmişse”) oluşmuş olmalıdır (*Kleinknecht/Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung 44. Aufl. München 1999, 1157).

⁴⁴³³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Akdivar ve diğerleri* tarafından Türkiye Aleyhine açılan davada kendilerini köylerini terk etmeye zorlayan güvenlik güçlerinin evlerini tahrip etmelerinden dolayı Türkiye’yi 1.4.1998 tarihinde tazminata mahkûm etmişti. Başvurucular ayrıca „eski hale iade talebinde“ bulunmuşlar ve köylerine dönmelerine engel olan nedenlerin ortadan kaldırılmasına karar verilmesini talep etmişlerdi. Avrupa Mahkemesi devletlerin mahkeme kararlarına nasıl uyacaklarını belirleme konusunda serbest olduğunu, mahkemenin bu konuda emir ve beyan veremeyeceğini belirtmiştir (YMB 64, 19).

⁴⁴³⁴ Konu üzerinde Sempozyum dolayısı ile derinlemesine düşünme imkânı bulunca, ilk dört basıdaki görüşü değiştirdik. Fert, suçlu da olsa, bir an gelip “oh” diyebilmelidir. Sadece böyle bir teminata lâıyk görülmeyle aleyhine yenileme kabul edilmelidir. Bunlar da adaleti aldatanlardır. Meselâ tanıklara yalan söyleyenlerdir. Şüpheden faydalanarak beraat edenlerin de teminata lâıyk olmadığı, bunların aleyhlerinde yeni delil çıkmamak zımnî şartı ile beraat ettirildiği söylenebilir ise de bunu artık yersiz buluyoruz. Gerçi muhakeme işlemleri, istisna olarak, gerekiyorsa ve işlemin niteliği de elveriyorsa şarta bağlanabilir. Ancak, soruşturamada verilen beraat kararı, işin esası hakkındadır ve kişiyi zamanaşımına kadar yeni delil çıkacak korkusu içinde yaşatmak, beraat kararının niteliği ile bağdaşamaz. Bu nedenle bu kişilerin ne bis in idem teminatından faydalanmağa lâıyk sayılmamaları isabetli olmayacaktır. Kanun gözden geçirilmeli ve sadece adaleti aldatanlar bakımından aleyhte yenileme kabul olunmalıdır. İlk üç bentte sanığın kusurlu rolü olması şartı koşulmalıdır (*Özgen: Tez*, 62). Aleyhe yenileme, sadece beraate değil (*Özgen: Tez*, 62), cezanın ağırlatılması bakımından da olabilmelidir (Kunter, Semp. II, 157).

Yargılamanın yenilenmesinin lehe sebeplerinden farklı olarak, aleyhe yenilenme nedenlerinde bir fazlalık vardır: “Sanığın beraat ettikten sonra suçla ilgili olarak hâkim önünde⁴⁴³⁵ güvenilebilir nitelikte ikrarda bulunması” (CMK 314/1-c).

Bu hal, yeni bir delildir. Ancak, kanun aleyhe yenilemede, lehte yenilemeden farklı olarak, her türlü yeni delil ve olayı nazara almamış, hattâ her türlü ikrarı kabul etmemiş, sadece beraat ettikten sonraki “hâkim önünde, güvenilebilir nitelikteki” ikrarı aleyhe yenileme sebebi saymıştır.

Aleyhe yargılamanın yenilenmesi nedenleri arasında mülga kanun ile yeni CMK arasında fark doğmuş bulunmaktadır. Mülga kanun yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanık veya bilirkişinin hükme müessir olacak şekilde sanık veya mahkûm lehine kast veya ihmal ile hakikat hilafında tanıklıkta bulunduğu veya rey verdiğinin anlaşılmasını (CMUK 330/2) saymakta idi. Yeni kanun bunu düzenlemedi.

Bunun dışında sanığın beraat ettikten sonra ilgili olarak ikrarı mülga kanuna göre herhangi bir ikrar olabiliyordu (CMUK 330/4). Halbuki yeni kanun bu ikrarın “hâkim önünde ve güvenilir nitelikte olmasını şart koştu” (CMK 314/1-c).

II. Muhakemenin yenilenmesi sebepleri genişletilemez.

Kanunumuz yargılamanın yenilenmesi sebeplerine birbir göstererek ve belli önemlilik ölçütünü aramakla nedenlerin genişletilemeyeceğini ifade etmiş ve ayrıca 315/1 maddesinde, “kanunun aynı maddesinde yer almış sınır içinde olmak üzere cezanın değiştirilmesi amacıyla yargılamanın yenilenmesinin kabul edilemeyeceğini” belirtmiştir.

Bunun dışında, hatanın giderilebilmesini sağlayacak başka bir yol varsa, yargılamanın yenilenmesi yolu kapatılmıştır (CMK 315/2).

Kanun, muhakemenin yenilenmesi sebeplerini bir bir göstermekle hattâ gereklikçe belli önemlilik ölçüsünde olmasını aramakla ve dolayısı ile bu ölçüde olmamasını özel bir engel saymakla (CMK 311/1-e) yetinmemiş, yenilenmenin caiz olmadığı halleri de 315’nci maddede genel engel olarak göstermiştir.

Genel engelin, bizde bugün rastladığımız gibi, muhakemenin lehte veya aleyhte yenilenmesi bakımından ortak nitelikte olması mümkündür, fakat şart değildir. Meselâ, ilerde sadece bir bakımdan genel bir engel kabul edilmek istendiğinde, gerekli düzenlemenin bu maddede yapılacağı açıktır.⁴⁴³⁶

CMK 315’inci maddedeki muhakemenin yenilenmesinin caiz olmaması genel engeli, “kanunun aynı maddesinde yer almış sınır içinde olmak üzere cezanın değiştirilmesi amacı”, diye gösterilmiştir.

Görülüyor ki hadler arasında cezanın değiştirilmesi amacı ile yenileme kabul edilmemiştir. “Kanunun aynı maddesinde yer almış sınırdan” maksat, sadece suç tipini koyan maddesindekiler değil, “temel cezadan”, “sonuç cezaya” gelinceye kadar uygulanan hukuk normlarındaki hadler olarak anlaşılmalıdır.⁴⁴³⁷ Zira bu genel engelin amacı da, CMK 311/1-e hükmünde olduğu gibi, mahkemenin takdir denilegelen serbest değerlendirme yetkisine dayanarak kanunla çizilmiş hadler arasında tâyin ettiği cezanın değiştirilmesi için yenilemeyi kabul etmemektir. Bir diğer söyleyişle, takdir hatalarını önemsiz saymaktır.

Hattâ daha da ileri giderek diyebiliriz ki böyle bir yetkiye dayanılarak yapılan işlemin hâkimden hâkime değişebilmesi ve dolayısı ile denetlenememesi, serbest değerlendirme yetkisinin kabulünün mantikî sonucudur ve değerlendirme farklılıklarının hata sayılmadığının kabulü anlamına gelir.

⁴⁴³⁵ Mülga kanun, “Sanığın, beraat ettikten sonra, itimada şayan bir şekilde suçu ikrar etmesini” yeterli görüyor (CMUK 330/4), ikrarın hâkim önünde olması koşulunu aramıyordu.

⁴⁴³⁶ Nitekim Almanlar, bizim CK 47 ve 48 karşılığı maddelerine dayanılarak cezanın hafifletilmesinde genel bir engel kabul ettiklerinde, 331. maddemizin karşılığı olan maddelerine (StPO 363) bir fıkra eklemişlerdir.

⁴⁴³⁷ Mülga Kanununun 331. maddesindeki “kanunun aynı maddesinde” tâbirini “suç tipini koyan müstakil hüküm olarak kabul eden görüşümüzü 9. basıda değiştirdik. Artık, kasdî bir değişiklik belirtisi bulunmadığından, Alman kanununda olduğu gibi “aynı ceza kanunu” diye anlıyor ve maddeyi, CMK 327:5 de olduğu gibi, “takdir hatalarının önemsiz sayıldığı” yolunda yorumluyoruz.

Seçimlik cezalardan birini seçmek de aynı esasa dayandığından, seçimlik cezanın değiştirilmesi için de yenileme kabul edilmemelidir.⁴⁴³⁸

III. İki kesin hüküm olması.

Ne bis in idem prensibine rağmen yanlışlıkla ikinci muhakeme yapılmış ve ikinci bir hüküm verilmiş ve bu da yargılaşmışsa, ikincisi doğru da olsa iptal edilmeli ve eğer yeni olay ve yeni deliller nedeniyle farklı bir sonuca varılmışsa, birinci muhakemenin yenilenmesi yoluna gidilmelidir.

555. YARGILAMANIN YENİLENMESİ MUHAKEMESİNİN EVRELERİ ve BAŞVURULACAK MAKAM.

I. Yargılamanın yenilenmesi muhakemesinin evreleri.

Yargılamanın yenilenmesi istenilince, yani dâva açılınca, kollektif olan bir faaliyet yapılacak ve sonunda yargılama makamı, iddia ve müdafaa makamlarının da yardımı ile uyuşmazlığı çözecektir. Muhakeme adını verdiğimiz bu kollektif faaliyetin üç safhası vardır⁴⁴³⁹: 1) Dâvanın kabule şayan olup olmadığının araştırılması safhası, 2) İlk soruşturma safhası, 3) Son soruşturma safhası.

II. Yargılamanın yenilenmesi için başvurulacak makam.

Her üç safha bakımından yargılama makamı, kaide olarak, hatalı olduğu iddia olunan hükmü vermiş olan mahkemedir. İstisna olarak, temyiz yargılaması yapmış olan Yargıtay hâkimlerinin suç teşkil eden bir görev kusuru yenileme sebebi olarak ileri sürülmüş ise, yetkili makam Yargıtayın ilgili dairesidir (CMK 318/2). Görülüyor ki kanunumuz, muhakemenin yenilenmesini bir derece olarak kabul etmemiştir.⁴⁴⁴⁰

III. Önceki yargılamada görev alan hâkimin aynı işte görev alamaması.

Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz (CMK 23/3). Yargılamanın yenilenmesi istemi hatalı olduğu iddia edilen kesin hükmü veren mahkemeye verilecek olsa bile, bu mahkemede önceki yargılamada görev alan hâkimin görev almaması gerekir.⁴⁴⁴¹ Bu düzenleme hâkimin tarafsızlığını sağlamak amacı ile 2005 yılında Ceza Muhakemesi Kanunu ile kabul edilmiştir. Eğer hâkim bir olayın özünü biliyorsa, aynı işte yargılama yapmamalıdır.

556. DAVANIN KABULE ŞAYAN OLUP OLMADIĞININ ARAŞTIRILMASI.

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 görülemeyerek reddedilir (CMK 319/1).

Aksi halde, yargılamanın yenilenmesi istemi, bir diyeceği varsa iki hafta içinde bildirilmek üzere C. Savcısı ve ilgili tarafa tebliğ olunur (CMK 319/2). Bu kararlara itiraz yolu tanınmıştır (CMK 319/3).

Yargılama makamı, dâvanın kabule şayan olup olmadığını duruşmasız araştırır. Bu ilk safhada karşı tarafın mütalâası alınmaz. Karşı taraftan maksat, eski muhakemedeki karşı taraftır. Ancak karşı taraf savcılık ise, mütalâası, yani yazılı veya sözlü görüşü alınacaktır (CMK 33).

⁴⁴³⁸ İlk sekiz basıdaki görüşümüzü değiştirmemizin gerekçelerinin tafsilâtı için Bkz. *Kunter*: İçtihat değişmesi, s. 56-59.

⁴⁴³⁹ Kanunda açıkça belirtilmemiş olan safhalar, farklı düzenlenişlere göre doktrin tarafından ileri sürülmektedir. *Erem* iki (n. 420, 421), *Özgen* (Tez, 130, 136, 157), *Tosun* (II, 272), *Yurtcan* (s. 461) ve *Yenisey* (II, 274) üç safha kabul etmektedir.

⁴⁴⁴⁰ Bunun da sebebi, yenilemede hâkimlerin haksızlık yaptıklarının iddia edilmemesi, “bilseydiniz siz de bu hükmü vermezsiniz” denilmesidir. *Özgen* (Tez, 167), psikolojik sebepler derece derece lehindir. *Önder* (Semp. II, 50) İtiraz merciinin gerekirse başka mahkemeye gönderilebilmesinden yanadır. 1975 Alman reformunda başka mahkeme sistemi kabul edilmiştir (*Grauhan*, 382). Mahkemenin, önceden verdiği kararının manevî ipoteği altında kalmadan, objektif olarak hareket edebilmesi için, bizde de böyle bir değişiklik yapılmalıdır.

⁴⁴⁴¹ Kesinleşmiş kararı veren hâkimin yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule değer olup olmadığı kararına katılması, bozmayı gerektirmiştir (16. HD 31.12.2007, E. 2007/1845, K. 2007/5491); Yargıtay 10. Ceza Dairesi de aynı yönde karar vermiştir (10. CD 23.11.2006, E. 2006/7775, K. 2006/13038: nakleden: *Donay* 2009, 36).

Yargılamanın yenilenmesi dâvasının kabule şayan olup olmadığına karar vermek için, mahkemenin araştıracağı hususlar şunlardır (CMK 319):

- a) Dâva kanunda gösterilen şekilde açılmış mıdır?
- b) Yenilemeyi gerektirecek yasal neden gösterilmiş midir?
- c) Gösterilen nedeni doğrulayacak deliller açıklanmış mıdır?

Mahkeme bunlardan birinde olumsuz bir sonuca varırsa, dâva *kabule değer görmeyerek* reddine karar verir.⁴⁴⁴² Her üç bakımdan da olumlu sonuca varırsa, dâvanın kabulüne karar verir.

Yenileme dâvasının *kabule değer olduğuna veya olmadığına dair kararlara karşı*, itiraz yolu tanınmıştır (CMK 319/2).⁴⁴⁴³

557. İLKSORUŞTURMA EVRESİ.

Mahkeme, yargılamanın yenilenmesi istemini yerinde bulursa delillerin toplanması için bir naip hâkimi veya istinabe olunan mahkemeyi görevlendirebileceği gibi, kendisi de bu hususları yerine getirebilir (CMK 320/1).

Delillerin mahkemece veya naip hâkim tarafından veya istinabe suretiyle toplanması sırasında, “soruşturmaya ilişkin hükümler” uygulanır (CMK 320/2).

Delillerin toplanması bittikten sonra cumhuriyet savcısı ve hakkında hüküm kurulmuş olan kişiden iki haftalık süre içinde görüş ve düşüncelerini bildirmeleri istenir (CMK 320/3).

1) *Delillerin toplanması*. Yargılamanın yenilenmesi dâvasının kabulüne dair olan karar⁴⁴⁴⁴, bir diyeceği varsa bildirmesi için, eski muhakemedeki karşı tarafa tebliğ edilir. Gerekiyorsa mahkeme delillerinin toplanmasına karar verir. Deliller ya naip hâkim veya istinabe olunan mahkemenin naibi tarafından toplanacaktır.⁴⁴⁴⁵ Dinlenecek tanıklara ve bilirkişilere yemin verilip verilmemesini mahkeme

⁴⁴⁴² 336. maddede, kabule şayan olmamak noktasından reddin bahsedilmektedir. Buna bakılarak, birinci safhada verilecek kararın “kabule şayan olmamak noktasından red kararı” olacağı söylenebilir. Ancak ikinci ve üçüncü safhalar sonunda da red kararları verilmesini kanun kabul etmiştir. İkinci safha sonundaki red kararına, 338. madde (esassız olma dolayısı ile ret kararı) adını vermiştir. Üçüncü safha sonundaki red kararına da 339. madde (muhakemenin iadesinin reddi kararı) adı verilmiştir. Biz üç red kararını birbirinden ayırmak için, birinci safha sonunda verilen kararı, metinde görüldüğü gibi, “kabule şayan olmama kararı” diye adlandırmayı uygun bulmaktayız. Netekim bu karar, 335. madde matlabında da böyle adlandırılmıştır. İkinci safha sonunda dâvanın esassız olması dolayısı ile verilen red kararına da, mahiyetini daha iyi belirtmek için “muhakemenin yenilenmemesi kararı” adını veriyoruz. Gerçekten bu safhaya kadar, muhakeme henüz yenilenmiş değildir; yenilensin mi yenilenmesin mi diye araştırılmaktadır. Onun için ikinci safha sonunda verilecek karar, muhakemenin ya yenilenmesi ya yenilenmemesi kararı olabilir. Biz, “dâvanın reddi kararı” terimini, üçüncü safha sonunda verilen red kararını ifade için kullanacağız.

⁴⁴⁴³ Yargılamanın yenilenmesi isteminin kabule değer olmadığı noktasından reddine dair karara karşı CMUK 340. maddesine yapılan itiraz üzerine verilen red kararı kesin olup, temyizen incelenmesi mümkün değildir (8.7.1999, E. 1999/2506, K. 1999/2617).

⁴⁴⁴⁴ Kabul kararı teşkil bakımındandır. Esas bakımından kabul ikinci safhada olacak ve muhakemenin yenilenmesine karar verilecektir. Onun için birinci safhadaki karardan bahsederken 337. maddede “esas itibarıyla kabul ederse” denilmesi hatalıdır.

⁴⁴⁴⁵ Bu delil toplamada ilgililerin hazır bulunması hakkında 1985 de hazırlık soruşturması hükümlerinin uygulanması kabul edilmiş ise de (CMUK “85-3206” 337/3), delil toplayan naip hâkim veya istinabe olunan mahkemenin hâkimi olduğuna göre, hazırlık soruşturmasındaki hâkim işlemlerinde hazır bulunma hükümlerinin kastedildiğinde, meselâ keşfi savcının yapamayacağına tereddüt edilmemelidir. Almanlar, bizim ilksoruşturma dediğimiz devrenin sonuç çıkarma bölümünün karşılığı olan normlara dokunmadan sadece sorgu hâkiminin delil toplama bölümünü 1975 de kaldırdıklarında, şu düzenlemeyi yapmışlardır (StPO 369. III): a) Bir tanık veya bilirkişi dinlenmesi sırasında veya hâkim tarafından keşif yapılırken savcının ve müdafinin hazır bulunmasına müsaade edilmelidir, b) Hazır bulunması amacı tehlikeye düşürebilecekse, özellikle bir tanığın sanık hazırken doğru söylemeyebileceğinden korkuluyorsa, hâkim sanığa bu müsaadeyi vermeyebilir, c) Tanık ve bilirkişinin dinleneceği gün ilgililere haber verilir, ancak bunlar hazır bulunmasalar da işlem yapılır. Soruşturmayı tehlikeye düşürecek hallerde haber de verilmez. Savcı ve müdafî hazır bulunmadıkları tutanağı inceleyebilirler. Biz de 337. maddeyi bu örneğe göre değiştirmeli, o zamana kadar da delil toplayanın naip hâkim olduğunu hesaba katarak içtihat yolu ile, ilgili maddelerle kıyaslamalar yaparak Almanlarınkine benzer sonuçlara varmalıyız.

takdir edecektir.⁴⁴⁴⁶ Delillerin toplanması sırasında ilgililerin huzuru bakımından asıl ceza muhakemesindeki soruşturma evresinin (ara soruşturmanın) hükümleri uygulanacaktır.⁴⁴⁴⁷

Delillerin toplanması bitince, savcı ve hakkında hüküm kurulmuş olan kişi (yani sanık), iki haftalık bir süre içinde mütalâalarını yazılı olarak bildirmeğe davet olunur (CMK 320/3).

Ara soruşturma adını verdiğimiz bu evre sonunda, mahkeme ya “yargılamanın yenilenmesi kararı” yahut “yargılamanın yenilenmemesi kararı”⁴⁴⁴⁸ verecektir (CMK 321).

2) *Yargılamanın yenilenmesi kararı.* Yargılamanın yenilenmesine karar vermek, asıl ceza muhakemesindeki “iddianamenin kabulü”, yani, “sorsoruşturma açma kararı” niteliğinde olup, eski hükmü hukuk bakımından ortadan kaldırmak⁴⁴⁴⁹ demek değildir.

Aynı Kanun, yerinde olarak, istinafta farklı bir yöntem izlemiştir: bölge adliye mahkemesi Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesini, dosyayı ve dosya ile birlikte sunulmuş olan delilleri inceledikten sonra, istinaf başvurusu reddetmez, CMK 289 da belirtilen hukuka kesin aykırılık halleri olmadığı için, bozma kararı da vermezse, davayı yeniden görmek ve duruşma hazırlıklarına başlamak üzere, “ilk derece mahkemesinin kararını kaldırma kararı” (CMK 280/1-c) verir.

Yargılamanın yenilenmesinde ise, eski hüküm, ancak yeni bir hüküm verilince ortadan kalkar⁴⁴⁵⁰: şüpheden kesin hüküm faydalanır; “in dubio pro res judicata”.

3) *Yargılamanın yenilenmemesi kararı.* Yargılamanın yenilenmesi isteminin reddi kararı şu hallerde, “istemin esassız olması nedeniyle” duruşma yapılmaksızın verilir (CMK 321/1):

a) Yargılamanın yenilenmesi isteminde ileri sürülen iddialar yeter derecede doğrulanmazsa (şüphenin kuvvetlenmemesi);

b) Sahte belgenin, tanığın yalan beyanının veya bilirkişinin yalan mütalâasının hükme tesir etmemiş olduğu (*bunların önce verilmiş olan hükme hiçbir etkisi olmadığı*) anlaşılırsa (CMK 321/1).

c) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal tespit eden kararından sonra açılan yargılamanın yenilenmesi davasında, ihlal oluşturan durumun (*önce verilmiş olan hükme hiçbir etkisi olup olmadığı*) araştırılması yolu böylece kapatılmıştır. Oysa, bizce, Sözleşmeyi ihlal eden Devlet işleminin “evvelce verilmiş olan hükme tesiri olup olmadığı” araştırılmalı idi. Uzun süren gözaltı nedeni ile ihlal kararı verilmişse, bunun hükme tesir etmemesi mümkündür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği ihlal kararının, Türk mahkemesi tarafından verilmiş olan kesin hükmü otomatik olarak kaldırma durumu yaratan bu düzenleme, bu mahkemeyi süper istinaf mahkemesi durumuna getirdiği için, Mahkemenin kuruluş ilkelerine de aykırıdır. Yasa değiştirilmeli ve hükme tesir etme ölçütü kabul edilmelidir.

Yargılamanın yenilenmesi veya yenilenmemesi kararlarına karşı itiraz yolu açıktır (CMK 321/3).⁴⁴⁵¹

⁴⁴⁴⁶ İlk soruşturmada yemini istisna olarak kabul eden Alman sisteminin icabı olan bu norm, bizim sistemimize uymamaktadır.

⁴⁴⁴⁷ 1965 Alman reformunda, savcı, sanık ve müdafinin tanık ve bilirkişi dinlenmesinde hazır bulunması, fakat bizim 187, 217 ve 218. maddelerimiz karşılıklarının da uygulanması kabul edilmiştir (Barosio, 276).

⁴⁴⁴⁸ Mülga 338. maddede “dâvanın esassız olmasından dolayı reddi kararı”ndan bahsedilmekte ise de biz, bunu “muhakemenin yenilenmemesi kararı” diye adlandırmaya uygun bulmaktayız.

⁴⁴⁴⁹ Kesinleşen kararda mülga TCK 452/2, 243/2 maddeleriyle cezalandırılmaları hükme bağlanan sanıklar hakkında “lehe yargılamanın iadesine” karar verilmişse de, önceki hükmün iptaline karar vermeden ve yeni bir hüküm kurmadan “zamanaşımının” ele alınarak zamanaşımı nedeniyle kamu davasının “ortadan kaldırılmasına” karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır (1 CD. 8.12.1999 E. 1999/3547, K. 1999/4139).

⁴⁴⁵⁰ Alman Yargıtayı ve doktrini, kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasının devam edeceğini kabul etmektedirler. k-m: Kantar: 425; Özgen: Tez, 146; Önder: Semp. II, 53.

⁴⁴⁵¹ Bu karar temyiz edilemez (9. CD 11/6/87 YKD 87/11 1730). 340. maddenin mehzada karşılığı olan 372. madde 1965 de değiştirilmiş ve kabule şayan görme ve yenileme kararlarına karşı savcının kanun yoluna gidememesi kabul edilmiştir. Sanık lehine olan bu değişiklik, sanık aleyhine sonuç verebilecek diye eleştirilmiştir. Gerçekten şahsî dâvacı veya katılan aleyhte yenileme isteğinde, sanık aleyhine olan bu kararlara karşı savcı kanun yoluna gidemeyecektir (Barosio, 278).

558. KOVUŞTURMA EVRESİ.

Yargılamanın yenilenmesine karar verilince muhakeme yenilenir. Mahkeme bu safhada yenileme sebepleri ile bağlı değildir.

Eski kesin hüküm henüz kalkmamıştır. Buna rağmen ilk defa mahkeme yapılmış gibi hareket edilecek ve mahkeme yargılamanın yenilenmesine ve duruşmanın açılmasına karar verecektir (CMK 321/1).

I. Duruşma yapılmaksızın yenileme isteminin incelenmesi.

Hükümlü ölmüşse mahkeme yeniden duruşma yapmaksızın gerekli delilleri topladıktan sonra hükümlünün beraatine veya yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine karar verir (CMK 322/1).

Diğer hallerde de mahkeme bu hususta yeterli delil varsa Cumhuriyet Savcısının uygun görüşünü aldıktan sonra duruşma yapmaksızın hükümlünün derhal beraatine karar verir (CMK 322/2).

Mahkeme beraat kararı ile beraber önceki hükmün ortadan kaldırılmasını da karar altına alır (CMK 322/3).

Yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddi ve manevi zararlar CMK 141 ile 144 uyarınca tazmin edilir (CMK 323/3).

II. Yeniden duruşma yapılması.

Yeniden yapılacak duruşma sonucunda mahkeme, önceki hükmü onaylar veya hükmün iptali ile dava hakkında yeniden karar verir (CMK 323/1).

Yargılamanın yenilenmesine karar verilince, üçüncü ve sonuncu safhaya geçilecek ve yargılama yenilenecektir. Mahkeme bu safhada yenileme sebepleriyle bağlı değildir.⁴⁴⁵² Eski karar henüz kalkmamışsa da, eski kararın kalkıp kalkmamasına karar vermek için yeni bir muhakeme yapılmasına karar verilmiş olduğundan, ilk defa muhakeme yapılmış gibi hareket edilecektir.⁴⁴⁵³

Yargılamanın yenilenmesi, kaide olarak, duruşma yapılması suretiyle olur. Bunun içindir ki ikinci safha sonunda, yargılamanın yenilenmesine karar verilirken yeniden duruşma yapılmasına da karar verilir (CMK 321).⁴⁴⁵⁴

İstisna olarak, duruşma yapılmayan haller de vardır. Bu haller de duruşma yapılmayacağından, mahkeme ikinci safha sonunda hem muhakemenin yenilenmesi kararını verecek hem de üçüncü safhaya geçip onun sonunda söz konusu olacak kararı verecektir. Duruşma yapılmaması, üçüncü safha bakımından gerekiyorsa, delillerin toplanmasına mâni değildir (CMUK 339). Bu safhada dinlenen tanıklara ve bilirkişilere yemin verilecektir.⁴⁴⁵⁵

İstisna olarak duruşma yapılmayacak haller şunlardır (CMUK 339):

a) *Hükümlü ölmüşse*. Bu takdirde ancak beraatte karar verilebilir. Beraatten gayri karar verilmesi gerekiyorsa, yine soruşturma bakımından bahis konusu olan muhakemenin yenilenmesi dâvasının reddi kararı verilecektir.

b) *Beraat için yeter delil varsa*. Bu takdirde, eğer evvelki dâva kamu dâvası ise, savcı da duruşma yapılmadan beraat kararı verilmesi mütalâasında olmak şartı ile muhakemenin yenilenmesi kararı ile birlikte derhal soruşturma safhası bakımından bahis konusu olan “beraat kararı”da verilecektir.

⁴⁴⁵² Özgen: Tez, 157. (53) Özgen: Tez, 157.

⁴⁴⁵³ 1. CD 30/5/58 (Çağlayan “66” III, 454). Ceza Genelkurulunun 27/5/85 tarihli kararında (YKD 85/9 1370) azınlıkta kalanlar bu görüşü benimsemişlerdir. Bundan Genelkurulun karşı-görüşü kabul ettiği sonucu çıkarılmamalıdır. Zira Genelkurul sadece, hafifletici sebeplerin, bu arada tahrikin yenileme sebebi olup olmadığını tartışmıştır.

⁴⁴⁵⁴ CMK 320: Yargılamanın yenilenmesi kararı üzerine tüm yargılama işlemleri yeniden yapılacaktır (Özbek 2005, 1205). CMK 323: Mahkeme karar verirken yargılamanın yenilenmesi talebi bağlı değildir (Özbek 2005, 1208).

⁴⁴⁵⁵ Kantar, 421.

Duruşma yapılsın yapılmasın, kovuşturma evresindeki muhakeme sonunda mahkeme düşme⁴⁴⁵⁶ ve durma gibi daha önce de verilebilenler dışında, tazelenen uyuşmazlığı doğrudan doğruya çözen yeni bir hüküm verecektir. Bu yeni hüküm şu iki çeşitten biri olacaktır:

1) *Yenileme kararı*. Eski hükmün gerilmesini⁴⁴⁵⁷ ve yeni bir hüküm verilmesi, bir kelime ile “yenilenmesi” kararı.

2) *Muhakemenin yenilenmesi dâvasının reddi kararı*. Kanun bu kararı ikiye ayırmış, bu adı ancak ölmüş olan hükümlü hakkında beraat kararı verilmeyecek hallerde verilen karar hakkında kullanmış ve ikinci çeşide “evvelki hükmün tasdiki kararı” adını vermiştir.⁴⁴⁵⁸

Mahkeme dâvacı isterse, beraatle neticelenen yeni kararının, masrafı hazineye ait olmak üzere Resmî Gazete’de ilânına da karar verir. Diğer gazetelerle de ilâna karar verilebilir (CMK 322/4). Bu ilân, hatalı mahkûmiyet hükmünden sanığın görmüş olduğu zararın manevî bir tamiri mahiyetindedir.

Bu tamirin nakdî şekli de olması, isteyenlere bir tazminat ödenmesi 2005 yılında CMK 323/3 ile kabul edildi. Bizde bu yolda bir hüküm olmaması bir boşluktu.⁴⁴⁵⁹ Ancak, gerekiyorsa, yeni kararda, önce ödenmiş olan para cezasının, muhakeme masraflarının ve müsadere edilmiş eşyanın iadesine de karar verilmelidir.⁴⁴⁶⁰

Mahkeme, mülga Kanuna göre, haksız çıkan ve yenileme dâvasını kötü niyetle açtığını anladığı hükümlünün dâvasını reddederken 10.000 liradan 50.000 liraya kadar ağırpara cezasına da hükmederdi (CMUK “1985-3206” 342).⁴⁴⁶¹ Ceza Muhakemesi Kanunu yaptırım uygulanmasını ilişkin bu hükmü kabul etmedi.

III. Cezanın ağırlaştırılması yasağı.

Yargılamanın yenilenmesi istemi hükümlünün lehine olarak yapılmışsa, yeniden verilecek hüküm önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır bir ceza içeremez (CMK 323/2). Burada da mülga kanunda bulunan “yalnız” veya “sadece sanık lehine” başvuru kelimelerinin unutulduğu görülmektedir.

Yenileme dâvası hükümlü lehine açılmışsa, eski hükümde verilmiş olan cezadan daha ağır ceza verilemez (CMUK 341). Sadece sanık lehine açılmış, kanun yolu dâvasında aleyhte değiştirmeme mecburiyetinin bir uygulaması olan bu norm isabetlidir.⁴⁴⁶² Kaldı ki burada, fazla olarak, aşılması gereken bir tavandan da söz edilebilmektedir.

IV. Kanun yolu.

Yargılamanın yenilenmesi muhakemesi sonunda verilen hükümler temyiz edilebilir.⁴⁴⁶³

⁴⁴⁵⁶ Düşme konusunda bir istisna kabulü gerekir. O da lehe yenilemelerde zamanaşımı sebebiyle düşme kararı verilmemesidir.

⁴⁴⁵⁷ 341. maddede eski hükmün iptalinden bahs olunması yanlıştır. Bir makam kendi kararını ortadan kaldırmak için iptal etmez, gerilir.

⁴⁴⁵⁸ 341. maddede tasdikten söz edilmesi hatalıdır. Bir kere tasdik, yargılama makamları bakımından yersizdir. Bir makamın kendi kararını tasdik etmesi ise vesayet ifade eden tasdike büsbütün ters düşmektedir. Bizce, kararın niteliğine bakılarak, yenileme dâvasının reddedildiği söylenmelidir. Kantar (s. 427), Özgen (Tez, 161) ve Önder (Semp. II, 53) eski kararın ortadan kalktığından hareket ederek, yeni bir karar verilmesini isterler. Bu yeni karar eskisini yeni gibi sunmak garip olmayacak mı? Bu adamı ilk defa bugün mahkûm olmuş mu sayacağız? Yeni karar isteminin mantikî sebebi, kalktığı zira kalkmadan yeni muhakeme yapılamıyacağı sanıdır. Biz yapılabileceğinde tereddüt etmiyoruz.

⁴⁴⁵⁹ *Taner*: Adli hataların tamiri, MHD 56, II, 3. Beraat eden hükümlüye tazminat verilmesi, haksız tutuklamada tazminat ödenmesini kabul eden Anayasaya uygun düşecektir (*Erem*, 759).

⁴⁴⁶⁰ *Erem*, n. 422.

⁴⁴⁶¹ Duruşmadan önceki safhalarda para cezası verilemez (6. CD 22/9/65, Çağlayan “66” III, 289).

⁴⁴⁶² *Önder*: Semp. II, 56; *Kunter*: Semp. II, 162.

⁴⁴⁶³ *Taner*, 409; *Özgen*: Tez, 248. Yargıtay duruşma sonunda verilen ret kararında temyizi kabul etmiş (1. CD 4/4/57, Çağlayan “66” III, 278), duruşmasız verilenlerde kabul etmemiştir (4. CD 6/11/64, İKİD 65, 3460). Gerilme halinde yeni baştan hüküm verilmekte, red kararı ile de eski hüküm âdeta tekrar olunmaktadır. Biz duruşmasız hüküm verilerini de kabul

Yenilemede kanun yollarına başvurmadaki genel hükümler uygulanacağından (CMK 317/1), yeni karar, şartlar varsa (CMK 306) yenileme istememiş olanlara da sirayet edebilir.

79. § MUHAKEMENİN DİRİLMESİ

559. Muhakemenin dirilmesi yolunun niteliği. 560. Muhakemenin dirilmesi dâvasının açılması. 561. Muhakemenin dirilmesi sebepleri. 562. Muhakemenin dirilmesi muhakemesi.

559. MUHAKEMENİN DİRİLMESİ YOLUNUN NİTELİĞİ.

Muhakemenin dirilmesi yolu, yargının yenilenmesi için başvuru olan olağanüstü kanun yollarından biridir. Gerçekten, muhakeme kovuşturma evresinde değil de, soruşturma evresinde sona ermiş ve bu sona erişin hatalı olduğu sonradan anlaşılırsa, hiç olmazsa belli önemli aykırılıklara münhasır olmak üzere, hatayı gidermek için soruşturma evresinden başlayarak tekrar muhakeme yapmak ve böylece yargının kesinlik otoritesine ve dolayısı ile “ne bis in idem” kaidesine bir istisna tanımak, ceza muhakemesinin hakikatı araştırma gayesi bakımından zarurî görülebilir.

Kanunumuz, mehzaz kanun gibi, yargılamanın yenilenmesini sadece kovuşturma evresinde verilen yargılar bakımından kabul etmiştir. Soruşturma evresinde verilen yargılardaki hataların nasıl giderileceği esaslı surette düzenlenmemiştir.⁴⁴⁶⁴ Ancak, muhakkak olan bir şey varsa, o da, kesinlik otoritesi olan bazı kararların hatalı olduğu sonradan yeni deliller ve yeni olaylar meydana çıkması ile anlaşılınca, muhakemeye devam olunma imkânını kanunun sağladığıdır. Biz, kanunun dağınık hükümlerini sistemli bir şekilde sokmağa ve boşlukları doldurmağa çalışacağız.

Muhakemenin dirilmesi de iddia bakımından dâva, kollektif olan muhakeme faaliyeti bakımından muhakemedir. Bu sebeple dâva zamanaşımı ve genel af gibi ceza sorumluluğunu kaldıran sebepler muhakemenin dirilmesi dâva ve muhakemesine engel olurlar. Dirilme hep sanık aleyhine olduğundan, bir istisna kabulü de gerekmez.

Hep aleyhte olan bu yol, bizce muhakemenin yenilenmesinde olduğu gibi sadece teminata lâyük olmayan sanıklar bakımından kabul edilmelidir.

560. MUHAKEMENİN DİRİLMESİ DAVASININ AÇILMASI.

Soruşturma evresinde verilen ve uyuşmazlığı dolayısıyla halleden yargılarda hata olduğu anlaşıldığında bu yola başvurulabilir. Savcının verdiği kovuşturmaya yer olmadığına dair karar (CMK 172) en yakın ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından itiraz yolu ile incelendiğinde (CMK 173/1), itirazın reddedilmesi halinde Cumhuriyet Savcısının kamu davası açabilmesi hem yeni delil varlığına, hem de ağır ceza mahkemesi başkanının bu hususta karar vermesine bağlı tutulmuştur (CMK 173/6).

Savcının verdiği kovuşturmaya yer olmadığına dair karar da, yeni ceza muhakemesi kanunu sistematığı içerisinde bir nevi kesin hüküm sayılmıştır: Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz (CMK 172/2).

Görüldüğü gibi, Ceza Muhakemesi Kanunu, Mülga Kanundaki sistemi köklü bir şekilde değiştirmiştir. Evvelce savcı takipsizlik kararından sonra hiçbir koşula bağlı olmaksızın kamu davasını açabiliyordu.

Muhakemenin dirilmesini istemek, asıl ceza muhakemesinde soruşturma evresinde verilen ve yargı otoritesini haiz bir kararın hatalı olduğunu iddia etmek ve bu hususta bir karar verilmesi için yargılama makamlarını harekete geçirmek olduğundan, olağanüstü kanun yolu dâvası açmak demektir.

ettiğimizden bu bakımdan bir ayırmaya lüzum duymuyoruz. Kantar, ölümler hakkında duruşmasız verilen red kararlarına 340 ile acele itiraz kabul etmektedir (s. 428). *Önder*, bugün temyize taraftardır (Semp. II, 56).

⁴⁴⁶⁴ İtalya'daki düzenleme için Bk. CPPI 402-404.

Muhakemenin dirilmesi dâvası ile, ancak soruşturma evresinde verilen ve uyuşmazlığı dolayısı ile halleden yargılarda hata olduğu iddia edilebileceğinden, bu yol kanunumuza göre Savcının kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararına (kovuşturmayaya veya kovuşturmayaya son verme kararnamelelerine) karşı açılan kovuşturma dâvasında verilen dâvanın reddi⁴⁴⁶⁵ kararı (CMK 173) açısından söz konusu olur.

Muhakemenin dirilmesi dâvası, yargı otoritesini haiz olan kararı veren yargılama makamına başvurmakla açılır. Kaide bir dilekçe verilmesidir. İstisna olarak, genel hükümlerde olduğu gibi sözlü müracaat da sanık bakımından kabul edilebilir.

Kovuşturma dâvasının reddedilmesi durumunda “yargı”yı veren, kovuşturma dâvasında yargılama yapan makamdır. Bu itibarla, muhakemenin dirilmesi dâvası için bu makama müracaat edilecektir. Yeni delillerle evvelce kovuşturmayaya kararnamesi vermiş olan savcılığa da başvurulabilir. Fakat bu bir dâva sayılmaz. Savcılık yeni müracaatı kabul etmezse, ilgili şahıs, muhakemenin dirilmesi dâvasını yargılama makamında açma hakkını kullanabilecektir.

Kanun, muhakemenin dirilmesi dâvasını kimlerin açabileceğini göstermemiştir. Bizce, muhakemenin yenilenmesine kıyasla, olağan kanunyollarına başvurulabilenler muhakemenin dirilmesi dâvasını açabileceklerdir. Yalnız, dâvanın soruşturma evresinde sona ermiş olması genellikle sanığın lehinde olduğundan ve dirilme sonunda sanık aleyhine sonuç almak da hesapta bulunduğundan, sanık ve müdafii bu yola zaten gitmek istemeyeceklerdir. Mahkûmiyet hükmü söz konusu olmadığından ve sadece sanık lehine müracaat edebilmeleri kabul edildiğinden, ölüm halinde yakınlar muhakemenin dirilmesini isteyemeyeceklerdir.

Bu dâvanın açılması için kanun bir süre tâyin etmemiştir.

Dirilme için sebep olarak bir suç ileri sürülüyorsa, suçun varlığını isbat için ya yargı halini almış bir mahkûmiyet kararı, yahut bu suçtan dolayı yargılama yapılmamış ise, bunun delil yokluğundan başka bir sebepten ileri geldiğini gösteren bir delil ibraz edilmelidir.

561. MUHAKEMENİN DIRİLMESİ SEBEPLERİ.

Kanunumuz kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar ile biten hazırlık soruşturmalarında “yeni delil” bulunmasını aramaktadır (CMK 172/2). Takipsizlik kararlarına itiraz edilip de en yakın ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından itirazın reddedilmesi durumunda ise yeni delil ve hakim kararı bulunması öngörülmüştür (CMK 173/6).

Muhakemenin dirilmesi sebepleri “yeni delil veya yeni olaylardır”. Kanun (CMUK 167) 1985’den beri bunları sadece kovuşturma dâvasını reddi kararından sonraki muhakemenin dirilmesine sebep olarak göstermektedir. Ancak, hep aleyhte olduğu için, muhakemenin dirilmesi dâvası sadece teminata lâayık olmayanlar bakımından kabul edilmeli ve buradaki “yeni deliller veya yeni olaylar” da sanığın „*ne bis in idem*“ teminatına lâayık olmadığını göstermelidir. Adaleti aldatanlar, muhakemenin yenilenmesinde olduğu gibi, burada da elbet teminata lâayık görülmeyeceklerdir. Ancak, delil eksikliğinden verilmiş kararlardan faydalananlar da, muhakemenin yenilenmesinden farklı olarak, teminata lâayık görülmemelidirler. Meselâ, iddianamenin iadesi kararı (sorsoruşturmanın açılmaması kararı), “sanığın cezayı mucip bir suç işlediği zannını verecek kâfi sebepler yok” diye verilmişse, beraat kararı niteliğinde değildir. Zira mahkeme işin esasına girmemiş, bellilik hükmü değil, ihtimal hükmü vermiştir. Bu nedenle böyle bir karar, yeni delil veya yeni olay çıkmaması şartı ile verilmiş, geçici bir karar niteliğindedir.⁴⁴⁶⁶ Buna karşılık, iddianamenin iadesi kararı (sorsoruşturmanın açılmaması kararı)

⁴⁴⁶⁵ Sulh veya asliye hâkimliğince esas bakımından verilen ve yargı halini alan şahsî dâvanın reddi kararı (CMUK 352). Bunlara mücerret muhakeme şemasına göre: 3) İlksoruşturmanın başında, eylemin cezayı gerektirmemesi veya kamu dâvasının kabule şayan olmaması sebebine dayanılarak verilen talepten reddi kararı ile, 4) ilksoruşturma boyunca verilebilen dâvanın düşmesi ve sistemde varsa, ilksoruşturmanın sonuç çıkarma bölümünde verilen sorsoruşturmanın açılmaması kararları da eklenmelidir.

⁴⁴⁶⁶ İtalya’da, yeni delil veya yeni olay çıkmamak şartı ile verilen kararlara “işlemlerin (doğrusu delillerin) durumuna göre verilen kararlar “*provvedimenti allo stato degli atti (rectius: delle: prov)*” diyenler, hattâ bunlara yargı otoritesi tanımadıkları için “ilksoruşturmanın tekrar açılması (riapertura istruttoria) adını verdikleri “muhakemenin yenilenmesi”ni kanun yolu saymayanlar ve geçici olarak sona erdirilmiş ilksoruşturmanın, ek soruşturma yapılarak tamamlanması niteliğinde görenler vardır. Meselâ (*Foschini*, II/1, 200).

veya önsoruşturmada uyuşmazlığı yargılayan diğer bir karar, hukukî bir sebebe dayanarak verilmişse, meselâ eylemin suç teşkil etmediğine dayanıyorsa, işin esasını çözdüğünden, beraat niteliğindedir. Böyle bir karardan sonra, yeni delil veya yeni olay çıksa da, muhakemenin dirilmesi, yenilenmesinde olduğu gibi, kabul edilmemelidir.

562. MUHAKEMENİN DIRİLMESİ MUHAKEMESİ.

Kanunumuz muhakemenin dirilmesi dâvası açıldıktan sonra kollektif olarak yapılacak faaliyeti, yani muhakeme faaliyetini açıkça düzenlememiştir.

Burada iki ayrı hukuk durumu bulunduğuna dikkat etmelidir: Birinci durum, CMK 172 uyarınca verilen “kovuşturmaya yer olmadığı kararıdır”. Bu karar verildikten sonra, “yeni delil meydana çıkmadıkça”, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz.

İkinci hukuk durumu, suçtan zarar görenin kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı en yakın ağır ceza mahkemesinin başkanına yaptığı itiraz üzerine, bu itirazın esastan yapılan inceleme (CMK 173/3) sonunda reddedilmesi (CMK 173/6) halinde ortaya çıkan durumdur.

Katılan'ın hukuk durumu sorunu. Maddede muhakeme görevine dahil iddia görevi bakımından dahi sarahat yoktur. Kanun, sadece kovuşturma dâvasının (kanunun tâbiri ile itiraz dilekçesinin; CMK 173/2, veya itirazın; CMK 173/6) reddi kararı bahsinde, yeni delil varsa, önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan ağır ceza mahkemesi başkanının bu hususta karar vermesi koşulunu birlikte aramıştır (CMK 173/6).

Muhakemeyi diriltmek isteyen, çok defa olduğu gibi, savcılık ise, mesele yoktur. Kanun Cumhuriyet savcısına yetki vermiştir (CMK 173/6). Bu nedenle, savcılığın dâvayı tekrar açabileceği şüphesizdir. Asıl mesele, “suçtan zarar gören” bakımındandır. Savcı dâva açmak istememiş, kovuşturma dâvası sonunda mecburen açmış olabilir. Bu karar yargı otoritesini kazandıktan sonra yeni deliller bulan “suçtan zarar gören”, muhakemeyi devam ettirebilmek için yine savcının tekrar dâva açmasına muhtaç olmamalıdır. Suçtan zarar gören, yeni delilleri Cumhuriyet savcısına göstermeli ve C. savcısı da muhakemenin dirilmesi dâvası açmalıdır. Kanunumuz böyle bir yoruma mâni hükümleri ihtiva etmemektedir.⁴⁴⁶⁷

İddianamenin iadesi kararı verildikten sonraki durum. C. savcısının düzenlediği iddianame mahkeme tarafından iade edildikten sonra, C. savcısı tekrar iddianame düzenlemezse, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verir. Bu aşamada yeni delil meydana çıkarsa, muhakemenin dirilmesi gündeme gelir.

Düşme kararı verilmesi halinde, keza yeni delil ve olaylardan bahsederek, eski kararın gerılınmasını ve muhakemeye devam olunmasını istemelidir. Sorsoruşturmanın açılmaması kararı verilmişse, bu kararın gerılınarak sorsoruşturmanın açılmasına karar verilmesini keza isteyebilmelidir.⁴⁴⁶⁸ Müdahil de bu son iki halde, savcı gibi istekte bulunabilmeli, yeni dirilme dâvasını açabilmelidir.

Delillerin yeni olup olmadığını tâyin yetkisi, kaide olarak, C. savcısına aittir. İş kendisine gelince, mahkeme de delillerin yeni olup olmadığını araştırabilir.⁴⁴⁶⁹

⁴⁴⁶⁷ Genel Kurulun “ilgililer” demekle savcıdan başkalarına yani şahsî dâvacıya ve katılana da bu imkânı tanıdığı söylenebilir (5/7/82, Çağlayan’dan nakil: Duruşma yapılırken dikkate alınması gereken önemli noktalar. AdD 84/2 281). Onursal (Tez, 102), “ilk dâva sona erdiğinden sıfatı kalmamıştır” diyerek, muhakemenin yenilenmesi dâvasını müdahilin açabilmesini kabul etmediği gibi, dirilme dâvasını açmasını da kabul etmemektedir. Muhakemenin dirilmesi sebeplerinin, nasıl sona ermiş muhakemeyi diriltiyorsa, müdahilin sıfatını da dirilttiği de pekâlâ kabul olunabilir.

⁴⁴⁶⁸ Tatbikatta sorsoruşturma açılmaması kararından sonra yeni delil bulunmuşsa, mağdurun yeni delli dilekçesinin havalesinin hazırlık sorsoruşturması kâğıtlarının tevdi edildiğine dair bir tezkere mahiyetinde sayılarak kabul edilmediği savcının yeniden talepname vermesi istendiği vardır (1. CD 13/10/62, AdD 1962, 1126). Yeni talepname verilmesi halinde, sorgu hâkiminin sorsoruşturma açılması kararı verse dahi, eski açmama kararının kaldırılmasına gerek duyulmamakta yani kaldırıldığı zimnen kabul olunmaktadır (CGK 30/4/84 YKD 84/8 1241). Bizce, yeni delilin kabulü tartışması açıkça yapılmalı, kabul edilirse eski karar açıkça gerılınmalıdır ki ikinci seferde yeni delil olmadan sorsoruşturma açılması kararı verilmesi tehlikesi önlenesin.

⁴⁴⁶⁹ 1. CD 30/5/64 (Çağlayan “66” III, 230).

80. § MUHAKEMENİN TEKRARLANMASI

563. MUHAKEMENİN TEKRARLANMASI YOLU, DÂVASI ve MUHAKEMESİ.

I. Ceza Genel Kurulunda yapılan esas yargılaması.

Yargıtay hâkimlerini kişisel suçlarından dolayı esas mahkeme sıfatı ile yargılayan Ceza Genel Kurulu, en yüksek ceza hâkimlerinden oluştuğundan, bu kurulun bütün kararlarını ve bu arada hükmünü “uyuşmazlığı yarıp atan bir karar” saymak, yani ona yargı otoritesi tanımak zorunludur. Şu hâlde bu kurulun bu yargılamalarda verdiği bir hükümde da kanun yolunu gerektiren bir aykırılık olduğu iddiası ile açılması kabul edilen “kanun yolu dâvası”, ancak olağanüstü sayılabilir.⁴⁴⁷⁰ Biz, “yargının yenilenmesi” ortak adlı olağanüstü kanunyollarının bir çeşidi kabul ettiğimiz bu yola “muhakemenin tekrarlanması” adını vereceğiz. İlk defa 1973 de Yargıtay Kanunu ile kabul edilen bu yolu kanun adlandırmamış, “sanık Ceza Genelkurulunca verilen kararın yeniden tetkikini Ceza Genelkurulundan isteyebilir” demekle yetinmişti (YK 42/7) Yargıtay Kanunu da (1983-2797), aynı yolu tutmuştur (YK 46/6).⁴⁴⁷¹

Muhakemenin tekrarlanması yolu, muhakemenin yenilenmesinden farklıdır. Zira yenilemenin sebepleri bir bir gösterildiği halde tekrarlanamankiler gösterilmemiştir.

Muhakemenin tekrarlanması, açıklamadan da farklıdır. Gerçekten açıklama dâvası dar mânâda talî dâva olduğu halde muhakemenin tekrarlanması dâvası, sübut meselelerinde veya hukukî meselede verilen hükmün hatalı olması sonucunu doğuran bir aykırılık iddiasına dayandığı için, kanun yolu dâvasıdır.

Muhakemenin tekrarlanması adını verdiğimiz bu olağanüstü kanun yoluna ihtiyaç var mıdır? Varsa, meselâ Yücedivan bakımından da olmak gerekmez mi? Biz, Ceza Genelkurulunun bir Yargıtay hâkimini yargılarken çok dikkatli davranacağını umarak bir ihtiyaç olacağını sanmıyoruz.

II. Muhakemenin tekrarlanması yoluna başvuru olanlar.

Muhakemenin tekrarlanması dâvasını ancak sanık açabilir. Bunun için 15 günlük bir süre tanınmıştır (YK 46/6). Sebepler sınırlanmamış olmakla beraber, açıklama dâvası ayrıca söz konusu olabileceğinden, burada ancak kanun yolunu gerektiren bir sebep ileri sürülebilecektir. Dâvacının dâva açma sebeplerini belirtmesi Muhakeme Hukukunun esasları gereği olduğundan, “yeniden incelenmesini istiyorum” demek yetmemelidir.

Ceza Genelkurulu, yine Muhakeme Hukuku esaslarına göre, önce dâvanın kabulü meselesini ele almalı ve kabule karar verdikten sonra, Başsavcılığın mütalâasını da alarak, ileri sürülen iddiaları yeniden ve gerektiğinde ek soruşturma da yaparak incelemeli, sonunda, iddiaları haklı bulmazsa dâvayı reddetmeli, haklı bulursa önceki kararını yenilemeli, yani onu kaldırıp yerine yenisini koymalıdır. Ceza Genelkurulunun muhakemenin tekrarı yolunda verdiği kararların tekrar incelenmesi istenemez, yani tekrarlanmanın tekrarlanması kabul edilmemiştir.⁴⁴⁷²

III. Verilebilen kararlar.

⁴⁴⁷⁰ Kanunda, Ceza Genel Kurulunun yeniden tetkik sonunda vereceği kararın kesinliğinden sözedilmesi ve yeni delil veya olay aranmaması göstermektedir ki, bu yolu açanlar Ceza Genel Kurulunun kararına karşı yargı otoritesini çok görmüşlerdir. Doğrusu, bu en yüksek yargılama makamının kararının kesinliğini kabul etmek ve ancak yeni delil veya olay çıkması halinde, sözkonusu olabilen muhakemenin yenilenmesi yolunu bu durumda uygulanır hale getirmektir. Sisteme ters düşen yeni bir yol icat edilmemelidir.

⁴⁴⁷¹ Buna “yeniden inceleme“ veya “incelemenin yenilenmesi“ demek doğru olmayacaktır. Çünkü incelemeden maksat, iddiası, müdafaası ve yargılaması ile birlikte muhakemedir. “Muhakemenin yenilenmesi“ yolundan ayırmak için, yenilemeden başka bir kelime kullanmak da gerekmektedir.

⁴⁴⁷² 1973 tarihli Yargıtay Kanunu „bu suretle verilen karar kesindir“ demişti (YK 42/7). 1983 tarihli Kanun, hele şükür, bu kesinliği kafalarımıza vurmak gereğini duymamıştır (YK 46/6).

Yerine getirmenin geri bırakılması sorunu burada çıkmayacaktır. Çünkü kararın niteliği bakımından kesin olmasına rağmen, dâva için 15 günlük süre tanınması sürenin ve açılmışsa dâvanın sonuna kadar yerine getirilmesinin geri bırakılmasını kanunun kabul ettiğini, hâkim kararına ihtiyaç duymadığını gösterir.

81. § KARAR DÜZELTME

564. Karar düzeltme yolunun niteliği. 565. Karar. düzeltme şartları ve sebepleri. 566. Karar düzeltme davası ve muhakemesi.

564. KARAR DÜZELTME YOLUNUN NİTELİĞİ.

I. Yargılama makamı kararının kesin olmaması, bu karara karşı olağan kanun yolu bulunması demektir. Bu takdirde, sübut meselesini veya hukuki meseleyi çözmedeki hüküm hataları olağan yolla giderilir. Ancak, aleyhine olağan kanun yolu kabul edilmeyen kararlarda hata bulunabileceği ve bu hata da çok önemli olabileceği için, istisna olarak olağanüstü kanun yolları kabulü de gerekmiştir (No. 511). Karardüzeltilme mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun kabul ettiği olağanüstü kanun yollarından biriydi.⁴⁴⁷³ Düzeltme teriminden de anlaşılacağı üzere (No. 293), yargılama makamı kendi kararındaki aykırılığı, kararı ortadan kaldırmadan gideriyordu.⁴⁴⁷⁴ Ceza Muhakemesi Kanunu bu olağanüstü kanun yolunu düzenlemedi. Bununla birlikte, itirazda (CMK 268) ve bazı diğer kanun yollarında derece mahkemesi incelemesini yapmadan önce, kararı veren makamın üç gün içinde kendi kararını düzeltebilmesinin yolunu açık tuttu.

II. Mülga karardüzeltilme yolu, Yargıtay'ın temyiz yargılaması⁴⁴⁷⁵ makamı olarak verdiği kararlarda söz konusu idi. Çünkü diğer yargılama makamlarının kararlarına karşı itiraz ve temyiz olağan yolları vardı; yani karar düzeltme yoluna ihtiyaç yoktu. Ancak, diğer yargılama makamlarının kesin kararları da vardı ve bunlar için de karardüzeltilme kabul edilmemişti. Zira bu kararlara karşı itiraz veya temyiz yolunu tanımamak, onlardaki hataların önemsenmediğini gösteriyordu. Önemli olmayan bir hata için de olağanüstü yola gidilememeliydi. Kaldı ki bizde bu kararlara karşı bir başka olağanüstü yol da kabul edilmişti: Olağanüstü temyiz (No. 570). Bu durumda bu kararlar bakımından karardüzeltilmeye hiç ihtiyaç yoktu.

III. Karardüzeltilme sebebinin iki özelliği vardı:

1. Bir kimsenin hatasını kabul edip düzeltmesi psikolojik bakımdan kolay olmadığından, hata giderme için mümkün oldukça, başka yollara gidiliyordu. Aynı psikolojik sebeple karardüzeltilme sadece, kabulü daha kolay olan maddi de denilen, hukuki görüş dışında kalan hatalar (No. 510, 564) için kabul edilmişti. Hukuki görüş hatalarını giderme için, bir başka makama başvuruluyordu.⁴⁴⁷⁶

⁴⁴⁷³ En yüksek mahkeme olan Yargıtay'ın kararı, onu veren daire de olsa, dünyanın her yerinde kesindir. Bu nedenle kesin bir karara karşı kabul edilen ve dolayısı ile olağanüstü olan bu yol (İçBK: 15/6/49 D. III. 30, 1567), olağan sayılmamalıdır. Medeni Muhakemede dolaylı ve dolaysız olarak olağan sayılması (*Kuru*, 758; *Bilge*: Karar düzeltme, 111), Yargıtay'ın hukuki derece makamı olarak son sözü söylemesine ve kararlarının kesin olması esasına aykırı düşer ve Yargıtay'ı bir istinaf mahkemesi gibi gördüğümüzü, küçümsediğimizi gösterir. Bu yolu olağanüstü sayarsak, sebeplerini sınırlandırırız ve toptan kaldırılmasını dileklerini önlemiş oluruz.

⁴⁴⁷⁴ Düzeltme ile yenileme arasındaki farka (No.293,294) dikkat edilmediğinden, ilk kararın kaldırıldığı, hiç olmazsa kaldırıldığı söylenildiği vardır. Kaldırma halinde, ilk defa veriliyormuşçasına bir karar yazmak gerekir. Düzeltme kararına, buna lüzum yoktur. Sadece, filan tarihli, filan numaralı karar verilirken filan noktaların gözden kaçtığı anlaşıldığından, o noktalar da tartışıldı ve neticede şu sebepler bozma sebebi sayıldığından red (hatalı tabirle tasdik) kararının bozma olarak düzeltilmesine karar verildi >> demek yetecektir.

⁴⁴⁷⁵ Temyiz yargılaması söz konusu olmadığından << dava nakli kararı >> düzeltilemez (3. CD 2/3/78 YKD 78, 1210).

⁴⁴⁷⁶ Karar düzeltmenin karar verenin hukuki görüş hatası bakımından da mümkün olduğu tezi yaygınsa da yanlıştır. Medeni Muhakemede daire kararının hukuki hatasını gidermek için ille ihtiyaç duyuluyorsa - biz duymuyoruz- , düzeltme yoluna değil, itiraz yoluna başvurmalı ve Genel kurula gidilmelidir. Bu takdirde de bir çok sınırlamalara ihtiyaç vardır. bir kere itiraz, sadece

2. Bu yol olağanüstü olduğundan, hukuki görüş dışında kalan ve maddi denen hatanın önemli olması da gerekiyordu. Temyiz kanun yolunda daire ve genel kurulun en yüksek mahkememiz Yargıtay adına bir karar verdiğinde, hukuki bakımdan tartışılmaması için, bu kararın ileri sürülmüş bütün temyiz sebeplerini bir bir ele alıp cevaplandırmış olması şarttı. Eğer bu şart gerçekleştirilmediyse, yani temyiz sebebi olarak gösterilmiş olan bir husus gözden kaçmışsa, temyiz iddiasının gözden kaçırılması maddi bir hata olduğundan ve esasa müessir olabileceğinden çok önemlidir. Çünkü bu iddia gözden kaçmamış olsaydı belki mahkeme kararının hatalı olduğu görülecekti.

Kimse, Yargıtay'ın cevapsız temyiz sebebi iddiası bırakmadığını ve bırakmayacağını ileri süremez. O halde bu olağanüstü yol bir ihtiyaca cevap vermektedir⁴⁴⁷⁷ ve kaldırılmamalıdır.⁴⁴⁷⁸

565. KARARDÜZELTME ŞARTLARI ve SEBEPLERİ.

I. Karardüzeltilme, sadece Yargıtay'ın temyiz kanun yolu yargılama makamı olarak verdiği kararlar bakımındandır (No. 564). Yargıtay çok defa daire, bazen genel kurul olarak karar verdiğinden, her iki halde de karardüzeltilme söz konusu olabilmektedir.

Ceza Muhakemesi Hukukundaki karar düzeltmede, hepsi kanunda belirtilmemiş olmakla beraber, yolun olağanüstü olduğunun sonuçları olarak şu şartlar aranmalıdır:

1. Düzeltilecek karar Yargıtay ceza dairesinin, cezaya ait kararlar dolayısı ile İcra ve İflas işlerine bakan Hukuk Dairesinin veya Ceza Genel Kurulunun bir kararı olmalıdır (CMUK 322/5, İİK 366, YK 14).

red (tasdik) kararlarına hasredilmelidir. Başka sınırlama çareleri aranmalıdır. Bu arada yetkinin sadece Başsavcılığa verilmesi üzerinde de durulmalıdır. Zira bu sayede yersiz davalar ayıklanacak ve Genel kurula ancak ciddi işler gidecektir.

Ama kararı veren genel kurulsu, hukuki bakımdan hata var demek büsbütün abes olur. Zira neyin doğru neyin yanlış olduğu izafi olduğuna göre olayda çoğunluk kararını doğru kabul etmekten başka çaremiz yoktur.

Medeni muhakeme dairesinin ve genel kurulun hukuki hatası bakımından da karar düzeltmesi yolunun kabul edilmiş olması başlı başına büyük bir isabetsizlik iken, 1973 yılında 1711 numaralı kanunla yapılan değişiklik sırasında 440 . maddenin son fıkrasının - genellikle kabul edildiği üzere- atlanıp unutulmasından sonra Yargıtayın bu unutkanlığı - hatta acemi ellerde kasten yapılmış olduğunu kabul etsek bile, bu hatayı - yorumla giderecek yerde, sınırlı olarak gösterilen sebeplere dayanılarak düzeltme istenebileceği hükmünü (HMK 440/****) anlamsız hale getirecek şekilde << düzeltme dilekçesinde artık sebep gösterilmeyebileceği>> yolunda yorumlaması karşısında (Hukuk Genel kurulu: 27/4/84 YKD 85/4 478) doğrusu pes diyoruz. Ya aynı kararı ile Hukuk Genelkurulunun << düzeltme dilekçesinde dairesinin kararı usul ve kanuna aykırıdır>> denilmesini sebep gösterme saymasını, hatta << mahkemenin kararı usul ve kanuna uygundur>> denilmiş olmasından << daire kararının usul ve kanuna aykırılığının iddia edilmiş olduğu >> anlamını çıkarmasını nasıl haklı görelim?

Bu hatalı kanun ve içtihatlarının temelinde elbetteki adaletin tecellisini istemek gibi çok iyi bir niyet yatıyor. Ama bu yeter mi? Çok iyi niyetle çok kötü işler yapılamaz mı? (No. 510). Bizce burada adaleti gerçekleştirmenin çok daha kestirme bir yolu var: Dairesinin ve Genel kurulun düzeltme kabul edilen her karardan sonra artık olsa bir düzeltme dilekçesi verilebileceğine göre, Yargıtay ilgilileri zahmete sokmadan, dilekçe verilmişcesine, düzeltme incelemesini kendiliğinden yapsın. << Nasıl olsa ben bu işi yapacağım, iyisi mi mertlik bende kalsın, onlar istemeden ben, dilekçe üzerine yapmaya mecbur olacağım ikinci ve itinalı incelemeyi kararı vermeden önce yapayım>> desin ve karar düzeltme yoluna da ihtiyaç kalmayın. Böylece hem davalar uzamasın, hem kendisi her işte iki kere karar vermek zahmetinden kurtulsun ve hem de, asıl önemli, Türk Yargıtay'ı karar düzeltme yolunun kabulü ile kaybettiği saygınlığını yeniden kazansın.

⁴⁴⁷⁷ Bu yol 1929 tarihli CMK tasarısına Ankara'da yapılan ilave ile, kanunumuza girmiştir. Bu hükme ceza muhakemesinde ilk defa Yargıtay kuruluşuna ait 26 - 834 numaralı kanunda rastlıyoruz. Sebepler 28 - 1221 numaralı kanunla genişletilmiştir. Kanunumuza ilk girişinde sadece adı söylenen bu yol, 1936 tadilinde esaslı şekilde düzenlenmiş ve 28 - 1221 numaralı kanundaki hükümler pek az değişiklikle 322. maddeye girmiştir. Bu yol memleketimizde ilk defa 1295 (1879) tarihli << Usul-ü Muhakemat-ı Hukukiye>> kanunu ile kabul olunmuştur. Mehaz Fransız kanununda olmadığı halde yeni kurulan Temyiz Muhakemesine güvensizlik yüzünden ve *Bilge'nin* açıklamasına göre (Karar düzeltme, 70) İslam Hukukunda hata halinde hükmün tekrar gözden geçirilmesinin tesiri ile, her halde yerli ihtiyaçla, karar düzeltme kabul edilmiş, 1911 de ilga ve 1913 de tekrar kabul olunmuş, orada bugünkü Hukuk Muhakemesi Kanununa girmiştir (HMK 440).

⁴⁴⁷⁸ Bu ihtiyaç nazara alınmadan, <<artık hâkimler olgunlaştı>> diye kaldırılmasını istemek (*Tosun*, II, 252) hukuki hatadan bizce daha önemli olan bu ihtiyacı inkâr manasına gelir (*Kunter*: Semp. II, 269). Bu yolun işleyebilmesi için Yargıtay'ın temyiz iddialarını bir bir ele alması gerekir. <<Sanığın itirazları (?) varit olmadığından >> denilmesi elbet yetmez. Zaman azlığı (*Seçkin*, 87) haklı bir sebep değildir (No. 575). Medeni Muhakemecilerin aleyhte tutumu ise bir dereceye kadar haklıdır. Çünkü orada bu yol geniş tutulmuştur. Fakat orada da bazı noktaların cevapsız kalması ihtimaline karşı bu yol büsbütün veya bazı kararlar bakımından kapatılmamalı, hukuki hatalar düzeltme sebebi olmaktan muhakkak çıkarılmalıdır

2. Düzeltilecek karar Yargıtay'ın temyiz yolu makamı olarak verdiği bir karar olmalıdır (No. 564). Yetki uyuşmazlığını çözen⁴⁴⁷⁹, davayı nakleden⁴⁴⁸⁰ veya ilk mahkeme sıfatı ile verilen kararlarda bu yola gidilemez. Bu şart karardüzeltilme sebeplerinden de anlaşılmaktadır.

3. Düzeltilecek karar, bozma kararı olmamalıdır.⁴⁴⁸¹ Zira bozma kararında bir diğer bozma sebebinin gözden kaçırılması önemli değildir. Bozmadan sonra mahkeme bizde serbesttir (No. 549).

4. Düzeltilecek karar, düşme kararı da olmamalıdır. Zira ortada düşme sebebi varken, falan sebeple karar bozulmalı mıydı diye yargılama yapılamaz.

5. Bu yola sadece sanık lehine gidilmelidir.⁴⁴⁸² *Yargıtay son sözü söyler*, diye sanığı mağdur etmeye hakkımız yok. Bu yolu sanık aleyhine kabul etmek istisnayı genişletmek olur.

II. Karardüzeltilme sebepleri, Yargıtay kararındaki maddi hatalardır. Hukuki hata için olağanüstü yola ihtiyaç yoktur. Hangi görüşün doğru, hangisinin yanlış olduğunu gösterecek kesin ölçümüz mü var? Dün yanlış sayılan bugün doğru görülüyor mu? Hukuki hataya bu sebeple göz yumabilir. Kaldı ki daire kararlarındaki hukuki hata için Ceza Muhakemesi Hukukunda olağanüstü itiraz yolu vardır (No. 567). Genel kurulun hukuki görüşünü ise doğru saymak zorunludur (No. 22).

Maddi hatadan kast, ileri sürülen temyiz sebeplerinin veya duruşma isteklerinin⁴⁴⁸³ tartışılmamış ve bir karara bağlanmamış olması eksikliğidir. Mahkûmiyet kararının yorumunda veya cezanın hesabında tereddüt edilmesi, adm yanlış yazılması halleri <<maddi hata>> terimine girmez, çünkü bunlar, Yargıtay'ın islah kararlarında da uygulanabilen <<açıklama>> davası>> sebepleridir (No. 500). Keza <<mahkûmiyet kararında değişiklik davası>> açılacak hallerde de (No. 502) karardüzeltilme yoluna gidilemez.⁴⁴⁸⁴

III. Kanun, biri doğru, diğeri yanlış iki çeşit karardüzeltilme sebebi kabul etmiştir (CMK 322/5):

1. (Kararın zat ve mahiyetine doğrudan doğruya müessir olmak üzere) *temyiz dilekçesinde, layihasında ve tebliğnamede dermeyan olunan bir hususun Yargıtayca nazara alınmaması*. Burada sözü geçen karar, esas mahkemenin kararıdır.⁴⁴⁸⁵ Yargıtay ileri sürülen bir temyiz sebebini nazara almamış, yani iddiayı cevapsız bırakmıştır. Görülüyor ki Yargıtayın hatası, mahkemenin iddia edilen hukuki hatasını gözden kaçırmaması, inceleme konusu yapmamasıdır⁴⁴⁸⁶, yani maddidir, Yargıtayın hukuki görüşündeki hata değildir.⁴⁴⁸⁷ Bize cevapsız bırakma yeter. Davanın açılması ve kabulü için hakikaten

⁴⁴⁷⁹ *Tosun*, II, 249; k-m : CG : 28/ 3/ 38, 54/ 42. Genel kurulun adli ve askeri mahkemeler arasındaki yetkisizlik uyuşmazlığını çözmeden verdiği yetkisizlik kararı, içtihat değişmesi üzerine düzeltmeye konu olmuştur (CGK 14/2/74 RKD 74,47). Başka hiçbir imkân olmadığına göre bu istisna yerindedir.

⁴⁴⁸⁰ 3. CD 2/3/78 YKD 78/7 1210.

⁴⁴⁸¹ *Tosun*,II, 248; *Bilge*: Karar düzeltme 97. Tatbikatta pek fark gözetilmemektedir. Hatta bozmadan sonraki duruşma sırasında dahi karar düzeltme istendiği vardır (AsYDK: 10/1/69 İKİD 69, 7665). Bu uygulamanın bizde bozmaya uymamanın kabul edilmesinden kaynaklandığı düşünülebilir. Zira bir sebepten bozulur ve uymama kararına karşı sadece o sebeple açılan temyiz davası Genel kurulca reddedilirse, gözden kaçan << öteki>> sebebin ele alınması imkansız hale gelecektir. Ama bu sonucu önlemenin çaresi vardır: Uymama kararına karşı açılan temyiz davasında <<öteki>> sebebe de dayanılması mümkündür. Ceza Genel Kurulunun son zamanlarda gerekçeleri arasında, bozma kararlarının düzeltilemeyeceği de bulunan bir kararına sevinerek rastlamaktayız (CGK 10/11/86 YKD 87/2 281).

⁴⁴⁸² *Kantar*, 400; *Tosun*,II, 250. CG 21/4/52 karar 93; 10/11/58 173/173; 21/3/61 3/45; 7/5/62 *Çağlayan* <<66>> III, 203. Daire kararlarına itiraz süresi içinde sanık aleyhine gidilebileceğinin kabul olunduğu da vardır: CGK 17/1/38 102/28; 2/5/60 33/33; AsYDK 11/12/64 AAD 65,15 Ceza Genel Kurulu kararlarına karşı daima sanık lehinde kabul olunmaktadır (CGK 7/7/69 *Alicanoğlu* 578; 10/11/86 YKD 87/2 281).

⁴⁴⁸³ 1. CD 30/10/86 İKİD 88,5705.

⁴⁴⁸⁴ Düzeltme ile değişiklik muhakemelerinin birbirine karıştırılıp, mesela son karardan sonra şikayetin geri alındığını Yargıtay bilmediğinden düşme yerine red kararı verilmesinde (CGK12/2/62 *Alicanoğlu* 579) düzeltme yoluna gidildiği vardır. Hatta tasdik (doğrusu red) kararının kaldırılması ile yetinildiğine de rastlanılmıştır. (2. CD 8/7/69 *Alicanoğlu* 580).

⁴⁴⁸⁵ CGK 10/10/83 YKD 84/1 110.

⁴⁴⁸⁶ CGK 10/11/86 YKD 87/2 281.

⁴⁴⁸⁷ CGK 20/10/69 RKD 70, 20; 19/4/65 *Çağlayan* <<66>> III, 191; 4/12/44 135/134; 4. CD 31/10/44 YK 45,21. Daire kararının hukuka aykırılığına dayatıldığı vardır (CGK 26/12/65 İKİD 67, 5187; 5. CD 6/6/69 RKD 70, 01. Medeni

temyiz sebebi sayılıp sayılmayacağı araştırılmamalıdır. Bu araştırma dava kabul olduktan sonra esasa girildiğinde yapılacaktır.

2. *Esas hükme müessir noksan ve hataların temyizen nazara alınmaması.*⁴⁴⁸⁸ Noksan ve hatanın yani hukuka aykırılığın ileri sürülmüş olup olmadığı bizde aranmadığına göre, ileri sürülmemiş bir cihet de esas hükme müessir ise düzeltme mümkün olabilecektir. Karar düzeltme davasını Başsavcılık açtığından ilgilinin ileri süreceği sebebin bozma sebebi olmayacağı kanaatine varan Başsavcılık davayı açmayabilir.

Bu ikinci gruptaki sebepte söz konusu olan hukuki hata, yine dairenin değil, mahkemenindir. Daire hatayı görmemiştir. Dairenin hatası hukuki olmadığından, yeni bir İçtihat Birleştirme Kararı çıkması, eski içtihadın hatalı sayılmasına sebep olmaz.⁴⁴⁸⁹

Başsavcı dahil, kimse tarafından ileri sürülmemiş bozma sebebini görmedi diye Yargıtay kararını hatalı sayıp düzeltilmesi cihetine gitmek bizce çok isabetsizdir. Zaten bu ikinci grup sebepler, Yargıtayın ileri sürülmemiş hataları da nazara almasını kabul ettiğimiz sonucudur. Biz ileri sürülmemiş hataların nazara alınmasını kabul etmediğimizden (No. 541), bu ikinci grup sebeplerin aleyhindeyiz. Kaldı ki bu sebepler, bu yolun olağanüstü niteliğine de ters düşmektedir.

566. KARAR DÜZELTME DAVA ve MUHAKEMESİ.

I. Karar düzeltme olağanüstü davasını açma yetkisi sadece Başsavcılığa verilmiştir. Dava, karar düzeltme dilekçesi ile açılır. Buna kanunda talepten söz edildiği için, karar düzeltme talepten denilmektedir.

Kanunumuz bu konuyu şöyle düzenlemiştir (CMUK 322/6): *Başsavcılık*⁴⁴⁹⁰ bu davayı ya kendiliğinden, ya da mahalli savcılıkların veya ilgililerin başvurusu üzerine açar. Birinci ve ikinci halde süre yoktur.⁴⁴⁹¹ Hatta cezanın yerine getirilmesinden sonra bu yola başvurulabilir.⁴⁴⁹² İlgililerin başvurusunu öngören üçüncü halde bir aylık bir süre kabul edilmiştir. Bu süre, dosyanın mahaline iadesini müteakip hükmün infazı için savcılıkça ödeme emri veya davetiyenin hükümlüye tebliğinden veya yakalama müzekkeresinin infazına başlamasından, mahaline gönderilmesi gerekmeyen dosyalar için Başsavcılık tarafından ilgili savcılık aracılığı ile yapılacak tebliğden başlar.⁴⁴⁹³ Savcılık bu süre

Muhakemede de durum aynıdır. Kanunda hüküm denildiği (m. 440: 3) halde Yargıtayın kararının da kastedildiği sanılıyordu (*Postacıoğlu*, 769; *Bilge*, Karar düzeltme, 154) 1973 değişikliğinde <<Yargıtay kararı>> demekle aynı hataya kanun da düştü.

⁴⁴⁸⁸ Bu ikinci çeşit sebepler 26-834 numaralı kanunda yoktu. İlk defa 28-1221 numaralı kanunla kabul edilmiş, oradan 322. maddeye girmiştir.

⁴⁴⁸⁹ İçBK: 15/6/49 4/11 (*Kunter*: Tevhidi içtihat kararlarının karar tashihi müessesesine tesiri, İBD 49,693).

⁴⁴⁹⁰ 322. maddede <<başsavcı>> demekle ise de maksat yetkiyi başsavcının şahsına vermek olamaz. Bütün işleri başsavcının bizzat görmesi hem imkânsız hem de gereksizdir. Yetki makama verilmiş sayılmalı, o makama temsil yetkili olan herkes karar düzeltme davasını açabilmelidir. Yetki sorununu Yargıtay Kanunu çözmüştür: Başsavcının yokluğunda başsavcivekili, onun yokluğunda başyardımcı, onun da yokluğunda en kıdemli yardımcı başsavcıyı temsil eder. Yardımcılar da kendilerine verilen dosyalarla ilgili tebliğnameleri, karar düzeltme ve itiraz işlemlerini başsavcı adına yapabilirler (YK 28). Kanunda <<vekillik eder, başsavcı adına düzenler, onun yerine imzalar>> denilmiş olması uygun değildir. Maksat makamın temsil edilmesidir. Kaldı ki başsavcılığın verimli ve düzenli bir şekilde çalışması için gerekli her türlü tedbiri alabilecek olan (YK 27:6) başsavcının, yardımcılarının imza yetkisini düzenleyebileceğinde mesela belli ilkelerle sınırlayabileceğince tereddüt edilmemelidir. Zira kanun, kendisine dosya verilmiş olan yardımcıya bu yetkiyi, başsavcıya rağmen hareket etsin diye tanıdığıdır. Başsavcı adına denilmeli de bunu gösteriyor ancak başsavcının muvafakat şartını araması, hizmet içi bir sorundur. Bu nedenle başsavcının muvafakatı olmaması yardımcının düzenlediği belgeyi, açtığı davayı hükümsüz kılmaz (No. 277).

⁴⁴⁹¹ Tatbikatta itiraz süresi olan bir ay geçince aleyhte düzeltme davası kabul olunmamaktadır (not 349). Buna sebep olarak da, aksi takdirde düzeltme davasının reddi kararın da itiraz oluşabileceği, itirazın süreli olmasının hükümsüz kalacağı söylenmektedir. (*Kantar*, 401). Bizce metinde belirtildiği üzere, aleyhte düzeltme davası açmak hiçbir zaman mümkün değildir. Kaldı ki, maddi hata varsa düzeltme, hukuki hata varsa itiraz yoluna gidilmelidir. İkisi de varsa sadece itiraz yolu seçilmelidir. İtiraz süreci geçmişse, sadece düzeltme mümkün olacaktır. Düzeltme davası sonunda verilen karardaki hukuki hata bakımından itiraz ise, sadece ilk defa düzeltme kararı ile beliren bir görüşteki hataya dayanabilecektir.

⁴⁴⁹² *Kantar*, 401.

⁴⁴⁹³ Kanun, hem Başsavcının dava açmasına hem de <<Başsavcının durumu inceleyip düşünme talebini uygun gördüğü takdirde>> denilmesinde olduğu gibi ilgililerin başvurusuna << talep >> demiştir. Bundan yararlanarak ve savcılıklarla Başsavcılığın incelemelerini uzatarak bir aylık süreyi geçirmeleri ihtimalini gözönünde tutarak, sürenin ilgililer bakımından

içinde ilgilinin başvurması üzerine evrakı düşüncesi ile birlikte gereği takdir edilmek üzere Başsavcılığa gönderir. Savcılıklar kendiliklerinden de karar düzeltme isteyebilirler.

Karar düzeltme isteği reddedilirse bir daha istenemez.⁴⁴⁹⁴

II. Başsavcılığın dava açması ile ortaya çıkan uyuşmazlığın çözülmesi için yapılan kollektif faaliyet olan karar düzeltme muhakemesi, kanunda şöyle düzenlenmiştir: Başsavcılık iddia görevini dava açmakla tamamlar. Bütün sebepler birlikte gösterilmelidir. Dava, sanığın muvafakatı aranmadan geri alınabilir.⁴⁴⁹⁵ Uyuşmazlık Başsavcılık ile Daire veya Genel kurul arasında olduğundan, bu davada müdafaa makamı ile yargılama makamı istisna olarak aynıdır. Yargılama makamının görevini nasıl yapacağı açıklanmamıştır. Genel esaslara göre, önce davanın kabule şayan olup olmadığı araştırılmalı, kabule şayan görülürse ileri sürülen sebepler bir bir incelenmeli, sebepler varit görülürse eski karar yenisi ile doğrusu gösterilmek suretiyle⁴⁴⁹⁶ düzeltilmelidir. Karardüzeltilme davası reddolunursa bir daha aynı karar için düzeltme davası açılmaz (CMK 322/4).⁴⁴⁹⁷ Aynı hüküm kabule şayan görmede de uygulanmalıdır. Verilen düzeltme kararına karşı yine düzeltme istenebilir⁴⁴⁹⁸, zira düzeltme için ileri sürülmüş olan hususlardan bazıları yine cevapsız kalmış olabilir.

III. Yerine getirmenin geri bırakılması (ve gerektiğinde durdurulması) şöyle düzenlenmiştir: Savcılık, ilgililerin süresi içinde başvurmaları üzerine evrakı düşüncesi ile birlikte Başsavcılığa gönderir. Bu durum infazın geri bırakılmasını (veya durdurulmasını) gerektirmez. Başsavcılık evrakı inceleyip düzeltme isteğini uygun gördüğü takdirde infazın geri bırakılmasını (veya durdurulmasını) derhal mahaline bildirir (CMK <<85-3206>> 322/6). Bundan anlaşıldığına göre savcıların kendiliklerinden karardüzeltilme isteklerinde de infazı geri bırakabilmeleri (veya durdurmaları) artık kabul edilmektedir.

Başsavcılığın geri bırakma veya durdurma kararı, bizce, Yargıtay'ın bu konudaki kararına kadar sürmelidir. Gerçekten Yargıtay dosya kendisine gelir gelmez, gecikmeden esas hakkında karar veremeyecekse, yerine getirmenin geri bırakılması konusunda bir karar vermesi esaslara uygun olacaktır. Zira, başsavcılık ne kadar güvenilir olursa olsun yargılama makamı değildir ve yargılama makamı kararının yerine getirilmesinin geri bırakılmasında asıl yetkili makam yine yargılama makamıdır (No. 496, II).

kondluğu yani bunların savcılıklara süresi içinde başvurmaları halinde başsavcılığın daha sonra da karar düzeltme talebinde bulunabileceği, daha doğrusu karar düzeltme davası açabileceği yolunda bir yorumun isabetli olacağını düşünüyoruz.

⁴⁴⁹⁴ 322. maddede << tashihi karar talebi reddedilirse bir daha tashihi talebinde bulunulamaz>> denilmesi genellikle <<Yargıtay reddederse bir daha dava açılmaz>> manasına alınmaktadır. 1936 da eklenen bu cümle ile, Başsavcılığın sayısız defa müracaatlar karşısında kalmasının da önlenmek istendiğini tahmin ediyoruz. Kaldı ki başsavcılığın isteğinin (yani davasının) reddedilmesi halinde bu istisnai davanın tekrar açılmayacağı açıktır.

⁴⁴⁹⁵ Kanunda açıklık yok diye sanığın muvafakatini aramak (*Tosun*, Semp. II, 129) doğru değildir. 295. maddedeki sebep (No. 512, III) burada yoktur. Sanık elbet muvafakat etmez. Yersizliğini Başsavcının anladığı bir dava ile Yargıtay uğraştırılmamalıdır.

⁴⁴⁹⁶ Duruşma istenmesine rağmen duruşma yapılmadan karar verilmesi hatasının giderilmesindeki düzeltme için önce eski kararın ortadan kaldırılması ve duruşma yapılarak yeni bir karar verilmesi gerekeceği açıktır. Ancak bu durumda eski kararın bozulmasından söz edilmesi (1. CD 30/10/86 İKİD 88 5705) yersizdir, zira bozma, başka bir makamın kararının ortadan kaldırılması demektir (No. 294).

⁴⁴⁹⁷ Başka sebeple açılma tezi (*Tosun*, Semp. II, 131) olağanüstünlükle bağdaşmaz. Varsa bütün sebepler bir defada gösterilmelidir. Kaldı ki iki tarafın da karar düzeltme isteyebildiği diğer muhakeme dallarında da, olağanüstünlük bir kere başvurmayı gerektirmektedir (AsYİM (İçBK): 7/2/77 RG 15/5/77).

⁴⁴⁹⁸ *Taner*, 396.

82. § YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCISININ İTİRAZI

567. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi (olağanüstü itiraz). 568. Başsavcının itirazının şartları ve sebepleri. 569. Başsavcının itirazı dâvası ve muhakemesi.

567. YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCISININ İTİRAZI.

Yargıtay Ceza Dairelerinden birinin kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı re'sen veya istem üzerine, ilamın kendisine verildiği tarihten itibaren bir ay içinde Ceza Genel Kuruluna itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz (CMK 308/1).⁴⁴⁹⁹

Hukukumuzda *Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı* (CMK 308) ve *Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtirazı* (CMK 308/A) (No. 525-5/III) olmak üzere iki türlü olağanüstü itiraz kanun yolu vardır. Bu bölümde *Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı* açıklanacaktır.

I. Başsavcının itirazı olağanüstüdür.

Yargıtay daire ve genel kurullarının temyiz yargılaması sonunda verdikleri kararlar dünyanın her yerinde kesindir, o dâvada son söz sayılır. Bunlarda bizce hukukî görüş hatası olsa da hukukî görüş göreceli olduğuna göre, göz yummak gerekir. Bu kararların hukuka uygunluğunu kabul etmek pratik bakımdan zorunludur. Kanunumuz, başsavcıya hukuka aykırı gördüğü daire kararlarına, kesin olduğu ve olması gerektiği halde istisna olarak, olağanüstü nitelikte⁴⁵⁰⁰ bir itiraz yetkisi tanımakla⁴⁵⁰¹, Ceza Genel Kurulunu hakem yapmak istemiştir. Sadece başsavcı⁴⁵⁰² için açılmış olan ve bu nedenle *başsavcının itirazı* denilen bu yol, kesin bir karara karşı tanındığından olağanüstü sayılmalıdır. Bu olağanüstülük bu yola gidişin istisnaî olduğunu bize hatırlatacaktır.

II. Başsavcının itirazı kaldırılmalıdır.

Başsavcıya böyle olağanüstü yetki tanınmasını haklı kılacak olağanüstü ihtiyacın varlığına inanmıyoruz. Bu sebeple bu yolun kaldırılmasına taraftarız.⁴⁵⁰³ Gerçekten, Başsavcı dairenin görüşünü beğenmedi diye aynı işe dokuz ceza dairesi hâkimlerinin bakması, Yargıtayın işini pek çok artırmakta ve bu da Yargıtayın asıl işini hakkiyle görememesine yol açmaktadır. Genel kurulun görüşünü öğrenmek, kararın daha çok kolektif olmasını sağlamak elbet faydasız değildir. Fakat fayda ve zarar karşılaştırıldığında zarar tarafı çok ağır basmaktadır.

Olağanüstü itirazı haklı gösterebilecek olan “Ceza Genel Kurulunun görüşünü alma ihtiyacı” dairelerin farklı karar vermeleri halinde ortaya çıkar. Zaten kararlardan birine hatalı deme yetkisini bize bu farklılık vermektedir. Daireler arasında farklı görüşün bulunması eşitsizliğe yol açacağından doğru değilse de bunu giderecek çare vardır. O da içtihat birleştirme mekanizmasıdır. Ceza Genel Kurulu içtihatları birleştirir, yani hangisinin doğru olduğunu belirtir. Demek ki Genel Kurulun görüşünü öğrenmek için başka imkân vardır. Bütün mesele, Başsavcılıkla Daire arasında değil, en az iki Daire

⁴⁴⁹⁹ Mülga Ceza Muhakemesi Kanununun 322/5 nci maddesi *olağanüstü itiraz* niteliğinde bir kanun yolu tanımıştı.

⁴⁵⁰⁰ *Yurtcan*, Kanun yolunu genel olarak incelerken olağan olup olmamayı ayırmada kesinlik ölçüsünü kabul ettiği halde (s. 360), başsavcının itirazını olağan kabul ederken süre tanınması ölçüsüne bakmaktadır (s. 394). Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı olağanüstü yasa yoludur. Yargıtay özel dairelerince verilen onama kararlarına karşı itiraz vukuunda dava zamanaşımı süresi gözetilemez. Ceza genel kurulunda ancak özel daire kararı kaldırıldığı ve yerel mahkeme kararı bozulduğu takdirde zamanaşımı süresi dolmuşsa zamanaşımı nedeni ile kamu davasının düşürülmesi gerekir (CGK. 10.5.1993 E. 1993/11, K. 1993/151).

⁴⁵⁰¹ Medenî Muhakemede bulunmayan bu yol, önce 1926-834 numaralı kanunla kabul edilmiş, oradan 1928-1221 numaralı kanuna ve oradan da 1936 da mülga 322. maddeye geçmiştir

⁴⁵⁰² Bu yetki Başsavcılık makamına verilmelidir. Başsavcının şahsına verilmesi için haklı bir sebep yoktur.

⁴⁵⁰³ *Tosun*, Semp. II, 139.

arasında görüş ayrılığı bulunmasında Genel Kurula gidilmesinin kabul edilmesindedir. İçtihat birleştirme mekanizması ıslah edilir, daha iyisi içtihat değiştirme mekanizması kabul edilerek Daire karar vermeden işi genel kurula götürebilirse, daha yumuşak ve Yargıtayın işini bugünküne nazaran azaltacak bir sistemle ihtiyaç karşılanmış olacaktır.

568. BAŞSAVCININ İTİRAZININ ŞARTLARI ve SEBEPLERİ.

I. Başsavcının itirazının şartları.

Başsavcının itiraz yoluna ancak şu şartlar gerçekleştiğinde gidilebilir:

1) İtiraz edilen karar, ceza dairesinin, cezaî nitelikte olmak üzere icra ve iflâs işlerine bakan Hukuk Dairesinin kararı değildir (CMK 308, İİK 366, YK 7/9).

2) İtiraz edilen karar, temyiz muhakemesinde verilen bir karar olmalıdır.⁴⁵⁰⁴

3) İtiraz edilen karar, işin daire ile ilişkisini kesen bir karar olmalıdır.⁴⁵⁰⁵

4) İtiraz edilen karar, bozma kararı olmamalıdır.⁴⁵⁰⁶ Çünkü esas mahkemenin uymama yetkisi vardır. Mahkemenin uymaya mecbur olduğu haller bakımından bir istisna kabul edilebilir. İlerde direnme yetkisi kaldırılırsa, bu dördüncü şarta ihtiyaç kalmayacaktır.

5) Bu yolda, mülga CMUK daki *karar düzeltmede* olduğu gibi, sadece sanık lehine gidilmelidir.⁴⁵⁰⁷

II. Başsavcının itirazının şartları.

Kanun, başsavcının itiraz sebeplerini belirtmemiştir. Dairenin kararında hukukî meseleye ilişkin bir hataya, yani *hukuka aykırılık* sebebine dayanılacağı açıktır. Ancak aşağıdaki sebepler kabul edilmemelidir, zira bu hallerde olağanüstü yola ihtiyaç yoktur:

1) *Tebliğnameye uygun karar verilmesi*. Başsavcılığın önce ileri sürmediği bir sebeple itiraz edebilmesi, istisnanın amacına da ters düşer.

2) Bozma sebebi olduğu ileri sürülmeden, *sırf eleştiri için gösterilen aykırılıkların kabul edilmemesi*.⁴⁵⁰⁸ Böylesine platonik bir amaçla Genel Kurul hâkimleri kendi önemli işlerinden alıkonulmamalıdır.

⁴⁵⁰⁴ Dairelerin esas mahkeme olarak verdikleri kararlara karşı olağan yol olan temyiz yolu vardır. Bu sebeple olağanüstü yola gidilemez. Yetki uyumsuzluklarını çözen merci olarak verilen kararlara da itiraz olunamamalıdır. Zira, diğer mercilerin kesinken, Yargıtayın kararının kesin olmasının, Yargıtayın bütün hâkimlerinin yetki işi ile meşgul edilmesinin mânâsı yoktur. Fazla önemli olmayan bu hataya göz yummak gerekir. İlk iki basıdaki görüşümüzü bu sebeple değiştirdik. Yargıtay da bu görüştedir (CGK 27/6/88 YKD 88/11, s. 1576). İstisnayı genişletmemek için ara kararlara da itiraz edilmemelidir (CGK 9/12/63 *Çağlayan* “66” III, 178). Buna karşılık, karar düzeltme isteğinin reddi kararına itiraz edilebilir (CGK 7/2/77 YKD 78, 1708). Zira bu karar, neticede temyiz yargılaması sonunda ilk defa verilen karardan farksızdır.

⁴⁵⁰⁵ CGK 9/12/63 Alicanoğlu 590 (olayda sürenin denetimi için bozulmuştur).

⁴⁵⁰⁶ Bozmaya itiraz kabul edilegelmektedir (CGK 12/3/73 RKD 73, 45). 10/7/78 YKD 79, 1045; 30/1/84 İKİD 84/8 2759; 2/2/87 YKD 87/6 933.

⁴⁵⁰⁷ *Tosun*: Semp. II, 137; k-m: Erem, 634; CGK 7/77/69, İKİD 69, 8040; 19/6/78 YKD 79 872; 13/12/86 İKİD 87/4 4801. Yargıtayı, farkında olmayarak bir istinaf mahkemesi sayan görüşün tesiri altında kalarak ve kanunda kayıt bulunduğu bakarak, ilk iki basıda karşı tezi savunmuştuk. İtirazın istisnai olduğunu, Yargıtay kararlarının kesin olmasının prensip teşkil ettiğini gözönünde tutarak bu istisnai yolun sadece sanık lehine kullanılması tezini kabul ettik. İlâve edelim ki, Dairenin sanık lehine hukukî bir hata yaptığını, başka dairelerce ve hattâ aynı dairece farklı bir karar verilmesiyle tesbit eden Başsavcılık, içtihadı birleştirme mekanizmasını harekete geçirerek bu hatayı ilerisi için gidermek imkânına sahiptir.

⁴⁵⁰⁸ CGK 16/11/64 *Çağlayan* “66” III, 194.

3) İleri sürülmüş bir iddianın cevaplandırılmaması. Karar düzeltme yolunun (No. 565) kabul edildiği dönemde ileri sürülen iddianın cevaplandırılmaması halinde bu yola gidilebiliyordu.⁴⁵⁰⁹ Bu nedenle, karar düzeltme ve itiraz yollarına ayrı ayrı gidilmesi uygun görülüyordu.⁴⁵¹⁰

569. BAŞSAVCININ İTİRAZI DAVASI ve MUHAKEMESİ.

I. Başsavcının itiraz davasını açması.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı⁴⁵¹¹ olağanüstü itiraz dâvasını, dâva dilekçesi niteliğinde olan, *itirazname* denilen *itiraz yazılı isteğini* vermekle açar. Kanun bir aylık süre kabul etmiştir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz.

Hangi noktalara itiraz edildiği hukukî gerekçeleri ile süre içinde belirtilir.⁴⁵¹² Bu demektir ki olağanüstü itirazda yargılama hem nokta hem gerekçe ile sınırlıdır. Ceza Genel Kurulu, genel esaslara göre, önce dâvanın kabulü konusunda bir karar vermeli, kabul ettiği takdirde ileri sürülen nokta ve gerekçeleri incelemeli, bunlar dışına çıkmamalıdır.⁴⁵¹³ Kanun yararına bozmadaki istisna, kıyas yolu ile genişletilemez.⁴⁵¹⁴

Başsavcı, yersizliğini gördüğü dâvasını geri alabilir. Sanığın muvafakati aranmaz.⁴⁵¹⁵

II. Başsavcının itiraz davasının görülmesi.

Başsavcının itirazı dâvası üzerine yapılan kollektif muhakeme faaliyeti pek basittir. İddia makamı, dâva açarken ileri sürdüğü mütalâa ile yetinir. Müdafaa makamında, kararına itiraz olunan daire vardır. Bu daire, Ceza Genel Kuruluna katıldığından, görüşünü orada da belirtebilir, hatta oya da katılır. En belirli muhakeme faaliyeti yargılamadır. Duruşma yapılmaz.

Genel Kurul itiraz sebeplerini varit görmezse itiraz davasını esastan reddeder. Varit görürse, dairenin kararını ıslah eder, yani daire yerine geçerek onun gibi karar verir.⁴⁵¹⁶

Yargılama sırasında, meselâ zamanaşımı gibi bir düşme sebebi bulunduğu görülürse, bu sebeple kanun yolu muhakemesini de önleyeceğinden düşme kararı verilir. İstisna olarak, derhal verilebilecekse ve lehte ise, ıslah kararı verilebilir.⁴⁵¹⁷

Verilen bozma kararlarına uyma mecburî olmalıdır.

⁴⁵⁰⁹ Bazan daire kararına karşı yanlışlıkla karar düzeltme dâvası açılması, itiraz dâvasının kazanılmasına da engel olmaktadır. Gerçekten, daire kararındaki hukukî hata iddiası, düzeltme sebebi olmadığından, daire dâvayı haklı olarak reddetmektedir. Bu red kararına itiraz dâvası açılınca, red haklı olduğundan, itiraz da haklı olarak reddolunmaktadır (CGK 3/5/43, 53/53). İlk defa itiraz edilseydi, genel kurul dairenin hatasını giderebilirdi.

⁴⁵¹⁰ Süresinde itiraz edilmemişse, sonradan karar düzeltme yoluna gidilebilmesine engel yoktur.

⁴⁵¹¹ 308. maddede *Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı* denilmekte ise de, başsavcılık makamı anlaşılmalıdır.

⁴⁵¹² İçBK: 9/5/56 6/4.

⁴⁵¹³ CGK 4/4/38 257/160; k-m: AsYDK 10/1/69 İKİD 69, 7855 (Bu karar kamu düzenini ilgilendiren madde itibariyle yetkinin nazara alınacağı hakkındadır).

⁴⁵¹⁴ Ceza Genel Kurulunun 27/12/83 tarihli kararında (YKD 83/4 581) itiraznamede ileri sürülmeyen bir sebebi “incelenecek kararın esas ve usul yönünden varit olup olmadığı her zaman tartışılabilir” diye ele alıp itirazı değişik bir sebeple kabul etmesi, bu nedenle de isabetli değildir (*Kunter*: Olağanüstü itirazda yargılama ile ilgili sorunlar. YD 83/4 591, 595).

⁴⁵¹⁵ k-m: *Tosun*: Semp. II, 137; CGK 9/12/63 E. 570.

⁴⁵¹⁶ Ceza Genel Kurulunun 27/12/83 tarihli kararında (YKD 83/4/581), olağanüstü itirazı varit gördükten sonra, gereğine göre karar verilmek üzere dosyayı geri göndermesi, bu bakımdan da isabetli değildir (*Kunter*: Olağanüstü itirazda yargılama ile ilgili sorunlar. YD 83/4 596).

⁴⁵¹⁷ Genelkurulun ıslâh kararı vermesi hem esas mahkeme hem de daire yerine geçerek karar vermesi demek olacağından ve o kararın ortadan kaldırılmasını gerektireceğinden, eski kararın yerine getirilmesi söz konusu olmayacaktır. Genel Kurul itirazı reddederse zaten mesele kalmaz. Eğer daire tasdik etmişse, bu kararlar yargılaştan sonkarar infaz edilir (7. CD 23/12/67 RKD 68, III/2, 26).

Yerine getirmenin geri bırakılması sorunu burada da muhakemenin tekrarlanmasında olduğu gibi, çıkmayacaktır. Çünkü kararın niteliği bakımından kesin olmasına rağmen, dâva için bir aylık süre tanınması, sürenin ve açılmışsa dâvanın sonuna kadar yerine getirilmenin geri bırakılmasını kanunun kabul ettiğini, hâkim kararına ihtiyaç duymadığını gösterir.⁴⁵¹⁸

83. § KANUN YARARINA BOZMA

570. Kanun yararına bozma yolunun niteliği. 571. Kanun yararına bozmanın şartları ve sebepleri. 572. Kanun yararına bozma dâvası ve muhakemesi. 573. Kanun yararına bozma muhakemesinde bozmanın tesiri.

570. KANUN YARARINA BOZMA YOLUNUN NİTELİĞİ.

I. Kavram

Ceza Muhakemesi Kanunu *olağan üstü kanun yolları* başlığı altında üç denetim yolu kabul etti: *Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi* (CMK 308), *Kanun Yararına Bozma* (CMK 309, 310) ve *Yargılamanın Yenilenmesi* (CMK 311 vd). *Karar düzeltme* (CMUK 322/5) tamamen kaldırılmıştır.

Hakim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığı⁴⁵¹⁹, o karar veya hükmün Yargıtayca kanun yararına bozulması⁴⁵²⁰ istemini, yasal nedenlerini belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı bu nedenleri aynen yazarak Yargıtayın ilgili ceza dairesine başvurur (CMK 309/1).

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı da sınırlı hallerde (hükümlünün cezasının kaldırılması gerekiyorsa, daha hafif ceza verilmesini gerektiriyorsa) kanun yararına re'sen kullanılabilir (CMK 310/1). Ancak kanunun yararına bozma yoluna Adalet Bakanlığı başvurursa, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının yolu kapanmaktadır (CMK 310/2).

Yargıtayın Ceza Dairesi ileri sürülen nedenleri yerinde görürse, karar veya hükmü kanun yararına bozar (CMK 309/3). Bu madde uyarınca verilen bozma kararına karşı direnme yoktur (CMK 309/5).

⁴⁵¹⁸ Süre kabulünün, kesinleşmemenin değil, yerine getirmenin geribırakılmasının istenmesi şeklinde yorumlanabileceğini gördüğümüzden, ilk 4 basıdaki görüşümüzü değiştirdik. *Alacakaptan* (karar notu, AHFD 68, 290) ve *Tosun* (Temyiz kararlarına karşı kanun yolları, Semp. II, 136) ise süre kabulünün kesinleşmeyi önlediği görüşündedirler. Bu tez bizce bu yolun istisnaılığına ters düşmektedir. Kanun yolu olarak arakarar bakımından itirazı, sonkarar bakımından temyizi kabul eden bir sistemde, temyiz yolunda görev, olağan olarak Yargıtay dairesinindir. Dairenin kararına karşı olağan olarak kanun yolu yoktur. Şu veya bu sebeple bir istisna tanınmışsa, bunu olağanüstü saymak gerekir. Başsavcının itirazı ile karar düzeltilmesi yolu arasında farklı mahiyet kabulünü haklı saydıracak sebep de göremiyoruz.

⁴⁵¹⁹ Maddede yer alan *Adalet Bakanı* kelimesi 5560 numaralı kanun ile *Adalet Bakanlığı* olarak değiştirilmiştir.

⁴⁵²⁰ Kanun yararına bozma, evvelce Mülga Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun 343 üncü maddesi ile düzenlenmişti ve Yargıtay denetiminden geçmeden kesinleşen karar ve hükümler açısından, „yazılı emirle bozma“ adı altında biliniyordu. Bu yol, önce 1926-834 numaralı kanunla kabul edilmiş, oradan 1928-1221 numaralı kanuna ve oradan da 1936 yılında CMUK 322 nci maddeye geçmiştir.

Bu yola evvelce “yazılı emirle bozma”⁴⁵²¹ deniliyordu.⁴⁵²² Bizce olağanüstü temyiz denilmeli idi. Zira söz konusu olan kanun yolu “temyiz”dir ve kesin kararlara karşı olduğundan “olağanüstü”dür.⁴⁵²³ Aykırılık sonucunun ortadan kaldırılması için başka bir imkân bulunmamalıdır.⁴⁵²⁴

Kanun yararına bozma yolunda *bozma nedenleri*⁴⁵²⁵ şöyle gösterilmiştir (CMK 309/4): a) Davanın esasını çözmeyen kararlar kararı veren makam tarafından gerekli inceleme sonunda yeniden verilir. b) Mahkumiyet kararı davanın esasını çözmeyen yönüne veya savunma hakkını kısıtlama sonucu doğuran usul işlemlerine ilişkin ise esas mahkemesi gereken kararı verir. c) Davanın esasını çözen mahkumiyet dışındaki hükümlere ilişkin hükümlerde yeniden yargılama yapılmaz ve aleyhe sonuç doğmaz. d) Bozma nedeni hükümlünün cezasını kaldırmasını gerektiyorsa Yargıtay Ceza Dairesi cezanın kaldırılmasına karar verebilir veya daha hafif cezaya hükmedebilir.

II. İçtihat birliğinin sağlanması.

İstinaf veya temyiz denetiminden geçmeden kesinleşen hakimlik ve mahkeme kararlarının Yargıtayda incelenmesinin sağlanması, yerindedir. Böylece ülkede Kanun hükümlerinin yeknesak bir şekilde uygulanması sağlanabilir. Bu olağanüstü yolun faydası, Kanunun eşit olarak uygulanması, varsa kesinleşen kararlardaki hukuka aykırılıkların giderilmesi, bu giderme sanığın lehinde ise, onun da faydalanmasıdır.⁴⁵²⁶ Ancak, Kanunun aynı biçimde uygulanması bir bakıma da Hukukun kalıplaşmasıdır. Hukuk ise toplumdaki devamlı değişikliklere uymak zorundadır. Sanığın faydalanması ise zaten amaç değil, nihayet bir sonuçtur. Mahkemenin bir daha aynı hatayı yapmamasını istiyorsak, ikincisini yaptığında olağan bir yolla ona hatasını öğretilmemiz de imkânsız değildir.

Bu yolun zararlı yönü, yargının kesinlik otoritesine ters düşmesidir. Bu nedenle, kanun yararına bozma yolu çok istisnadır. Ancak giderilmesinde çok büyük fayda olan aykırılıklar bakımından ve *sanık aleyhine sonuç vermemek şartı* ile haklı görülebilir. Bakanlık her aykırılık gördüğünde emir vermemeli, Yargıtay da bozmamalıdır.⁴⁵²⁷

Kanun yararına bozma yolu, prensip olarak şüpheli, sanık veya hükümlü aleyhine sonuç doğurmayacağı için, kanunların ülke çapındaki uygulanması açısından, „birlik sağlama“ gibi, büyük bir yarar sağlayabilir.⁴⁵²⁸

Benzeri ancak Fransa’da bulunan⁴⁵²⁹ bu olağanüstü yol faydasız değildir. Kanunun eşit olarak uygulanması, varsa kesinleşen kararlardaki hukuka aykırılıkların giderilmesi, bu giderme sanığın

⁴⁵²¹ Yargıtay emre uyup bozmadığına ve emir Yargıtaya değil, Başsavcılığa verildiğine göre kanun yolunun adında emirden söz etmek yersizdir.

⁴⁵²² Mülga Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun 343 üncü maddesi Yargıtay denetiminden geçmeden kesinleşen karar ve hükümler açısından yazılı emirle bozma denilen bir olağanüstü kanun yolu kabul etmişti. Yargılama makamlarının kesin olarak verdikleri ve sonradan kesinleşen kararlardan, Yargıtay denetiminden geçmemişlerse, istisna olarak Yargıtayca denetlenmesini sağlayan bir kanun yolu da kabul edilmişti (CMUK 343).

⁴⁵²³ Yargılama makamlarının kesin olarak verdikleri ve sonradan kesinleşen kararlarının, Yargıtay denetiminden geçmemişlerse, istisna olarak Yargıtayca denetlenmesini sağlayan bu kanun yoluna “yazılı emirle bozma” denilmesi isabetsizdi. Bizce, „olağanüstü temyiz“ denilmeli idi. Zira söz konusu olan kanun yolu “temyiz”dir ve kesin kararlara karşı olduğundan “olağanüstü”dür.

⁴⁵²⁴ Meselâ tutuklama kararı verilmesi isteğini reddeden karardan sonra istek tekrarlanabilir (4. CD 28/12/44 Alicanoğlu 630), 402. madde ile değişiklik yapılması mümkün hallerde de (CGK 24/4/50 AdD. 51, 156; 4. CD 6/4/46 HİD 49, 19) bu olağanüstü yola ihtiyaç yoktur.

⁴⁵²⁵ Kanun yararına bozma sebepleri, „bozma sebebi olan hukuka aykırılıklardır“ (CMUK 343). Bu sebeplerin kanun yararına bozma şartları ile sınırlandırıldığı unutulmamalıdır. Olağan kanun yollarında “CMUK 135’e uygun bir biçimde yapılmayan sorgu”, bozma sebebi oluştururken, olağanüstü yasa yolu olan „kanun yararına bozma“, hükmün bozulmasına neden teşkil etmez.

⁴⁵²⁶ *Kunter*: Olağanüstü temyiz kanun yolunda reform, Semp. II, 110-122.

⁴⁵²⁷ Meselâ tutuklukta geçen günlerin mahsubunda sanık lehine yapılan hatadan dolayı kazanılmış hak saklı olarak bozmanın (9. CD 10/4/80 YKD 80, 1663) anlamı yoktur.

⁴⁵²⁸ *Çolak/Taşkın 2007* (Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007), 1311.

⁴⁵²⁹ Bu olağanüstü yol, mehzar kanunda yoktur. Eski kanunumuzda mevcut olan bu yol, İstanbul Komisyonunca kanunumuza ilâve edilmiştir. Bu hüküm, bize Fransa’dan gelmiştir. Fransa’da Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanunumuzda da

lehinde ise onun da faydalanması elbet iyi bir şeydir.⁴⁵³⁰ Buna karşılık bu yol zararlıdır. Çünkü yargının kesinlik otoritesine ters düşer. Yargılama uyumsuzluğu yarıp atma olduğuna göre, bir an gelip kararları kesinleşmiş saymak zorunludur. Kesin verilmiş veya sonradan kesinleşmiş karar demek, elbet hatasız karar demek değildir. Bazı hatalara göz yummak zorunludur. Bazı cezaların, hafif diye kesin verilmesini, hata olabileceğini bile bile kabul ediyoruz. Bazı kararlara karşı olağan yollar tanıdığımızda da şartlar koşuyoruz. Yok “istenildiği biçimde talepte bulunmadın”, yok “süreyi kaçırdın” diye dâvasına bakmıyoruz. Sonra da, Bakanlık aykırılık gördü diye, istisna olarak, dâva açtırıp Yargıtayı bunlarla uğraştırıyoruz. Görülüyor ki, bu yol çok istisnaîdir ve ancak giderilmesinde çok büyük fayda olan aykırılıklar bakımından ve sanık aleyhine sonuç vermemek şartı ile haklı görülebilir. Yargıtayın normal görevini lâıyık ile yapmasını istiyorsak, yükünü artırmamalıyız. Bunun için Bakanlık her aykırılık gördüğünde emir vermemeli, Yargıtay da bozmamalıdır.⁴⁵³¹ Mahkemenin bir daha aynı hatayı yapmamasını istiyorsak, ikincisini yaptığında olağan bir yolla ona hatasını öğretmemiz de imkânsız değildir.

571. KANUN YARARINA BOZMANIN ŞARTLARI ve SEBEPLERİ.

I. Kanun yararına bozmanın şartları.

Hâkimlik veya mahkeme makamlarının verdikleri, kanunun hüküm dedikleri de dahil, herhangi bir karar kesinleştikten sonra, olağanüstü temyiz yoluna ancak şu şartlarla gidilebilir:

1. Karar Yargıtay incelemesinden geçmeden kesinleşmelidir.

Kanunun belirttiği şart bundan ibarettir. Ancak bu yolun istisnaî oluşu, uygulamanın sınırlı olmasını gerektirir. Bunun için aşağıdaki şartlar da aranmalıdır.

2. Bu yol sanık aleyhine sonuç vermemelidir.

Çünkü bu yol kanun yararına kabul edilmiştir ve imkân olursa sanık da yararlandırılmaktadır. Sanık aleyhine sonuç bu amaca ters düşer. Olağanüstü temyiz muhakemesinde sanığın müdafaasına ihtiyaç duyulmamış olması da bu şartı haklı gösterir. Hele aynı fiil ile işlenen daha ağır suçtan dolayı kovuşturma ve yargılama yapılabilsin diye, hafif suçtan verilmiş mahkûmiyet kararını ortadan kaldırmak için bu yola gidilmesi⁴⁵³², ne bis in idem ilkesinin inkârı anlamına geldiğinden, asla kabul edilmemelidir.

3. Verilen karar, ceza yargılaması kararı olmalıdır.

Zira Ceza Muhakemesi Hukukunun bu istisnaî yolu ancak ceza muhakemesinde uygulanabilir.⁴⁵³³

4. Verilen karar kesinleşmiş olmalıdır.

olduğu gibi (m. 347, 348), kanun yararına olan olağanüstü temyiz iki çeşidi vardır. Birincisi (CPPF 620), bizimkine benzer. Başsavcı emir almadan açamaz. Sanık faydalanır. İkincisi (CPPF 621), temyiz edilebilir olduğu halde temyiz edilmeyen kararlara karşıdır. Başsavcı emirsiz açar. Sanık faydalanamaz. Tam kanun yararındadır. Tafsilat için *Almak*: Fransız Ceza Usul Hukukunda kanun nef'ine temyize müracaat tarikleri, MHAD 69, IV, 83.

⁴⁵³⁰ Bu faydalar gözde büyütülmemelidir. Kanunun aynı biçimde uygulanması bir bakıma da Hukukun donması, kalıplaşmasıdır. Hukuk ise toplumdaki devamlı değişikliklere uymak zorundadır. Sanığın faydalanması ise zaten amaç değil, nihayet bir sonuçtur. Tafsilat için *Kunter*: Olağanüstü temyiz kanun yolunda reform, Semp. II, 110-122.

⁴⁵³¹ Meselâ tutuklukta geçen günlerin mahsubunda sanık lehine yapılan hatadan dolayı kazanılmış hak saklı olarak bozmanın (9. CD 10/4/80 YKD 80, 1663) anlamı yoktur, çünkü neticede karar bozulmamış gibi olmaktadır. Kaldı ki, bozmadan sonra Yargıtayın vereceği kararlar bellidir ve kazanılmış hak saklı tutularak bozma bu esasa da aykırıdır. Hâkim tarafından verilen ve temyiz edilmeden kesinleşen kararlarda yasaya aykırılık haber alınması durumunda kararın bozulması lüzumu yazılı emre atfen ihbar olunabilir (2 CD. 14.7.1999, E. 1999/11366, K. 1999/10722) (Bu metin İstanbul Barosu bilgi bankası arşivinden alınmıştır).

⁴⁵³² Yargıtay, taksirle yaralamadan (mülga TCK 459) ceza verilebilmesi için tehlikeli vasıta kullanmaktan (mülga TCK 565) verilmiş ve kesinleşmiş mahkûmiyet hükmünü kaldırmıştır (2. CD 28/11/80 İKİD 81, 202).

⁴⁵³³ Meselâ Basın Kanunu'na göre cevap konusundaki itiraz sonucu olan (k-m: 7. CD 23/6/65 AdD 65, 1003, 12/3/76 İHFM “42”, 1976, s. 717) veya ceza mahkemesinin şahsî hak dâvasında verdiği (İçBK: 26/10/32) karara karşı bu yol tutulmamalıdır. Hele disiplin cezasını hukuk mahkemesi vermişse, kendi muhakeme kanununa dayanacağından, mülga CMK 343 uygulanamaz (CGK 27/12/76 YKD 78, 100).

Kesinleşme iyice araştırılmalıdır.⁴⁵³⁴

5) *Kanun yolu tanınmayan kararlar.*

Kesinleşen karar tâbiri, birinci ve ikinci derecede kesin olarak verilenler olarak anlaşılmalıdır. Çünkü ancak bu hallerde ilgililere *kanun yoluna gideyiniz* diyemeyiz. Kesin olmayan bir karara karşı ilgili kanun yoluna gitmemişse veya eski hale getirme istememişse veya eski hale getirme veya itiraz dâvaları kabule şayan görülmemişse, yani bu karar sonradan kesinleşmişse, Yargıtay bunlarla uğraştırılmamalıdır.⁴⁵³⁵ Benzer bir karara karşı olağan yola gitmesi savcıya emredilmekle, hatanın belirtilip tekrar edilmesinin önlenmesi demek olan kanun yararı sağlanmış olacaktır.

6. *Gerekçe.*

Kararın sadece gerekçesi hatalı olmamalıdır.⁴⁵³⁶

7. *Asıl ceza davasının sona ermiş olması şartı.*

Yargılama makamlarının asıl ceza dâvasını çözmeğe devam etmesi imkânsız olmalıdır. Asıl ceza dâvası devam ederken bu olağanüstü yolla Yargıtay uğraştırılmamalıdır.⁴⁵³⁷ Uyuşmazlığın esasını çözen kararlarda Yargıtayın bir karar vermesi mümkün olmalıdır. Zira bu karar bozulunca dosya esas mahkemeye gönderilmeyecektir.

8. *Son care olma koşulu.*

Aykırlığı çözmek için başka çare olmamalıdır.⁴⁵³⁸ Aykırılık sonucunun ortadan kaldırılması için başka bir imkân bulunmamalıdır.⁴⁵³⁹

9. *Karar sadece hukukî meseleye ilişkin olmalıdır.*

⁴⁵³⁴ Meselâ itiraz yolu kabul edilmemesi halinde, hemen kesinlik sonucuna varılmamalıdır. Sonkararla birlikte temyiz yolu kabul edilmiş olabilir. Meselâ mahkeme koğuşurma için izne ihtiyaç duymamışsa, ilerde temyiz yolu açıktır (CGK 29/1/45 YK 1945, 53). Yine meselâ temyiz edilebilen ve taraflara bildirilmeyen bir karar, yanlışlıkla itiraz edilse ve itiraz reddedilse, kesinleşmiş sayılamaz (CGK 16/4/79 YKD 79, 1349). Kararın kesin olup olmaması, onun kanunda düzenlenmesine bağlı ise de, hâkimin çekinmesi dâvasının reddi kararına uymama kararı gibi, kanunda öngörülmemen ve yargılama yolunu da tıkayan acaip kararları ortadan kaldırmak için, onları kesin karar sayıp bu olağanüstü yolla bozdurmaktan (4. CD 24/5/73 *Çağlayan*, AdD 74, 630; 1. CD 27/9/73 *Çağlayan*, AdD 74, 631) başka çare yoktur.

⁴⁵³⁵ Duruşma tutanağında imza eksikliği, olağan temyiz yoluna gidilmeyen bir işte bozma sebebi sayılmamış, sahtelik iddiası varsa muhakeme yenilenebilir denilmiştir (2. CD 21/5/73 RKD 74, 14).

⁴⁵³⁶ 9. CD 10/3/75 YKD 75/5, 176. Gerçekten önemli olan sonuçtur. Sırf gerekçeyi hukuka uygun yapmak için bu olağanüstü yola gidilmemelidir.

⁴⁵³⁷ Meselâ mülga 3005 numaralı kanuna giriyor diye verilen karar (k-m: 4. CD 16/12/43 sayı 1-3, 131), sonsoruşturma açılması kararı k-m: 8. CD 21/12/83 YKD 84/7 1122; 6. CD 12/5/66 *Çağlayan* “66” II, 193; 5. CD 3/2/65 *Çağlayan* “66” II, 139); itiraz merciinin kamu dâvası açılması kararı (k-m: *Çağlayan*, AdD 1971, 264), hâkimin çekinme dâvasının kabulü kararı (3. CD 15/5/73 İKİD 73, 2166) yazılı emirle bozdurulmamalıdır. “Şikâyet varsa mülga TCK 459 ile dâva her zaman açılabilir ve mahkûmiyet halinde hatalı karara karşı çare var” diye mülga TCK 565 ile verilen hatalı mahkûmiyete dokunulmamıştır (CGK 2/2/76 YKD 76/6, 895).

⁴⁵³⁸ Meselâ yargılama yetkisinin yer ve madde gibi çeşitlerinden biri konusunda verilen karardaki aykırılık, ilerde yetki uyuşmazlığı çıktığında giderilebilir (4. D: 9/11/67, E. 600; 9. CD 1/5/82 YKD 82/6 890). Keza uygulanamayan tedbire çevrilmişse, CİK 4/8 ile değiştirilebilir (6. CD 12/5/75 YKD 75/5, 144; CGK 5/5/YKD 75/8, 42). Cezaları toplamındaki hatalar CMK 402 ile giderilebilir (8. CD 26/10/88 YKD 89/2 288). Muhakemenin yenilenmesi de mümkün olmamalıdır. (9. CD 5/2/80 *Çağlayan* “80” III, 286; 4. CD 11/9/71 *Çağlayan* “80” III, 300)

⁴⁵³⁹ Meselâ tutuklama kararı verilmesi isteğini reddeden karardan sonra istek tekrarlanabilir (4. CD 28/12/44 *Alicanoğlu* 630), mülga CMK 402. madde ile değişiklik yapılması mümkün hallerde de (CGK 24/4/50 AdD. 51, 156; 4. CD 6/4/46 HİD 49, 19) bu olağanüstü yola ihtiyaç yoktur.

Maddî bir meselede verilen ve sadece o dâvayı ilgilendiren karardaki hatanın belirtilmesinde “kanun yararı” yoktur.⁴⁵⁴⁰ Yargıtayın bozma kararındaki hukukî görüşe uygun bir karar olmamalıdır.⁴⁵⁴¹ Zira hukukî hata varsa Yargıtayındır ve bu yol Yargıtayın hatası için kabul olunmamıştır

10. Muhakeme masrafları.

Karar muhakeme masraflarına ilişkin olmamalıdır.⁴⁵⁴²

11. İstisnalar.

Uygulamanın yarattığı ihtiyaçlarla, bu kurala istisnalar tanınmıştır.⁴⁵⁴³

Başvuru konusu bir yargılama makamı kararıdır: hakimlik makamı veya mahkeme makamı tarafından verilmiş, fakat istinaf veya Yargıtay denetiminden geçmeden kesinleşmiş bir karardır. İstinaf veya temyiz denetiminden geçmemenin sebebi, ya bu yolların yasal olarak kapalı olmasıdır⁴⁵⁴⁴, veya yol açıktır ama, sùjelerden hiçbiri tarafından kullanılmadığı⁴⁵⁴⁵ için, üst mahkemenin önüne gitmemiştir.

Kanun yararına bozma yolunun temel koşulu „hukuka aykırılıktır“.⁴⁵⁴⁶ Bu yol, olağan üstü olmakla birlikte, gene de bir „temyiz“ kanun yoludur. Temyiz olduğu için, sadece karar veya hükümde „hukuka aykırılık“ varsa, bu yola gidilebilir. Karar sadece hukukî meseleye ilişkin olmalıdır. Maddî bir meselede verilen ve sadece o dâvayı ilgilendiren karardaki hatanın belirtilmesinde “kanun yararı” yoktur.⁴⁵⁴⁷

Kanun yararına bozma yolunda, “bozma nedenine” göre farklı sonuçlar ortaya çıkmaktadır (CMK 309/4). Bununla birlikte, maddede „olağanüstü bir temyiz yolu“ olan „kanun yararına bozma“ yoluna başvurmak için gerçekleşmesi gereken „yasal nedeninin“ ne olduğu da belirtilmemiştir; Kanun sadece „yasal nedenlerini belirterek bildirim yapma“ (CMK 309/1) yükümünü öngörmüştür.

Hâkimlik veya mahkeme makamlarının verdikleri, kanunun hüküm dedikleri de dahil, herhangi bir karar kesinleştikten sonra, kanun yararına bozma yoluna ancak, *istinaf veya Yargıtay incelemesinden geçmeden kesinleşen* karar ve hükümlere karşı gidilebilir. Kanunun belirttiği şart bundan ibarettir. Ancak bu yolun istisnaî oluşu, uygulamanın sınırlı olmasını gerektirir. Bunun için aşağıdaki şartlar da aranmalıdır.

II. Kanun yararına bozma sebepleri.

⁴⁵⁴⁰ 2. CD 9/363 *Çağlayan* “66” III, 305; 9. CD 5/12/84 YKD 85/3 449. Bu konuda 2. CD ile CG arasındaki uyumsuzluk ele alınmışsa da, “26/10/32 ve 3/6/36 tarihli İçBK’larında mahkûmiyet ve beraat kararlarından mutlak olarak bahsediliyor, yeniden içtihat birleştirme gerekmez” denilmiştir (İçBK: 13/1 75 YKD 75/6, 8). Bu konu önceki kararlarda tartışılmadığından bu sefer tartışılması gerekirdi (*Livanelioğlu*: Makale, YK 75/3, 5).

⁴⁵⁴¹ CGK 8/6/36 itiraz 88; 28/2/38, 110-99.

⁴⁵⁴² Meselâ beş on liralık harç hatası için Yargıtay uğraştırılmamalıdır (k-m: İçBK: 13/1/36; AsYİçBK: 29/3/72 RG 9/6/72).

⁴⁵⁴³ CGK 25.6.1996, E. 1999/145, K. 1996/157.

⁴⁵⁴⁴ İstinaf yolu CMK 272 ile bazı kararlar açısından kapatılmıştır: sonuç olarak belirlenen ikibin lira dahil adli para cezasına mahkûmiyet hükümleri ile, üst sınırı beşyüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümleri istinaf edilemez. Temyiz edilemeyen bölge adliye mahkemesi kararlarının çeşidi daha fazladır (CMK 286/2). Ancak, Şubat 2010 itibarıyla bu hükümler uygulanmadığı için, mülga CMUK 305 deki sınırlar esas alınmaktadır.

⁴⁵⁴⁵ Bizce, mücbir bir sebep altında olmadığı halde, kanun yoluna başvurmadığı için süreyi geçirerek hükmün kesinleşmesine neden olan sanık, sonradan bu olağanüstü yola başvuramamalıdır. Ancak, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu bu ayrıma bakmaksızın, sadece üst mahkeme denetiminden geçmeden kesinleşme ölçütünü kabul etti. Bu nedenle, yargısal kararda hukukî bir hata varsa, kanun yararına bozma yoluna gidebilmek mümkün hale gelmiştir (*Çolak/Taşkın* 2007, 1312).

⁴⁵⁴⁶ Hakim tarafından verilen ve temyiz edilmeden kesinleşen kararlarda „yasaya aykırılık“ haber alınması durumunda kararın bozulması lüzumu yazılı emre atfen ihbar olunabilir (2 CD. 14.7.1999, E. 1999/11366, K. 1999/10722; www.hukukturk.com).

⁴⁵⁴⁷ 2. CD 9/363 *Çağlayan* “66” III, 305; 9. CD 5/12/84 YKD 85/3 449. Bu konuda 2. CD ile CG arasındaki uyumsuzluk ele alınmışsa da, “26/10/32 ve 3/6/36 tarihli İçBK’larında mahkûmiyet ve beraat kararlarından mutlak olarak bahsediliyor, yeniden içtihat birleştirme gerekmez” denilmiştir (İçBK: 13/1 75 YKD 75/6, 8). Bu konu önceki kararlarda tartışılmadığından bu sefer tartışılması gerekirdi (*Livanelioğlu*: Makale, YK 75/3, 5).

Olağanüstü temyiz sebepleri, bozma sebebi olan hukuka aykırılıklardır. Bu sebeplerin olağanüstü temyiz şartları ile sınırlandırıldığı unutulmamalıdır. Olağan kanun yollarında *CMK 147 ye uygun bir biçimde yapılmayan sorgu*, bozma sebebi oluştururken, olağanüstü yasa yolu olan yazılı emirle bozmada, hükmün bozulmasına neden teşkil etmez.⁴⁵⁴⁸

572. KANUN YARARINA BOZMA DAVASI ve MUHAKEMESİ.

I. Davanın açılması.

Bu dâvayı Adalet Bakanlığının emriyle Başsavcılık açar.⁴⁵⁴⁹ Bakanlığın emir vermesi Anayasaya aykırı değilse de, açma yetkisinin kanun makamı olan Başsavcılığa doğrudan verilmesi yerinde olmuştur.⁴⁵⁵⁰

Başsavcılık dâvayı, olağan temyiz yolundaki mütalâasında olduğu gibi *tebliğname* adı verilen bir belge ile açar. Dâva dilekçesi niteliğinde olan bu belgede, yazılı emirden bahsedilir ve muhtevası tekrar olunur. Başsavcı kendiliğinden birşey katamaz, değişiklik yapamaz.

II. Kanun yararına bozma muhakemesi.

Muhakeme faaliyeti iddia makamının, daha doğrusu Bakanlığın iddiası ile yargılama makamının çalışmalarına inhisar eder.⁴⁵⁵¹ Yargılama görevini, Yargıtayın *daire bakımından görev yönünden yetkili dairesi* yapar.⁴⁵⁵² Daire veya genelkurul, olağanüstü temyiz yargılamasını duruşmasız yapar. Önce kabul meselesi çözülür. Dairenin kararına karşı direnme kabul edilmemiştir (CMK 309/5). Mülga Kanun ise direnmeyi kabul etmişti ve direnme kararı bakımından, genel kurul yetkili idi.⁴⁵⁵³ Yargıtayın vereceği kararlara uyma mecburîdir.⁴⁵⁵⁴

İddia ile bağlılık vardır. Muhakeme faaliyeti Bakanlığın iddiası ile yargılama makamının çalışmalarına inhisar eder.⁴⁵⁵⁵ Yargılama sadece gösterilen noktalarda yapılır.⁴⁵⁵⁶ Bozma sebepleri varit görülürse karar bozulur⁴⁵⁵⁷, görülmezse olağanüstü temyiz dâvası reddolunur.

⁴⁵⁴⁸ Kavgada silah teşhiri suçunun yaptırımı hapis cezası olup, mahkemece de hapis cezası belirlenmesi gerektiği halde davanın ceza kararnameyi sonuçlandırılması usul ve yasaya aykırıdır. Ancak yazılı emir yoluna gidilmişse duruşma açılarak yargılama yapılması gerekir (2 CD. 12.5.1999, E. 1999/5775, K. 1999/6442). 15 yaşından küçük ve bıçakla yaralam asuçundan sanık hakkında, savunma hakkı kısıtlanarak, mülga CMUK 386, maddesine göre düzenlenen ceza kararnameyi ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır. Bu durumda yazılı emir yoluyla bozmada dahi daha önce duruşma yapılmadığından duruşma açılarak yargılama yapılması gerekir (Bu metin İstanbul Barosu bilgi bankası arşivinden alınmıştır). Yerel mahkemenin karar günü itibarıyla yürürlükteki kurallar çerçevesinde hüküm kurduğu bellidir. Kesinleşen hükmün içerdiği yasaya aykırılıklar yazılı emire konu olabileceğinden; mülga TCK 2/2. maddesine dayanan aykırılıkların CMUK 402/1. maddesine göre yerel mahkemede çözümlenmesi gerekir (8.2.1999, E. 1999/276, K. 1999/779).

⁴⁵⁴⁹ Bu yetkinin Başsavcının şahsına verildiğini kabul (1. CD 28/12/68 RKD 69, 86) için haklı bir sebep yoktur.

⁴⁵⁵⁰ *Rassat*, n. 283, 233; *Erem*, n. 350

⁴⁵⁵¹ *Erem*, ilgililere söz verilmemesini yermektedir (n. 351). Aleyhe sonuç kabul edilmedikçe sakınca yoktur.

⁴⁵⁵² Daireyi tâyinde talî dâvaya değil, asıl dâvaya bakılmaktadır (4. CD 23/3/44; 2/5/44).

⁴⁵⁵³ CGK 10/1/38, 4/10; 20/12/76 YKD 78, 271.

⁴⁵⁵⁴ *Taner*, 414; CGK 8/3/65 İKİD 65, 4107; 24/6/68 Alicanoğlu 597; 20/12/76 YKD 78, 271.

⁴⁵⁵⁵ *Erem*, ilgililere söz verilmemesini yermektedir (n. 351). Aleyhe sonuç kabul edilmedikçe sakınca yoktur.

⁴⁵⁵⁶ Başka bozma sebepleri görüldüğünde, bunlar hakkında yazılı emir verilmesi için dosyanın geriverilmesi yolundaki uygulama yersizdir. Çünkü yargılama görevi dışına çıkılmaktadır. İleri sürülmemiş olan af konusunu da inceleyip cezanın çektirilmemesine karar verilmesini (CGK 24/10/77 YKD 258) esasa aykırı bulan görüşümüzü, başkasının suçu için mahkûm olduğu dosyadan hemen anlaşılan bir kişinin cezasından sadece yaş bakımından indirim yapıldığını görünce (9. CD 11/12/85 YKD 86/7 1068) değiştirdik. Artık bunu, aykırılık olarak değil, adaleti sağlamak için kabul edilmesi gerekli bir istisna sayıyor, bunun için yeni bir yazılı emir verilmesini aramağa ihtiyaç duymuyoruz. Bundan, Yargıtayın dosyanın her tarafını didik didik edip haksızlık araması anlamı elbet çıkmaz. Amacımız, hemen görülen haksızlıkları önlemek olup Yargıtaya altından kalkamayacağı bir yük yüklemek değildir.

⁴⁵⁵⁷ Karar hukuka aykırı ise, ortadan kaldırmak için bozma şarttır. Yargıtay onu yok sayıp dâvayı reddedemez.

Yargılama sırasında meselâ zamanaşımı gibi bir düşme sebebi çıkarsa, kaide olarak, düşme kararı verilecektir. İstisna olarak, derhal verilebilecekse ve lehte ise, islâh kararı verilebilir.

III. Kesinleşen kararın durumu.

Yerinegetirmenin geribırakılması hattâ durdurulması gerekebilir.

1. Davanın esasını çözmeyen karar.

CMK 223 üncü maddede tanımlanan ve „davanın esasını çözmeyen“ bir karar Yargıtay tarafından „kanun yararına“ bozulursa, kararı veren makam (hakim veya mahkeme) tarafından gerekli inceleme sonunda yeniden verilir (CMK 309/4-a). Kanun bu olağan üstü kanun yolunda „direnmeyi“ kabul etmediği için (CMK 309/5), verildiği anda kesin olan bu karardan sonra yapılacak olan esas mahkemesi yargılamasında „lehe“ karar verilmesi mecburiyeti düzenlenmemiştir.⁴⁵⁵⁸

2. Mahkûmiyet hükmünün davanın esasını çözmeyen yönüne ilişkin bozma kararı.

Bozma nedeninin, *mahkûmiyet hükmünün, davanın esasını çözmeyen yönüne* ilişkin olması halinde, kararı veren hâkim veya mahkeme bozmadan sonra yeniden yargılama yaparak. Bu yargılamanın sonucuna göre gereken hükmü verir. Bu hükmün sanık aleyhine olması mümkündür, fakat sonuç ceza önceki hükümde belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz (CMK 309/4-b).

Aynı kural, „savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucu doğuran usul işlemlerine ilişkin hukuka aykırılık nedenlerinden dolayı“ verilen bozma kararları için de geçerlidir.

3. Davanın esasını çözen ve mahkûmiyet kararı olmayan hüküm.

Davanın esasını çözen ve mahkûmiyet kararı olmayan bir hüküm bozulursa, ilk hükmü veren mahkeme artık yeniden yargılama yapamaz. Bu bozma kararı „aleyhte sonuç“ doğurmaz (CMK 309/4-c). Yani, Yargıtay tarafından verilen bir „bozma kararı“ vardır, ama buna rağmen, daha önce verilmiş bulunan, mesela „beraat“ kararı, hukuken geçerliliğini devam ettirmektedir.

4. Hükümlünün cezasının kaldırılmasını gerektiren bozma nedeni.

Yargıtay kararındaki bozma nedeni, „hükümlünün cezasını kaldırmasını gerektiyorsa“, Yargıtay Ceza Dairesi cezanın kaldırılmasına karar verir. Bozma nedeni „daha hafif bir cezanın verilmesini gerektiriyorsa“, Yargıtay dairesi doğrudan daha hafif cezaya hükmeder (CMK 309/4).

Dikkat edilmelidir ki, burada Yargıtay dairesi esas mahkemesinin yerine geçerek, doğrudan esas hakkında karar vermektedir. İlk mahkemeye gönderme yoktur. Yani, Yargıtay ilk hükmü „islâh“ etmektedir.

Yukarıda belirtilen *bozma nedenine göre, bozmadan sonra yapılacak işlemler* (CMK 309/4) incelendiğinde, Adalet Bakanlığının, hangi *yasal nedenlerden* (temyiz nedenlerinden) yola çıkarak, karar veya hükmün bozulması isteminde bulunabileceği, yani *kanun yararına bozma* olağan üstü kanun yoluna başvurmak için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirme (CMK 309/1) yetkisi kazanacağı, kısmen belli olmaktadır: i) CMK 223 de tanımlanan davanın esasını çözmeyen mahkeme kararındaki hukuka aykırılıklar, ii) mahkûmiyet kararında, davanın esasını çözmeyen usul işlemlerinde yapılan hukuki hatalar, iii) mahkemece savunma hakkının kaldırılması veya kısıtlanması, iv) hükümlünün cezasının kaldırılmasını gerektiren veya daha hafif bir ceza verilmesini gerektiren hukuka aykırılıklar.

Görüldüğü gibi, kanunda (CMK 309) belirtilen bütün *yasal nedenler*, temyiz sebebi olan hukuka aykırılık halleridir, fakat *her türlü hukuka aykırılık* kanun yararına bozma istemi yapmak için *yasal neden* sayılmamıştır. Temyizdekinin aksine, tadadi bir sayma metodu uygulanmıştır. Yasal nedenlerin sınırlı olması, bu kanun yolunun olağan üstü olmasının doğal sonucudur.

⁴⁵⁵⁸ Diğer kanun yararına bozma hallerinde „daha ağır ceza vermeme“ (CMK 309/4-b) veya „mahkûmiyet dışındaki hükümlere ilişkin ise, aleyhte sonuç doğurmama“ (CMK 309/4-c), „daha hafif cezaya Yargıtay dairesi tarafından doğrudan hükmetme“ (CMK 309/4-d) gibi düzenlemeler varken, CMK 223 üncü maddeye göre verilen ve davanın esasını çözmeyen bir karar bozulursa, ilk mahkeme tarafından, lehe veya aleyhe, gereken kararın verileceği görülmektedir.

Yargıtayın dâvayı esastan kabul edip kesinleşmiş kararı bozması, aslında, kanun yararınadır. Fakat, bozmadan sanığın da yararlanması kabul edilmiştir. Çünkü yararlanmaması haksızlık olurdu. Bunun içindir ki bozma, sanık aleyhine sonuç vermemelidir. Muhakeme Hukukunun bu ilkesinden kanunumuz, bazı kararların bozulmasında ayrılmıştır. Gerçekten kanun bozmanın tesirini, bozulan kararın çeşidine göre farklı şekilde düzenlemiştir:

a) Uyuşmazlığın esasını çözen mahkeme kararlarının bozulması aleyhe sonuç vermez, fakat lehe sonuç verebilir. “Uyuşmazlığın esasını çözen karar”, doğrudan doğruya veya dolayısı ile çözen diye anlaşılmalıdır. Bir diğer söyleyişle, uyuşmazlığı çözmeden ona son veren kararlar da bu terime girmelidir.⁴⁵⁵⁹ Bu kararları hâkimlik makamları vermiş olsa bile durum değişmemelidir.⁴⁵⁶⁰ Durma kararı uyuşmazlığa son vermediğinden, buraya girmemektedir.⁴⁵⁶¹ Sanık lehinde veya aleyhinde oluş, sonuca göre tâyin edilmelidir.⁴⁵⁶²

Uyuşmazlığın esasını çözen mahkeme kararlarının kanun yararına bozma yolunda bozmadan sonra, iş yeni bir karar verilmek üzere, olağan temyizden farklı olarak, tekrar mahkemeye gitmez, yani tekrar muhakeme⁴⁵⁶³, daha doğrusu öğrenme muhakemesi yapılmaz. Bu nedenle uymama da söz konusu olmaz. Yargıtay, gerekiyorsa, bozulan karar yerine kendisi esasa karar verir, yani hatalı kararı islâh eder. O halde Yargıtay hükümlünün cezasının kaldırılması veya daha hafif bir ceza verilmesi gereken hallerde esasa karar veremeyecekse⁴⁵⁶⁴, bozma kararı da vermemeli, dâvayı reddetmelidir.⁴⁵⁶⁵

Sözü geçen kararlarını bozulmasından sonra Yargıtayın vereceği kararları kanun göstermiştir: a) Bozma sebebi cezaların hepsinin veya bazılarının⁴⁵⁶⁶ kaldırılmasını gerektiriyorsa cezanın kaldırılması

⁴⁵⁵⁹ İçBK: 7/2/36, 129/11. Keza, CK 526 iptal edildi diye verilen dâvanın reddi kararı (k-m: 2. CD 10/5/74 YKD 75/2, 113), zira madde iptal edilseydi beraat edecekti. Bu karar, yanlış bir beraat kararı gibidir. Buna karşılık, sonsoruşturma açmama kararı yerine verilen beraat kararı dâvanın esasını çözen mahkeme kararı sayılmamıştır (4. CD 27/3/78 YKD 79, 284). Mahkemenin duruşma hazırlığında verebileceğini kabul ettiğimiz “dâvanın kabule şayan olmaması”, “dâvanın reddi” ve “iddianemenin reddi” kararları da dâvanın esasını dolayısı ile de olsa çözen karar sayılmalıdır.

⁴⁵⁶⁰ 1985 değişikliğine kadar sorgu hâkimliği kararları ayrıca düzenlendiğinden ve bunlarda aleyhe tesir kabul edildiğinden, sorgu hâkimliğinden başka bir hâkimlik makamının uyuşmazlığı dolayısı ile çözen kararı bakımından bir tereddüt mümkündür. Kanun artık sadece mahkeme kararlarını düzenlemektedir. Hâkimlik kararları bakımından boşluk vardır. Ortada eskisi gibi sorgu hâkimi kararı kötü örneği de yoktur. Bu durumda meselâ koğuşturma dâvasında ağırceza mahkemesi başkanlığının verdiği ret kararı (CMK 167) ve sulh veya asliye hâkimliklerinin verdiği şahsî dâvanın reddi kararı (CMK 352) bu olağanüstü yolla bozulduğunda aleyhe tesir, kaideye aykırı olduğundan, bu yönde bir istisnayı kanun da belirtmemiş bulunduğu için, kabul edilmemelidir.

⁴⁵⁶¹ CGK 13/11/44, 4. CD 8/12/59 AdD 60, 314.

⁴⁵⁶² “8 gün ağır hapis yerine” “28 gün hapis” verildiğinde, 28 hatasının 8 olarak düzeltilmesi, fakat ağır olacak diye hapis hatasına dokunulmaması yüzünden “8 gün hapis” verildiği olmuştur (2. CD 24/11/37, 11123/14734).

⁴⁵⁶³ İçBK: 7/2/36, 129-11. Yazılı emre konu olabilecek yasaya aykırılık halleri uygulamadaki esaslı yanlışlıklar ve esasa etkil iusul hatalarıdır. Yazılı emir isteminin yerinde görülmesi durumunda işin esas mahkemesine bırakılması, Yargıtayın kararı bozmakla yetinmeyerek hükümlü hakkında daha az cezaya yer verilmesini, ya da ceza çektirilmemesini karara bağlaması gerekir (CGK 16.4.1996, E. 1999/67, K. 1999/78).

⁴⁵⁶⁴ Meselâ mahkeme takdir hakkını isabetli kullanmamış (6. CD 15/6/84 YKD 84/10 1599); son söz sanığa verilmemiş (4. CD 5/11/76 YKD 77, 868), erteleme isteği hakkında karar verilmemiş veya istek gereksiz reddedilmiş (İçBK: 14/11/77 YKD 77, 1659), İnfaz Kanununun uygulanması konusu kararsız kalmış (k-m: 6. CD 9/9/65 Çağlayan “66” I, 797), bu karar, karar verilmek üzere dosyayı mahkemeye göndermekle ilkeye ters düşmektedir.

⁴⁵⁶⁵ Yargıtayın lehe bozmadan sonra mahkemenin hatalı kararını nasıl islâh edeceğini gösteren 7. fıkradan anlaşıldığına göre, bozma sebebi ya cezanın tamamen kaldırılmasını veya daha hafif bir ceza verilmesini gerektirmelidir. Bunun dışında bir bozma mümkün değildir. Meselâ, gerekçe göstermeden ertelemek hatasını Yargıtay kendisi ertelemek suretiyle islâh edemez. O halde bozma kararı da verememelidir. Bu hata daha hafif bir ceza verilmesini gerektirmediği gibi, cezanın tamamen kaldırılmasını gerektiren bir hata da değildir ki cezanın ortadan kaldırılmasında söz konusu olabilen “cezanın çektirilmemesi kararı” verilebilir (k-m: 2. CD 10/9/85 YKD 85/12 1839).

⁴⁵⁶⁶ CGK 9/5/33, 88/106.

kararı verilecektir⁴⁵⁶⁷, b) Bozma sebebi daha hafif bir ceza verilmesini gerektiriyorsa, çektirilecek olan⁴⁵⁶⁸ bu cezayı Yargıtay belirtecektir (CMK 309/4-d).

Bozma sanık aleyhine olacaksa ne yapılacağını kanun açıklamamıştır. Bozma sebebi varsa bozulacağı ve bozmanın aleyhte tesir etmeyeceği yazılı olmasından, bu durumda da bozulacağı, fakat aleyhte tesiri olmamak üzere bozulduğunun, eski cezanın yerine getirileceğinin de karara bağlanacağı anlamı çıkarıldığı vardır.⁴⁵⁶⁹ Bizce, uymama söz konusu olmadığından, bozma, hatalı kararı derhal ortadan kaldırır. Ortadan kalkan bir kararın yerine getirilmesini mantık kabul etmez. Madem bozma aleyhte tesir etmeyecektir, o halde bozma sanık aleyhine olacaksa, Yargıtay bozma kararı vermemeli, dâvayı reddetmelidir.⁴⁵⁷⁰

Kanun “mahkeme kararı” derken sadece dar mânâda ceza muhakemesini gözönünde tutmuşsa da, diğer ceza dâvalarının muhakemesinde dâvalardaki uyuşmazlıkların esasını çözen mahkeme kararları da, ancak sanık lehine ıslâh edilebilecekse, bu olağanüstü yolla bozulmalıdır.⁴⁵⁷¹

Sorgu hâkimlerinin kararlarına ilişkin kısım 1985 de maddeden çıkarıldığından, uyuşmazlığı dolayısı ile de olsa çözen kararlarda -ister mahkeme ister hâkimlik kararı olsun-, yukarda belirttiğimiz üzere, dâvanın esasını çözen karar sayılması gerektiğinden, bu yolda bir yorum yapıldığı sürece 343. maddenin 2. fıkrasının sanık aleyhine sonuç vermesi tehlikesi artık kalmayacaktır.⁴⁵⁷²

b) Uyuşmazlığın esasını çözmeyen mahkeme kararlarının bozulması aleyhe sonuç verebilmektedir, zira bu hallerde muhakemeye kaldığı yerden devam olunmakta ve gereken hükümler ve bu arada mahkûmiyet kararı verilmektedir. Bizce sanık lehinde bir kararın bozulmasının aleyhte sonuç vermesi bu olağanüstü yolun kabulünü haklı kılan amaca aykırıdır. Kanun yararına yapılan bozma aleyhe sonuç doğurmamalı, kanun değiştirilmeli, aleyhe sonuç verecek durumlarda bozma kabul edilmemeli, kanun değiştirilinceye kadar da yorumlarla sınırlar mümkün olduğu kadar daraltılmalıdır. Bu kararların aleyhte sonuç verecek biçimde ortadan kaldırılması, ancak muhakemenin dirilmesi yolu ile ve sadece ne bis in idem teminatına lâyük olmayanlar hakkında mümkün olabilmelidir.

c) Bozmanın aleyhe sonuç doğurmaması meselesi. Yeni Kanunda eskisinden farklı biçimde düzenlenmiştir. CMUK da davanın esasına da şamil olarak bozma ilgililer aleyhine tesir etmezdi. Sadece davanın esasını halletmeyen mahkeme kararları bakımından bozmadan sonra yapılacak inceleme ve

⁴⁵⁶⁷ Kanun bu halde cezanın çektirilmemesinin de ayrıca belirtilmesini istemektedir. Bunun makul sebebi yoktur. Kaldırılan ceza elbet çektirilemez.

⁴⁵⁶⁸ Hafif cezanın çektirilmesi lâzımdır; çünkü aleyhe bozma söz konusu değildir. Meselâ aşağı haddin üstüne çıkılması hatalı bulunmuşsa, Yargıtay cezayı aşağı had olarak belirlemelidir (CGK 17/10/88 YKD 89/3 407). Tatbikatta, hafifhapis yerine hapis denilmesi halinde, ceza hafifhapis olarak ıslâh edilince, cezanın çekilmesi lâzımkken çektirilmemesine karar verildiği de vardır (3. CD 30/6/48, 5797/6232). Otomatik adli tevbih cezası verildiğinde, çektirme söz konusu olmayacaktır (CGK 10/4/44, İtiraz 104).

⁴⁵⁶⁹ CGK 24/10/77 YKD 79, 258.

⁴⁵⁷⁰ 6. CD 15/6/77 4261-4103. Uygulamada, beraat kararının bozulmasından sonra dosyanın mahkemeye gönderildiği, onun da bozmaya göre mahkûmiyet kararı verdikten sonra cezaların infazına yer olmadığı kararı verdiği görülmüştür. Yargıtay “dosya işleminden kaldırılacak yerde duruşma yapılarak hüküm kurulmasının hukukî değeri yoktur ve böyle bir karar temyiz de edilemez” diye temyiz isteğini reddetmiştir. (5. CD 20/2/85 İKİD 86 4497). Bizce olayda temyiz isteği kabul edilerek bozma kararı verilmeli idi.

⁴⁵⁷¹ Meselâ şartla salıverme muhakemesinde salıvermeyi uygun gören karar hatalı da olsa, aleyhte sonuç vermesin diye bozulmamalıdır. Keza mahkûmiyetin kesinleşmesinden sonra çıkan Af Kanunu yüzünden ve 402. maddede öngörülen talî muhakeme sonunda verilen “cezanın çektirilmemesi kararı”nın bozulması, önceden verilen düşme kararından sonuç itibarıyla farksız olduğundan, aleyhte tesir etmemelidir (k-m: CGK 8/1/62 Çağlayan “66” III, 308). Yine 402. madde ile ilk cezada bir indirme yapılmasına dair verilen kararın bozulması da, bu indirmenin ilk karardaki indirmeden farklı olmadığından, aleyhe sonuç vermemelidir. (k-m: 1. CD 10/5/66, Çağlayan “66 532; 5. CD 19/12/70, 3447/3784). Sadece koruma tedbirlerinin özelliği gereği, bu tedbirlerin muhakemesinde, aleyhte tesir kabul edilebilir.

⁴⁵⁷² Mahkemenin verdiği düşme kararının bozulması aleyhe tesir etmezken, 1985 değişikliğine kadar, mahiyeti farklı olmamasına rağmen sorgu hâkiminin verdiği düşme kararının bozulması aleyhe tesir etmektedir. Keza önsoruşturmada verilen ve yargı otoritesini alan, sonsoruşturmanın açılmaması kararının bozulması da aleyhe tesir eylemektedir. Bu hüküm kanaatımızca yargının otoritesi ile bağdaşmamakta, yargı otoritesinin ferde sağladığı teminata aykırı düşmekte ve bu olağanüstü yolun kabulündeki “sanık aleyhine sonuç vermemek” şartını da çiğnemektedir.

araştırmada gereken karar verilirdi (CMUK 343). CMK ise bozma nedenlerini dört gruba ayırmış, ilk grupta davanın esasını çözmeyen kararlarda gerekli incelemenin yapılacağı ve sonucunda lehe veya aleyhte gereken kararın verileceği kabul edilmiştir (CMK 309/4-a).

İkinci kategori olarak mahkûmiyet hükmünün davanın esasını çözmeyen yönünü veya savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine ilişkin bozma kararı ele alınmış, burada da bozmadan sonra yeniden yapılacak yargılama sonucu gereken hükmün verilmesi kabul edilmiş ancak sadece cezanın ağırlığı bakımından, daha ağır ceza verme yasaklanmıştır (CMK 309/4-b).

Üçüncü kategori davanın esasını çözen kararlar ele alınmış, fakat burada mahkûmiyet dışındaki hükümlerde aleyhe sonuç doğurma yasaklanmış ve yeniden yargılama yolu kapatılmıştır (CMK 309/4-c). Böylece “kanun yararına bozma” hükmünün aleyhine” sonuç doğurabilecektir. Bu düzenleme hükümlülerin kanun yararına bozma kanun yolundan çekinmelerine neden olacaktır. Oysa olağanüstü bir yol olduğu için önceki hukukumuzda olduğu gibi uygulamada yapılan önemli hataların ileride tekrarlanmaması, usul hukuku bakımından kazanımlar sağlanması için işletilen bir yol olmalı idi.

Kaldı ki, istinaf kanun yolu işlemeye başladığı gün kanun yararına bozma ülkede içtihat birliğinin sağlanması açısından önemli bir rol üstlenecektir. Farklı bölge adliye mahkemeleri tarafından verilen ve aynı konuyu ilgilendiren çelişkili kararların bu yolla Yargıtay denetiminden geçmesi, içtihat birliğini sağlayabilecektir (Bölge Adliye Mahkemeleri Kanunu’nun 35. maddesindeki “kararların arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi” mekanizmasının işleyebilmesi için, mahkûmiyet kararlarının da bu yolla hükümlü aleyhine sonuç verecek şekilde yeniden ele alınmaması gerekirdi.

Dördüncü hal, kanun yararına bozmada Yargıtay Ceza Dairesinin esas hakkındaki hükmü doğrudan vermesidir (CMK 309/4-d). Bu hüküm Yargıtay’ın islah kararı verebildiği hallerden olduğu için yerindedir.

573. KANUN YARARINA BOZMA MUHAKEMESİNDE BOZMANIN TESİRİ.

Yargıtayın dâvayı esastan kabul edip kesinleşmiş kararı bozması, aslında, kanun yararına bozmadır. Fakat, bozmadan sanığın da yararlanması kabul edilmiştir. Çünkü yararlanmaması haksızlık olurdu. Bunun içindir ki bozma, sanık aleyhine sonuç vermemelidir.

Muhakeme Hukukunun bu ilkesinden kanunumuz, bazı kararların bozulmasında ayrılmıştır. Gerçekten kanun bozmanın tesirini, bozulan kararın çeşidine göre farklı şekilde düzenlemiştir:

1) Uyuşmazlığın esasını çözen mahkeme kararlarının bozulması aleyhe sonuç vermez, fakat lehe sonuç verebilir. Söyleyişle, uyuşmazlığı çözmeden ona son veren kararlar da bu terime girmelidir.⁴⁵⁷³ Bu kararları hâkimlik makamları vermiş olsa bile durum değişmemelidir.⁴⁵⁷⁴ Durma kararı uyuşmazlığa son vermediğinden, buraya girmemektedir.⁴⁵⁷⁵ Sanık lehinde veya aleyhinde oluş, sonuca göre tâyin edilmelidir.⁴⁵⁷⁶

⁴⁵⁷³ İçBK: 7/2/36, 129/11. Keza, CK 526 iptal edildi diye verilen dâvanın reddi kararı (k-m: 2. CD 10/5/74 YKD 75/2, 113), zira madde iptal edilseydi beraat edecekti. Bu karar, yanlış bir beraat kararı gibidir. Buna karşılık, son soruşturma açmama kararı yerine verilen beraat kararı dâvanın esasını çözen mahkeme kararı sayılmamıştır (4. CD 27/3/78 YKD 79, 284). Mahkemenin duruşma hazırlığında verebileceğini kabul ettiğimiz “dâvanın kabule şayan olmaması”, “dâvanın reddi” ve “iddianemenin reddi” kararları da dâvanın esasını dolayısı ile de olsa çözen karar sayılmalıdır.

⁴⁵⁷⁴ 1985 değişikliğine kadar sorgu hâkimliği kararları ayrıca düzenlendiğinden ve bunlarda aleyhe tesir kabul edildiğinden, sorgu hâkimliğinden başka bir hâkimlik makamının uyuşmazlığı dolayısı ile çözen kararı bakımından bir tereddüt mümkündür. Kanun artık sadece mahkeme kararlarını düzenlemektedir. Hâkimlik kararları bakımından boşluk vardır. Ortada eskisi gibi sorgu hâkimi kararı kötü örneği de yoktur. Bu durumda meselâ koğuşturma dâvasında ağır ceza mahkemesi başkanlığının verdiği ret kararı (CMK 167) ve sulh veya asliye hâkimliklerinin verdiği şahsî dâvanın reddi kararı (CMK 352) bu olağanüstü yolla bozulduğunda aleyhe tesir, kaideye aykırı olduğundan, bu yönde bir istisnayı kanun da belirtmemiş bulunduğu için, kabul edilmemelidir.

⁴⁵⁷⁵ CGK 13/11/44, 4. CD 8/12/59 AdD 60, 314.

⁴⁵⁷⁶ “8 gün ağır hapis yerine” “28 gün hapis” verildiğinde, 28 hatasının 8 olarak düzeltilmesi, fakat ağır olacak diye hapis hatasına dokunulmaması yüzüne “8 gün hapis” verildiği olmuştur (2. CD 24/11/37, 11123/14734).

Uyuşmazlığın esasını çözen mahkeme kararlarının olağanüstü temyizinde bozmadan sonra, iş yeni bir karar verilmek üzere, olağan temyizden farklı olarak, tekrar mahkemeye gitmez, yani tekrar muhakeme⁴⁵⁷⁷, daha doğrusu öğrenme muhakemesi yapılmaz. Bu nedenle uymama da söz konusu olmaz.⁴⁵⁷⁸ Yargıtay, gerekiyorsa, bozulan karar yerine kendisi esasa karar verir, yani hatalı kararı islâh eder. O halde Yargıtay hükümlünün cezasının kaldırılması veya daha hafif bir ceza verilmesi gereken hallerde esasa karar veremeyecekse⁴⁵⁷⁹, bozma kararı da vermemeli, dâvayı reddetmelidir.⁴⁵⁸⁰

Sözü geçen kararlarını bozulmasından sonra Yargıtayın vereceği kararları kanun göstermiştir: a) Bozma sebebi cezaların hepsinin veya bazılarının⁴⁵⁸¹ kaldırılmasını gerektiriyorsa cezanın kaldırılması kararı verilecektir⁴⁵⁸², b) Bozma sebebi daha hafif bir ceza verilmesini gerektiriyorsa, çektirilecek olan⁴⁵⁸³ bu cezayı Yargıtay belirtecektir (CMK 309/4-d).

Bozma sanık aleyhine olacaksa ne yapılacağını kanun açıklamamıştır. Bozma sebebi varsa bozulacağı ve bozmanın aleyhte tesir etmeyeceği yazılı olmasından, bu durumda da bozulacağı, fakat aleyhte tesiri olmamak üzere bozulduğunun, eski cezanın yerine getirileceğinin de karara bağlanacağı anlamı çıkarıldığı vardır.⁴⁵⁸⁴ Bizce, uymama söz konusu olmadığından, bozma, hatalı kararı derhal ortadan kaldırır. Ortadan kalkan bir kararın yerine getirilmesini mantık kabul etmez. Madem bozma aleyhte tesir etmeyecektir, o halde bozma sanık aleyhine olacaksa, Yargıtay bozma kararı vermemeli, dâvayı reddetmelidir.⁴⁵⁸⁵

Kanun “mahkeme kararı” derken sadece dar mânâda ceza muhakemesini gözönünde tutmuşsa da, diğer ceza dâvalarının muhakemesinde dâvalardaki uyuşmazlıkların esasını çözen mahkeme kararları da, ancak sanık lehine islâh edilebilecekse, bu olağanüstü yolla bozulmalıdır.⁴⁵⁸⁶

⁴⁵⁷⁷ İçBK: 7/2/36, 129-11. Yazılı emre konu olabilecek yasaya aykırılık halleri uygulamadaki esaslı yanlışlıklar ve esasa etkil iusul hatalarıdır. Yazılı emir isteminin yerinde görülmesi durumunda işin esas mahkemesine bırakılması, Yargıtayın kararı bozmakla yetinmeyerek hükümlü hakkında daha az cezaya yer verilmesini, ya da ceza çektirilmemesini karara bağlaması gerekir (CGK 16.4.1996, E. 1999/67, K. 1999/78).

⁴⁵⁷⁸ Buna rağmen uymama (ısrar) kararı verilmişse, yine olağanüstü temyize başvurulduğundan, genelkurul yetkilidir (CGK 20/12/76 YKD 79, 249).

⁴⁵⁷⁹ Meselâ mahkeme takdir hakkını isabetli kullanmamış (6. CD 15/6/84 YKD 84/10 1599); son söz sanığa verilmemiş (4. CD 5/11/76 YKD 77, 868), erteleme isteği hakkında karar verilmemiş veya istek gerekçesiz reddedilmiş (İçBK: 14/11/77 YKD 77, 1659), İnfaz Kanununun uygulanması konusu kararsız kalmış (k-m: 6. CD 9/9/65 Çağlayan “66” I, 797), bu karar, karar verilmek üzere dosyayı mahkemeye göndermekle ilkeye ters düşmektedir.

⁴⁵⁸⁰ Yargıtayın lehe bozmadan sonra mahkemenin hatalı kararını nasıl islâh edeceğini gösteren mülga 7. fıkradan anlaşıldığına göre, bozma sebebi ya cezanın tamamen kaldırılmasını veya daha hafif bir ceza verilmesini gerektirmelidir. Bunun dışında bir bozma mümkün değildir. Meselâ, gerekçe göstermeden ertelememek hatasını Yargıtay kendisi ertelemek suretiyle islâh edemez. O halde bozma kararı da vermemelidir. Bu hata daha hafif bir ceza verilmesini gerektirmediği gibi, cezanın tamamen kaldırılmasını gerektiren bir hata da değildir ki cezanın ortadan kaldırılmasında söz konusu olabilen “cezanın çektirilmemesi kararı” verilebilsin (k-m: 2. CD 10/9/85 YKD 85/12 1839).

⁴⁵⁸¹ CGK 9/5/33, 88/106. (34) CGK 9/5/33, 88/106.

⁴⁵⁸² Kanun bu halde cezanın çektirilmemesinin de ayrıca belirtilmesini istemektedir. Bunun makul sebebi yoktur. Kaldırılan ceza elbet çektirilemez.

⁴⁵⁸³ Hafif cezanın çektirilmesi lâzımdır; çünkü aleyhe bozma söz konusu değildir. Meselâ aşağı haddin üstüne çıkılması hatalı bulunmuşsa, Yargıtay cezayı aşağı had olarak belirlemelidir (CGK 17/10/88 YKD 89/3 407). Tatbikatta, hafifhapis yerine hapis denilmesi halinde, ceza hafifhapis olarak islâh edilince, cezanın çekilmesi lâzımken çektirilmemesine karar verildiği de vardır (3. CD 30/6/48, 5797/6232). Otomatik adli tevbih cezası verildiğinde, çektirme söz konusu olmayacaktır (CGK 10/4/44, İtiraz 104).

⁴⁵⁸⁴ CGK 24/10/77 YKD 79, 258.

⁴⁵⁸⁵ 6. CD 15/6/77 4261-4103. Uygulamada, beraat kararının bozulmasından sonra dosyanın mahkemeye gönderildiği, onun da bozmaya göre mahkûmiyet kararı verdikten sonra cezaların infazına yer olmadığı kararı verdiği görülmüştür. Yargıtay “dosya işlemde kaldırılacak yerde duruşma yapılarak hüküm kurulmasının hukukî değeri yoktur ve böyle bir karar temyiz de edilemez” diye temyiz isteğini reddetmiştir. (5. CD 20/2/85 İKİD 86 4497). Bizce olayda temyiz isteği kabul edilerek bozma kararı verilmeli idi.

⁴⁵⁸⁶ Meselâ şartla salıverme muhakemesinde salıvermeyi uygun gören karar hatalı da olsa, aleyhte sonuç vermesin diye bozulmamalıdır. Keza mahkûmiyetin kesinleşmesinden sonra çıkan Af Kanunu yüzünden ve mülga CMUK 402. maddede

Sorgu hâkimlerinin kararlarına ilişkin kısım 1985 de maddeden çıkarıldığından, uyuşmazlığı dolayısı ile de olsa çözen kararlarda -ister mahkeme ister hâkimlik kararı olsun-, yukarda belirttiğimiz üzere, dâvanın esasını çözen karar sayılması gerektiğinden, bu yolda bir yorum yapıldığı sürece mülga 343. maddenin 2. fıkrasının sanık aleyhine sonuç vermesi tehlikesi artık kalmayacaktır.⁴⁵⁸⁷

2) Uyuşmazlığın esasını çözmeyen mahkeme kararlarının bozulması aleyhe sonuç verebilmektedir, zira bu hallerde muhakemeye kaldığı yerden devam olunmakta ve gereken hükümler ve bu arada mahkûmiyet kararı verilmektedir. Bizce sanık lehinde bir kararın bozulmasının aleyhte sonuç vermesi bu olağanüstü yolun kabulünü haklı kılan amaca aykırıdır. Kanun yararına yapılan bozma aleyhe sonuç doğurmamalı, kanun değiştirilmeli, aleyhe sonuç verecek durumlarda bozma kabul edilmemeli, kanun değiştirilinceye kadar da yorumlarla sınırlar mümkün olduğu kadar daraltılmalıdır. Bu kararların aleyhte sonuç verecek biçimde ortadan kaldırılması, ancak muhakemenin dirilmesi yolu ile ve sadece ne bis in idem teminatına lâyük olmayanlar hakkında mümkün olabilmelidir.

3) Bozmanın aleyhe sonuç doğurmaması meselesi. Yeni Kanunda eskisinden farklı biçimde düzenlenmiştir. CMUK da davanın esasına da şamil olarak bozma ilgililer aleyhine tesir etmezdi. Sadece davanın esasını halletmeyen mahkeme kararları bakımından bozmadan sonra yapılacak inceleme ve araştırmada gereken karar verilirdi (CMUK 343). CMK ise bozma nedenlerini dört gruba ayırmış, ilk grupta davanın esasını çözmeyen kararlarda gerekli incelemenin yapılacağı ve sonucunda lehe veya aleyhte gereken kararın verileceği kabul edilmiştir (CK 309/4-a).

İkinci kategori olarak mahkûmiyet hükmünün davanın esasını çözmeyen yönünü veya savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine ilişkin bozma kararı ele alınmış, burada da bozmadan sonra yeniden yapılacak yargılama sonucu gereken hükmün verilmesi kabul edilmiş ancak sadece cezanın ağırlığı bakımından, daha ağır ceza verme yasaklanmıştır (CMK 309/4-b).

Üçüncü kategori davanın esasını çözen kararlar ele alınmış, fakat burada mahkûmiyet dışındaki hükümlerde aleyhe sonuç doğurma yasaklanmış ve yeniden yargılama yolu kapatılmıştır (CMK 309/4-c). Böylece “kanun yararına bozma” hükümlünün aleyhine” sonuç doğurabilecektir. Bu düzenleme hükümlülerin kanun yararına bozma kanun yolundan çekinmelerine neden olacaktır. Oysa olağanüstü bir yol olduğu için önceki hukukumuzda olduğu gibi uygulamada yapılan önemli hataların ileride tekrarlanmaması, usul hukuku bakımından kazanımlar sağlanması için işletilen bir yol olmalı idi.

Kaldı ki, istinaf kanun yolu işlemeye başladığı gün kanun yararına bozma ülkede içtihat birliğinin sağlanması açısından önemli bir rol üstlenecektir. Farklı bölge adliye mahkemeleri tarafından verilen ve aynı konuyu ilgilendiren çelişkili kararların bu yolla Yargıtay denetiminden geçmesi, içtihat birliğini sağlayabilecektir (Bölge Adliye Mahkemeleri Kanunu’nun 35. maddesindeki “kararların arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi” mekanizmasının işleyebilmesi için, mahkûmiyet kararlarının da bu yolla hükümlü aleyhine sonuç verecek şekilde yeniden ele alınamaması gerekirdi.

Dördüncü hal, kanun yararına bozmada Yargıtay Ceza Dairesinin esas hakkındaki hükmü doğrudan vermesidir (CMK 309/4-d). Bu hüküm Yargıtay’ın islah kararı verebildiği hallerden olduğu için yerindedir.

öngörülen talî muhakeme sonunda verilen “cezanın çektirilmemesi kararı”nın bozulması, önceden verilen düşme kararından sonuç itibarile farksız olduğundan, aleyhte tesir etmemelidir (k-m: CGK 8/1/62 Çağlayan “66” III, 308). Yine 402. madde ile ilk cezada bir indirme yapılmasına dair verilen kararın bozulması da, bu indirimin ilk karardaki indirmeden farklı olmadığından, aleyhe sonuç vermemelidir. (k-m: 1. CD 10/5/66, Çağlayan “66 532; 5. CD 19/12/70, 3447/3784). Sadece koruma tedbirlerinin özelliği gereği, bu tedbirlerin muhakemesinde, aleyhte tesir kabul edilebilir.

⁴⁵⁸⁷ Mahkemenin verdiği düşme kararının bozulması aleyhe tesir etmezken, 1985 değişikliğine kadar, mahiyeti farklı olmamasına rağmen sorgu hâkiminin verdiği düşme kararının bozulması aleyhe tesir etmektedir. Keza önsoruşturmada verilen ve yargı otoritesini alan, sonsoruşturmanın açılmaması kararının bozulması da aleyhe tesir eylemektedir. Bu hüküm kanaatimizce yargının otoritesi ile bağdaşmamakta, yargı otoritesinin ferde sağladığı teminata aykırı düşmekte ve bu olağanüstü yolun kabulündeki “sanık aleyhine sonuç vermemek” şartını da çiğnemektedir.

ONUNCU BÖLÜM: ANAYASA VE İNSAN HAKLARI MUHALEMESİ

84. § ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU

574. İnsan haklarının korunması ve Anayasaya aykırılık kavramı. 575. İnsan haklarının Ceza Muhakemesi açısından önemi. 576. Sosyal Devlet. 577. Kişilik haklarının korunması. 578. Anayasaya aykırılık iddiası. 579. Fiili veya fikri işlemlerde Anayasaya aykırılıkta ferdi başvuru sorunu. 580. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru.

574. İNSAN HAKLARININ KORUNMASI ve ANAYASAYA AYKIRILIK KAVRAMI.

İnsan haklarının ülke çapında korunması için, yasaların hukukun genel ilkelerine uygun olması gerekir. Anayasa bu genel ilkeleri içeriyorsa, hukuk normlarının da Anayasaya uygun olması, büyük bir garantidir.

Aşağıda önce Anayasa Mahkemesi tarafından bugün yapılmakta olan ‘norm denetimi’ hakkında bilgi verildikten sonra, öneri olarak ileri sürdüğümüz, yapılmış olan bir muhakeme hukuku işlemi ile ilgili olarak ‘Anayasa Mahkemesine kişisel başvuru’ konusuna değinilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Kişisel Başvuru, iç hukuktaki kanunyollarının tüketilmesini gerektiren bir yol olduğu için, konu sıralamasında ileride incelenecektir. Anayasa ile, ceza muhakemesi hukuku arasında, sıkı bir ilişki vardır. Ceza, muhakemesinin toplumun ve siyasi iktidarın göstergesi olduğu ifade edilmektedir. Gerçekten, Türk Anayasalarında ceza hukukuna ilişkin çok ayrıntılı düzenlemeler yer almıştır.⁴⁵⁸⁸

Anayasada yer alan düzenlemeler içinden, burada ele almak istediğimiz, ceza normunun anayasaya aykırılığı iddiasıdır. Gerçekten, görülmekte olan bir dâva sırasında, sanık hakkında uygulanmak istenilen normun, Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülebilir. Eğer bu norm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilirse, anayasaya aykırılık iddiası geniş anlamda bir kanun yolu, görevi yapar.

Her ne kadar, Anayasamızda, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararlarının geriye yürümeyeceğinden bahsediliyorsa da, eğer iptal edilen norm bir ceza hukuku normu olup, fiili suç olmaktan çıkartıyorsa, Türk Ceza Kanununun 2. maddesi uyarınca bu konuda bir istisna tanınması gerektiği kanaatindeyiz.

575. İNSAN HAKLARININ CEZA MUHALEMESİ AÇISINDAN ÖNEMİ.

Devletin egemenliğinden kaynaklanan bir cezalandırma yetkisi vardır. Devletin ceza hukuku alanında tasarruflarda bulunması, kamu hukuku normları ile düzenlenmiştir. Ceza hukuku ferdin menfaatleri ile Devletin menfaatleri arasında bir dengenin kurulmasını gerektirir. Bu dengenin sağlanması, ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukukunun temel görevini teşkil eder.

Adalet hizmetlerinin görülmesi Devletin temel vazifeleri arasındadır. Adli mercileri teşkilâtlandırmak, işlemeğe hazır tutmak ve somut bir olay meydana geldiğinde onu kovuşturmak, bu görev çerçevesindedir. Ferdin de, bu görevin yerine getirilmesi sırasında yapılan işlemlere boyun eğme ve bazen de katkıda bulunma görevi vardır.

Demokratik bir devlette, devletin adaleti dağıtma görevi halktan kaynaklanır. Devlet, adaleti, halkın verdiği niyabet ile ve halka karşı mes’ul olarak yerine getirir.⁴⁵⁸⁹ Mahkemenin hükmü, “millet adına” verilir. “Halktan hâkimlerin” yargılamaya katılmaları bu açıdan, demokrasi yolunda önemli bir yer işğâl eder. Ancak, “halk”ın yargılamaya katılması, mahkemelerin bağımsızlığını tehlikeye düşürecek şekilde anlaşılmalıdır.

⁴⁵⁸⁸ Kuzu (Burhan): 1876 Kanunî Esasiden Suç Muhakemesine İlişkin Hükümlerin Sonraki Anayasalarımızla Karşılaştırmalı Olarak Açıklanması, İstanbul 1988.

⁴⁵⁸⁹ Temel Haklar ve Ödevler ile ilgili uluslararası hukukta geçerli olan belgelerin metinleri için bakınız: Semih Gemalmaz, Temel Belgelerde İnsan Hakları, İHD yayını, Ankara 1994.

576. SOSYAL DEVLET.

Türkiye Cumhuriyeti bir sosyal hukuk devletidir. “Sosyal” sözcüğü, Devletin faaliyet alanı içindeki bir görevi içerir. Yani, “sosyal bir ceza adaleti” gerçekleştirilmelidir.

Sosyal devlette farklı durumdaki sosyal gruplara eşit hukuki korunmanın sağlanmalıdır: Buradaki problem, sosyal bakımdan zayıf durumda olanın veya sosyal gelişmeye ayak uyduramamış olanın korunmasıdır. Ayak uyduramamanın sebebi, ifade kabiliyetindeki eksiklik, zihinsel özür, uyumsuzluk, eğitim noksanı veya iktisadi güçlük nedeni ile kendisini uygun bir şekilde müdafaa ettirememesi gibi nedenlere dayanabilir. Muhakeme yapılırken eşitlik ilkesi zedelenmemelidir. Burada söz konusu olan, sadece hukuk (Anayasa veya Ceza muhakemesi hukuku) açısından bir düzenleme değildir. Ayrıca hâkim, savcı, müdafî ve diğer süljelerin yerine getirmeleri gereken insani görevler de, sanığın kaderi, muhakemeyi yürüten şahsın kişilik yapısına ve muhakemeyi yürütme biçimine göre çizilmiş olur. Muhakemenin sistem olarak belli bir ideoloji çerçevesinde şekillenmiş bulunmasının bunda bir rolü yoktur.

Diğer yandan sanığın sosyal durumunda gözönünde tutulması gerekir. Bu ilke sanığın iktisadi bakımdan içinde bulunduğu zorlukları gözönünde tutmayı ifade eder. Ayrıca, sanığın içinde bulunduğu ruh hali gözönüne alınmalıdır. Bu konu, özellikle hüküm verilirken, cezanın tayini veya tecili, eğitim tedbirlerine hükmedilmesi ve de çocukların muhakemesindeki tedbirlerin belirlenmesi sırasında ortaya çıkar. Bu şekilde anlaşılan “sosyal adli teşkilât”, failin toplum yaşantısına yeniden ayak uydurabilmesi için çalışan bir sistem olmalıdır.

Sosyal Devlette mağdurun korunması da önemlidir. İktisadi veya toplumsal imkânları kendilerini korumaya veya yeterince korumaya yetmeyenleri, emniyet altına almak ve yaşam şartlarını geliştirme imkânı sağlamak gerekir. Burada söz konusu olan, hem maddî imkânı az olanlar (fakirler), hem de biyolojik açıdan zayıf olanlardır (yaşlılarla, gençler, çocuklar, doğacak çocuklar).

Sosyal Devlet, kudretlerini kötüye kullananlara karşı mücadele eder.: (Beyaz Yaka Suçluluğu) Sosyal kudretlerini kötüye kullananlara karşı mücadele çok güç olmakla birlikte, iktisadi suçlulukla mücadelede önemli yeri vardır. Sanık durumundakinin sahip bulunduğu maddî imkân, çoğunlukla delilleri karartmaya elverişlidir. Ancak, ceza adaletini sağlamak için, mevcut Devlet teşkilâtları bu tür suçlulukla mücadelede yetersiz kalmaktadır. Bunun sebebi, olayların aydınlatılmasının güç olması ve aydınlatmak için gerekli zamanın ve imkânların sınırlı olmasıdır. Hukukçular bu açıdan da eğitilmeli, adli teşkilât teknik bilgiler açısından güçlendirilmelidir. Resmî makamlar günlük olayların etkisi altında kalmadan, beyaz yaka suçluluğunu aydınlayabilir hale getirmelidir. Adalet hizmetlerinde masraftan tasarruftan tasarrufa yönelmek, sosyal amaçlara hizmet edemeyen bir adalet dağıtımını doğmasına yol açar.

577. Kişilik haklarının korunması.

Ceza Muhakemesi Hukukundaki şahsiyet haklarının önemi, Anayasa hukukundakinden az değildir. Hakların temeli Anayasadadır, etkileri ve uygulanmaları ise, ceza muhakemesi hukuku ile düzenlemiştir. Bu noktada iki hukuk dalının birleştiği görülür.

İnsanın insan olmasından kaynaklanan haysiyeti varır. Devletin güçleri insan haysiyetini korumak ve ona saygı göstermek mükellefiyetindedirler. İnsanın onur ve haysiyeti, böylece, bir ceza muhakemesi kavramı olarak karşımıza çıkar. İnsanı insan yapan ve yaşayan ve yaşamayan yaratıklardan onu ayırdeden, haysiyetidir. İnsanın bir kişiliği vardır. Bu kişilik ona düşünme, hissetme, araştırma ve değerlendirme ve nihayet hüküm verme yeteneklerini verir. Suçlu olan insanın da haysiyetinin bulunduğu unutulmamalıdır.

İnsan haysiyeti, insanın sorumluluğunun kaynağıdır. İnsan yaptığı hatalı hareketlerin bedelini öder ve sosyal barış kurulur. Toplumdaki düzeni sağlamaya yönelik bir hukuk dalı olan ceza hukukunun temelinde, insan haysiyetine saygı, özgürlük ve mesuliyet yatar. İnsan bir obje olarak kabul edilemez. İnsan haysiyeti ile bağdaşmayan müeyyide ve tedbirler hukuka aykırı olup, kabul edilemezler. Ceza muhakemesi hukuku işlemleri ve özellikle kolluk tarafından yapılan işlemlerdeki sınır, insan haysiyetidir. Olayın aydınlatılması bakımından tıbbî, kimyasal veya psikişik vasıtalar kullanılarak, failin kişiliğinin çığnenmesi de kabul edilemez.

İnsan haklarına saygının pratik hayatta uygulanması çok önemlidir. Bu hükmün ihlâl edilmesi halinde, muhakeme hukukunda delillerin değerlendirilmesi yasağı, maddi ceza hukukunda ise, ceza tehdidi öngörülmüştür: hürriyeti tahdit, hakaret vs. suçları meydana gelebilir.

Özel hayatın gizliliği korunmalıdır. Anayasa fertlere kişiliğin geliştirilmesi hakkını tanımıştır. Bundan çıkan sonuç şudur ki, yapılan ceza muhakemesi, kişiliğin körleştirilmesi neticesini doğuramaz. Aksine, muhakemede sanığın şahsiyeti, özü itibariyle korunmalıdır. Bu ilke, muhakemenin ve infazın insana yakışır bir biçimde yapılmasını gerektirir. Anayasa ferdin hayat hakkı, vücut dokunulmazlığı ve özgürlüğünü düzenlemiştir. Bu hakların sınırlandırılması için, kanunlarda açıklık bulunması gerekir.

Eşitlik ilkesi; cinsiyet, ırk, din vs. dolayısı ile ferdin kötü muameleye tâbi tutulmamasını gerektirir. Eşitlik, eşit olanlara aynı işlemin yapılmasını gerektirir; yoksa eşit olmayanları eşit yapmak anlamına gelmez; meselâ, biyolojik farklılıklar gözönünde tutulur. Kadınlar hakkında farklı hükümlerin uygulanması bundandır.

578. ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİASI.

Anayasa ile, ceza muhakemesi hukuku arasında, sıkı bir ilişki vardır. Ceza, muhakemesi toplumun ve siyasi iktidarın insan haklarına saygısının göstergesidir. Türk Anayasalarında da ceza hukukuna ilişkin çok ayrıntılı düzenlemeler yer almıştır.⁴⁵⁹⁰

1982 tarihli Anayasamızda yer alan düzenlemeler içinden, burada önce ele almak istediğimiz konu, “ceza normunun” Anayasaya aykırılığı iddiasıdır.

Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetleyen bir mahkemedir (AY 148/1). Anayasa Mahkemesi kendisine verilen bu görevi iki şekilde yerine getirir.

a) Doğrudan doğruya açılabilen bir iptal dâvasıyla Anayasa'nın 150. maddesinde sınırlı olarak sayılmış bulunan süjeler kanunun yayınlanmasından başlayarak 60 gün içinde iptal dâvası açabilirler.

b) Anayasaya aykırılığın ileri sürülmesinin ikinci yolu olan ‘dolayısıyla iptal dâvası’ denilen ve görülmekte olan bir dâva sırasında, dâvaya bakmakta olan mahkemenin uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması ve bu konuda dolayısıyla iptal dâvası açması halinde (AY /152) denetleme yapılabilir.

Mahkeme ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu konuda Yargıtay yetki kazanır.⁴⁵⁹¹ Aykırılık varsa, norm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilir. Bu şekilde, anayasaya aykırılık iddiası geniş anlamda bir kanun yolu, görevi yapar.

Her ne kadar, Anayasamızda, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararlarının geriye yürümeyeceğinden bahsediliyorsa da, eğer iptal edilen norm bir ceza hukuku normu olup, fiili suç olmaktan çıkartıyorsa, Türk Ceza Kanununun 2. maddesi gereğince lehe kanun uygulanacaktır.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde karar vermek mecburiyetindedir. Bu süre içinde karar verilmediği takdirde, esas mahkemesi dâvayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırmak mecburiyetindedir. 1961 Anayasasına göre esas mahkemesi nisbi muhakeme yaparak Anayasa'ya aykırılık olup olmadığı konusunda bir denetleme yapabiliyordu. 1982 Anayasa'sı bu yetkiye son vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin kararı esas hakkında karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

⁴⁵⁹⁰ Kuzu 1988.

⁴⁵⁹¹ Özçelik, Anayasa Hukuku, 1. Cilt Umumi Esaslar, Mimoza Kitabevi, Konya 1994, s.151

Anayasaya uygunluk denetiminin şekilleri iki türdür: Soyut norm denetimi (iptal davası) ve somut norm denetimi olmak üzere. Soyut norm denetiminde gerek 1961 anayasasının 149, gerekse 1982 anayasasının 150 nci maddelerinde anayasa mahkemesinde iptal davası olarak nitelendirilmiştir.

İptal davası açmak 1982 anayasasında sınırlandırılmış vaziyettedir. Somut norm denetiminde mahkemede görülmekte olan bir davanın karara bağlanmasının o davada kullanılacak hukuk normunun Anayasaya uygun olup olmadığının incelenmesine bağlı ise, buna ‘itiraz’ veya ‘defi’ yolu ile denetim adı verilmektedir.

Kanunların Anayasaya uygunluğunun defi yolu ile murakabesi mümkündür. Defi yolu ile kazai murakabede doğrudan doğruya bir kanuna karşı hücumla geçilmesi bahis mevzuu değildir. Bunun daha ziyade tedafüî bir durum vardır. Şöyle ki, cereyan etmekte olan bir ceza hukuku veya idare davasında taraflardan biri mahkemece kendisine tatbik edilmek istenen veya tatbiki icabeden kanunun Anayasaya aykırı olduğunu defi yolu ile dermeyan eder.⁴⁵⁹²

Anayasaya uygunluk denetiminin tarzları gösterilmiştir. Burada apriori ve aposteriori denetim ayrımı yapıldığı görülmektedir. Yapılan değerlendirmelerden bir tanesi de somut denetim olarak nitelendirilmiştir. Somut norm denetimi Anayasanın tikel bir duruma uygulanması anında Anayasaya uygunluğunun incelenmesidir.⁴⁵⁹³

Şu hâlde bir yasanın temel yasaya uygunluğu sorununu bir dava sırasında yargıcın uygulamak durumunda olduğu çekişmeli yasa ortaya çıkartır.

Avusturya’da Yüksek İdare Mahkemesi, Yüksek Adalet Divanı veya bir İstinaf Mahkemesi uygulamak zorunda oldukları yasalardan kaynaklanan anayasallık sorununu anayasa mahkemesine gönderirler.

1982 Anayasası’nın kabul ettiği bir diğer yenilik de, Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayınlanmasından sonra, 10 yıl geçmedikçe, aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamamasıdır (AY 152/4). Anayasanın bu kuralından anlaşıldığı gibi Türk hukukunda sadece ‘norm kontrolü’ vardır.⁴⁵⁹⁴ Kanaatimizce, fiili ve fikri işlemlerin de Anayasa mahkemesince denetlenebilmesi gerekir. Aşağıda bir örnek olarak Alman hukukunda düzenleme açıklanacaktır.

579. Fiili veya fikri işlemlerde Anayasaya aykırılıkta ferdi başvuru sorunu.

Ferdin temel haklarından biri olan “Dürüst Yargılanma Hakkı”nın iki yönü vardır. Substantial Due Process. Bu müessese ferdin doğrudan doğruya bir anayasaya aykırılık konusunda yüksek mahkemeye başvurusunu düzenlemektedir.⁴⁵⁹⁵ Meselâ Devlet bütün fertlerin belli bir eşyayı satın almasını yasaklarsa, bu takdirde bu kanunun dürüst yargılanma hakkına aykırı olduğu konusunda herkes bir iddia ileri sürebilir. Hükümetin koyduğu bu yasağın ferdin dürüst yargılanma hakkına aykırı olduğu ileriye sürülebilir. Bu şekilde de özgürlüğün kısıtlandığı ve ferdin Anayasadan beklediği Devletin kendisine dürüst davranması’ garantisinin ortadan kalktığını ileriye sürebilir.

Amerika Birleşik Devletlerinde kanunda getirilen düzenleme ferdin anayasal haklarından bir tanesinin kullanılmasını düzenlemekte ise, bu takdirde Anayasa mahkemesine bu kanunun uygulanmasından doğan hukuki durumlar için ferdi başvuruda bulunma hakkı da vardır (s. 351). Yüksek mahkeme 1934 yılında verdiği bir kararda⁽¹⁰⁾⁴⁵⁹⁶ ilk defa ekonomik boyutları da gözönüne serdi ve burada; mahkeme devlet ekonomi programını tayin ederken halkın esenliğini de gözönünde tutar,

⁴⁵⁹² *Kaboğlu*, Anayasa Yargısı, İmge Kitabevi İstanbul 1994, s. 41.

⁴⁵⁹³ *Selçuk* 151.

⁴⁵⁹⁴ Temyiz yargılamasında Anayasadaki kurallar doğrudan doğruya uygulanır. CGK 28.3.1988; YKD 1988, 840.

⁴⁵⁹⁵ Constitutional Law, Third Edition *John E. Novak, Ronald E. Rotunda J. Nelson Young*, Horburg Series, West Publician Company, St. Paul, Minn., 1986, s. 350

⁴⁵⁹⁶ *Nebbia V. Newyork*, ilk defa ekonomik boyutları da gözönüne serdi ve burada mahkeme devlet ekonomi politikasını tayin ederken halkın esenliğini de gözönünde tutması ölçütünü koydu.

ölçütünü koydu. Yüksek Mahkeme 1937 yılından bu yana verdiği kararlarda, bireyin sahip bulunduğu temel hakların korunması amacı ile harekete geçmiştir.⁴⁵⁹⁷

Alman Federal Anayasa Mahkemesi anayasaya aykırılık iddiaları üzerine Anayasanın 93 ncü maddesi uyarınca kişinin Anayasa garantisi altına alınmış bulunan bir hakkının kamu gücü tarafından ihlal edilmiş olup olmadığı konusunda karar vermek yetkisine sahiptir.⁴⁵⁹⁸ Bu yetki, fertlerin dışında cemaat ve belediyelere (Gemeinde) ve bunların oluşturdukları topluluklara (Gemeindeverbände'lere) verilmiştir. Bu tür belediyeler, kendilerine tanınmış olan kendi kendini yönetme hakkının Federal Devlet tarafından ihlal edilmiş olup olmadığı konusunda da dava ileriye sürebilirler.⁴⁵⁹⁹

Almanya'da herhangi bir mahkeme önünde öne sürülen bir yasanın anayasaya aykırılığı sorunu, anayasa mahkemesine gönderme konusunda karar verme yetkisi, tarafların değerlendirmesinden bağımsız olarak mahkemeye ait bulunmaktadır. (Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun, m. 80/3) Almanya'da şu halde yargıcın bakmakta olduğu davaya ilişkin kararı erteleme için sadece bir kuşku yeterli olmayıp konuyu Anayasa Mahkemesine intikal ettirmek zorundadır. (Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun, m. 100) Genel olarak Almanya'da somut norm denetimi uygulaması pek yaygın değildir.

Federal Almanya'da mahkemeler önlerine gelen bir dava dolayısıyla geçerli olup olmaması hükme tesir edecek bir kanunu anayasaya aykırı bulursa duruşmayı tatil eder ve sorunun çözümünü Eyalet Anayasasına aykırılık sözkonusu ise Eyalet Anayasa Mahkemesi kararına, Federal anayasaya aykırılık mevcut ise, Federal Anayasa Mahkemesi kararına bırakır.⁴⁶⁰⁰

Bunun yanısıra bir de Federal Almanya'da anayasa şikayeti vardır. Alman hukukunda anayasa şikayeti dendiği zaman kamu gücünün (kamu otoritelerinin) bir temel hakkı ya da temel hak benzeri bir hakkı ihlal ettiği iddiası ile Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru anlaşılır.⁴⁶⁰¹

Anayasa Mahkemesine anılan başvurunun yapılabilmesi için temel bir hakkın ihlal edilmiş olması değil, böyle bir iddianın varlığı yeterli olmaktadır. Yalnız bu yola başvurulabilmesi için, diğer tüm yargı yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir.

Başvurma Hakkı Federal Almanya Anayasasının 93 ncü maddesinin 4a bendinde düzenlemiş bulunan "anayasa şikayeti" hakkı, temel haklar ile temel hak benzeri hakları, kamu gücünün her türlü işlemine karşı korumaktadır. Federal Alman Hukukuna göre, şahıs sayılabilen herkes, vatansızlar ve yabancılar dahil, "anayasa şikayeti" hakkına sahiptir. Fakat Federal Alman Anayasa Mahkemesi içtihatları uyarınca, şahsın kamusal işlemde bizzat etkilenmiş olması ve etkilerin halen devam ediyor olması gerekmektedir. İstikbalde doğabilecek sakıncalar açısından ferdin böyle bir hakkı yoktur.⁴⁶⁰²

Dava Açmanın Sonuçları: Yine Federal Alman hukukuna göre, "anayasa şikayetine" başvurulması, kamusal işlemi kendiliğinden durdurmaz. Fakat işlemin uygulanması halinde veya kanunun yürürlüğe girmesi durumunda sonradan telafisi imkansız zararlar doğurabilecekse veya kamu yararı gerekli kılıyorsa anayasa mahkemesi geçici tedbir olarak uygulamayı veya yürürlüğe girmeyi erteleyebilmektedir. Bu şekliyle Anayasa Mahkemesi yolu hem kişisel hakları, hem de kamu düzeninin koruyucu bir önlem olmaktadır. Kamu gücü kavramı yasama, yürütme yargının tüm organlarını kamu tüzel kişilerini ve bunlar adına hareket eden tüm gerçek ve tüzel kişileri kapsamaktadır.

⁴⁵⁹⁷ The rights the court has recognized as fundamental and deserving of significant judicial protection are most of the ... piece of the field of rights, the rights to fairness in the criminal process the right to privacy (including some freedom of choice or matters of marriage sexual relations and child rearing), the right to travel, the right to vote, the freedom of association and some aspect of fairness in the adjudication of individual crimes against the government. (Procedural due process rights).

⁴⁵⁹⁸ Schmidt-Bleibtreue/Klein, Kommentar zum Grundgesetz 6. Auflage Luchterhand 6. Auflage Darmstadt 1983, s.1008

⁴⁵⁹⁹ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1992, s.382

⁴⁶⁰⁰ Hasan Tunç, Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu, Erzincan 1992, s.83.

⁴⁶⁰¹ Y. Sabuncu, Anayasa Şikayeti s. 141, M. Kıratlı, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi s. 28.

⁴⁶⁰² Y. Sabuncu, Anayasa Şikayeti s. 142.

Anayasa şikayeti neticesi başvurunun haklı bulunması durumunda ilgili kamusal tasarruf iptal edilir. Ancak iptal kararı öncesi yapılmış ve tamamlanmış işlemler geçerliklerini korurlar.⁴⁶⁰³

Avusturya da 1975 yılında Alman modeline uygun bir bireysel başvuru hakkı kabul etmiştir.⁴⁶⁰⁴

İspanya’da 1980’de oluşturulan ‘amparo’ başvuru olanağı bireye, halkın avukatına ve savcıya tanınmıştır. Amparo sisteminin Anayasa Mahkemesinin iş yükünü artırdığı belirtilmektedir.⁴⁶⁰⁵

Portekiz, Polonya, Macaristan ve Belçika kişisel başvuruyu kabul etmişlerdir. İsviçre ise, bu hakkı evvelden beri benimsemiştir.

28 - 29 Nisan 1994’de yapılan Anayasa Yargısı Sempozyumuna sunulan Z. Gören ‘Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru, (Anayasa Şikayeti)’ konulu tebliğde de, bu hakkın bizde de kabul edilmesi önerilmektedir.⁴⁶⁰⁶

1787 tarihli ABD Anayasası, mahkemelerin kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleyebileceği konusunda bir hüküm içermez.⁴⁶⁰⁷ 1803 tarihli Marbury v. Madison davasında yargıç J. Marshall’ın başkanlığından Supreme Court’un verdiği karar, mahkemeye Anayasaya aykırı kanunu uygulamama yetkisi vermiştir.

Amerika’da Anayasa Mahkemesi yoktur. Ama esas mahkemesi aykırı görerek uygulanmadığı kanun üzerine temyiz yolu ile iş yüksek mahkemeye gelir.⁴⁶⁰⁸

580. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru.

I. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu açılması hakkında.

Halen yürürlükte olan kanunlarımıza göre, ceza muhakemesi sırasında uygulanan arama, elkoyma gibi koruma tedbirlerine muhatap olan bir vatandaşın, bu işlem ile temel haklarının zedelendiği görüşü ile başvurabileceği yollar çok sınırlıdır. Arama, el koyma gibi işlemler hazırlık soruşturmasında kolluk tarafından uygulanır. Kolluğun uyguladığı arama işlemine karşı idari dava açılamaz. Çünkü bu bir adli işlemdir. Arama işlemine karşı itiraz yoluna da başvurulamaz. Çünkü itiraz bir kanun yolu olup, hakimlik makamı kararlarına karşı kabul edilmiştir (CMK 267). Arama işlemine karşı temyiz yoluna da başvurulamaz. Çünkü bu işlem, mahkeme tarafından verilmiş bir hüküm değildir. Temyiz, bölge adliye mahkemelerinin verdikleri hüküm niteliğindeki kararlara karşı kabul edilmiştir (CMK 286).

Kaaatimizce hazırlık soruşturması aşamasında kolluk tarafından uygulanan koruma tedbirleri ile temel haklarından birinin zedelendiği inancında olan kişilerin bu işleme karşı doğrudan doğruya başvurabilecekleri bir yasal denetim yolu yaratılmalıdır. Bu denetim ilk aşamada sulh hakimine başvurma şeklinde düzenlenebilir. Bunun arkasından elde edilen delilin “hukuka aykırı” şekilde toplandığı iddiasının ileri sürülebileceği bir aşama kabul edilmelidir. Ve nihayet anayasada gerekli değişiklikler yapılarak ferdin Anayasada yer alan temel haklarının kovuşturma makamları tarafından ihlal edildiğini düşündüğü hallerde doğrudan doğruya anayasa mahkemesine işlemin kontrol edilmesi amacıyla başvurabilmelerine olanak sağlanmalıdır.

Bu değişiklik gerçekleşirse, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvurmadan önce iç hukukta tüketilmesi gereken bir başvuru imkanı yaratılmış olacaktır. Bu başvuru imkanının sağlayacağı yarar, ülkemizde gerçekleştiği iddia edilen insan hakkı ihlallerinin önce bizim tarafımızdan, Anayasa

⁴⁶⁰³ D. Scheffolt, M. Kıratlı, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Başkanı, Y. Sabuncu, Federal Almanya’da Anayasa Şikayeti, SDFD c.37, sayı 3-4 Eylül - Aralık 1982 ayrı bası, s.139, Servet Armağan, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kararları, MHAD Yıl 7, sayfa 10, 1973, s.121.

⁴⁶⁰⁴ Kaboğlu 1994, 62.

⁴⁶⁰⁵ Kaboğlu 1994, 63.

⁴⁶⁰⁶ Kaboğlu 1994, 65.

⁴⁶⁰⁷ Hasan Tunç, ‘Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu’, Erzincan 1992, 79.

⁴⁶⁰⁸ Tunç, 1992, 80, Almanya için bk. sh. 83.

Mahkemesi eli ile incelenmesidir. Böylece gerçekten önem taşıyan haller Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne kadar gidebilecektir.

Bu sistemin doğuracağı sakınca ise, Anayasa Mahkemesinin iş yükünün artmasıdır. Buna paralel olarak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesinin çalışma düzenine benzer bir şekilde iddia ile sınırlı bir olay incelemesi yapmak gerekecektir. Bu incelemenin yapılabilmesi için, yasa ile ayrı bir prosedürün ön görülmesi söz konusudur.

II. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun işleyişi hakkında.

Ülkemizde yeni yeni tanınmaya başlanan bir kavram olan hukuka aykırı deliller ve bu delillerin hüküm verirken kullanılmaması sorununda önemli bir ilerleme sağlayacak olan ve buna ilaveten Türkiye'nin maruz kaldığı insan hakkı ihlali iddialarında bir süzgeç görevi üstlenebilecek olan "Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru" müessesesinin kabul edilmesi ve yasalarla düzenlenmesi yerinde olacaktır.

85. § AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU

581. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. 582. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki davanın yürüyüşü. 583. AİHM'nin Ceza Muhakemesine ilişkin olarak verdiği bazı kararlar.

581. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ.

I. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yapısı.

AİHM Avrupa Konseyinin kurduğu Devletlerüstü bir mahkemedir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine riayeti sağlamak üzere Devletlerüstü bir mahkeme kurulması sözü geçen Sözleşme ile kabul edilmiştir.

Üye Devlet sayısı kadar hâkimden oluşan bu mahkemede davalar Daireler (*Chambre, Chamber*) de görülür. Daire lüzum görürse veya belli şartlar gerçekleşirse işi Genel Kurula bırakır. Her iki halde de kararlar, Dairenin veya Genel Kurulun değil, Mahkemenin kararıdır.⁴⁶⁰⁹ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini imzalayan Devletler ülkelerinde insan haklarına riayeti taahhüt etmişlerdir. Bu imzalayış, bir diğer söyleyişle, hakikaten demokratik kalmak, diktatörlüğe kaçmamak taahhüdüdür. Bu imzalayış, bu taahhütlere ne dereceye kadar riayet edildiğini diğer üye Devletlerin kontrol edebileceğinin de kabulü demektir. İşte İnsan Hakları Avrupa Komisyonu ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bu gayelerle kurulmuştur. Üye Devletler, aralarında daha sıkı bir birliğin gerçekleşmesi yolundaki faaliyetlere, insan hakları konusunda birleşmekle başlamışlardır.

⁴⁶⁰⁹ Bu mahkemenin o zamanki üye Devlet sayısına göre 15 hâkimi 21/1/59 da seçildiler. İlk Avrupa Mahkemesi bu suretle kuruldu ve ilk dâvayı 3/10/1960 tarihinde görmeğe başladı. Bu dâva, 1940 tarihli "Devlete Karşı Suçlar" Kanununa dayanılarak 1957 yılında hâkim kararı olma- dan uzunca bir süre muhakemesiz bir surette hürriyeti tahdit edilen Lawless adlı bir İrlandalının İrlanda Devleti aleyhine açtığı davadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1.7.1961 tarihinde tutuğun hâkim önüne çıkarılmamasını İnsan Hakları Sözleşmesinin 5 nci maddesine uygun bulmamış, fakat bu sözleşmenin 15 nci maddesinin 1 nci bendindeki durumu uygun istisnaî bir tedbir olarak kabul etmiş ve İrlanda Hükûmetinin Sözleşmeyi çiğnemediği sonucuna varmıştır. Tafsîlât için Bk. *Arık (Kemal Fikret): Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi üzerine bir inceleme*, Ankara 1965, s. 121). Konsey, bu sözleşme hakkında içtihatları derlemiş, hattâ Türkçesini de yayımlamıştır: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ilişkin içtihat derlemesi (1955-1967)*, Ankara 1972. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, isteyen ilgililere yayınladığı kararların bir nüshasını parasız göndermektedir. İsteme adresi: *M. le Greffier de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. /Conseil de l'Europe / F- 67006 Strasbourg Cedex / (Fransa)* dır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadı, yayımlanan bazı kitaplarda ele alınmıştır. *Süheyl Batum*, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye" Kavram yayınları, İstanbul 1996; *Osman Doğru*, İnsan Hakları Avrupa mahkemesi Kararları ve Avrupa Sözleşmesi Kazancı yayınları, İstanbul 1994; *Osman Doğru*, "İnsan Hakları Avrupa İçti- hatları", Beta Yayınları İstanbul 1996. *Gölcüklü/Gözübüyük*: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Genişletilmiş ikinci baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1996; *Mehmet Semih Gemalmaz*, "Ulusal Üstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş", Beta Yayınları, İstanbul 1997; *Bahri Öztürk* "Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları" AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No. 14 Ankara 1995; *Şeref Ünal*, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan Kararları ışığında sözleşme hükümlerinin açıklanması ve yorumu", TBMM Basım evi, Ankara 1995; *Feridun Yenisey*: "İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma" AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No. 12, Ankara 1995.

Bu mahkeme,⁴⁶¹⁰ suçluları muhakeme edip cezalandıran dar mânâda bir ceza mahkemesi değildir. Mahkeme, insan haklarına riayet etmeyen Devletler aleyhindeki dâvaları tetkik eder ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmelerine riayet edilip edilmediğini tespit eder. Mahkeme, bir Devletin yargılama makamının verdiği bir kararın veya herhangi bir makamın aldığı tedbirin Sözleşmeden doğan borçlara kısmen veya tamamen aykırı olduğunu görürse ve bu karar veya tedbirin sonuçlarını iç hukuk tamamen ortadan kaldıramıyorsa, mağdura haklı bir tazminat ödenmesine de karar verir.⁴⁶¹¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üye Devletlerin⁴⁶¹² mahkemelerinin, bu arada, ceza mahkemelerinin kararlarına karşı ileri sürülen iddiaları tetkik ettiğinden, ceza yargılaması ile de ilgilidir.⁴⁶¹³

Taraflar arasında dostça çözüm bulmağa çalışırken “arabuluculuk”, dâvalara İnsan Hakları Mahkemesinde bakılırken bir çeşit savcılık yaptığı söylenebilirdi.⁴⁶¹⁴

Yeniden ve 17 Haziran ve 8 Temmuz 2002 tarihlerinde değişen İç Tüzüğünü (*Rules of Court*) de yaparak yapılan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, artık devamlı bir mahkeme halindedir. Ayrıntılı bilgi için ileride «İnsan Haklarının Korunması» bahsine bakınız.

II. Onbir numaralı Protokol ile yapılan değişiklikler.

1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 Numaralı Protokol ile, Avrupa Mahkemesi yeniden örgütlenmiştir.

1) *Hakimler*. Sözleşmenin 20. maddesi, Sözleşmeye taraf olan Devletlerin gönderecekleri hakimlerin sayısını belirlemektedir. Bu hakimler bireysel olarak karar verecekler ve üstün ahlaki niteliklerinin yanısıra, ya kendi ülkelerinde en üst düzey adli memur olarak atanmak için gereken niteliklere sahip olacak veya, üstün bilgileri kanıtlanmış hukukçular arasından seçileceklerdir. Avrupa Konseyinin Parlamentosu (Parliamentary Assembly of the Council of Europe), gösterilen adaylar arasından, altı yıllık bir dönem için seçim yapar. Yeniden seçilmek mümkündür.

2) *Mahkemenin kuruluşu ve yetkileri*. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üç bölümden oluşmaktadır: komiteler (committees), daireler (Chambers) ve bir genel kurul (Grand Chamber).

⁴⁶¹⁰ Avrupa İnsan Hakları organlarına yapılan başvuruların artması üzerine, komisyon ile mahkemenin birleştirilerek, mahkemenin daimi bir mahkeme şeklinde teşkilatlandırılması amacıyla 11 nolu ek protokol hazırlanmıştır. Türkiye Ağustos 1997 de 11 nolu protokolu onaylamıştır.

⁴⁶¹¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine 1959'daki kuruluşundan 1986 yılı sonuna kadar 123 dâva gelmişti. Mahkemenin faaliyeti gittikçe artmaktadır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 1953 de yürürlüğe girmesinden sonra öngörülen bütün safhalardan geçen ilk dâva, *Ringeisen*'in Avusturya aleyhine açtığı davadır. Bu dâvada önce “komisyon” tutukluluğun “makul süreyi” (m. 5/3) aştığını kabul etmiş, “mahkeme” de 16/7/71 de aykırılığı benimsemiş, tazminat dâvası açıldığında 22/6/72 de ve bu kararın açıklanması gerektiğinde 23/6/72 de bir açıklama kararı vermiştir. Nihayet, Bakanlar Komitesi yaptığı denetlemede Avusturya Hükûmetinin tazminatı ödediğini tespit etmiştir.

⁴⁶¹² Bu mahkemenin yargılama yetkisi, ancak onun mecburiliğini önceden kabul etmiş veya belli bir davada muvafakatını bildiren Devletler bakımındandır. Önceden yetkiyi tanımak süresiz veya süreli olabilir. Hollanda ile İrlanda süresiz tanımışlardır. Geri kalanlar da süreli tanımak ve zamanı gelince yenilemek yolunu seçmişlerdir. Sürede kısalık rekoru iki yıl ile Portekiz'e aittir. 1/1/89 tarihinde 21 üye Devletten sadece Türkiye bu mahkemenin yargılama yetkisini kabul etmemiştir. Türkiye Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargı yetkisini 25.9.1989 tarihli kararname ile tanımıştır. Türkiye Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna kişisel başvuru hakkını 21 Nisan 1987 tarihli tebliğ ile kabul etmiş, divanın yargı yetkisini tanımaya ilişkin beyanı ise 25.9.1989 tarihli kararname ile tanımıştır. (RG 26 Aralık 1989) Beyanın tevdi tarihi olan 22 Ocak 1990 tarihinden sonra ortaya çıkan olaylar, “bireysel başvuru” konusu yapılabilmektedir.

⁴⁶¹³ Onbir Numaralı Protokol yürürlüğe girinceye kadar görev yapan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) da Sözleşmedeki insan haklarının teminatı olarak kurulmuştu. Başvurular önce Komisyona yapılırdı. Komisyon başvuruların kabulü konusunda mahkeme gibi kesin karar verirdi. Kabulden sonra olayları belirlerken sorgu hâkimi gibi hareket ederdi.

⁴⁶¹⁴ AKBK, Komisyonunun raporunun kendisine gelmesinden itibaren 3 ay içinde dâva mahkemeye götürülmemiş veya (sözleşmeyi ihlâl ettiği Komisyonca kabul edilen Devlet, Mahkemenin yetkisini kabul etmemiş veya o olayda dâva açılmasına da muvafakat etmemiş olması sebebiyle) götürülemediği ise, ihlâl konusundaki kararı kendisi, 2/3 çoğunlukla verebilir. Karar Sözleşmenin ihlâl edildiği yolunda ise, AKBK bir süre belirler. Bu süre içinde ilgili Devlet kararın gerektirdiği tedbirleri almazsa AKBK ilk kararına bağlanacak sonucu kararlaştırılır ve raporu yayımlar (İHAS 19-34, 47-48 ve Protokol No. 8). Bu protokol Türkiye tarafından da onaylanmıştır ve 1.1.1997 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

a) *Komiteler* üçer üyeden müteşekkil olup, yetkileri yapılmış olan bir “bireysel başvuruyu”, daha ayrıntılı inceleme yapmaya ihtiyaç duyulmayan hallerde, “kabul edilmez” bulmak (declare inadmissible) veya “listeden silmek” (strike out of the list) ile sınırlıdır. Bu kararlar kesin olup, bireysel başvurucuya kanun yolu tanınmamıştır.

b) *Daireler*, biri davalı Devletin hakimi (ex officio member) olmak üzere, yedi hakimden oluşur. Dairelerin ilk aşamadaki yetkisi, Devlet başvurularını kabul ve esas bakımından incelemek ile, komiteler tarafından kabul edilmez bulunmamış olan bireysel başvuruları kabul ve esas bakımından incelemektir. Kabule şayanlık incelemesi ile, esas hakkındaki inceleme genellikle ayrı ayrı kararlar şeklinde yapılmaktadır.

c) *Genel Kurul*, onyeddi hakimden oluşur. Davalı Devletin hakimi ile, Devlet başvurularında davacı Devletin hakimi ve kararı vermiş olan dairenin başkanı, başkan yardımcısı ile, diğer daire başkan ve üyeleri arasından Mahkemenin İç Tüzüğüne (Rules of the Court) göre seçilen üyeler, mahkemeyi oluştururlar.

Genel Kurul sadece üç halde yargılama görevi yapar: (i) Sözleşmenin 30. maddesine göre, daire önünde görülmekte olan bir dava sırasında, Sözleşme veya ek protokollerin yorumlanması açısından önemli meseleler ortaya çıkmış olursa, veya daire tarafından ulaşılan çözüm, mahkemenin daha önce verdiği kararlara aykırı bir karar olacak ise, tarafların itirazı üzerine bu iş genel kurula getirilebilir. (ii) Davası daire tarafından görülmüş olan taraflar, hüküm tarihinden üç ay içinde, yukarıdaki kriterler uyarınca davanın Genel Kurula devredilmesini talep edebilirler. Bu talep beş hakimden kurulu bir mahkeme tarafından incelenir ve olayda “Sözleşmenin yorumlanması veya uygulanması ile ilgili” veya “genel nitelikte önemli bir mesele” bulunup bulunmadığına bakılır. Talep bu mahkeme tarafından red edilirse, Daire tarafından verilen karar kesinleşir⁴⁶¹⁵ (İHAS 43). (iii) Avrupa Konseyinin Bakanlar Komitesi de, Genel Kuruldan Sözleşmenin ve Ek Protokollerin yorumlanması ile ilgili olarak ortaya çıkan hukuki meselelerde yorum kararı vermesini talep edebilir (İHAS 47). Ancak, Sözleşmenin binici bölümünde yer alan haklar ile ilgili yorum kararı istenemez.

III. Ondört numaralı Protokol ile yapılan değişiklikler.

YAZILACAK

III. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi.

AKBK de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeyen işlerde Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun raporu üzerine, mahkeme yerine geçerek, Sözleşmenin ihlâl edilip edilmediğine karar verebilmektedir.⁴⁶¹⁶

AKBK, İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarının yerine getirilmesini de sağlar (İHAS 54).⁴⁶¹⁷

582. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNDEKİ DAVANIN YÜRÜYÜŞÜ.

Uluslararası insan hakları hukukunun etkin bir yol olması amacı ile, Sözleşmeye üye olan Devletler, bazı hakimiyet haklarından fedakarlık etmişlerdir. Ancak bu fedakarlık, iç hukuktaki bazı yetkilerin kısıtlanması anlamını taşıdığı kadar, aynı ölçüde genişlemeyi de içermektedir. “Karşılıklılık” ilkesi bu

⁴⁶¹⁵ *Dönmezer/Yenisey*: Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği 1998, TESEV yayımları No. 23, İstanbul 2000.

⁴⁶¹⁶ AKBK, hemen daima, Komisyonun mütalâasını benimsemekte, Devletler de Komisyon kararına uymakta ve meselâ kanunu değiştirmek, hükmolunan cezayı çektirmemek veya Komisyon raporunu bütün mahkeme ve savcılıklara bilgi edinip ona göre hareket etmeleri için göndermek için tedbirler aldıklarından AKBK ihlâli belirtmekte fakat başka bir tedbire ihtiyaç duymamaktadır. Pannetier dâvasında olduğu gibi (AKBK Kararı 30/5/86 (DH (86)3), dâvanın uzamış olmasını gözönünde tutan İsviçre mahkemesinin cezadan indirim yapmış olmasını hakkaniyete uygun bir tatmin (gönül alma) sayarak ve dâvacının bu nedenle zarar görmüş kabul edilemeyeceği sebebiyle ihlâl konusunda bir karar vermeğe ve başka bir tedbire başvurmağa ihtiyaç duymadığı da vardır. Bakanlar Komitesi Sadak, Zana, Dicle ve Doğan Türkiye başvurusun- da 6. madde ihlali gören AİHM nin 17. Temmuz 2001 tarihli kararını (No. 15.6 dn. 25a) yerine getirmeyen Türkiye hakkında 30 Nisan 2002 tarihinde tedbir kararı vermiştir: Interim Resolution ResDH(2002) 59. 10 Temmuz 2002 tarihli Interim Resolution ResDH(2002) 98 ise, kolluk tarafından yapıldığı iddia edilen ağır ihlallerin etkin bir şekilde koğuşturulması ve yeni ihlalleri önleyici tedbir alınmasına ilişkindir.

⁴⁶¹⁷ AİHK da, mahkeme gibi bağımsız ve tarafsızdı. Sözleşmeyi onaylayan Devletlerin sayısı kadar üyeden oluşurdu (Komisyonun kuruluş ve işleyiş yöntemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: 10. Bası, No. 85, dipnot 9).

genişlemeyi sağlamaktadır. Sözleşme ile yaratılmış olan insan hakları hukuku, bütün üye Devletlerin uymaları gereken bazı objektif standartlar ile, karşılıklılık esasına dayanan hak ve mükellefiyetler bütünüdür. Devlet ülkesindeki bütün bireyler hakkında bu üstün nitelikteki kuralları uygulamak mecburiyetindedir. Kuralların amacı, Devletin sahip bulunduğu gücü kötüye kullanmasının engellenmesidir.

Sözleşme bu sistemin etkinliğini azaltmak bahasına, üye Devletlere bazı çekinceler koyma ve bireysel başvuru yolunu kabul edip etmeme açısından takdir yetkisini kullanma imkanını da açık tutmuştu. Ancak, 11 Numaralı Protokol ile yapılan değişiklikten sonra, bireysel başvuru yolunun açılması ve Avrupa Mahkemesinin yargılama yetkisinin kabul edilmesi mecburi hale getirilmiştir (İHAS 32, 34).

Sözleşmenin amaçladığı şekilde, insan haklarının etkin bir şekilde korunabilmesi açısından, bireysel başvuru yolu (İHAS 34) önemli bir araçtır. Sözleşmede düzenlenmiş bulunan haklarının üye Devletlerden biri tarafından ihlal edilmiş bulunduğunu iddia eden bireyler, sivil toplum örgütleri veya birey toplulukları, Komisyona (commission) bireysel başvuru yapabilirler. Yukarıda belirtildiği gibi, 11 Numaralı Protokol yürürlüğe girdiğinden beri, üye Devletler artık 34. madde ile düzenlenmiş bulunan bireysel başvuru yolunu kabul etmeğe mecburdurlar. Eski sistem bireysel başvuru hakkını süreli olarak kabul etmeğe ve süre sona erince yenilemeğe imkan tanımıştı. Bu şekilde uzatma yolu ile bireysel başvuruyu süreli olarak kabul etmiş olan Devletler açısından, süre sona erdiği vakit yeni sistemin tekrar onaylanması gerekecektir.

Sözleşmenin 34. maddesindeki bireysel başvuru yolu, ilgili Devletin Sözleşmeyi kabul edip onayladığı tarihten sonra meydana gelen olaylar hakkında, fakat 35. maddedeki sınırlamalar dahilinde, kullanılabilir. Bu da bir diğer yeniliktir. Sözleşmenin eski sisteminde, ilgili Devletin Komisyonun yetkisini kabul ettiği tarihten sonra meydana gelen olaylarla sınırlı bir şekilde bireysel başvuru hakkını kısıtlama imkanı vardı.

583. TAZMİNAT KOMİSYONUNA MÜRACAAT.

YAZILACAK

AİHMnin Ceza Muhakemesine ilişkin olarak verdiği bazı kararlar.

5) Üst araması hakkındaki (searching individuals) AHİM kararları.

Engel v. Nedherlands; Guzzardi v. Italy; McVeigh v. UK.

6) Konutta ve araçlarda yapılan aramalar (searching premisses and vechicles) hakkında AHİM kararları.

Camenzind v. Switzerland; Chappell v. UK; Funke v. France (1993); Niemitz v. Germany; Özgür Gündem v. Turkey; Roemen and Schmit v. Lüksemburg; Cremieux v. France; Smirnov v. Russia; Horvat v. Croatia

7) Parmak izi, bedenden alınan nücreler ve kişisel veriler (fingerprints, samples and personel data) hakkındaki AHİM kararları;

Friedl v. Austria; McVeigh v. UK; Murray v. UK (1994); Williams v. UK; X v. Germany (1976) 3 DR 104, EcmHR.

8) Milletlerarası adli yardım (international cooperation in the investigation of crime) hakkındaki AHİM kararları;

Drozd and Janousek v. France and Spain; Reinette v. France.

9) Başlangıç şüphesi (reasonable suspicion) hakkındaki AHİM kararlar.

Brogan v. UK; Doorson v. Netherlands (1996); Fox, Champbell v. UK; Guzzardi v. Italy; Ireland v. UK; Labida v. Italy; Lukanov v. Bulgaria; Özgür Gündem v. Turkey; Reinette v. France; X v. Germany (1974) 14 Yearbook 250, EcmHR; X v. Netherlands (1966) 9 Yearbook 474, EcmHR.

10) Yakalama sebebi (reason) hakkında AHİM kararları.

Fox, Champbell v. UK; Ireland v. UK; Murray v. UK (1994); Reinette v. France; X v. Germany (1974) 14 Yearbook 250, EcmHR; X v. Netherlands (1966) 9 Yearbook 474, EcmHR.

11) Kelepçe (handcuffs and restraints) kullanılması hakkında AHİM kararı.

Ranien v. Finland.

12) Müdafinin hukuki yardımından yararlanma (access to a lawyer) hakkındaki AHİM kararları.

Averill v. United Kingdom (2000); Imbrioscia v. Switzerland; Kamasinski v. Austria (1989); Magee v. UK; Murray, John v. UK (1996); S v. Switzerland.

13) Müdafinin dışındaki kişilerle bağlantı kurma hakkı (access to others) ile ilgili AHİM kararı.

McVeigh v. UK.

14) İfade alma ve sorgu (questioning) hakkında AHİM kararları.

Funke v. France (1993); G v. UK; Murray, John v. UK (1996); Saunders v. UK (1996).

15) Yakalanan kişinin hakime çıkartılması hakkı (the right to be brought promptly before a court) konusundaki AHİM kararları.

Brogan v. UK; Ireland v. UK.

16) Güvence kavramı (bail: substantive issues) hakkındaki AHİM kararları.

Aquilina v. Malta: 7.10; Clooth v. Belgium; Douyeb v. NL; I. A. v. France; Kemmache v. France; Letellier v. France; Mansur v. Turkey; Matznetter v. Austria (1968); Punzelt v. Czech Republik; Ringeisen v. Austria; Schertenlieb v. Switzerland; Schmidt v. Austria; Stögmüller v. Germany; W v. Switzerland (1993); Wemhoff v. Germany (1968); Yagcı and Sargın v. Turkey.

Güvence usulü (bail procedure) hakkındaki AHİM kararları.

Assenov v. Bulgaria; Baranowski v. Poland: 7.11; Bezicheri v. Italy; Clooth v. Belgium; Lamy v. Bulgaria; Nikolova v. Bulgaria.

17) Şüpheliye kötü muamele yapılması (ill-treatment) konusundaki AHİM kararları.

Aksoy v. Turkey; Assenov v. Bulgaria; Austria v. Italy (1963) Yearbook 740, EcmHR; Ranien v. Finland; Ribitsch v. Austria; Salman v. Turkey; Selmoni v. France.

18) “Ceza muhakemesi” kavramını (the meaning of “criminal” proceedings under the ECHR) açıklayan AHİM kararları.

Abas v. Netherlands (App. No. 27943/95), EcmHR; Agosi v. United Kingdom: 8.1; Air Canada v. United Kingdom: 8.1; Bendenoun v. France; Benham v. UK; Chappell v. UK; Kadubec v. Slovakia (1998); Lauko v. Slovakia; Perin v. France; Pfarrmeier v. Austria; Schmutz v. Austria; Umlauf v. Austria.

19) İsnadı öğrenme hakkı (the right to be informed of the charge) konusundaki AHİM kararları.

Brozicek v. Italy (1989); Kamasinski v. Austria (1989); Pelissier v. France.

20) Müdafaayı hazırlamak hakkı (the right to adequate time and facilities to prepare a defence) ile ilgili AHİM kararları.

Foucher v. France; Goddi v. Italy (1984); Kremzow v. Austria; Perez Mahia v. Spain; X and Y v. Austria (1979).

21) Adli yardım (legal aid) hakkındaki İHAS kararları.

Benham v. UK; Croissant v. Germany (1992); Granger v. UK; Quaranta v. Switzerland.

22) Soruşturma evresinin gizliliğinin sona ermesi (disclosure) hakkındaki AHİM kararları.

Bendenoun v. France; Cannon v. UK; Edwards v. UK; Fitt v. UK; Hardiman v. UK; Jasper v. UK; Jespers v. Belgium; Kamasinski v. Austria (1989); Koupila v. Finland; Krcmar v. Czech Republic (2000); Prestonz v. UK; Rowe and Davis v. UK

23) Bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı (the right to an independent and impartial tribunal) konusundaki AHİM kararları.

Brown v. UK; Chappell v. UK; Delcourt v. Belgium (1969); Engel v. Netherlands; Fey v. Austria; Gregory v. UK; McGonnell v. UK; Piersack v. Belgium; Remli v. France; Sainte Marie v. France; Sander v. UK (2000); X and Y v. Ireland (1981) 22 DR 51, EcmHR.

24) Duruşmanın aleni yapılmasını isteme hakkı (the right to a public hearing) ile ilgili AHİM kararları.

Chappell v. UK; Pretto v. Italy

25) Duruşmada hazır bulunma hakkı (the right to be present at trial) ile ilgili AHİM kararları.

Brozicek v. Italy (1989); Colozza v. Italy; Ektebani v. Sweden; Ensslin and others v. Germany (1978); Geyseghem v. Bulgaria; Goddi v. Italy (1984); Lala v. Netherlands (1994); Pelladoach v. Netherlands; Poitrimol v. France (1993)

26) Duruşma sırasında aktif bir şekilde katkıda bulunma hakkı (the right to participate in the trial) ile ilgili AHİM kararları.

Stenford v. UK; T v. UK, V v. UK (1999)

27) Tercümandan yararlanma hakkı (the right to an interpreter and translation) ile ilgili AHİM kararları.

Brozicek v. Italy (1989); K v. France (1984): (para. 8); Kamasinski v. Austria (1989); Luedicke, Balkacem and Koç v. Germany (1978): (paras. 42 and 46); Oztürk v. Germany (1984); Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain (1988): (para. 77)

28) Suçsuzluk karinesi (the presumption of innocence) hakkındaki AHİM kararları.

Allenet de Ribemont v. France (1995): (para. 41: unqualified public statements by the police or prosecution which refer to an individual as the perpetrator of an offence can infringe the presumption of innocence); Rushiti v. Austria (2000): (para. 31: following a final acquittal, even the voicing of suspicions regarding the accused's innocence is no longer admissible); Ensslin and others v. Germany (1978): (para. 15: pre-trial publicity; prejudice will be harder to establish in a case tried by a judge rather than in a case tried by a jury).

29) Soruşturmanın gizliliğinin basın yolu ile ihlali (pre-trial publicity) hakkında AHİM kararları.

Berns and Ewert v. Luxemburg (1991); Crociani v. Italy (1980); Hodgson, Woolf Productions and the NUJ v. UK (1987): (p. 509: since pre-trial publicity can prejudice a defendant's prospects of a fair trial, it can be restricted without necessarily breaching Article 10 ECHR);

News Verlags GmbH and CoKG v. Austria (2000): (para. 56: the limits of permissible comments on pending criminal proceedings may not extend to statements which are likely to prejudice, whether intentionally or not, the chances of a person receiving a fair trial or to undermine the confidence of the public in the role of the courts in the administration of justice); (para. 59).

Worm v. Austria (1997): (para. 50: a proper balance between fair trial and press freedom must be maintained).

30) Silahlarda eşitlik sağlanmasını isteme hakkı (equality of arms) ile ilgili AHİM kararları.

Borgers v. Belgium (1991); Delcourt v. Belgium (1969); Kaufmann v. Belgium (1968): (p. 115: the right to a fair hearing, in both civil and criminal proceedings, entails that everyone who is a party to such proceedings shall have a reasonable opportunity of presenting his case to the court under conditions which do not place him at substantial disadvantage vis-a-vis his opponent); Neumeister v. Austria (1968)

31) Ceza muhakemesinde “vekilden” yararlanma hakkı (legal representation) ile ilgili AHİM kararları.

App. No. 9728/82 (1983); Artico v Italy (1980): (paras. 33 and 36: merely allocating a lawyer to the defendant is not enough if that lawyer is manifestly unable to provide effective representation, such as the lawyer refuses to represent him on appeal against a fraud conviction and he was unable to secure the services of another lawyer); Baegen v Netherlands (1995); Croissant v. Germany (1992); F v Switzerland (1989); Goddi v Italy (1984); Kamasinski v. Austria (1989) (para. 65); Lala v Netherlands (1994); Philis v Greece (1990); Poitrimol v France (1993); X v UK (1980)

32) Duruşmada doğrudan soru ve çapraz soru sormaya dayanan taraf muhakemesinin uygulanması (the right to an adversarial hearing) ile ilgili AHİM kararları.

Krcmar v Czech Republic (2000); Ruiz-Mateos v Spain (1993); Van Orshoven v Belgium (1997)

33) Hükmün gerekçesi (reasons) ile ilgili AHİM kararları.

De Moor v Belgium (1994); Hadjianastassiou v Greece (1992); Helle v Finland (1997); Hiro Balani v Spain (1994); Ruiz Torija v Spain (1994); Saric v Denmark (1999); Van de Hurk v Netherlands (1994).

34) Makul sürede yargılanma hakkı (trial within a reasonable period) ile ilgili AHİM kararları.

B v Austria (1990); Corigliano v Italy (1982); Eckle v Germany (1982); Ewing v UK (1988); Foti v Italy (1982); Girolami v Italy (1991); König v Germany (1978); Ledonne (No. 1) v Italy (1999); Ledonne (No. 2) v Italy (1999); Majaric v Slovenia (2000); Orchin v UK (1981); X v UK (1979); X v UK (1980)

35) Ceza Kanunlarının geçmişe etkili olmaması (retroactive offences) kuralı ile ilgili AHİM kararları.

SW and CR v UK (1995); X Ltd and Y v UK (1982)

36) Ne bis in idem (double jeopardy) ile ilgili AHİM kararları.

S v Germany (1983); X v Austria (1970)

37) Muhakeme masrafları (costs) hakkındaki AHİM kararları.

Byrne v UK (1998); Lutz v Germany (1987); Minelli v Switzerland (1983); Sekanina v Austria (1993); X and Y v. Austria (1979); Le Compte v. Belgium; Barbera, Messegue and Jabardo v Spain (1988); Austria v. Italy (1963) Yearbook 740, (p. 782); Barbera, Messegue and Jabardo v Spain (1988): (para. 77: As a general rule the presumption of innocence imposes the burden of proving guilt on the prosecution)

38) İspat külfeti (the burden of proof) hakkındaki AHİM kararları.

Abas v. Netherlands (App. No. 27943/95), EcmHR; Austria v. Italy (1963) Yearbook 740, EcmHR; Barbera, Messegue and Jabardo v Spain (1988)

Lingens v Austria (1981): (para. 4: Where the prosecution has proved an offence, the burden of avoiding criminal liability can, within reasonable limits, pass to the defendant: criminal prosecution of journalists for writing a defamatory article about a senior politician – burden on accused to prove truth of statement for successful defence).

Salabiaku v France (1988): (para. 28: Presumptions of fact or law operate in every legal system. Clearly, the Convention does not prohibit such presumptions in principle. It does, however, require ... States to remain within certain limits ... Article 6(2) does not ... regard presumptions of fact or law provided for in the criminal law with indifference. It requires States to confine them within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence.).

Salabiaku v France (1988): (para. 27: ... contracting states may, under certain conditions, penalize a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence.).

39) Objektif sorumluluk (strict liability offences) kabul eden suçlar hakkındaki AHİM kararları.

Austria v. Italy (1963) Yearbook 740, ECmHR: (p. 784: Any doubt in criminal cases must be resolved in favor of the accused.).

Barbera, Messegue and Jabardo v Spain (1988): (para. 77: Any doubt in criminal cases must be resolved in favour of the accused).

40) İspat ilkeleri (the standart of proof) hakkındaki AHİM kararları.

Goodman International and Goodman v Ireland (1993)

Barbera, Messegue and Jabardo v Spain (1988): (para. 78: In addition, Article 6 requires positive steps to be taken to ensure that the defendant can confront and call witnesses.).

48) Gizli görevli tarafından sağlanan deliller (the evidence of informers and undercover officers) hakkındaki AHİM kararları.

Lüdi v. Switzerland (1992): (para. 49); Teixeira de Castro v. Portugal (1998); X v. Germany (1989) 11 EHRR 84, EcmHR

49) Hukuka aykırı deliller (unlawfully obtained evidence) ile ilgili AHİM kararları.

Khan v. UK (2000); Schenck v. Switzerland (1988); Wischnewski v. France (1988)

KAYNAKLAR

-Alikashişoğlu/Doğu 1983:

-Alikashişoğlu/Doğu 1986:

-Alsan: Yeni Devletler Hukuku, Ankara 1950.

-Barosio:

-Bauer: Moderne Verbrechensbekämpfung, Band 2, S. 37.

-Benfer 2005:

-Beulke:

-Bilge/Önen:

-Bilsel: Lozan, II, 1933:

-Bornkamm 1980:

-Boujung, KK- StPO (1982):

-Bouzat, II:

-Carnelutti: Lezioni, II.

-Carnelutti: Teoria:

-Cihan/Yenisey 1997:

-Daguin:

-Daguin: Code:

-De Marsico:

-Demirbaş 1996 (Timur): Sanığın hazırlık soruşturmasında ifadesinin alınması, İzmir 1996.

- Eb. Schmidt I:
- Eberhart-Schmidt, Nachtrag:
- Eisenberg, Beweisrecht:
- Engländer:
- Erem/Toroshu:
- Erman (Sahir): Askerî ceza:
- Eser 1983:
- Falchi:
- Fezer, Juristischer Studienkurs, I, II:
- Fincke 1983:
- Foschini, I:
- Foschini, Sistema:
- Frosali, IV:
- Frowein/Peukert 1996:
- Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır 2018
- Grauhan:
- Grebing-Bericht:
- Kantar:
- Kern GVR 1965:
- Keskin : Yargıç Bağımsızlığı, Kunter'e Armağan, 1998, 139.
- Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 15. Bası:
- Leone, II.
- Leone, III
- Leone: Linaementi:
- Löwe: Strafprozessordnung:
- Löwe/Rosenberg-Gössel:
- LR-Riess:
- Manzini, IV:
- Manzini, V:
- Maunz/Dürig/Herzog 1966:
- Merle/Vitu:
- Meyer-Gossner:
- Nölle/Werner 1967:
- A. 200: Mahmut Alicanoğlu: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve Tatbikatı, 2. Bası, İstanbul 1971.
- Actes du II éme, Colloque international, Milano, 1971.
- Adalet Bakanlığı: Beynelmilel Lahey Adalet Divanı huzurunda Bozkurt-Lotüs dâvası, Ankara 1927.
- Alangoya 1973: Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul, 1973.

- Albayrak 2021 (Ilgın)*, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Alderson 1989*:
- Alicanoğlu (Mahmut)*: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve Tatbikatı, 2. Bası, İstanbul 1971,
- Alicanoğlu*: Türk Ceza Hukukunda Dâva, 1954.
- Altuğ*: Devletler Hususî Hukukunda Yargı Yetkisi, 2. bası, 1979.
- Ancel (Marc)*: La défense sociale nouvelle, Paris 1954.
- Aral*: Hukuk ve Hukuk bilimi üzerine, 3. Bası, 1979.
- Arık (Kemal Fikret)*: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi üzerine bir inceleme, Ankara 1965.
- Artuk/Gökçen 2023*: M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Artzt 1999 (Matthias)*: “Die verfahrensrechtliche Bedeutung polizeilicher Vorfeldermittlungen”, Frankfurt a. M. 1999.
- ATP: (Kâzım Akdoğan, Fehmi Tüzün ve Sadık Perinçek)*: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve İlgili Temyiz Mahkemesi İçtihatları. Ankara, 1960.
- Aubert*: Fernmelderecht, I. Teil, 3. Auflage, 1974.
- Balcı 2023 (Özkan)*, Askeri Ceza Hukuku, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2023.
- Balo 2009 (Yusuf Solmaz)*: Uluslararası İlke ve Uygulamalar Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma, Ankara 2009.
- Bantekas/Nash/Mackarel 2001*.
- Barton/Flotho*: Opferanwälte im Strafverfahren, Nomos, Baden-Baden 2010.
- Baştürk 2021 (İhsan)*, Hükümün Açıklanmasını Ertelenmesi 2. Baskı Bilge Yayınevi, Ankara, 2021.
- Battaglini*: Il diritto di querela, 1939.
- Batum (Süheyl)*: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Kavram Yayınları, İstanbul 1996.
- Beccaria*, Suçlar ve Cezalar, Göklü tercümesi, İstanbul, 1950.
- Belgesay (Mustafa Reşit)*: Amelî ve Nazarî Adliye Hukuku, İstanbul, 1935.
- Belgesay*: Dâva Teorisi, İstanbul, 1943.
- Belgesay/Onar*: Adliye Hukukumuzun Umumî Esasları, İstanbul, 1944.
- Bellavista*: Sullo stato attuale della scienza del diritto processuale penale in Italia. Studi in memoria di Arturo Rocco, c. I, Milano, 1952, s. 166.
- Berkin*: Alman Hukukunda Vazife ve Selâhiyet, Prof. Seviğ'e Armağan, 1956, s. 277.
- Bertaux (Pierre)*: On a la police qu'on mérite. La Nef. juin-septembre 1963, s. 95.
- Bilge*: Yargısal içtihatların bağlayıcı gücü ve İçBK'ları, Seçkin'e Armağan, 1974, s. 275.
- Bilsel*: Hukuk-u Düvel, ikinci kitap, 1934.
- Brouhot/Gazier*: Analyse et Commentaire du Code de Procédure Pénale, 1960, Paris.
- Burgstaller (Manfred)*: Entwicklung des Strafrechts in Österreich seit 1975, Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg, S. 31.
- Can (Osman)*: Die Schranken der Meinungsäusserungsfreiheit nach türkischem Verfassungsrecht, Aachen 2001.
- Canpolat 2022 (Can)*, Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Seri Muhakeme Usulü, On İki Levha Yayınevi İstanbul 2022.

- Carnelutti*: Torniamo al giudizio (Questioni, 37).
- Cengiz/Demirağ/Ergül/McBride/Tezcan*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008.
- Centel 1996: Centel (Nur)*: Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı, Kazancı yayınları, İstanbul 1996.
- Centel/Zafer 2003*: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul - Ocak 2003.
- Centel/Zafer 2008*: Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Beta, İstanbul 2008.
- Centre National De Rescherches De Logique*: Le fait et le droit. Etude de logique, Juridique Bruxelles, 1961.
- CEPC*: Aspects de la valeur internationale des jugements répressifs, Strasbourg, 1968. Rapport explicatif sur la Convention Européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, Strasbourg, 1970.
- CEPC*: Sentencing, Strasbourg, 1974.
- Cihan/Yenisey*: Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, 220.
- Clerck*: La place de l'examen scientifique dans la procédure criminelle, Revue de Politique Criminelle, 1953, s. 17 ve 138.
- Conseil de l'Europe*: Sentencing. Strasbourg 1974.
- Cornil (P.)*: La césure entre la condamnation et le prononcé de la peine. Revue Pénale Suisse, 1955, s. 225.
- Cornils/Greve*: Landesbericht Daenemark, in: *Gropp/Huber* (Hrsg.): Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalitaet, Freiburg 2001, s.3-68 (44 f.).
- Cornils/Kohls*: Landesbericht Daenemark, in: *Gropp* (Hrsg.). Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalitaet, Freiburg 1993, s. 55-104 (75, 89, 100 f.).
- Cornils/Verch*: Landesbericht Daenemark, in: *Gless/Grote/Heine* (Hrsg.): Justitielle Einbindung und Kontrolle von Europol, Bd. 1, Freiburg 2001, s. 11-74 (29 f.).
- Cornu*: L'inculpation, Renens, 1973, s. 41.
- Ç. 200: (M. Muhtar Çağlayan)*: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara, 1960, s. 200
- Çağıl*: Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş, 4. bası, 1971.
- Çelik (Ahmet)*: Tazminat ve Alacaklarda Zaman Aşımı, Legal Yayınevi, Ocak 2004.
- Çelik 1977 (Edip)*: Milletlerarası Hukuk, 1977.
- Çelik 1980 (Edip)*: Milletlerarası Hukuk, c. 1, bası, 4, 1980.
- Çetin (Gürsel)*: Beden Muayenesi ve Örnek Alma, in: 12. Ulusal Adli Tıp Günleri, Antalya 28 Eylül-2 Ekim 2005, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, s. 58.
- Çınar (Ali Rıza)*: Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2003 yılında Verdiği Önemli kararların Açıklaması, Dönmezer-Yenisey, Hakimlerin Yarattığı Hukuk, 51.
- Çınar 2004 (Ali Rıza)*: Hukuka Aykırı Kanıtlar; Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 55 Kasım-Aralık 2004.
- Çınar 2004a (Ali Rıza)*: Türkiye Cumhuriyeti Başsavcılığı neden kurulmalı, bu kurumun örgütlü suçların soruşturulmasında önemi "16. HİS'e sunulan tebliğ; IGUL Kitabı No. 5, Uğur Yayıncılık, İstanbul 2004, sh. 43.
- Çınar 2006 (Ali Rıza)*: Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

Çolak 1966 (Haluk): “Suçüstü Yargılaması”, Doktora Tezi, İ. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1996.

Çolak 2005: Ceza Yargılaması Hukukunda Çapraz Sorgu; Bilge yayınları; Ankara 2005.

Çolak/Taşkın 2007: Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.

Dadermo/Farran: The French Legal System, London 1993.

Danışman (Ahmet): Ceza Hukuku Açısından Özel hayatın Korunması, Konya 1991.

Delamour (Georges): Le Policier, ce maleimé La Nef, juin-septembre 1963.

Delmas saint Hilaire: Les principes de la légalité des délits et des peines. in Mélanges en l’honneur du Doyan Pierre Bouzat, Paris, 1980, s. 149.

Delmas-Marty, Corpus Juris, 1998.

Demirağ 2022 (Fahrettin), Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu, 5. Baskı, Seçkin, Ankara 2022.

Demirağ 2023 (Fahrettin), Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, in: *Yenisey-Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, 8. Baskı, Bilge, Ankara 2023, sh. 283-442.

Demirağ 2023: Asker Kişilerin İşledikleri Askeri Suçlarda Soruşturma: Yayınlandığı yer: Yenisey/Nuhoğlu (Ed), Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı, 8. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2023, sh. 71-122.

Demirağ 2023a (Fahrettin), Asker Kişilerin İşledikleri Askeri Suçlarda Soruşturma, in: *Yenisey-Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı*, 8. Baskı, Bilge, Ankara 2023, sh. 71-121.

Deschenaux: La distinction du fait et du droit dans la procédure de recours au Tribunal Fédéral, Friburg, 1948.

Dieters 2006: Legalitätsprinzip und Normgeltung, Tübingen 2006.

Dietrich (Herrmann): Verteidigerbeschränkungen in Terroristenverfahren; in: *Gössel/Herrmann/Steinkamm/Doehring, Der freiheitliche Rechtsstaat und seine Gegner -Mittel und Grenzen der Abwehr*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Karlsruhe 1979, s. 41.

Doğru 1994 (Osman): İnsan Hakları Avrupa mahkemesi Kararları ve Avrupa Sözleşmesi Kazancı yayınları, İstanbul 1994.

Doğru 1996 (Osman): İnsan Hakları Avrupa İçtihatları, Beta Yayınları İstanbul 1996.

Donay 1982 (Süheyl): İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982.

Donay 2009 (Süheyl): Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Beta, İstanbul 2009.

Dönmezer (Sulhi): Ceza Adaletinde Reform İlkeleri, Semp. I, 33.

Dönmezer 1948 (Sulhi): Yüce Divanda irtibat dolayısı ile dâvaların birleştirilmesi, İHF.M., 1948, s. 945.

Dönmezer 1976 (Sulhi): Basın ve Hukuku, 4. Bası, 1976.

Dönmezer 1977 (Sulhi): Devlet ve suç mağduru ilişkisi, Onar’a Armağan, 1977, s. 179.

Dönmezer 1995 (Sulhi): Kişilere karşı ve mala karşı cürümler, 14. Bası, 1995.

Dönmezer 1995 (Sulhi): Kişilere ve mala karşı cürümler, 14. bası 1995.

Dönmezer 1996 (Sulhi): Örgütlü Suçluluk ve Hukuka Aykırı Deliller, Sempozyum Hukuka Aykırı Deliller, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1996, s.131.

Dönmezer 1997 (Sulhi), Şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaların infazında milletlerarası standartlar, Türkiye’nin İnfaz Rejimi Sempozyumu, Adalet Bakanlığı Ankara 1997, sh. 11-29;

Dönmezer 1998 (Sulhi), Suçsuzluk karinesi üzerine düşünceler, Kunter’e Armağan, 1998, 67.

- Dönmezer 2001 (Sulhi):* Kişilere ve mala karşı cürümler, 16. bası, 2001.
- Dönmezer-Yenisey,* Hakimlerin yarattığı Hukuk, 97.
- Dönmezer/Erman, I:*
- Dönmezer/Erman, II:*
- Dönmezer/Erman, III:*
- Dönmezer/Şensoy:* Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda İçtihatlar, Kararlar ve meseleler, 1961.
- Dönmezer/Yenisey 2000:* Türkiye’de Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği 1998, TESEV Yayınları, İstanbul 2000.
- Dönmezer/Yenisey 2000a:* Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği 1998, TESEV yayınları No. 23, İstanbul 2000.
- Dönmezer/Yenisey 2004:* Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004, 52.
- Du Pasquier (Claude):* Introduction à al théorie générale et à la philosophie du Droit, 3. bası, Neuchâtel, 1948.
- Duhamel/Smith:* De quelques piliers des institutions biritanniques, Paris, 1953, s. 62.
- Duran 1977 (Lütfi):* Askerî idarenin yargısal görev ve yetkisinin sınırları. Onar’a Armağan, 1977, s. 219, 251.
- Dursun 2010 (Selman):* Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıklardan Doğan Suçlar, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Dutertre (Gilles):* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi yayınları Ankara 2007.
- Dutertre (Gilles):* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi yayınları Ankara 2007, s. 207, 361.
- Dülger 2023 (Murat Volkan),* Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2023.
- E. 200: (Seyfettin Ergin):* Ceza Yargılamaları Usulü Kanunu, İstanbul 1971, s. 200.
- E.C. 1991: (Erdurak Y.G.):* ‘Türk Ceza Kanunu’ Ankara 2. Bası.
- Ebu Zehra:* İslâm Hukuk Metodolojisi, Ankara, 1973.
- Ebu Zehra:* İslâm Hukuku Metodolojisi (Fıkıh Usulü), Ankara, 1978.
- Encyclopédie Nationale de la Police,* Paris, 1955.
- Epözdemir 2021 (Rezan),* Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Erb:* Legalitaet, 1999:
- Erdem/Özbek 2000:* “4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, sh. 249.
- Erdem/Şentürk 2018 (Mustafa Ruhan, Cahide):* Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, Seçkin, Ankara 2018.
- Erem 1970 (Faruk):* Adli Yardım, İmran Öktem’e Armağan, Ankara, 1970, s. 107.
- Erem 1997 (Faruk):* Adalet Psikolojisi, 10. bası, 1997.
- Erman 1970 (Sahir):* Sahtekârlık Cürümleri, 3. bası, 1970.
- Erman 1980 (Sahir):* Döviz Suçları. Ek II, İstanbul 1980.
- Erman 1981 (Sahir):* Sahtekârlık Suçları. 4. bası, İstanbul, 1981.
- Erman 1984 (Sahir):* Döviz Suçları. Ek VI, İstanbul 1984.

- Erman 1984a (Sahir):* Ekonomik Suçların Tespitinde Suç Siyaseti. İstanbul, 1984.
- Erman 1988 (Sahir), Sentez Raporu, Kunter'e Armağan, 1988, 81.*
- EU 1988: (Erdurak G.): 'Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, 2. Bası, Ankara 1988*
- Ferri: Sociologia Criminale, II, 4. bası, 1930.*
- Gemalmaz 1994 (Semih):* Temel Belgelerde İnsan Hakları, İHD yayını, Ankara 1994.
- Gemalmaz 1997: "Ulusal Üstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş", Beta Yayınları, İstanbul 1997.*
- Gide (André):* Cinayet Mahkemesi Anıları. Türkçesi *Sami Selçuk*, Ankara, 1983.
- Goblot (Edmond):* Traité de logique, Paris, 1929, s. 5 ve 11.
- Goldsworth:* Milletlerarası Adalet Divanında geçici tedbir kararları. İHFM 82-83, No. 1-4, s. 361.
- Gökçen (Ahmet):* Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Ankara 1994.
- Gökçen (Hasan Tahsin),* Bir İnsan Hakkı İhlali Olarak Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı Yargılama Kavramı, İBD, 278.
- Gökçen 1994 (Ahmet):* Ceza muhakemesi hukukunda basit elkoyma ve postada elkoyma, Ankara 1994.
- Gölcüklü 1966 (Feyyaz):* Türk Ceza Sistemi, 1966.
- Gölcüklü 1968 (Feyyaz):* Suçun kanunî unsurunun ortadan kalkması, SBF 68, 213.
- Gölcüklü 1995 (Feyyaz):* "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre Doğru Yargılama", İHM Yayını Ankara 1995.
- Gölcüklü/Gözübüyük 1996:* Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Genişletilmiş ikinci baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1996;
- Gössel (Karl Heinz):* Verteidigung im Rechtsstaat und Verteidigerbeschränkung in Terroristenverfahren, in: *Gössel/Herrmann/Steinkamm/Doehring: Der freiheitliche Rechtsstaat und seine Gegner -Mittel und Grenzen der Abwehr, C.F. Müller Juristischer Verlag, Karlsruhe 1979, s. 33.*
- Gözübüyük:* Türkiye'nin İdarî yapısı, Ankara, 1969.
- Graven (Jean):* Préface à l'enquête internationale sur la condamnation sans débats, RIDP, 62, 390.
- Graven:* Pensei, agir, vivre selon le droit, Genève, 1962.
- Greer (Steven):* The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights. Human rights files No. 15, Council of Europe, sh. 9.
- Grispigni:* Diritto processuale penale, 1946.
- GT: (Güler/Taşdemir):* Açıklamalı, İçtihatlı Ceza Yargılamaları Usulü, Adalet Matbaacılık Ankara.
- Güneş (Gülşen):* Adnan Tezel Armağanı, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2006
- Gürelli 1958 (Nevzat):* Basın Suçlarında Hususî Usul, İstanbul 1958.
- Gürelli 1967 (Nevzat):* Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, 1967.
- Gürsel (Çetin):* Beden Muayenesi ve Örnek Alma, in: 12. Ulusal Adli Tıp Günleri, Antalya 28 Eylül-2 Ekim 2005, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, s. 58.
- Habscheid:* Droit judiciaire privé Suisse, Genève, 1975.
- Haft, Schutz der Intimsphäre 1970.*
- Hakeri/Ünver 2009:* Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Hanack (Ernst-Walter):* Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, Berlin 1962.

- Helie (Faustin)*: Traité de l'instruction criminelle, Paris 1867.
- Hilgendorf/Valerius 2021*, Eric Hilgendorf ve Brian Valerius, Çeviren: Salih Oktar; Alman Ceza Hukuku Genel Kısım, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2021.
- HK-StPO-Bearbeiter § 1, Rn 3; Gercke/Temming/Zöller*, Heidelberger Kommentar, 7. Auflage, Heidelberg 2023.
- Holtzendorf*: Handlung des Deutschen Strafprozessrechts in Einzelbeitragen, Berlin, 1879.
- Hoppe (Cornelius)*: "Vorfeldermittlungen im Spannungsverhältnis von Rechtsstaat und der Bekämpfung Organisierter Kriminalität", Frankfurt a. M. 1998.
- Hukuka Aykırı Deliller*: Sempozyum, İstanbul Barosu Başkanlığı ve Marmara Üniversitesi Rektörlüğü, İstanbul Barosu yayınları, Ekim 1996.
- İçel 1977 (Kayıhan)*: Kitle haberleşme hukuku, İstanbul 1977.
- İçel-Yenisey 1994*: Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 4. Bası 1994.
- İsfen (Sabit Osman)*: Das Schuldprinzip im Strafrecht unter Berücksichtigung des türkischen Rechts, Beck, München 2008, 141.
- Johnson (Jr. E.)*: Adli yardım ve toplumsal devrim, Ufuk, c. 3, sayı 3, 1971, s. 67.
- Kaboğlu 1994 (İbrahim Ö.)*, Anayasa Yargısı, İmge Kitabevi İstanbul 1994.
- Kaboğlu 2002 (İbrahim Ö.)*: Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2002;
- Kamisar/LaFave/Israel*: Basic Criminal Procedure, West Publishing, St. Paul, Minn., 1990.
- Kamps*: Das Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip, Köln 1930.
- Kapani 1956*: İcra organı karşısında hâkimlerin istiklâli, Ankara, 1956.
- Kapani 1968*: Kamu Hürriyetleri, 2. bası, 1968.
- Karagülmez 1999 (Ali)*: Türk hukukunda Ceza Kararnamesi ve Önödeme, Adalet yayınevi, Ankara 1999.
- Karagülmez 2005 (Ali)*: Bilişim Suçları ve Soruşturma ve Kovuşturma Evreleri, Ankara, 2005.
- Karmen/Pasker/Regigton*: Briefs of Leading Cases in Juvenile Justice, Ohio 1998.
- Kaymaz 2009 (Seydi)*: Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Seçkin, Ankara 2009.
- Kazancı (2021) (Behiye Eker)*; Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz, Seçkin, Ankara 2021.
- Kerr (Orin S.)*: Computer Records and the Federal Rules of Evidence; USA Bulletin (March 2001).
- Keyman 1970 (Selahattin)*: Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık, Ankara 1970.
- Kınacı 2005*: Yeni Yasalar Çerçevesinde Beden Muayenesi ve Örnek Alma, 12. Ulusal Adli Tıp Günleri, Antalya 28 Eylül-2 Ekim 2005, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, s. 63.
- Kızılarşlan 2005 (Hakan)*: Beden Muayenesi ve Örnek Alma, in: 12. Ulusal Adli Tıp Günleri, Antalya 28 Eylül-2 Ekim 2005, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, s. 56.
- Kızılarşlan 2007 (Hakan)*: Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma, Doktrin ve Uygulama, Ankara 2007.
- Kızılarşlan 2020 (Hakan)*, Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Tüzel Kişilere Özgü Koruma ve Güvenlik Tedbirleri, Seçkin, Ankara 2020.
- Kingreen/Poscher 2021: Grundrechte Staatsrecht II, 37. Auflage, C.F.Müller, Heidelberg 2021.**
- Kissel 2001*: Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, Beck München 2001.

KK (Karlsruher Kommentar):

KK-StPO/Henrich/Weingast, Karlsruherkommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl. 2023.

Kleinknecht: La procedure sommaire comme élément de la repression d'actes illicites dans la RFA. RIDP 62, 419.

Kleinknecht/Meyer-Goßner 1999: Strafprozessordnung 44. Aufl. München 1999.

Kobetz (R.): The Police and Juvenile Delinquency, 43-59, (1971).

Koruculu 2022 (Irmak), Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, Seçkin, Ankara 2022.

Köprülü (Fuat): İslâm Âmme Hukukundan ayrı bir Türk Âmme Hukuku yok mudur?, II. Türk Tarih Kurultayı zabıtları, s. 318.

Kudlich 2020 (Hans), § 1, Stellung und Aufgabe des Strafprozessrechts und Verfahrensziele, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Band 7, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, C.F. Müller, Heidelberg 2020.

Kunter 1948 (Nurullah): Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi, 1948.

Kunter 1949 (Nurullah): Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi, 1949.

Kunter 1954 (Nurullah): Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi, 1954.

Kunter 1954 (Nurullah): Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1954.

Kunter 1956 (Nurullah): Hakaret ve Söğme Suçlarında Dava Müruruzamanı, Prof. Tahir Taner'e Armağan, İstanbul 1956, s. 35.

Kunter 1972 (Nurullah): Ceza Muhakemesi Kanununun Değiştirilmesi Tasarısı Hakkında Düşünceler, İstanbul, 1972.

Kunter 1973 (Nurullah): Ceza Muhakemesi Yazılı Hukukumuzda önemli değişiklikler, İstanbul, 1973.

Kunter 1974 (Nurullah): Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. bası, 1974.

Kunter 1986 (Nurullah): Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, İstanbul 1986.

Kuru 1961: Nizasız Kaza, Ankara, 1961.

Kuru 1977: İçtihatların birleştirilmesi ile ilgili bazı sorunlar, Ankara, 1977.

Kuzu (Burhan): 1876 Kanunî Esasiden Suç Muhakemesine İlişkin Hükümlerin Sonraki Anayasalarımızla Karşılaştırmalı Olarak Açıklanması, İstanbul 1988.

Kühne 2003 (Hans-Heiner): Strafprozessrecht, 6. Auflage, Heidelberg 2003.

Kühne 2010 (Hans-Heiner): Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europaeischen Strafverfahrensrechts, 8. Aufl. Heidelberg 2010.

Laberde (Jean): Défense et illustration des indicateurs. La Nef. Juin septembre, 1963.

Lévy-Bruhl: La preuve judiciaire, Paris, 1964.

Lohner 1994 (Erwin): "Der Tatverdacht im Ermittlungsverfahren", Frankfurt a. M. 1994.

Lüer (Christoph): Dopingstrafen im Sport und der Grundsatz "Ne bis in idem", Nomos, Baden-Baden 2006.

M/G: (Malkoç/Güler): 'Ticari Senetler ve Suçlar', Ankara 1989.

Malkoç: Memur Yargılaması, 2000.

Malkoç/Yüksektepe: Açıklamalar ve Yorumlarla Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2005.

- Manzini*: Manuale di diritto processuale penale, Torino, 1912.
- Marty*: La distinction du fait et du droit, Paris, 1929.
- Mengüşoğlu*: Felsefeye giriş, İstanbul 1958.
- Meran (Necati)*: Açıklamalı Kabahatler Kanunu ve Kahabat İçeren Kanunlar; Ankara 2006.
- Meray*: Devletler Hukukuna Giriş, 3. bası, Ankara 1965, c. II.
- Nagel (Karl-Friedrich)*: Beweisufnahme im Ausland, Freiburg 1988.
- Nicholas Tsagourias in, Treybus/White*, European Security Law, Oxford University Press, New York 2007, 123.
- Nomer 2023 (Mert)*, *İnternet'e Erişim Hakkı, Onikilevha, İstanbul 2023*.
- Nomer*: Dâvada Yabancı Kanun, 1972.
- Novak/Rotunda/Young*: Constitutional Law, Third Edition, Horburg Series, West Publician Company, St. Paul, Minn., 1986.
- Nuhoğlu 1997 (Ayşe)*: Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Ankara 1997.
- Nuhoğlu 1999*, İşkence ve İşkence Suçu, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, 570.
- Nuhoğlu 2001*, Ceza Hukuku Reformu, İstanbul 2001.
- Nuhoğlu 2002*: Cinsel Suç Mağdurunun Beyanı ve İspat, Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul 2002.
- Nuhoğlu 2006*: Adli Amaçlı Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Yargı Dünyası, Ağustos 2006, 10.
- Nuhoğlu 2023*: Soruşturma Evresi: Yayınlandığı yer: Yenisey/Nuhoğlu (Ed), Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı, 8. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2023, sh. 1-48.
- Nuhoğlu 2023a*: Gizli Soruşturma Tedbirleri: Yayınlandığı yer: Yenisey/Nuhoğlu (Ed), Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı, 8. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2023, sh. 173-190.
- Nuhoğlu 2023b*: *Cinsel Suçlarda İspat*: Yayınlandığı yer: Yenisey/Nuhoğlu (Ed), Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı, 8. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2023, sh. 319-334.
- Nursal/Ataç*: Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi, Ankara 2006.
- Ocakçioğlu*: Anayasa Mahkemesi Kararları. O. F. Berki'ye Armağan, 1977, s. 569.
- Odman 1996*:
- Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention*
- Oktar 2023*: Müdafinin Görev ve Yetkileri: Yayınlandığı yer: Yenisey/Nuhoğlu (Ed), Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı, 8. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2023, sh. 191-228.
- Onar 1960*: İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. II, 1960.
- Onursal, Tez*:
- Önder*: Muhakemenin iadesinde reform, Semp. II, 25.
- Özbek /Kanbur/Bacaksız/Doğan 2007*:
- Özbek 1999*: Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999.
- Özbek 2000*: Suç Kolluğu, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu sh. 594.
- Özbek 2005*: *CMK İzmir Şerhi*:
- Özbek 2006*:
- Özbek*: "Ceza Muhakemesi Hakkında DNA-Analizi", Yüce'ye Armağan, sh. 521.

- Özbek/Bacaksız*: CMK İzmir Şerhi.
- Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan 2007*:
- Özbek/Soyer 2005*:
- Özbek/Şimşek/Ömrüüzun*: Polisin Görev ve yetkileri, İçişleri Bakanlığı yayını 2001.
- Özbudun (Ergun)*: Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1992.
- Özçelik (Selçuk)*: Anayasa Hukuku, 1. Cilt Umumi Esaslar, Mimoza Kitabevi, Konya 1994.
- Özek 2005*:
- Özen 2023 (Mustafa)*: Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Özgen, Tez*:
- Özgen*:
- Özgenç 2007 (İzzet)*: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2007.
- Öztürk (ed)*, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ana Hatlarıyla, 10. Baskı, Seçkin, Ankara 2023.
- Öztürk 1991*: Koğuşturma Mecburiyeti. 1991:
- Öztürk 1994 (Bahri)*: Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 3. Bası, Ankara 1994.
- Öztürk 1994 (Bahri)*: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9 Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye Yayınları, No. 46, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, Ankara 1994.
- Öztürk 1994a*: “Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku”, 3. Bası, Ankara 1994.
- Öztürk 1998*: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Ankara 1998;
- Öztürk 2006*: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. baskı Ankara 2006.
- Öztürk 2009*: Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma//Saygılar/Alan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Seçkin, Ankara 2009.
- Öztürk/Erdem 2006**:
- Öztürk/Erdem 2007**: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Seçkin, Ankara 2007.
- Öztürk/Erdem/Özbek 1997**:
- Öztürk/Erdem/Özbek 1999**:
- Parlar/Hatipoğlu*: TCK Genel Hükümler III, Teşebbüs, İştirak, İçtima ve Yaptırımlar 2005, Kazancı.
- Pauli*: Der Schutz von Presse und Rundfunk vor dem Zugriff staatlicher Verfolgungsorgan, München 1988.
- Perinçek/Tüzün 1954*:
- Perucci (Mario)*: Dovera di veridicità e dritto di difesa dell'imputato Diritto criminale e criminologia, 1958, s. 286.
- Pfeiffer*: Strafprozessordnung Kommentar, 5. Auflage, München 2005.
- Poncet*:
- Postacioğlu*:
- Pradel (Jean; Tercüme: Dönmezer)*: Çağdaş sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, Beta, İstanbul 2000, sh. 185.
- Putzke/Scheinfeld/Putzke 2023*; Strafprozessrecht, 9. Auflage, C.H.Beck, München 2022.
- Ranft*, 1991:

Ranieri:

Rassat:

Read (Tom): Çapraz sorgu.

Richter (Eric): Die Entwicklung des Legalitätsprinzips, Velzen 1925.

Rogall (Klaus): "Strafprozessuale Grundlagen und legislative Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren", JZ 18/1987, 847.

Rossi, Traité de droit pénal, c. I, 3. bası, 1863.

Routenberg NJW 2002, 1090.

Roxin 1987:

Roxin 1993:

Roxin 1995: Strafverfahrensrecht, 24. Auflage, München 1995.

Roxin, AT:

Roxin: Prüfe dein Wissen, 1997.

Roxin/Schünemann 2014: Strafverfahrensrecht, 28. Auflage, C.H.Beck, Heidelberg 2014.

Rüping (Hinrich): Das Strafverfahren, 3. Auflage, München 1997.

Sabatini:

Sabuncu: Anayasa Şikâyeti s. 141, M. Kıratlı, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi s. 28.

Salje: Elektronische Medien im Recht, Köln 1986.

Sarp (Hatemi Senih): Mantık, İstanbul, 1958.

Sayita (Sevgi Usta): Mağdur Çocuklar Hakkında Koruma Önlemleri, Mağdur Çocukların Hukuksal Konumu, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2004.

Schaffer: Des problèmes de droit judiciaire, Paris, 1958.

Scheffolt, (D. Kıratlı): Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Başkanı, Y. Sabuncu, Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti, SDFD c.37, sayı 3-4 Eylül - Aralık 1982 ayrı bası, s.139,

Schlinck: Der Staat, 1986, 233.

Schlüchter 1995:

Schlüchter/Fülber/Putzke: Herausforderung: Beschleunigtes Verfahren §§ 417 StPO', Frankfurt/Main 1999.

Schmidt/Bleibtreu/Klein 1999:

Schmidt/Bleibtrue/Klein 1983: Kommentar zum Grundgesetz 6. Auflage Luchterhand 6. Auflage Darmstadt 1983.

Schoknecht: Gutachten des Bundesgesundheitsamtes, Beweissicherheit der Atemalkoholanalyse, Unfall- und Sicherheitsforschung Strassenverkehr, 1992.

Scholz 2016, Alman Ceza Muhakemesinde Tutuklama Kararlarında Gerekçenin Derinliği, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 11, sy. 143-144, 2016, sh.182.

Schroeder 1997:

Schroeder 2001:

Schroeder, Strafprozessrecht:

Schroeder/Verrel 2019: Ceza Muhakemesi Hukuku, (Tercüme: Dr. Salih Oktar), Yetkin, Ankara 2019.

- Schroeder/Yenisey 1999*: Dürüst yargılanma hakkı, Alkım yayınevi, 2. Bası, İstanbul 1999.
- Schroeder/Yenisey 2002*: Dürüst yargılanma hakkı, 3. Bası, Güncel Kaynaklar, Beta C.VI 2002.
- Schulte (Martin)*: Rechtsprechungseinheit als Verfassungsauftrag, Berlin 1986.
- Schwarz*:
- Seçkin (Recai)*: Yargıtay, Tarihçesi, Kuruluş ve İşleyişi Ankara, 1967.
- Seitz (Emile)*: Les principes directeurs de la procédure criminelle de l'Angleterre, Paris 1928.
- SK-Wolter*: vor § 151 Rn. 156.
- Sokullu-Akıncı*: Adalet Reformu ve Alternatif Ceza Yaptırımları, Kunter'e Armağan, 1998, 325.
- Solus/Perrot*: Droit judiciaire privé, Paris, 1961.
- Sözüer 1997 (Adem)*: Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta telefon, telex, faks ve benzeri araçlarla yapılan haberleşmenin bir ceza yargılaması önlemi olarak denetlenmesi, İHFM CLV (1997), Türkan Rado'ya Armağan, 3.
- Stuckenberg*: Die normative Aussage der Unschuldsvermutung, ZStW 111, 1999 Heft 2, 422.
- Şahin 1994 (Cumhur)*: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Yetkin yayınları Ankara 1994.
- Şahin 1998 (Cumhur)*: Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmeleri Sorunu, Kunter'e Armağan 1998, 353.
- Şahin 2005 (Cumhur)*:
- Şahin/Göktürk 2022*: Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk; Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, Seçkin, Ankara 2022.
- Şamlı (Yasin)*: Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Hukuk Dünyası Dergisi Ekim Kasım Aralık 2005.
- Şekercioğlu (Metin)*: Kolluğun yargısal (adli) görevleri hakkında kılavuz. Ankara, 1980.
- Şekercioğlu*:
- Şen (Ersan)*: Türk Hukukunda telefon dinleme, Gizli soruşturmacı, X Muhbir, 3. bası, Ankara 2009.
- Taner, Ceza*:
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın*: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. baskı, İstanbul 1993.
- Tezcan*:
- Tezcan/Erdem/Sancakdar 2002*: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002.
- Tezel (Adnan)*: Vergi Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1988.
- Teziç (Erdoğan)*: Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, İstanbul, 1980.
- Tongür 2018 (Ali Rıza)*, Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumunun Yeniden Düzenlenmesi Gerekliliği Üzerine, Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1, Ocak 2018.
- Topcuoğlu (Hâmid)*: Hukuk Sosyolojisi Dersleri, c. I, Ankara, 2. bası, 1963.
- Topuzoğlu (Aşkın Yaşar)*: Çocuk İstismar ve İhmalinin Önlenmesi konulu Türk Hukukçu Kadınlar Derneği Paneli, İstanbul 2002.
- Toroslu 1998*: Ceza Hukukunda Okullar, Kunter'e Armağan, 1998, 373.
- Tosun 1962*: Narko-analiz ve Ceza Hukuku, İHFM, 1962, I-II, s. 53.
- Tosun 1966*: Suçluların gözlemi, İstanbul, 1966.
- Tosun 1969*: Kanunlarının Ceza Muhakemesi Hukukunda yeri, MHAD 69, 4.

- Tosun 1970*: Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanunyolları, İHFM., 70, II.
- Tosun 1976*: Hukuka aykırı elde edilmiş delillerin isbat kuvveti. 1976, s. 40.
- Tosun 1985*: Suç muhakemesi hukukunda eski muhakeme kanununun uygulanmasına bir örnek. YD 85/1-2 157.
- Tosun I*:
- Tosun Semp. II*, 127:
- Tosun*: İHFM “40”, 76, 663.
- Tosun*: Temyiz kararlarına karşı kanunyolları, Semp. II, 136.
- Tosun/Gürelli*: Heyecan göstergesi ile yalanın bulunması ve ceza Hukuku, İHFM 64, 524.
- Triffterer*:
- Tunalı ve Kendi*: AdD 87/5 185.
- Tunç (Hasan)*: Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu, Erzincan 1992.
- Tunçomağ*: Türk Borçlar Hukuku, 6. bası, c. I.
- Tuozzi*: Elementi di diritto giudiziario penale, Napoli, 1885.
- Turhan (Derviş)*: 1983-84 Adalet yılını açış konuşması, YD 83/4 419.
- Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu*: T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2005.
- Türel (Ali Rıza)*: Adli hayatımızda bir yenilik. Adliye Ceridesi, s. 1418;
- Uluğtekin/Kucur/Kırımsoy/Çavdar/Yemiş*: Gözetim Hizmetleri Destek Hizmetleri: Ankara İli Pilot Projesi Gözetim Görevlileri Eğitim Programı Ankara 2005.
- Umut Vakfı*: Hukuk Devletinde Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele, Umut Vakfı yayınları, İstanbul 1996.
- Uygur (Turgut)*: Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, C. 3, Ankara 2003.
- Uzeltürk (Sultan)*: Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul 2004.
- Üçok*: Savcıların Avrupa Hukukunda gelişmesi ve Türkiye’de kuruluşu, Ansay’a Armağan, Ankara, 1964, 35.
- Ülken (Hilmi Ziya)*: Felsefeye Giriş, Ankara, 1957.
- Ünal (Şeref)*: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divan Kararları ışığında sözleşme hükümlerinin açıklanması ve yorumu, TBMM Basım evi, Ankara 1995.
- Ünver (Yener) 2003*: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.
- Ünver/Hakeri 2006*: Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2006,
- Ünver/Hakeri 2010*: *Yener Ünver, Hakan Hakeri*, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 2, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Üstündağ 1967 (Saim)*: İddia ve müdafaanın değiştirilmesi yasağı (doçentlik tezi), 1967.
- Üstündağ I*:
- Üstündağ II*:
- Vannini*:
- Vassalli (G.)*: Autodifensa e rifiuto della assistenza difensiva. Estratto dal Volume “IL problema dell’autodifensa nel processo penale” a cura di V. Grevi, Bologna, 1977, p. 144.

Vienne: Rappot au Congrès International de Droit Pénal, Atina, 1957.

Vitu:

Vogel (Joachim): Combatting international organized crime by international cooperation: the German view, in: International Review of Penal Law, 70. annee, nouvel serie, 1. et 2. trimestres, sh. 358.

Voorhoof (Dirk): Defamation and Libel Laws in Europe, Media Law and Practice, Vol. 13, No. 4, 1992, 254.

Vouin: L'acte et la personne de l'accusé dans le procès pénal. RPS 54, 49; La division du procès pénal en deux phases, "L'individualisation des mesures prises à l'égard du délinquant", Paris, 1954.

Völmann (Alexander): Die Bindungswirkung von Strafurteilen im Zivilprozess, Carl Heymanns Verlag, Köln 2006.

Wade/Maljevic 2010: A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Applications, Springer, New York, Dordrecht, Heidelberg, London 2010.

Weber (Albrecht): in: Starck/Weber, Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, 2. Aufl. Baden-Baden 2007, 62.

Weigend: Anklagepflicht und Ermessen, Baden-Baden 1978.

Wenzel: Wort und Bildberichterstattung, 1979.

Wieczorek 1982:

Wilhelm (Karl Geck): Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter, Baden-Baden 1986, 22).

Williams: The proof of guilt. Londra, 1963.

Willims (Glainville): The proof of guilt, Londra, 1963.

Willms: JZ 1957, 465.

Wolf: Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige, 6. Auflage, München 1987.

Württemberg/Zippelius: Deutsches Staatsrecht (KLB), Beck, München 2008.

Württemberg/Heckmann/Riggert: Polizeirecht in Baden-Württemberg.

Yarsuvat 1974: Karar tahlili, İHFM, 74 (40).

Yarsuvat 1976:

Yaşar (Hakkı): Diplomasi temsilcilerinin cezaî yönden bağışıklık ve ayrıcalıkları, YD 76/329.

Yaşar (Hakkı): Konsoloslara İlişkin Adli Ayrıcalıklar ve Bağışıklıklar, YD 83/137.

Yavuz 2021 (Hakan), Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler, 2. Baskı, adalet Yayınevi, Ankara 2021.

Yayla 1968: Uyuşmazlık mahkemesi ve geleceği üzerine, İHFM 1968/35, 206.

Yayla 1979: Anayasa Mahkemesine göre Cumhuriyetin özü. Timur'a Armağan, 1979, s. 980.

Yenisey 1979 (Feridun): Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Muhakemesi Kanunu - Strafprozessordnung, Ankara, 1979.

Yenisey 1983: Atatürk ilkeleri ve Ceza Hukuku Sempozyumu (15-18/12/81), İstanbul 1983, s. 12.

Yenisey 1988: Milletlerarası Ceza Hukuku, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuatı. İstanbul 1988.

Yenisey 1994: İnsan Hakları; Sanığın Hakları ve Polis'in Yetkileri, Polis Okulları Ders Kitabı, İçişleri Bakanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Emniyet Dairesi Başkanlığı, 2 nci baskı Ankara 1994.

Yenisey 1995: İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma” AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No. 12, Ankara 1995.

Yenisey 1996: Hukuk Devletinde Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele, Umut Vakfı yayınları, İstanbul 1996, s. 501 ve devamı.

Yenisey 1997, Tehlikeli Tutuklular ve Tehlikeli Hükümlüler Sorunu; Türkiye'nin İnfaz Rejimi Sempozyumu, Adalet Bakanlığı Ankara 1997, sh. 30-50.

Yenisey 1998: Ceza Adaleti Sisteminin Etkinliği ve Gecikme, Kunter'e Armağan 1998, 477.

Yenisey 2005: Alman Savcı Yönetmeliği, Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Hukuku Külliyyatı, İstanbul 2005, No. 270, s. 3043.

Yenisey 2005a: Beden Muayenesi ve Örnek Alma, in: 12. Ulusal Adli Tıp Günleri, Antalya 28 Eylül-2 Ekim 2005, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, s. 71.

Yenisey 2023: Kolluk Hukuku, 3. Baskı, Beta, İstanbul 2023.

Yenisey 2023a: Alternatif Muhakeme Usulleri, Yayınlandığı yer: Yenisey/Nuhoğlu (Ed), Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı, 8. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2023, sh. 49-70.

Yenisey 2023b: Önleme ve Koruma Tedbirleri, Yayınlandığı yer: Yenisey/Nuhoğlu (Ed), Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı, 8. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2023, sh. 443-489.

Yenisey I: Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku; Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1991; 3. Baskı, İstanbul 1993.

Yenisey II: Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku; Duruşma ve Kanun Yolları, 2. Baskı, Beta, İstanbul 1990.

Yenisey Milletlerarası:

Yenisey, Altunç, Öztezel: AİHM Karar Özetleri Dönmezer-Yenisey, Hakimlerin yarattığı Hukuk, 97.

Yenisey: Hazırlık soruşturması:

Yenisey/Nuhoğlu: Ceza Hukuku Külliyyatı, Arıkan Yayınevi İstanbul 2005.

Yenisey/Oktar 2023: Kanun Yolları; Yayınlandığı yer: Yenisey/Nuhoğlu (Ed), Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı, 8. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2023, sh. 443-489.

Yenisey/Oktar/Oktar 2020: Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, Almanca Metin - Türkçe Çeviri, 3. Baskı, Beta, İstanbul 2020.

Yıldız 2008 (Ali Kemal): Ceza Muhakemesinde Mağdur, Suçtan Zarar Gören, Şikayetçi, Ankara 2008.

Yılmaz (Ejder): Savcıların hukuk dâvalarındaki görevleri. AHFM 72, 255.

Yurtcan (Değişiklik):

Yurtcan 1971: Eleştiri, İBD 71, 230.

Yurtcan 1973: Saniğin varestede tutulması, İBD 73, 786.

Yurtcan 1975: Karar tahlili, İBD., 75, 61.

Yurtcan 1984: İçtihadı Birleştirme Kararı dolayısı ile önödeme üzerine düşünceler, YD 84/3 224).

Yurtcan 1984a: Önödeme üzerinde düşünceler, YD 84/3 231.

Yurtcan 1986:

Yurtcan 1987:

Yurtcan 1989: Alman Hukukunda Müdafinin Görevden Yasaklanması, İstanbul 1989.

Yurtcan 1991:

Yurtcan 1994: Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1994.

Yurtcan 1996:

Yurtcan 1998: Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı, Kunter'e Armağan 1998, 519

Yurtcan 2005: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Kanunu ve Yorumu; Beta Yayınları; İstanbul 2005,

Yurtcan 2005a: Kabahatler Kanunu ve Yorumu; İstanbul 2005.

Yurtcan 2007:

Yurtcan, Kesin Hüküm:

Yurtcan, Şahsî dâva:

Yurtcan, Tez:

Yurtcan: Değişiklikler:

Yurtcan: Şerh III:

Yüce: Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, 1968.

Yüce: Tez:

Yücel: AdD 88/2 171.

Yvonne: L'examen medicopsychologique et social en droit comparé. "L'examen médico-psychologiques et social des délinquants - Premier cours international de criminologie", Paris 1953 adlı eserinde, s. 400.

Zuck: NJW 1964, 94.

Recent Publications

Our reference librarian *Gamze Ersoy* at Bahçeşehir University, Institute for Global Understanding of the Rule of Law Directorate, helped me for finding the recent publications.

Recent Publications Related to Defence in Criminal Matters (I,2)

Akif Yıldırım. Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkının Bireysel Başvuru Kararları Işığında Değerlendirilmesi, *Terazi Hukuk Dergisi*. 2017, c. 12, sy. 125, s. 100-102. Cenk Akduman. Ceza Muhakemesi Hukukunda Vekil ve Müdafî, Yaşar Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2017. Ergül Çeliksoy. Polis Karakolunda Müdafî ile Görüşme ve Müdafiden Yararlanma Hakkının AİHM'nin İbrahim ve Diğerleri/Birleşik Krallık Kararı Işığında Değerlendirilmesi, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 2018, c. 0, sy. 35, s. 665-687. Ergül Çeliksoy. Soruşturma Evresinde Müdafîye Erişim Hakkının Sistemik Olarak Kısıtlanması: AİHM'nin *Beuze v. Belçika* Kararının İncelenmesi, *Terazi Hukuk Dergisi*. 2019, c. 14, sy. 156, s. 1536-1543. Gözde Kaçmaz. Ceza Muhakemesinde Müdafî, Bahçeşehir Üniversitesi (Yüksek Lisans), 2015. Hüseyin Turan, Fatih Şahin. Müdafinin Soruşturma Dosyasını İnceleme Yetkisine Getirilen Kısıtlamanın Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. 2017, c. 1, sy. 10, s. 597-619. Muhammet Bilal Akyüz. Müdafiden Yararlanma Hakkı ve Kısıtlanması, İstanbul Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2020. Oğuzcan Görgöz. Savunmanın Hazırlanmasında Müdafinin Yapacağı Hukuki Yardımın Sınırları, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2018, c. 92, sy. 5, s. 272-275. Olgun Değirmenci. Yargılama Makamı İçin Şüphe, Müdafî İçin Savunma Nedeni: Adli Bilişimde Özet Değer (Hash Value) Kavramı ve Özet Değer Çakışmasının Ceza Muhakemesine Etkileri, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2018, c. 13, sy. 137, s. 120-126. Rezan Epözdemir. Ceza Muhakemesinde Müdafinin Önemi, Hukuki Statüsü ve Müdafiden Yararlanma Biçimleri, *Legal Hukuk Dergisi*. 2018, (16). c. 16, sy. 192, s. 5625-5662. Salih Oktar. Ceza Muhakemesi Hukukumuzdaki Son Gelişmeler Karşısında Müdafî, Seçkin Yayınevi, Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan. 2020, s. 1127. Sinem Top. Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkına Uygulanan Sınırlamalar, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 2018, c. 2018, sy. 137, s. 217-240.

Recent Publications Related to Victim's Rights (I, 3)

Ayşe Dolunay Sarıca, Umut Haydar Coşkun. Cinsel İstismar Olgularında Adli Görüşme Odalarının Kullanımı: Hâkim Avukat Uzman ve Mağdur Görüşleri, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*. 2020, c. 8, sy. 1, s. 117-142. Başak Uysal, Aydan Fincan. Son Sözlerdeki Temaların Suçlu-Mağdur İlişkisi Ekseninde Değişimi, 2020, c. 19, sy. 4, s. 7-16. Berhudan Şamar, Betül Urhan.

Adli Görüşme Odalarında Suç Mağdurlarıyla Görüşme Yapan Adli Görüşmecilerin Deneyimlerinin İncelenmesi: Eskişehir Adliyesi, Toplum ve Sosyal Hizmet. 2020, c. 31, sy. 3, s. 931-959. Derya Belgin Güneş. Mağdur Hakları Kanunu Taslağı'nın Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2021, c. 29, sy. 2, s. 913-931. Eylem Baş. Hayvanın Kötü Muamelelere Karşı Ceza Hukuku Vasıtasıyla Korunması Halinde Mağdurun Tespiti, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2021, c. 12, sy. 1, s. 1-16. Eylem Baş. Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur, Seçkin Yayınevi. 2021. Elif Ergüne, Muhammed Demirel. Cinsel Saldırı Mağduru Kadının "Muhtemel Cinsel Saldırıya" Binaen Faili Öldürmesine İlişkin "Çelişen" İki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, Prof. Dr. Türkan Rado'nun Anısına Armağan. 2020. Elif Kurt. Mağdurun Kimliğinde Yanılma ve Ceza Sorumluluğu, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2020. Emel Badur. Gebeliğin Sona Erdirilmemesi Nedeniyle Suç Mağduru Çocuğun Kişilik Hakkının İhlali, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, c. 5, sy. 2, s. 4075-4107. Eylem Baş Bayraktaroğlu. Fail ve Mağdur, Ankara Üniversitesi (Doktora). 2020. F. Elif Çelik. Zorunlu-Düzensiz Göçün Yarattığı Sorunlardan Birisi Olarak İnsan Ticareti Mağduru Yabancıların İkametlerine İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni. 2020, c. 40, sy. 2. Fahri Gökçen Taner. Kırılıgan Mağdurun Beyanının CMK'nın 236. Maddesi Uyarınca Alınması ve Uygulanan Özel Usuller Karşısında Savunma Hakkının Dengelenmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 2021, c.33 sy. 153, s. 1-38. İbrahim Ataç. Suça Sürüklenen Terör Mağduru Çocuklar, Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi. 2021, c. 10, sy. 26, s. 118-131. Kübra Dombak, Eyüp Çelik. Bireylerin Cinsel İstismar Mağdurlarına Yönelik Bakış Açılarının İncelenmesi, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi (elektronik). 2021, c. 20, sy. 77, s. 425-440. Mehmet Beyhan Seçkin. Ceza Muhakemesinde Mağdur ve Şikayetçinin Hakları I, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi. 2020, c. 0, sy. 15, s. 621-664. Özge Apış. Yar, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suretiyle Mağdurun Elde Ettiği Delillerin Değeri, Seçkin Yayınevi, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan. 2020, s. 1117.

Recent Publications Related to Disciplinary Sanctions (I, 4-b)

Bahattin Aras. Hakim ve Savcıların İfade Özgürlüğünün Sınırları ve Bundan Dolayı Disiplin Soruşturmasına Tabi Tutulmaları, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, c. 18, sy. 1, s. 1-47. Bahattin Aras. Kamu Görevlilerinin Özel Hayatlarına İlişkin Hususların Disiplin Soruşturmasına Konu Edilmesi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2021, c. 33, sy. 153, s. 235-267. Bahattin Duman. Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması, Seçkin Yayınevi. 2021. Çolpan Mücahit Küçük. 657 Sayılı Kanun Kapsamında Disiplin Cezaları ve Ceza Hukuku Genel İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği, Gazi Üniversitesi (Doktora). 2019. Enes Işık. Şike ve Teşvik Primi Eylemlerinin Spor Ceza Hukuku ve Spor Disiplin Hukukuna Yansımaları, Bahçeşehir Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Günay Deniz Dursun. Muhasebe Meslek Mensuplarının Almış Oldukları Disiplin Cezalarının Cinsiyet ve Meslaki Unvan Açısından Analizi: 2008 – 2017 Dönemi, Maliye Finans Yazıları. 2019, c. 0, sy. 111, s. 387-402. Hasan Dursun. Amerika Birleşik Devletlerinde Disiplin Suç ve Cezaları Uygulamaları ve Çıkarılacak Dersler, *Türk İdare Dergisi*. 2019, c. 0, sy. 489, s. 153-185. Mehmet Hatipoğlu. Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 2019, c. 2019, sy. 143, s. 181-220. Mehmet Serinoğlu. Türkiye'de Memurlar Hakkında Ceza Yargılaması ve Mahkeme Kararlarının Disiplin Hukukuna Etkisi, Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Mustafa Alıcı. Özel Hayatından Dolayı Memura Disiplin Cezası Verilebilir Mi?, *Gümrük ve Ticaret Dergisi*. 2019, sy. 15. Nilay Arat, Burçak Bal Yalçın. İdare Hukuk – Ceza Hukuku Sarkacında Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesini Bir Hak İhlali Kararı Üzerine Düşünmek, Atılım Üniversitesi Yayınları, Prof. Dr. Metin Günday Armağanı. 2020, c. 1, s. 111. Nikoloz Tchurgulia. Michel Foucault Bağlamında Disiplin ve Ceza: Sovyet Güney Kafkasya Örneği, Ankara Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Özge Okay Tekinsoy. Yargı İçtihatları Kapsamında Disiplin Suç ve Cezalarında Hukuki Belirliyet İlkesi. Atılım Üniversitesi Yayınları, Prof. Dr. Metin Günday Armağanı. 2020, c. 2, s. 963. Özgen Ülgen Adadağ. Türk Hukukunda Milletvekillerine Uygulanan Disiplin Cezaları, *Legal Hukuk Dergisi*. 2019, c. 17, sy. 200, s. 3237-3290. Serkan Çınarlı, Kerim Azak. Danıştay Kararları Işığında İdari Yargıda Disiplin Cezalarının İptali Davalarında Tanık Delili Sorunu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2021, c. 29, sy. 1, s. 509-535. Serkan Çınarlı. Yükseköğretim Disiplin Sisteminde Disiplin Cezası Sebebiyle İdari Görevin Sona Ermesi Hakkında Hukuki Değerlendirmeler, Kto Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2020, sy. 1, s. 11-25. Ümmühan Aslan, Gamze Özdemir. Muhasebe Meslek Mensuplarının Almış Oldukları Cezalarının 2009-2019 Yılları Arasındaki Durumu Üzerine Bir İnceleme, *Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi*. 2020, c. 22, sy. Özel Sayı, s. 162-175.

Recent Publications Related to Criminal Peace Judgeship (I, 4-c)

Durmuş Tezcan. Ceza Muhakemesi Kanununda Yeni Bir Kurum Olarak Sulh Ceza Hakimliği, *Fasikül Hukuk Dergisi*. 2015, sy. 65, s. 7-9. Ezgi Cankurt. Soruşturmanın Sulh Ceza Hâkimi Tarafından Yürütülmesi - Kısa Bir İnceleme, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2018, sy. 7, s. 265-282. Nurullah Kantarcı. Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararından Sonra Aynı Fiil Nedeniyle Kamu Davası Açılabilmesinin Şartları ve Özellikle Sulh Ceza Hâkimliğinden Karar Alınması Zorunluluğu, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2020, sy. 1, s. 167-204. R. Cengiz Derdiman. Sulh Ceza Hakimliklerinin 1982 Anayasası Açısından Konuları, *Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2015, c. 4, sy. 1, s. 17-46. Recep Gülşen. Yakalama, Gözaltına Alma ve Gözaltı Süresinin Uzatılmasına Karşı Sulh Ceza Hakimliğine Başvuru Yolu, *Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2015, c. 4, sy. 4, s. 7-40. Z. Özen İnci. Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Sulh Ceza Hâkimi (Soruşturma Makamları) Arasındaki Gri Alan: Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı ve Soruşturma Evresinde Temel Haklara Müdahale Sorunu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2016, c. 65, sy. 4, s. 1997-2046.

Recent Publications Related to Court Interpreters (I, 4-e)

Ali Şahin Kılıç., Tercümandan Faydalanma Hakkı Çerçevesinde Sanığın Seçtiği Dilde Savunma Yapması Üzerine Bir Değerlendirme, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, c. 65, sy. 4, s. 2101-2131. Cem Ümit Beyoğlu. AİHM

İçtihatları Işığında Tercümandan Yaralanma Hakkı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 2018, c. 0, sy. 35, s. 279-318. Özge Yücel. Sağlık Hizmeti Sunumunda Dil Engeli ve Hasta Hakkı Olarak Tercümandan Yaralanma Hakkı, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2017, c. 12, sy. 129, s. 50-65. 12. Özgür Akışoğlu. Ceza Yargılamasında Tercümandan Yaralanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan. 2017. Yener Ünver. Ceza Muhakemesinde Tercümanın Reddine İlişkin Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 2 Str 485/18 Sayı ve 13 Şubat 2019 Tarihli Kararı, Hukuk Köprüsü. 2019, sy. 16, s. 227-230.

Recent Publications Related to Arrest (Yakalama) (II, 1-c)

Akif Yıldırım. İnfaz Edilmemiş Yakalama Emri, Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına Müdahale Oluşturur Mu?, *Terazi Hukuk Dergisi*. 2017, c. 12, sy. 129, s. 148-150. Alper Öztuğut. Yakalama ve Gözaltı, Başkent Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2020. Can Polat. Müzekkeresiz Yakalama ve Tedbirlere İlişkin Önem Arz Eden Meseleler, *Legal Hukuk Dergisi*. 2019, c. 17, sy. 193, s. 179-216. Coşkun Koç. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi (Kişi Özgürlük ve Güvenliği) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Yakalama ve Gözaltına Alma, *Legal Yayınevi*. 2020. Erdal Kuruçay. Haksız Yakalama, Gözaltına Alma, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat, Çankaya Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2016. Ertan Aydın. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında Ceza Muhakemesi Hukukundaki Koruma Tedbirlerinden Yakalama, Gözaltına Alma ve Tutuklama, Polis Akademisi (Yüksek Lisans). 2020. Fatih Özer. Kolluk Tarafından Yapılan Yakalama ve Gözaltına Alma İşlemlerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İncelenmesi, Harp Akademileri Komutanlığı (Yüksek Lisans). 2016. Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu. Tutuklama Kurumunun Uygulanması Hakkında Görüşler, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, c. 10, sy. 125, s. 7-28. Feridun Yenisey, Salih Oktar. İnsan Hakları Açısından Yakalama ve Tutuklama, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan. 2019, c. 3, s. 3127-3155. Gözde İbicioğlu. Türk Anayasalarında Yakalama, Gözaltı ve Tutuklama, On İki Levha Yayıncılık. 2019. Nergiz Gamze Demir, Yakalama ve Koruma Tedbiri, *Legal Hukuk Dergisi*. 2017, c. 15, sy. 170, s. 629-662. Olgun Değirmenci. Sayısal (Dijital) Verilerde Yakalama Sonrası Arama: Amerikan Yüksek Mahkemesinin Riley V. California Kararı Sonrası Hukukun Değerlendirilmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 2016, c. 0, sy. 24, s. 59-88. Onur Şahinkaya. Önleyici Yakalama ve Durdurma, On İki Levha Yayıncılık. 2020. Orhan Özdemir. Ceza Muhakemesinde Yakalama Tedbiri ve SEGBİS Uygulaması, Ondokuz Mayıs Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2018. Özge Ak. Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, Dokuz Eylül Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Seçil Eryılmaz Varol. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı, Ufuk Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2020. Talip Alan. Türkiye'deki Yakalama ve Gözaltı Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması ile Uyumu, Uludağ Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2017.

Recent Publications Related to Pre-Trial Detention (Tutuklama) (II, 1-c)

Abdulkadir Akbayram. Ulusal ve Ulusalüstü Yargı Kararları Doğrultusunda Tutuklama, Yalova Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Ali Kemal Yıldız. Tutuklama Kararlarına Karşı Başvuru ve Denetim Yolları, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, c. 10, sy. 125, s. 131-140. Bahadırhan Tabak. Tutuklama Kararlarına Karşı Başvuru ve Denetim Yolları, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, c. 10, sy. 125, s. 131-140. Derya Tursun Cengiz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Tutuklama, Selçuk Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Emrah Öztürk. Haksız Tutuklama Sebebiyle Açılacak Tazminat Davalarının Hukuki Dayanağı ve Tazminat Davalarında Usul: Son Değişikliklerle Güncellenmiş AİHM Yargıtay ve AYM Kararları Işığında, Yetkin Yayınları. 2015. Fahrettin Demirağ. İstatistiklerle Ülkemizde Tutuklama Uygulamaları, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, c. 10, sy. 125, s. 163-194. Fatih Kanmaz. Haksız Yakalama, Tutuklama ve Elkoyma Nedeniyle Tazminat - Hakimlerin Tazminat Sorumluluğu 466 sayılı Kanun - 5271 sayılı CMK (Md. 141-144), Adalet Yayınevi. 2015. Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu. Tutuklama Kurumunun Uygulanması Hakkında Görüşler, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, c. 10, sy. 125, s. 7-28. Feridun Yenisey, Salih Oktar. İnsan Hakları Açısından Yakalama ve Tutuklama, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan. 2019, c. 3, s. 3127-3155. Gözde İbicioğlu. Türk Anayasalarında Yakalama, Gözaltı ve Tutuklama, On İki Levha Yayıncılık. 2019. Hans-Jörg Albrecht, Mustafa Arslan., Tutuklama Hukuku ve Uygulaması Avrupa'da Karşılaştırmalı Bir Perspektif, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, c. 10, sy. 125, s. 29-53. Hüseyin Ozan Adıyaman. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Tutuklama, Kırıkkale Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Kemalettin Erel. AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Tutuklama, *Terazi Hukuk Dergisi*. 2015, c. 10, sy. 108, s. 49-65. Mehmet Ökmen. Bir Tutuklama Nedeni Mehmet Olarak "Yeniden Suç İşleme Tehlikesi", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, c. 6, sy.12, s.1-28. Muhammet Polat İçten. Tutuklama ve Türkiye'deki Tutuklama Kararlarının Gereksizliği Sorunu, *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, 2019, c. 3, sy. 5, s. 46-81. Osman Şirin. Türkiye'de Tutuklama Uygulamaları ve Tutuklamada Savunmanın Rolü, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, c. 10, sy. 125, s. 141-150. Özlem Çelik Başbozkurt. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Tutuklama Kararlarına Karşı Bireysel Başvuruda CMK 141.Maddenin Durumu, Seçkin Yayınevi, Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan. 2020, s. 845. Öznur Sevdiren. Anayasa Mahkemesi'nin Tutuklama Kararlarının Maddi Şartları İçtihadına Eleştirel Bir Yaklaşım, *Anayasa Hukuku Dergisi*. 2019, c. 8, sy. 16, s. 295-358. Peter Scholz. Alman Ceza Muhakemesinde Tutuklama Kararlarında Gerekenin "Derinliği", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, c. 11, sy. 143, s. 179-193. Recep Gülşen. Sağlık Personeline Karşı Görevleri Sebebiyle veya Sırasında Suç İşleyenlere Yönelik Yakalama ve Tutuklama Tedbirlerinin Uygulanması, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan. 2019, c. 3, s. 2961-2971. Saniye Albaş. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Haksız Tutuklama Üzerine Kısa Bir Değerlendirme, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, c. 18, sy. 2, s. 441-458. Selman Dursun. İade Amacıyla Geçici Tutuklama ve Diğer Koruma Tedbirleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan. 2019, c. 3, s. 3277-3291.

Recent Publications Related to Indictment (II, 1-h)

Alpaslan Şirin. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda İddianamenin İadesi Kurumu, Bahçeşehir Üniversitesi (Yüksek Lisans), 2016. Bahri Öztürk. Ceza Muhakemesinde Ara Muhakeme Evresi Özellikle İddianamenin İadesi, Seçkin Yayınevi, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan. 2016, c. 3. Birsen Elmas. Yargıtay Kararları Işığında İddianamenin İadesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 2016, c. 0, sy. 28, s. 207-234. Cemre Saygın. Ceza Muhakemesi Hukuku'nda İddianame, İddianamenin Unsurları ve İddianamenin İadesi, Marmara Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Erkan Yıldırım. Son Düzenlemeler Özelinde İddianamenin İadesi Kurumu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 2020, c. 0, sy. 42, s. 173-201. Esra Alan Akcan. Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi Kurumu, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, c. 15, sy. 2, s. 173-192. Gökhan Taneri. İlkesel Yaklaşımla İddianamenin İadesi, *Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, c. 2, sy. 2, s. 73-108. Mustafa Deren Özko. Ceza Muhakemesinde İddianamenin İadesi Kurumu, Selçuk Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Rezan Epözdemir. İddianamenin İadesi, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2018, c. 13, sy. 138, s. 14-26. Vuslat Dirim. İddianamenin İadesi ve Yargıtay Uygulamaları, *Fasikül Hukuk Dergisi*, 2012, c. 4, sy. 32, s. 13-17.

Recent Publications Related to Mediation (II, 2-b)

Ayça İzmirlilioğlu. Uzlaştırma Sonucunda İş Kazasından Kaynaklanan Tazminat Davasının Açılmaması veya Açılmış Olan Davadan Feragat Edilmesinin Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum. 2021, c. 1, sy. 68. A. Uğur Eriş. Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Usulü, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2020, c. 5, sy. 1, s. 1289-1309. Ahmet Kemal Burcu Baytemir Kontacı. Çocuklar Bakımından Uzlaştırma: Farklı Yararlar Arasında Bir Denge Arayışı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2020, c. 69, sy. 4, s. 1705-1772. Can Canpolat, Zeyyat Sabuncuoğlu. Uzlaştırma, Legal Yayınevi. 2019. Cankız Ceylan. Ceza Muhakemesinde Uzlaşma Kurumu ve Uzlaştırma Süreci, Kırıkkale Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2020. Dilara Arıç. Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, Bursa Uludağ Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2020. Ebubekir Yıldırım. 6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Türk Hukuk Sisteminde Uzlaştırma Kurumu, Kırıkkale Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Emrah Oğuz. Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Uzlaştırma, Çağ Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2020. Erçağ Metiner, Enes Köken. Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğine İlişkin Değerlendirmeler, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, c. 5, sy. 2, s. 225-249. Ferhat Gezer. Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumu, Bahçeşehir Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2020. Fikret Günay. Türk Ceza Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırmacının Önemi, Yalova Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Huzeyfe Karabay. Türk Ceza Hukuku ve Uluslararası Hukuk Sistemleri Açısından Uzlaştırma, Kırıkkale Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Hüseyin Ertuğrul. 7188 Sayılı Kanun Sonrası Uzlaştırma Kurumu Üzerine Değerlendirmeler, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2020, sy. 2, s. 119-138. İhsan Baştürk. İcra ve İflas Kanununun On Altıncı Babındaki Takibi Şikayete Bağlı Suçlarda Uzlaştırma Kurumunun Uygulanmasının Doğuracağı Sakıncalar, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, c. 2 sy. 4, s. 613-666. İlbey Elbey. Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Kocaeli Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Metin Kaplan. Ceza Muhakeme Hukukunda Uzlaştırma Bürosu, Dicle Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Mustafa Özdemir. Türk Hukukunda Uzlaştırma Kurumu, Kırıkkale Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Mümin Güngör. Mağduriyetin Giderilmesi Açısından Uzlaştırma Kurumu İle Mağdur Hakları Tasarısının İncelenmesi, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2019, sy. 2, s. 189-230. Mürvet Bala Ekiz. Alternatif Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Türk Ceza Muhakemesi Sistemine Uzlaştırma, Dokuz Eylül Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Necmettin Çakır. Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Yalova Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Osman Yılmaz. Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma Müessesesi ve Uzlaştırma Süreci, Karadeniz Teknik Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Sertaç Işıka. Uzlaştırma Sürecinde Suça Sürüklenen Çocuklara İlişkin Bazı Sorun ve Değerlendirmeler / Some Issues and Evaluations Related to Delinquent Children in Conciliation, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2020, sy. 151, s. 61. Ş. Cankat Taşkın. Suça Sürüklenen Çocuklar Açısından Cinsel Taciz Suçunun Uzlaştırma Kapsamında Olduğuna Dair Yargıtay Kararının Eleştirisi (18. C.D. 15.11.2017, 2015-42460/ 2017-12981), Bursa Barosu Dergisi, 2020, sy.113, s. 76-82. Z. Özen İnci. Uzlaştırma Kurumu Mahkûmiyet Kararı Verilmesine Alternatif Midir? Anayasa Mahkemesi'nin 13.02.2019 Tarih, 2018/101 E. ve 2019/3 K. Sayılı Kararı Hakkında Düşünceler, Terazi Hukuk Dergisi, 2019, c. 14, sy. 156, s. 1624-1629.

Recent Publications Related to Suspension of Prosecution (II, 2-d)

Ali Emrah Bozbayındır. Ön Ödeme ve Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi, Seçkin Yayınevi, Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan. 2020, s. 877. Ali Tanju Sarıgül. Suça Sürüklenen Çocuklar Bakımından Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumu Üzerine Bir Değerlendirme, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2021, c. 16, sy. 175, s. 540-548. Ali Rıza Töngür. Metrukiyete Uğramış Bir Kurum: Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi, *Fasikül Hukuk Dergisi*, 2015, c. 7, sy. 67, s. 7-16. Ali Rıza Töngür. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumunun Yeniden Düzenlenmesi Gerekliği Üzerine, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, c. 17, sy. 1, s. 27-49. Ayşe Mine Akçay Kaşlı. Ceza Muhakemesi Hukukunda Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi, Polis Akademisi (Yüksek Lisans). 2017. Mustafa Sinan Güler. Kovuşturmaya Alternatif Bir Yöntem Olarak Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi, Polis Akademisi (Yüksek Lisans). 2020.

Recent Publications Related to Speedy Adjudication Procedure (II, 2-e)

Abdullah Batuhan Baytaç, Seri Muhakeme Usulü, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi. 2020, c. 8, sy. 2, s. 227-273. Ayşe Özge Atalay, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Usulü ve Mukayeseli Hukuktaki Benzer Usuller, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2020, sy. 2, s. 653-732. Beşir Babayiğit, Abdullah Enes Karacan. Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri, Seçkin Yayınevi, Prof. Dr. İbrahim Dülger'in Anısına Armağan. 2021. Durmuş Tezcan. Türkiye'de Ceza Muhakemesinde Kabul Edilen Seri Muhakeme Usulü'nün Fransa Serüveni Hakkında Kısa Bir Değerlendirme, Filiz Kitabevi, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Vefa Andacı, 2020, c. 2 s. 751. Elif İldırar. Seri Muhakeme Usulü, Seçkin Yayınevi. 2021. Gülsün Ayhan Aygörmöz, Mehmet Korkmaz. Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme

ve Basit Yargılama Usulü Muhakeme Stratejileri, On İki Levha Yayıncılık. 2021. Gülşen Başarır. Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinin Değerlendirilmesi, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, sy. 12, s. 289-314. Hakan Kızılarlan. 7188 Sayılı Kanun'la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2019, c. 14, sy.183-184, s. 1885-1960. M. Emre Tulay. Seri Muhakeme Usulü (Cmk M. 250), İzmir Barosu Dergisi. 2020, sy. 2. Mustafa Ruhan Erdem, Candide Şentürk. Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi (CMK m.250), Ceza Hukuku Dergisi, 2019, sy. 41, s. 573-601. Melike Ezgi Yetimoğlu. Türk ve Fransız Ceza Muhakemesi Hukuklarında Seri Muhakeme Usulüne Karşılaştırmalı Bakış, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, sy. 1, s. 7-58. Öznur Sevdiren. Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Seri Muhakeme Usulü Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, sy. 189-190, s. 573-616. Uğur Ersoy. Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2020, c. 28, sy. 2, s. 857-885. Yavuz Erdoğan. Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü, Legal Hukuk Dergisi. 2020, c. 18, sy. 209, s. 1989-2036. Zahit Yılmaz, Özge Apış. Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. 2020, c. 26, sy. 1, s. 62-106. Ziya Koç. Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Mahkeme Kararları Işığında Seri Muhakeme Usulüne Farklı Bir Bakış: Masum Kişilerin Cezalandırılması Tehlikesi, Ceza Hukuku Dergisi. 2020, sy. 43, s. 607-663.

Recent Publications Related to Simplified Procedure (II, 2-f)

Beşir Babayiğit, Abdullah Enes Karacan. Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri, Seçkin Yayınevi, Prof. Dr. İbrahim Dülger'in Anısına Armağan. 2021. Erdener Yurtcan. Ceza Davalarında Seri Yargılama ve Basit Yargılama, Aristo Yayınevi. 2021. Gülsün Ayhan Aygörmöz, Mehmet Korkmaz. Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulü Muhakeme Stratejileri, On İki Levha Yayıncılık. 2021. Gülşen Başarır. Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinin Değerlendirilmesi, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2020, sy. 12, s. 289-314. Hakan Kızılarlan. 7188 Sayılı Kanun'la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2019, c. 14, sy. 183-184, s. 1885-1960. M. Emre Tulay, Yamaç Doğan. Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2020, sy. 2, s. 349-376. Mahmut Koca. Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama Usulü, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2020, c. 7, sy. 2, s. 173-196. Nezih Sütçü. Seri ve Basit Yargılama Usullerine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Bursa Barosu Dergisi. 2019, sy. 110, s. 52-61. Şaban Cankat Taşkın. 7188 Sayılı Kanun ile Ceza Muhakemesi Kanunu'na Getirilen "Basit Yargılama Usulü" Hakkında Tespit ve Değerlendirmeler, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2020, c. 5, sy. 1, s. 3105-3126. Uğur Ersoy. Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2020, c. 28, sy. 2, s. 857-885. Zafer İçer. Basit Yargılama Usulü (CMK m.251, 252), Fasikül Hukuk Dergisi. 2020, sy. 125, s. 6-15. Zahit Yılmaz, Özge Apış. Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. 2020, c. 26, sy. 1, s. 62-106.

Recent Publications Related to SEGBİS (II, 4-b)

Erdal Yerdelen. Ceza Muhakemesinde Videokonferans Yönteminin (Segbis) Kullanımı, Bilişim Hukuku Dergisi. 2019, c. 1, sy. 2, s. 271-287. Gizem Dursun. Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, c. 11, sy. 143, s. 127-157. Hakan Karakehya, Asuman İnce Tunçer. İstinaf Yargılamasında Sanığın Sorgusunun Zorunlu Olup Olmadığı ve Bu İşlemden SEGBİS Kullanımı Üzerine Düşünceler. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2017, c. 8, sy. 2, s. 99-136. Halil Güner. SEGBİS Sisteminin Cezaevi Uygulamasının Adil Yargılanma Hakkı Yönünden Değerlendirilmesi, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2014, c. 9, sy. 99, s. 84-86. Orhan Özdemir. Ceza Muhakemesinde Yakalama Tedbiri ve SEGBİS Uygulaması, Ondokuz Mayıs Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2018. Serhat Deniz Çelikkaya. Ceza Muhakemesinde Segbis (Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi), Yeditepe Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Sündüz Nehir Kovar. Türkiye'de Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin (SEGBİS) Hukuksal Yargılama Sürecine Etkisi, İstanbul Bilgi Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Selahattin Kolcu, Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Sanığın Duruşmada Bulunma Hakkı ve SEGBİS Sistemi, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2018, c. 92, sy. 3, s. 247-273.

Recent Publications Related to UYAP (II, 4-b)

Ahmet Türkan, Arzu Erdinçertürk. Akademik Çalışmalar Bağlamında UYAP'a Bakış, *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, 2017, c. 1, sy. 2, s. 69-86. Ali Rıza Çam. UYAP Adli Kolluk Bilişim Sisteminin Faydaları Yargılama Sürecine Sağlayacağı Faydalar, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi. 2016, c. 1, sy. 7, s. 417-439. Ayşe Karakimseli. İcra Takiplerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) Kullanımı, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, c. 13, sy. 1, s. 315-360. Burhan Yaz. Hukuk ve Ceza Mahkemelerinde Yazı İşleri Hizmeti ve UYAP'ın Etkin Kullanımı, Adalet Yayınevi. 2015. Emre Kıyak. Büyük Veri ve Yapay Zeka Teknolojileri İle Adım Adım Zeki UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) Ekosistemine Doğru, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2020, c. 22, sy. 1, s. 79-121. Ömür Kadri Sarı. İdare Hukuku bağlamında E-Devlet dönüşümü ve UYAP, Kırıkkale Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Feyzullah Ünal, İbrahim Kiraz. Türkiye'de E-Devlet Uygulamalarının Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Etkinliği: Adalet Bakanlığı UYAP Bilişim Sistemi Örneği, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. 2017, c. 0, sy. Afro-Avrasya Özel Sayısı, s. 437-450.

Recent Publications Related to Reasoning (II, 4-e)

Ahmet Saltık. Anayasa Mahkemesi'nin Zorunlu Aşı Uygulamasının Yasal Düzenleme Bulunmaması Gereğiyle Hak İhlali Olduğuna İlişkin Bireysel Başvurular Üzerine Verdiği Kararların Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2018. Ali Parlar, Reyhan Yaman, Erdal Şensoy. İstinaf Sistemine Göre İspat Gereği ve Hüküm, Aristo Yayınevi. 2017. Doğan Gedik. İstinaf Yasa Yolunda Bir Bozma Sebebi Olarak Hükümün CMK 230. Madde Gereğince Gereği İçermemesi (CMK m.289/1-G), Terazi Hukuk Dergisi, 2017, c. 12, sy. 126, s. 78-91. Ender Demir. Sosyal Medya Paylaşımları Gereğiyle İşverence İş Sözleşmesinin Feshine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Fasikül Hukuk Dergisi, 2018, c. 10, sy. 108, s. 6-10. İbrahim Aycan. Hukukta Gereği ve Süreç Adaleti Röportajı, Aristo Yayınevi. 2018. Mehmet Akif Tutumlu, Yasanın Yorumunda Gereğinin Rolü, Terazi Hukuk Dergisi, 2018, c. 13, sy. 142, s. 124-134. Mehmet Akif Tutumlu. Tüketici Hakem Heyeti Kararlarında Gereği Sorunu, Terazi Hukuk Dergisi, 2018, c. 13, sy. 139, s. 124-128. Mehmet Güneş. Kamu Özgürlüklerinin Sınırlanmasında Kamu Güvenliği Gereğinin Hukukiliği, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2019, c. 27, sy. 3, s. 435-457. Semih Batur Kaya. Anayasa Mahkemesi Karar Gereğelerinin Bağlayıcılığı Sorunu, On İki Levha Yayıncılık. 2017. Peter Scholz. Alman Ceza Muhakemesinde Tutuklama Kararlarında Gereğinin "Derinliği", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2016, c. 11, sy. 143-144, s. 179-193. Semih Batu Kaya. Anayasa Mahkemesinin Karar Gereğelerinin Bağlayıcılığı Sorunu, Karadeniz Teknik Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2016. Yaşar Salihpaşaoğlu. Anayasa Mahkemesinin Kamu Tüzel Kişilerine Yönelik Bireysel Başvuru Yasağına Yaklaşımı: Çelişen İki Yöntem ve Gereği, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2019, c. 23, sy. 4, s. 279-296. Zühal Aysun Sunay. İdari Yargıda İptal Davası Sonucu Verilen Kararların Gereği, Ankara Üniversitesi (Doktora). 2016.

Recent Publications Related to HAGB (II, 4-c)

Anıl Akyıldız. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kurumuna Yönelik Sorunlar. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2020, c. 17, sy. 3, s. 65-88. Can Yalçın. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınevi. 2021. Dilara Sevimli. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumunun Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2020. Mustafa Erkan. Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 72/5. Maddesinin Kanunilik İlkesi ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Bağlamında Değerlendirilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2019, c. 14, sy. 175-176, s. 329-356. Şeyda Betül Ekin. Ceza Yargılamasında Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, İnönü Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Yakup Tatlı. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, İstanbul Kültür Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019.

Recent Publications Related to Execution of Sanctions (II, 4-e)

İbrahim Organ, Tülay Baran. İdari ve Adli Para Cezalarının Karşılaştırılması, Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi. 2020, c. 13, sy. 4, s. 792-808. Oğuz Bandır. Türk Ceza Hukukunda Adli Para Cezası, İstanbul Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2018. Ali Rıza Çınar. Adli Para Cezasının Bireyselleştirilmesinde Bir Gün Karşılığı Para Miktarından Kaynaklanan Sorunlar, Terazi Hukuk Dergisi. 2016, c. 11, sy. 118, s. 28-40. Osman Kaşıkçı. İslam-Osmanlı Hukukunda Adli Para Cezaları, Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2013, sy. 2, s. 229-23. Recep Gülşen. 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar, *Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, c. 2, sy. 2, s. 7-24. Mustafa Albayrak. Uzun Süreli Hapis Cezalarından Çevrili Adli Para Cezasının, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kapsamında Değerlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi. 2012, c. 0, sy. 71, s. 55-57. Mustafa İnanç. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Hapis ve Adli Para Cezaları-I, *Yaklaşım Dergisi*. 2012, sy. 232. Soner Hamza Çetin. Adli Para Cezası (TCK m. 52) Türk Ceza Kanunu'nda, Adalet Yayınevi. 2012. Halil Polat. 5237 Sayılı TCK Kapsamında Adli Para Cezası, *Legal Hukuk Dergisi*. 2011, sy. 103, s. 2729-2748. Ali Burak Uğur. Adli Para Cezası, Terazi Hukuk Dergisi. 2011, sy. 62, s. 40-48. Ş. Cankat Taşkın. Adli para cezası, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi. 2010, c. 0, sy. 71-72, s. 53-99. Gökhan Türkoğlu. Adli Para Cezasının Hükümleri ve İnfazı, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku II. Kitap. 2010, s. 371-391. Togay Akdemir. Son Değişiklikler ve Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde Adli Para Cezalarının İnfazı, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2009, c. 4, sy. 32, s. 73-78. Osman Atalay. Hapisten Çevrilen Adli Para Cezalarının İnfazı, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2008, c. 3, sy. 21, s. 101-105.

Recent Publications Related to Efficiency of Proceedings (II, 5-a)

Ahmet Bağrıaçık. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. Maddesine Göre Yapılan Başvuruya Zimni Retten Sonra Gelen Açık Ret Cevabının Dava Açma Süresine Etkisi*, Ankara Barosu Dergisi. 2018, c. 76, sy. 3, s. 81-102. Ali Değirmendereli, Müzeyyen Eroğlu Durkal. Son Değişiklikler Işığında Mali ve Adli Tatilin Değerlendirilmesi ve Dava Açma Sürelerine Etkisi, Vergi Sorunları Dergisi. 2019, c. 42, sy. 366, s. 84-104. Alper Aydın. Mahkemeye Erişim Hakkı Işığında Veri Mahkemelerinde Dava Açma Süreleri, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 2018, c. 0, sy. 34, s. 537-585. Bilge Uz. Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumuna Yapılan Başvuruların Dava Açma Süreleri Üzerindeki Etkisi, Ombudsman Akademik. 2018, c. 4, sy. 8, s. 59-73. Bülent Ferhat İşi. İşe İade Davalarının Süresinin Makul Sürede Yargılanma Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, c. 7, sy. 14, s. 459-485. Bünyamin Canbolat. İmar Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Dava Açma Süresi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2018. Ceren Kurtaran. Dava Açma Süresi Bağlamında İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. ve 11. Maddesinde Yer Alan İdari Başvurular, Ankara Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2019. Esengül Albayrak Sekban. İdari Yargıda Dava Açma Süreleri ve Genel Esasları, İnönü Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2020. F. Ebru Gündüz. Mücbir Sebebin İdari Dava Açma Sürecine Etkisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2019, c. 23, sy. 2, s. 237-266. Gülnihal Pezük. Hak Arama Hürriyeti Bağlamında Türk İdari Yargısında Dava Açma Süreleri, İstanbul Şehir Üniversitesi (Yüksek Lisans). 2020. M. Aytaç Öznelçi. Mahkemeye Erişim Hakkı Yönünden Doğrudan Doğruya Tam Yargı Davası Açılması Usulünde Zorunlu Başvuru Ve Dava Açma Süreci Hakkında İçtihadî Görüşlerin Seyri, *Legal Hukuk Dergisi*. 2019, c. 17, sy. 200, s. 3307-3342. Mehmet Polat Kalafatoğlu. Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakem Kararı Hakkında Düzeltme Yorum ve Tamamlama Kararları ve Bu Kararların İptal Davası Açma Süresine Etkisi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni. 2020, c. 40, sy.

1. Seher Serttaş. Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Türk İdari Yargılama Hukukunda Dava Açma Süresi, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2020, sy. 15, s. 75-103. Taner Ayanoglu. Bireysel İdari İşlemlere Karşı Dava Açma Süresinin Başlangıcı, On İki Levha Yayıncılık. 2019.

KISALTMALAR

a.g.e.	:	adı geçen eser
AAD 65.X.15	:	Askerî Adalet Dergisi, 1965, Ekim, s. 15.
ABD	:	Amerika Birleşik Devletleri
ABD 66, 15	:	Ankara Barosu Dergisi, 1966, s. 15.
ABKD	:	Adalet Bakanlığı Kararlar Dergisi
AD	:	Adalet Dergisi
Ad. Cer.	:	Adalet Ceridesi
AdB	:	Adalet Bakanlığı
AdD (AdC)	:	Adalet Dergisi (Adliye Ceridesi)
AdYMK	:	Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun (2004-5235),
AFDI	:	Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul
AğCM	:	Ağır Ceza Mahkemesi
AHFD	:	Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
AHFM	:	Ankara Hukuk Fakültesi Mecmuası
AİHK	:	Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AKBK	:	Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi
AY	:	Anayasa
AY "61"	:	1961 Anayasası
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
AYMK	:	Anayasa Mahkemesi Kanunu
ArY	:	Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği
AsCK	:	Askeri Ceza Kanunu
AsHK	:	Askerî Hâkimler Kanunu
AsK	:	Askerlik Kanunu
ASK	:	Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanun (6136)
AsİCM	:	Asliye Ceza Mahkemesi
AsY	:	Askeri Yargıtay
AsYDK	:	Askerî Yargıtay Daireleri Kurulu
AsYDKK	:	Askeri Yargıtay Daireler Kurulu Kararı

AsYİM	:	Askerî Yüksek İdare Mahkemesi
AsYİMK	:	Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu
AsYK	:	Askerî Yargıtay Kanunu
AsYKD	:	Askerî Yargıtay Kararları Dergisi
AsMK	:	Askerî Mahkemeler Kanunu
AsyIVfG	:	
ATE	:	Adli Tıp Enstitüsü
AusIG	:	
AvK	:	Avukatlık Kanunu (No. 1136)
AyMhK	:	Anayasa Mahkemesi Kararı
AYrg.	:	Anayasa Yargısı, 1984
BAM	:	Bölge Adliye Mahkemesi
BasK	:	Basın Kanunu
BGB	:	Alman Medeni Kanunu
BGH	:	Alman Federal Yargıtayı
BİİVMK	:	Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri Kanunu
BK	:	Borçlar Kanunu
BJA	:	
BKK	:	Bakanlar Kurulu Kararı
BR-Dr.	:	
BRAGebO	:	
BRD	:	Almanya Federal Cumhuriyeti
BSGS	:	
BVerfG	:	Alman Anayasa Mahkemesi
BZRG	:	Alman Adli Sici Kanunu
c.	:	Cilt
ÇASÖMK	:	
CD	:	Yargıtay Ceza Dairesi
CDBK	:	Yargıtay Ceza Daireleri Başkanları Kurulu
CDPC	:	Comité Européen pour les Problèmes Criminel (1977'den itibaren)
CE	:	Conseil de l'Europe
ÇekK	:	Çek Kanunu (Kanun no: 5941, Kabul Tarihi: 14.12.2009, Yayımlandığı Resmî Gazete: 20.12.2009 – 27438)
CEPC	:	Comité Européen pour les Problèmes Criminel (1977 ye kadar)
CGİK	:	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CGK	:	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
CHKED	:	İ.Ü. Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü Dergisi
ÇİGM	:	Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü

CİK	:	Cezaların İnfazı Hakkında Kanun (1965.647)
CK	:	Mülga Türk Ceza Kanunu
CKAAS	:	Ceza Koşuşturmalarının Aktarılması Avrupa Sözleşmesi
CM	:	Ceza Muhakemesi
CMH	:	Ceza Muhakemesi Hukuku
CMK	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇMK	:	Mülga Çocuk Mahkemeleri Kanunu
CMKAAS	:	
CMKT	:	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 1999 Tasarısı
CMUK	:	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CPI	:	Codice penale italiano
CPPF	:	Code de procédure pénale français
CPPI	:	Codice di procedura penale italiano
CPS	:	Code Pénal Suisse
CRDC	:	Commission de Réforme du Droit du Canada
CYMDAS	:	Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Avrupa Sözleşmesi
D	:	Daire
D. III, 65	:	Düstur, III. tertip, s. 65
D6D	:	Danıştay 6. Dairesi
DD	:	Danıştay Dergisi
DDDK	:	Danıştay Dâva Daireleri Kurulu
DerneklerK	:	Dernekler Kanunu
Devlet MmK.	:	1965-657
DGM	:	Devlet Güvenlik Mahkemesi
DİB	:	Doktrin ve İçtihatlar Bülteni
DK	:	Danıştay Kanunu
DMK	:	Devlet Memurları Kanunu
dn.	:	
DNA	:	
DRİG	:	
E.	:	Esas
EC	:	European Community
ECJ	:	European Court of Justice; the judicial body responsible for ensuring Member States comply with community law.
EDU	:	Europol Drugs Unit
EEC	:	European Economic Community; Avrupa Ekonomik Topluluğu
ETK	:	Emniyet Teşkilâtı Kanunu
EU	:	European Union

EuGRZ	:	Europäische Grundrechte (Dergi)
EÜHF	:	Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	:	Fıkra
FAG	:	Alman Haberleşme Tesisleri Kanunu
FRE(US)	:	Federal Rules of Evidence
FS	:	Festschrift (Armağan)
FSEK	:	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GG	:	Alman Anayasası
GVG	:	Alman Mahkemeleri Teşkilatı Hakkında Kanun
HD	:	Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	:	Yargıtay Hukuk Genelkurulu
HİD	:	Hukuk ve İçtihatlar Dergisi
HK	:	Hâkimler Kanunu
HMK	:	Hukuk Muhakemeleri (Usulü) Kanunu
MÖHK	:	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkında Kanun
HSYKK	:	Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu
Hük. Ger.	:	Hükümet gerekçesi
İBD (İBM)	:	İstanbul Barosu Dergisi (Mecmuası)
İçBBK	:	İçtihat Birleştirme Büyük Genelkurulu
İçBCG	:	İçtihat Birleştirme Ceza Genelkurulu
İçBHG	:	İçtihat Birleştirme Hukuk Genelkurulu
İçBK	:	İçtihadı Birleştirme Kararı
İçBKBGK	:	İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı
ICTR	:	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	:	International Criminal Tribunal for the (Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of) Former Yugoslavia (since 1991)
İHAS	:	İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İHD	:	İleri Hukuk Dergisi
İHEB	:	İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İHFM “41” 75, 15	:	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 1975, c. 41, s. 15
İHVİD	:	İdare Hukuku ve İlimler Dergisi
İİK	:	İcra ve İflâs Kanunu
İKİD 65, 4160	:	İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi, 1965, s. 4160
itb.	:	itibariyle
İYK	:	İdarî Yargılama (Usulü) Kanunu
İz. Bar. Der.	:	İzmir Barosu Dergisi
JCP	:	Juris-classeur périodique (Semaine juridique)

JGG	:	
K	:	Kanun
K.	:	Karar
K.No.	:	Kanun No.
KaçMK	:	Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu (Kanun no. 5607, Kabul tarihi: 21.03.2007, Yayımlandığı Resmî Gazete: 31.03.2007/26479, Değişiklikler: 2007.5622, 2009.5911)
KD	:	Kararlar Dergisi (Adalet Bakanlığı)
KHK	:	Kanun Hükmünde Kararname
KöyK	:	
KTK	:	Karayolları Trafik Kanunu
KTY	:	Karayolları Trafik Yönetmeliği
LG	:	Alman Eyalet Mahkemesi
m.	:	Madde
MDR	:	
ME PolG	:	<i>Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes.</i>
MGK	:	Milli Güvenlik Konseyi
MHAD	:	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MHD	:	Mukayeseli Hukuk Dergisi
MİTK	:	Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu
MK	:	Medenî Kanun
MKK	:	Millî Korunma Kanunu
MMH	:	Medenî Muhakeme Hukuku
MMHK	:	Memurin Muhakematı Hakkında Kanun
MSMUK	:	
MTK	:	Muhakimin Teşkilâtına ait Ahkâmı Muadil Kanun
MÜİCKAUM	:	Marmara Üniversitesi İnsan Hakları, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi
Mülga KaçK	:	
n.	:	Bahis numarası
No. K.	:	Numaralı Kanun
OHK	:	Olağanüstü Hal Kanunu
OLG	:	Alman Yüksek Eyalet Mahkemesi
ÖSYM	:	Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi
OwiG	:	Alman Düzene Aykırılık Kanunu
PACE	:	
PassG	:	
PVSK	:	Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu.

PVST	:	
RC	:	Resmi Ceride
RDPr	:	Rivista di Diritto Processuale
RDPrP	:	Rivista di Diritto Processuale Penale
RG	:	Resmi Gazete
RICPT	:	Revue Int. de Criminologie et de Police Technique
RIDP	:	Revue Internationale de Droit Penal
RIDPP	:	Rivista Italiana di Diritto e Procedure Penale
RIDPt	:	Rivista Italiana di Diritto Penitenziario
RIDS	:	Revue Internationale de Défense Sociale
RistBV	:	Alman Savcılarının Görev ve Yetkileri Konusunda Yönetmelik
RivIDP	:	Rivista Italiana di Diritto Penale
RKD 66, 8.	:	
RO	:	Recueil Officiel des arrêts du Tribunal Fédéral (Suisse)
RPS	:	Revue Pénale Suisse
RSCDPC	:	Revue de Science Criminologique et de Droit Pénal Comparé
s.	:	Sahife
S. Sayısı	:	Tutanak Dergisi S. Sayısı
Sa.	:	Sayı
SBFD	:	Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
SCM	:	Sulh Ceza Mahkemesi
SDÜ	:	Schengener Durchführungsbereinkommen
Sİ	:	Son İçtihatlar
SIRENE	:	Supplementary Information Requests at the National Entry (SIS ile bağlantılı)
SIS	:	Schengen Information System
SK	:	Sıkıyönetim Kanunu
sK.	:	Sayılı Kanun
StGB	:	Alman Ceza Kanunu
StPO	:	Alman Ceza Muhakemesi Kanunu
StrEG	:	Alman Ceza Koğuşturmasından Doğan Zararların Ödenmesi Hakkında Kanun
StVollzG	:	
SulhCM	:	

TelekomünikasyonY: 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 (RG 10.11.2005)

TBB	:	Türkiye Barolar Birliği
TBBB	:	Türkiye Barolar Birliği Bülteni
TBBD	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TBMM	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TebK	:	Tebliğat Kanun
TEC	:	Treaty Establishing European Communities
TEU	:	Treaty of European Union (Maastricht Treaty)
TİK	:	Türk İçtihatlar Külliyatı
TK 1938	:	Temyiz Kararları (1938, ceza kısmı)
TPKK	:	Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu
TVK	:	Türk Vatandaşlığı Kanun
UM	:	Uyuşmazlık Mahkemesi
UMK	:	Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu
VStGB	:	Völkerstrafgesetzbuch
VTK 6. D	:	Vergiler Temyiz Komisyonu 6. Daire.
VUK	:	Vergi Usul Kanunu
YaşHD	:	Yaşayan Hukuk Dergisi
YBK	:	Yargıtay Başkanlar Kurulu
YDü	:	Yargı Dünyası, Aylık İçtihat, Mevzuat ve Bilimsel İncelemeler Dergisi
YD	:	Yargıtay Dergisi
YakalamaY	:	Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği
YHD	:	Yasa Hukuk Dergisi
YHİ	:	Yeni Hukuk ve İçtihatlar
YHK	:	Yüksek Hakimler Kurulu
YİBK	:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, C.I ve II
YİçBBGKK	:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı
YK	:	Yargıtay Kanunu
YK 1944, 113	:	Yargıtay Kararları, 1944, Ceza Kısmı, s. 113
YKD	:	Yargıtay Kararları Dergisi
YYB	:	Yargıtay Büyük Kurulu
ZP0	:	Alman Medeni Muhakeme Kanunu

KAVRAM ENDEKSİ

Adli kolluk. 418

Adli kontrol; Güvence ile salıverilenin yeniden tutuklanması. 372

Adli kontrol; Güvencenin geri verilmesi. 373

Adli kontrol; Yurt dışına çıkarmama. 383

- Adli kontrol. 371
- AİHM'nin Sözleşmeye aykırılık tespit eden kararı. 554-1
- AİHMnin Ceza Muhakemesine ilişkin olarak verdiği bazı kararlar. 583
- Akıl hastası sanıkların muhakemesi. 489
- Akıl hastası suçlular hakkındaki güvenlik tedbiri kararında değişiklik muhakemesi. 503
- Alkol muayenesi. 403-25
- Alternatif uyuşmazlık çözme usulleri hakkında genel bilgiler. 426-1
- Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru. 580
- Anayasaya aykırılık iddiası. 578
- Arama kararı. 388
- Arama konusunda en çok rastlanan kanuna aykırılıklar, iyi örnekler. 389-1
- Arama; Önleme araması. 386-1
- Aramanın gayesi ve niteliği. 386
- Aramanın koşulları. 387
- Aramanın yapılması. 389
- Araştırma tedbiri kavramı. 403-2
- Araştırma tedbirleri. 403-3
- Araştırma; Bilgi edinme. 419
- Araştırma; Doğrudan doğruya araştırma. 421
- Askerî ceza muhakemesi. 83
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. 581
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki davanın yürüyüşü. 582
- Bağlantı kavramı ve Muhakeme Hukukunda bağlantı. 152
- Bağlantı; Beklettirici mesele sayma. 157
- Bağlantı; Görev yönünden yetki ve yargılanacak uyuşmazlıklar arasında bağlantı. 221
- Bağlantı; Muhakemelerin birleştirilmesi. 155
- Bağlantı; Nispi muhakeme. 156
- Bağlantı; Yargılanacak uyuşmazlıklar arasında bağlantının çeşitleri. 153
- Bağlantı; Yargılanacak uyuşmazlıklar arasında bağlantının sonuçları. 154
- Basit Yargılama Usulü Kavramı. 436
- Başlangıç soruşturmasının fiilî ve kanunî durumu. 414
- Başlangıç soruşturmasının gayesi, görevleri, başlaması ve bölümleri. 415
- Başlangıç soruşturmasının organları. 417
- Başlangıç soruşturmasının özellikleri. 416
- Başlangıç şüphesi. 415/III
- Beden muayenesi; Diğer kişilerin beden muayenesi. 403-24
- Beden muayenesi. 403-23

- Belge delilleri. 351
- Belge; Ses ve görüntü tespit eden belge. 356
- Belge; Şekil tespit eden belge. 355
- Belge; Yazılı belge. 353
- Belge; Yazılı belgelerin sağlamlık bakımından sınıflandırılması. 354
- Belgelerin sınıflandırması. 352
- Belirti; Sun'î belirti. 358
- Belirti; Tabîî belirti. 357
- Beyan; Sanık dışındaki tarafların beyanı. 350
- Bilgi toplama. 403-4
- Bilgisayarda yapılan arama.399-1
- Bilirkişi incelemesinin yapılması. 338
- Bilirkişi mütalâası. 335
- Bilirkişinin ödevleri. 336
- Bilirkişinin yetkileri. 337
- Birleştirme; Bağlantılı muhakemelerin yüksek yetkili mahkemede birleştirilmesi. 195
- Bozmaya uymadan sonraki duruşma: Mahkemenin verdiği yeni hüküm: a) Serbestlik kaidesi. 549
- Butlan. 289
- Ceza davası. 96
- Ceza iddiası. 97
- Ceza kararnameleleri. 427
- Ceza kararnamesi; İdari makamların ve kolluk memurlarının ceza kararnamesi. 429
- Ceza kararnamesi; Savcının ceza kararnamesi. 430
- Ceza kararnamesi; Sulh hakiminin ceza kararnamesi. 428
- Ceza kovuşturması. 98
- Ceza Muhakemesi Hukuku ile Ceza Hukuku arasında konu bakımından ilişki. 9
- Ceza Muhakemesi Hukuku ile muhakeme hukukunun diğer dalları arasındaki ilişki. 10
- Ceza Muhakemesi Hukuku ile Suç Hukuku arasında konu bakımından ilişki. 6
- Ceza Muhakemesi Hukuku normlarının Suç Hukuku normlarından ayırt edilmesi. 299
- Ceza Muhakemesi Hukuku ve Ceza. 4
- Ceza Muhakemesi Hukuku ve Muhakeme. 3
- Ceza Muhakemesi Hukukunun âletliğı meselesi. 7
- Ceza Muhakemesi Hukukunun özerkliğı. 8
- Ceza Muhakemesi Hukukunun Tarifi. 5
- Ceza muhakemesi ilişkisi. 138
- Ceza muhakemesi şartı; Asıl ceza davasının süresinde açılması şartı. 46
- Ceza muhakemesi şartı; Askerlik dokunulmazlığının kalkması şartı. 57

- Ceza muhakemesi şartı; Aynı dâvaya bakılmakta olmaması şartı. 66
- Ceza muhakemesi şartı; Bekletici meselenin çözülmesi şartı. 52
- Ceza muhakemesi şartı; Ceza muhakemesi şartlarının sonuçları bakımından kanunumuz. 45
- Ceza muhakemesi şartı; Diğer ceza muhakemesi şart veya engelleri. 67-1
- Ceza muhakemesi şartı; Diplomatlık ve Devlet başkanlığı dokunulmazlığının kalkması şartı. 58
- Ceza muhakemesi şartı; Ertelemenin kalkması şartı (Durma sebebinin kalkması şartı). 59
- Ceza muhakemesi şartı; Gaipliğın kalkması şartı. 64
- Ceza muhakemesi şartı; Hâkimlik, savcılık, avukatlık ve noterlik dokunulmazlıklarının kalkması şartı. 56
- Ceza muhakemesi şartı; İstem (talep) ve müracaat şartları. 48
- Ceza muhakemesi şartı; İzin şartı. 50
- Ceza muhakemesi şartı; Kabahatüstü (suçüstü) yakalanma şartı. 62
- Ceza muhakemesi şartı; Kamu görevlisi dokunulmazlığının kalkması şartı ve istisnası. 54
- Ceza muhakemesi şartı; Kamu yararı şartı. 51
- Ceza muhakemesi şartı; Karşılıklılık şartı. 61
- Ceza muhakemesi şartı; Kesin hüküm bulunmaması şartı (Ne bis in idem). 65
- Ceza muhakemesi şartı; Müspet ve menfi şartlar. 42
- Ceza muhakemesi şartı; Mütalâa şartı. 49
- Ceza muhakemesi şartı; Sanığın akıl hastası veya çocuk olmaması şartı. 63
- Ceza muhakemesi şartı; Sanığın Türkiye’de bulunması şartı. 60
- Ceza muhakemesi şartı; Seçim dokunulmazlığının kalkması şartı. 55
- Ceza muhakemesi şartı; Suça tesir eden sebep ve ceza muhakemesi şartı. 40
- Ceza muhakemesi şartı; Suçlunun cezalandırılmasına tesir eden sebep ve ceza muhakemesi şartı. 41
- Ceza muhakemesi şartı; Şikâyet şartı. 47
- Ceza muhakemesi şartı; Yasama ve bakanlık dokunulmazlıklarının kalkması şartı. 53
- Ceza muhakemesi şartı; Yazılı başvuru şartı. 47-1
- Ceza muhakemesi şartı; Yeni delil veya yeni olay meydana çıkmaması şartı. 67
- Ceza muhakemesi şartının niteliği. 39
- Ceza muhakemesi şartlarının sınıflandırılması. 43
- Ceza muhakemesi şartlarının sonuçları. 44
- Ceza muhakemesinin alanı ve makamları. 38
- Ceza muhakemesinin çeşitleri. 408
- Ceza Muhakemesinin Günümüzdeki Gayeleri. 11
- Ceza Muhakemesinin Temel İlkeleri, Etkinlik ve Ceza Adalet Politikası. 16
- Ceza soruşturmasının başlatılması ve adli araştırmalar. 420
- Ceza yargılama görevi. 69
- Ceza yargılama makamı. 70
- Ceza yargılaması makamları. 86

- Ceza yargılaması ve güvenlik tedbirleri. 74
- Ceza yargılaması ve konusu. 72
- Ceza yargılamasının özellikleri. 71
- Ceza yargılamasının sınırı. 73
- Cezadan mahsup muhakemesi. 506
- Cezaların toplanması muhakemesi. 500
- Cezanın ertelenmesi ve erteleme kararının geri alınması muhakemeleri. 494
- Çocuk tanık; Küçük ve kırılğan gurutaki tanıkların dinlenmesi. 348-1
- Çocuk; Küçük sanıkların muhakemesi. 488
- Çocuk; Küçük suçlular hakkındaki güvenlik tedbiri kararında değişiklik muhakemesi. 502
- Delil elde etme amaçlı iletişim denetleme. 403-19
- Delil ve şüphe sebebi. 328
- Deliller; Bilimsel deliller. 325
- Deliller; Hüküm vasıtası olarak deliller. 321
- Deliller; Sınır aşan ceza kovuşturmasında kullanılan deliller. 330-1
- Deliller; Vicdanî delil sistemi. 323
- Delilleri ortaya konulması ve şekilleri. 477
- Delillerin niteliği. 322
- Delillerin ortaya konulmasında kaideler. 479
- Delillerin ortaya konulmasının kabul edilmesi. 478
- Delillerin özellikleri. 324
- Delillerin sınıflandırılması. 342
- Delillerin takdiri. 332
- Delillerin tek tek tartışılması. 480
- Devletin ceza iddiası makamları. 106
- Durdurma. 403-6
- Duruşma aşamasında yargılamanın özellikleri. 469
- Duruşma hazırlığı aşamasının gayesi, makamları, görevleri ve bölümleri. 462
- Duruşma hazırlığının delil toplama bölümü. 464
- Duruşma hazırlığının duruşmayı hazırlama bölümü. 466
- Duruşma hazırlığının sonuç çıkarma bölümü. 465
- Duruşma ve oturumları. 472
- Duruşmada hazır bulunabilecek kimseler. 471
- Duruşmada hazır bulunması gereken kimseler. 470
- Duruşmadan sonuç çıkarma devresinin gayesi, görevleri ve bölümleri. 481
- Duruşmadan sonuç çıkarma devresinin tartışma bölümü. 482
- Duruşmanın delil toplama bölümü. 476

- Duruşmanın gayesi, görevi ve bölümleri. 467
- Duruşmanın giriş bölümü. 475
- Duruşmanın idaresi. 474
- Duruşmanın özellikleri. 468
- Duruşmaya ara verilmesi ve duruşmanın başka bir gün yapılması. 473
- Elegeçirme. 381
- Elkonulan eşyanın saklanması, geriverilmesi veya elden çıkarılması. 397
- Elkoyma işleminin yapılması. 395
- Elkoyma kararı ve emri. 394
- Elkoyma; Basılmış eserlere elkoyma. 393
- Elkoyma; Delil olabilecek veya müsadere edilecek eşyaya elkoyma. 392
- Elkoyma; Gaiplerin ve kaçakların mallarına elkoyma. 399
- Elkoyma; Suçla ilgili olmayan eşya ve alacaklara elkoyma. 398
- Elkoyma. 391
- Erk ve ödev; Sühlerin erk ve ödevi. 136
- Erklerin ve ödevlerin çeşitleri. 137
- Eski hale getirme. 295
- Fiili veya fikri işlemlerde Anayasaya aykırılıkta ferdi başvuru sorunu. 579
- Fizik kimliğin tespiti. 403-9
- Geçici olarak güvenlik tedbirlerine başvurma. 385
- Gerekçe; Kararın “sonuç” kısmı. 29
- Gerekçe; Mesele. 27
- Gerekçe. 28
- Gerekçe; Tutuklama kararının gerekçesi. 366/III
- Gizli soruşturma yöntemlerinde müdafaa sorunu. 260-1
- Gizli soruşturmacı ile ilgili AİHM kararları ve Alman Hukukundaki düzenleme. 403-22
- Gizli soruşturmacı. 403-21
- Görev yönünden yetkinin niteliği ve amacı ve çeşitleri. 211
- Görev; Adli özel ceza mahkemelerinin madde yönünden yetkisi. 192
- Görev; Ağır ceza mahkemesinin görevi. 191
- Görev; Asliye ceza mahkemesinin görevi. 190
- Görev; Madde yönünden yetki uyumsuzlukları. 196
- Görev; Sulh ceza mahkemesi. 189
- Görevsizlik kararı ve yetkisiz hâkimin yaptığı işlemler. 193
- Görevsizlik kararı; Yüksek yetkili mahkemenin görevsizlik kararı verememesi. 194
- Gözaltı süreleri. 378
- Gözaltına alınan şüphelinin muayene edilmesi. 403-26

- Gözaltına alma kararı ve nezarethane işlemleri. 379
- Gözlem altına alma. 384
- Güvence; Kovuşturma dâvacısının teminat vermesi sorunu. 402
- Güvence; Şahsi davacının teminat vermesi sorunu. 401
- Güvenlik tedbiri ve muhakemesi. 487
- HAGB; Hükümün verilmesi, açıklanması ve hükümün açıklanmasının geri bırakılması. 486
- Hak düşümü. 288
- Hakikatin araştırılması safhası, toplum ile sanığın korunması. 15
- Hakikatin araştırılması safhası. 14
- Hâkimin bağımsızlığı. 180
- Hâkimin dâvaya bakamayacağı haller (Yargılamama mecburiyeti). 182
- Hâkimin objektifliği (tarafsızlığı ve kişiliğinden sıyrılması). 181
- Hâkimin ödevleri. 184
- Hâkimin reddi dâvası ve hâkimin çekinmesi. 183
- Hâkimin yetkileri. 185
- Hâkimlerin kararlarının niteliği. 275
- Hâkimlerin sınıflandırması. 178
- Hâkimlik kararları. 276
- Hâkimlik şartları ve vasıfları. 179
- Hâkimlikler. 88
- Hukuk bakımından yokluk. 287
- Hukuk düzeni. 298
- Hukuk İlişkisi kavramı. 134
- Hukuk ilişkisi; Ceza muhakemesi ilişkilerinin hukuklaşması. 133
- Hukuk ilişkisinin objesi olarak görev. 135
- Hukuk; Ceza Muhakemesi Hukuku ve Hukuk. 2
- Hukuka aykırı deliller. 358-1
- Hukukî değer hükümünün verilmesi. 297
- Hukukî değer. 263
- Hukukî değerlendirme (tavsif). 296
- Hukukî işlem, muhakeme işlemi ve ceza muhakemesi işlemi. 262
- Hukuki işlem; Açık işlemler. 272
- Hukuki işlem; Bildirme ve çeşitleri. 283
- Hukuki işlem; Doğrudan doğruya bildirme. 284
- Hukuki işlem; Dosya. 270
- Hukuki işlem; Gizli işlemler. 273
- Hukuki işlem; Hâkimlerin fikrî ve fiilî işlemleri. 274

- Hukuki işlem; Hareketli işlemler. 271
- Hukuki işlem; Sözlü işlemler. 268
- Hukuki işlem; Yazılı işlemler. 269
- Hukuki işlemin dil şartı. 265
- Hukukî işlemin ruhî ve maddî unsurları. 264
- Husumet. 165
- Hükme birden fazla hâkimin katılması. 22
- Hükmün her evrede oluşu. 18
- Hükmün mecburiliği meselesi. 30
- Hükmün unsurları. 26
- Hükmün unsurları. 484
- Hüküm ve çeşitleri. 483
- Hüküm vermenin kolektif oluşu. 19
- Hüküm; Çelişme. 21
- Hüküm; Kesin hüküm. Yargı. 25
- Hüküm; Mütalâa niteliğinde hüküm; Mütalâa. 23
- Hüküm; Psikolojik bakımdan hüküm. 17
- Hüküm; Tarafların da hüküm verilmesine katılması. 20
- Hükümdeki cezanın belirlenmesi. 485
- Hükümlünün veya sanığın aleyhine yenileme sebepleri. 554-2
- İddia görevi ve dava. 92
- İddia hakkı ile uyuşmazlık konusu hak arasındaki ilişkiyi açıklayan nazariyeler. 93
- İddia hakkının uyuşmazlık konusu haktan farklı olduğu nazariyeleri. 95
- İddia hakkının uyuşmazlık konusu haktan farklı olmadığı nazariyesi. 94
- İddianamenin düzenlenmesi. 458-2
- İddianamenin iadesi. 458-3
- İfade alma ve sorgu. 349
- İfade alma; Dolayısı ile araştırma: İfade alma ve teşhis. 422
- İfade almadaki hukuka aykırılıklar. 349-1
- İlksoruşturma; Talepnamenin reddi kararı. 450
- İlksoruşturmada sonuç çıkarmadan sonra yapılacak işlemler. 458
- İlksoruşturmada verilen kararlar. 454
- İlksoruşturmada verilen sonsoruşturmanın açılmaması kararı. 455
- İlksoruşturmada verilen sonsoruşturmanın açılması kararı. 456
- İlksoruşturmada verilen sonsoruşturmanın durması kararı. 457
- İlksoruşturmanın açılması kararı. 451
- İlksoruşturmanın başlama bölümü. 449

- İlksoruşturmanın delil toplama bölümü. 452
- İlksoruşturmanın gayesi, görevleri ve bölümleri. 446
- İlksoruşturmanın makamları. 448
- İlksoruşturmanın özellikleri ve ilksoruşturmada yargılama. 447
- İlksoruşturmanın sonuç çıkarma bölümü: a) Taraf mütalaalarının alınması. 453
- İlksoruşturmanın yeri ve kanunumuzdaki durum. 445
- İnfaz ve muhakemesi. 496
- İnfazda açıklama muhakemesi. 499
- İnfazın başlaması ve yabancı Devlete bırakılması. 497
- İnfazın geri bırakılması, durdurulması ve muhakemeleri. 498
- İnsan haklarının Ceza Muhakemesi açısından önemi. 575
- İnsan haklarının korunması ve Anayasaya aykırılık kavramı. 574
- İnternete erişimin engellenmesi. 403-1
- İsnat. 164
- İspat konusu. 329
- İspat külfeti; Hâkimin ve savcının delil araştırması.330
- İspat; Mantık bakımından sübut hükmü. 331
- İspat; Sübut konusunda hüküm faaliyeti. 333
- İspat; Şüpheden sanığın faydalanması. 327
- İspatın nispiyeti. 326
- İstihbarat ve suç önleme amaçlı iletişim denetlemesi. 403-18
- İstihbarat. 403-5
- İstinabe. 206
- İstinaf davasının açılması ve sonuçları. 524
- İstinaf davasının açılması. 525-2
- İstinaf edilebilen ve istinaf edilemeyen hükümler. 525-1
- İstinaf Mahkemesinin dosya üzerinden esas incelemesi. 525-3
- İstinaf mahkemesinin kararlarına karşı kanun yolu. 525-5
- İstinaf yolu ve kanunlarımız. 523
- İstinaf yolunun mahiyeti. 522
- İstinafın kaldırılması ve tekrar kabulü. 525
- İstinapta duruşma hazırlığı ve duruşma. 525-4
- İş birliği sistemi. 37
- İşten elçektirme, çek düzenleme yasağı ve ruhsat iptali. 403
- İtham sistemi. 35
- İtiraz dâvasının açılması. 520
- İtiraz dâvasının açılmasının sonuçları. 521

- İtiraz olunabilen kararlar. 516
- İtiraz olunamayan kararlar. 517
- İtiraz yolunda yargılama makamı. 519
- İtiraz yolunun niteliği. 515
- İtirazın çeşitleri. 518
- Kabul edilmezlik. 290
- Kamu davası. 102
- Kamu davasının devamlılığı. 105
- Kamu davasının kendiliğindenliği. 104
- Kamu davasının mecburiliği. 103
- Kamu görevlisi; İdari ceza soruşturmasının kaldırılması lüzumu. 82
- Kanun yararına bozma; Olağanüstü temyiz dâvası ve muhakemesi. 572
- Kanun yararına bozma; Olağanüstü temyiz muhakemesinde bozmanın tesiri. 573
- Kanun yararına bozma; Olağanüstü temyiz yolunun niteliği. 570
- Kanun yararına bozma; Olağanüstü temyiz şartları ve sebepleri. 571
- Kanun yollarının çeşitleri. 511
- Kanun yolu dâvasının açılması. 513
- Kanun yolu dâvasının açılmasının sonuçları. 514
- Kanun yolu muhakemesinde iddia hakkı. 512
- Kanun yolu muhakemesinin gayesi ve görevi. 510
- Karar düzeltme davası ve muhakemesi. 566
- Karar düzeltme şartları ve sebepleri. 565
- Karar düzeltme yolunun niteliği. 564
- Karar; Karar niteliğinde hüküm. 24
- Kararı temyiz olunan mahkemece yapılacak işlemler. 536
- Karine. 334
- Katılanı bulunan kamu davasında iddia ve müdafaa makamları. 122
- Katılanın hakları ve şahsî hak davası meselesi. 120
- Katılanın ödevleri. 239
- Katılanın sùjeliği. 238
- Katılanın yetkileri. 240
- Katılma; Ferdin savcı ile birlikte iddia makamını işgal etmesi. 119
- Katılma; kamu davasına katılma davasının açılması ve yürütülmesi. 123
- Katılmanın gereği meselesi. 121
- KDEK; Kamu davasının açılmasının ertelenmesi. 434
- Kesin hüküm; Kararın kesinleşme anı. 151
- Kesin hüküm; Yargının değeri. 150

- Kesin hüküm; Yargının kesinliği. 149
- Kesin hüküm; Yargının otoritesi. 148
- Keşif. 340
- Kıyasoruşturmada araştırma bölümü. 442
- Kıyasoruşturmada sonuç çıkarma bölümü. 443
- Kıyasoruşturmanın fiilî ve kanunî durumu. 437
- Kıyasoruşturmanın gayesi, görevleri ve bölümleri. 438
- Kıyasoruşturmanın makamları. 440
- Kıyasoruşturmanın özellikleri. 439
- Kıyasoruşturmaya başlama bölümü. 441
- Kimlik sorma ve kimlik tespit etme. 403-7
- Kişilik haklarının korunması. 577
- Kitabın planı. 1
- Kontrollü teslimat. 403-16
- Koruma tedbiri tazminatı; Haksız tutuklananlara tazminat verilmesi. 375
- Koruma tedbiri tazminatı; Yakalama nedeniyle tazminat. 380
- Koruma tedbiri. 359
- Koruma tedbirlerinin önşartları. 361
- Koruma tedbirlerinin özellikleri. 360
- Koruma tedbirlerinin sınıflandırılması. 362
- Koruma. 423
- Koşullu salıverilme muhakemeleri. 505
- Kovuşturma evresinin başlama bölümü. 463
- Kovuşturma evresinin devreleri. 460
- Kovuşturma evresinin gayesi ve görevleri. 459
- Kovuşturma evresinin özellikleri. 461
- Kovuşturmanın bütünlüğü. 100
- Kovuşturmanın kamu yararına olması. 101
- Kovuşturmasız ceza yargılaması yapılamaması. 99
- KYOK, SYOK; Soruşturmama ve kovuşturamama kararnameleeri. 425
- KYOK; Kovuşturmaya sonverme kararnamesi. 444
- KYOK; Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın ortadan kaldırılması. 426
- Mağdur ve “suçtan zarar gören ferdin” tayini. 169
- Mahkeme kararları. 277
- Mahkemeler; Özel ceza mahkemeleri. 90
- Mahkemeler. 89
- Mahkemelerdeki hâkim sayısı. 91

- Mahkûmiyet kararında değişiklik muhakemesi (uygulama muhakemesi). 501
- Mahkûmiyetin adlî sicilden silinmesi muhakemesi. 507
- Maslahata uygunluk; Cumhuriyet savcısının kamu davası açmada takdir yetkisi. 433
- Moleküler genetik incelemeler ve DNA veri tabanları. 403-28
- Morfoloji; Gelişme prensibi. 406
- Morfoloji; Muhakemenin morfolojisi. 404
- Morfoloji; Organiklik prensibi. 405
- Morfoloji; Uygunluk prensibi. 407
- Muhafaza ve emniyet altına alma. 390
- Muhakeme Hukuku işlemlerindeki aykırılığı kaldırmak için işlemin ortadan kaldırılması. 294
- Muhakeme Hukuku işlemlerindeki aykırılık kaldırılmadan işlemin olduğu gibi muhafazası. 292
- Muhakeme Hukuku işlemlerindeki aykırılık kaldırmak suretiyle işlemin muhafazası. 293
- Muhakeme Hukuku işlemlerindeki aykırılıkların giderilmesi. 291
- Muhakeme Hukuku müeyyidelerinin çeşitleri. 286
- Muhakeme makamının çeşitleri. 33
- Muhakeme makamları arasındaki ilişki bakımından sistemler. 34
- Muhakemenin dirilmesi dâvasının açılması. 560
- Muhakemenin dirilmesi muhakemesi. 562
- Muhakemenin dirilmesi sebepleri. 561
- Muhakemenin dirilmesi yolunun niteliği. 559
- Muhakemenin tekrarlanması yolu, dâvası ve muhakemesi. 563
- Müdafî sayısı. 132
- Müdafî; Kamusal savunma makamı. 129
- Müdafî; Sanık ile müdafisi arasındaki ilişki. 130
- Müdafinin dosyayı inceleme yetkisi. 257
- Müdafinin gözaltındaki veya tutuk şüpheli ile görüşme ve yazışma yetkisi. 260
- Müdafinin hazır bulunma yetkisi. 259
- Müdafinin hürriyeti. 254
- Müdafinin kanun yolu dâvası açma yetkisi. 261
- Müdafinin ödevleri. 253
- Müdafinin sanığı temsil yetkisi. 255
- Müdafinin seçim veya tayinle görevlendirilmesi. 131
- Müdafinin süjeliği ve şartları. 252
- Müdafinin tanık ve bilirkişilere “karşılıklı soru sorma” yetkisi. 258
- Müdafîye ayrıca bildirme. 256
- Müsadere muhakemesi. 493
- Mütalâa beyanı imkânının verilmesi mecburiyeti. 31

- Müzakere ve oy verme. 278
- Niyabet (Naiplik). 219
- Norm kaynağı idarî işlemler. 308
- Normlar; Bilimsel Hukuk. 311
- Normlar; Ceza Muhakemesi normlarının kanuniliği. 306
- Normlar; Derhal uygulanırlık kaidelerinin istisnası. 316
- Normlar; Geçerlik. 314
- Normlar; Hukukî değer hükmünde vasıta oluş bakımından muhakeme dışı hukuk normları. 300
- Normlar; Hukukî değerlendirmede yazılı olan ve olmayan ölçüler. 301
- Normlar; İçtihadî Hukuk. 310
- Normlar; Kaynak meselesi. 304
- Normlar; Muhakeme faaliyetinde vasıta oluş bakımından Muhakeme Hukuku normları. 303
- Normlar; Muhakeme-dışı Hukuk normlarının Muhakeme Hukuku bakımından vasıta oluşu. 302
- Normlar; Mülkîlik kaidelerinin istisnaları. 318
- Normlar; Sanık lehine yorum meselesi. 320
- Normlar; Uygulanabilirlik değerlendirmesinin çeşitleri. 312
- Normlar; Yazılı hukuk. 305
- Normlar; Yazılı olmayan hukuk. 309
- Normlar; Yer bakımından uygulanırlık. 317
- Normlar; Yorum. 319
- Normlar; Yürürlük. 313
- Normlar; Zaman bakımından uygulanırlık. 315
- Olay yeri inceleme: Teftiş. 403-11
- Otopsi ve adli muayene. 403-12
- Otopsi, Ölünün adli muayenesi. 341
- Ön alan araştırmaları ve ön inceleme kavramları. 413-1
- Ön inceleme; İdarece yapılan ceza soruşturması. 81
- Önödeme. 432
- Parmak izi ve fotoğrafların kayda alınması. 403-8
- Postada elkoyma. 396
- Projeli çalışmalar. 403-17
- Sanığın belli olması şartı. 244
- Sanığın boyun eğme mecburiyetleri. 246
- Sanığın doğru cevap verme mecburiyeti meselesi. 251
- Sanığın ferdi savunması. 249
- Sanığın gaip veya akıl hastası olması. 245
- Sanığın gerçek kişi olması şartı. 243

- Sanığın hazır bulunma mecburiyeti. 247
- Sanığın korunması safhası. 13
- Sanığın savunma hakkı. 248
- Sanık; Ceza sorumlusu fert tarafı. 174
- Sanık; Şüpheli, Sanık ve Ceza Davalısı sıfatının başlaması ve sona ermesi. 242
- Savcı ile Adalet Bakanı arasındaki ilişki ve savcıların bağımlılığı. 228
- Savcı; Cumhuriyet savcısının yapması gereken araştırma işlemleri. 234-1
- Savcı; İlçe Başsavcısının savcılarla ve diğer başsavcılarla ilişkisi. 227
- Savcıların bizzat yaptığı veya adli kolluğa yaptırdığı araştırma ve koruma işlemleri. 280
- Savcıların fikrî ve fiilî işlemleri. 279
- Savcılığın bir taraf makam oluşu. 231
- Savcılık kuruluşumuz. 108
- Savcının bağımlı veya bağımsız olması sorunu. 229
- Savcının ödevleri. 233
- Savcının reddi dâvası, savcılık görevinden yasaklanması ve çekinmesi. 232
- Savcının sùjeliđi ve görevi. 226
- Savcının taraf olup olmadığı meselesi. 230
- Savcının yetkileri. 234
- Savunma bağışıklığı. 125
- Savunma görevi ve önemi. 124
- Savunma makamı. 126
- Savunma; Ferdî savunma makamı. 127
- Seri Muhakeme Usulü. 435
- Sorumluluk; Suçlarda medenî sorumluluk. 176
- Soruşturma evresinde hâkim güvencesi ve soruşturmanın devreleri. 413
- Soruşturma evresinin bir muhakeme bünyesi olarak ortaya çıkışı. 409
- Soruşturma evresinin gayesi ve görevleri. 410
- Soruşturma evresinin niteliği. 412
- Soruşturma evresinin özellikleri. 411
- Soruşturmadan sonuç çıkarma. 424
- Sosyal Devlet. 576
- Suç isnadı suretiyle ara soruşturmaya geçiş. 458-1
- Suçluların geri verilmesi muhakemesi. 495
- Suçluluğun tespiti ve yaptırımın tayini işlemlerinin ayrılması. 147
- Suçlunun cezalandırılması safhası. 12
- Suçüstü muhakemesi. 432-1
- Susma hakkı. 250

- Süje; Birinci derecede süjelerin çeşitli durumları. 160
- Süje; Makam itibariyle süjelik. 32
- Süje; Muhakeme ilişkisi süjesi ve taraf anlamında görüş ayrılıkları. 159
- Süje; Şahsi davacının süjeliği. 235
- Süjeler; Ceza muhakemesi süjelerinin sınıflandırılması. 158
- Süjelik; Şüpheli veya sanığın süjeliği. 241
- Süre şartı. 266
- Sürelerin hesabı. 267
- Şahsi dava ve savcılık makamı. 112
- Şahsî dava ve şahsî hak davası. 110
- Şahsî dava; Ferdin tek başına iddia makamını işgal etmesi. 109
- Şahsi davacının ödevleri. 236
- Şahsi davacının yetkileri. 237
- Şahsi davada iddia ve müdafaa makamları. 113
- Şahsi davada karşılıklı dava. 118
- Şahsi davada kovuşturma evresi. 116
- Şahsi davadan vazgeçme ve geri alma. 117
- Şahsî davanın gereği meselesi. 111
- Şahsi davanın özellikleri. 114
- Şahsi davanın ve duruşmanın açılması. 115
- Şüpheli olmayanları ayıklama (screening). 403-10
- Tahkik sistemi. 36
- Talî ceza muhakemesi ve hâdise muhakemesi. 491
- Tanığın çağırılması. 347
- Tanığın dinlenmesi. 348
- Tanığın ödevleri. 345
- Tanığın yetkileri. 346
- Tanık beyanının niteliği. 343
- Tanık beyanının temsil değeri. 344
- Tanık dinleme; Erken dinlenme ve erken sorgu. 400
- Tanıkların korunması. 348-2
- Taraf arkadaşlığı, taraf ortaklığı ve taraf yardımcılığı. 161
- Taraf; Ceza muhakemesinde şahıs itibariyle tarafların makam itibariyle taraf oluşu. 175
- Taraf; Ceza sorumlusu Devlet tarafı. 173
- Taraf; Ceza sorumlusu taraf. 172
- Taraf; Şahıs itibariyle taraf durumu. 162
- Taraf; Şahıs itibariyle tarafların ikiliği. 163

- Taraf; Şahsî hak uyuşmazlığında taraflar. 177
- Taraf; Zarar gören fert tarafı bakımından ehliyet. 171
- Taraf; Zarar gören fert tarafı. 168
- Taraf; Zarar gören fert tarafın doğumunda ferdin rolü. 170
- Taraf; Zarar gören taraf. 166
- Taraf; Zarar gören toplum tarafı. 167
- Tarihçe; Ceza Muhakemesi kanunlarımızın tarihçesi. 307
- Tarihçe; ceza yargılaması makamları ve kanunların tarihçesi. 87
- Tarihçe; Savcılık makamı teşkilâtının tarihçesi. 107
- Tebliğ. 285
- Tebliğname; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğname. 537
- Teknik araçlarla izleme. 403-20
- Temsilci; Şüpheli veya sanığın temsilcileri. 128
- Temyiz başvurusunun içeriği ve temyiz gerekçesi: Temyiz lâyihası. 534
- Temyiz dâvasının açılması. 533
- Temyiz dâvasının açılmasının hükmün kesinleşmesine engel olması. 535
- Temyiz isteminin esastan reddi kararı (onama). 542
- Temyiz muhakemesinde yargılama konusu. 540
- Temyiz muhakemesinde yargılama makamı. 527
- Temyiz muhakemesinde yargılama. 539
- Temyiz nedeni ve bozma sebebi: hukuka aykırılık. 528
- Temyiz olunabilen kararlar. 531
- Temyiz olunamayan kararlar. 532
- Temyiz yolunun gayesi ve görevi. 526
- Temyiz; Bozma kararı. 543
- Temyiz; Bozma kararının temyiz etmeyenlere etkisi. 546
- Temyiz; Bozma sebebi sayılmayan temyiz sebepleri. 529
- Temyiz; Düşme kararı. 545
- Temyiz; Hukuka kesin aykırılık halleri. 530
- Temyiz; Hüküm verdikten sonra, Yargıtay'ın yapacağı işlemler. 547
- Teşhis. 403-13
- Tutanak; Araştırma, soruşturma ve koruma işlemlerine ait tutanaklar. 281
- Tutanak; Sair muhakeme işlemlerine ait tutanaklar. 282
- Tutuklama kararının gerekçesi. 366/III
- Tutuklama kararı. 366
- Tutuklama kararına itiraz. 518-1
- Tutuklama kararının geri alınması ve hükümsüz kalması. 370

- Tutuklama kararının infazı. 367
- Tutuklama koşulları. 365
- Tutuklama tedbirlerine devam zorunluğunun araştırılması. 368
- Tutuklama; Özel tutuklama halleri. 374
- Tutuklamanın gayesi ve niteliği. 363
- Tutuklamanın ihtiyarlığı. 364
- Tutuklamaya ilişkin kararlara itiraz. 369
- Uymadan önceki duruşma: Mahkemenin uyma ve direnme kararları. 548
- Uymadan sonra verilen hükme karşı kanun yolu. 551
- Uymadan sonraki serbestlik kaidesinin istisnaları. 550
- Uyuşturucu madde müptelâsı suçlular hakkındaki güvenlik tedbiri kararında değişiklik muhakemesi. 504
- Uyuşturucu madde ve alkol müptelâsı sanıkların muhakemesi. 490
- Uzlaştırma. 431
- Uzman görüşü. 339
- Yabancı devlet yargılaması. 84
- Yabancı mahkeme mahkûmiyet kararlarının Türkiye’de infazı muhakemesi. 509
- Yakalama şartları. 377
- Yakalamanın gayesi ve niteliği. 376
- Yargılama birliği prensibi ve adliye-dışı yargılama. 76
- Yargılama birliği prensibi ve olağanüstü yargılama. 77
- Yargılama birliği prensibi ve özel yargılama. 78
- Yargılama birliği prensibi. 75
- Yargılama birliği prensibinin cezada iç istisnaları. 80
- Yargılama birliği prensibinin sonuçları. 79
- Yargılama birliğinin dış istisnaları: Devletler üstü mahkemeler. 85
- Yargılama giderleri muhakemesi. 492
- Yargılama; Tarif ve terminoloji. 68
- Yargılamanın hükümlü lehine yenilenmesi sebepleri. 554
- Yargılamanın yenilenmesi dâvasının açılması. 553
- Yargılamanın yenilenmesi muhakemesinin evreleri ve başvurulacak makam. 555
- Yargılamanın yenilenmesi yolunun niteliği. 552
- Yargılamanın yenilenmesi; Davanın kabule şayan olup olmadığının araştırılma safhası. 556
- Yargılamanın yenilenmesi; İlksoruşturma evresi. 557
- Yargılamanın yenilenmesi; Kovuşturma evresi. 556
- Yargılanacak uyuşmazlığın belirtilmesi. 140
- Yargılanacak uyuşmazlığın belirtilmesinin sonuçları. 144
- Yargılanacak uyuşmazlığın doğrudan doğruya yargılanmış olması. 145

- Yargılanacak uyuşmazlığın dolayısı ile yargılanmış olması. 146
- Yargılanacak uyuşmazlığın somut olması. 142
- Yargılanacak uyuşmazlığın sorumluluğu gerektirishi. 143
- Yargılanacak uyuşmazlığın şüpheliliği. 141
- Yargılanacak uyuşmazlık; Muhakeme ilişkisinin objesi. 139
- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz dâvası ve muhakemesi. 569
- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi (olağanüstü itiraz). 567
- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazının şartları ve sebepleri. 568
- Yargıtay'ın esas hakkında karar vermesi: islâh kararı. 544
- Yargıtay'ın ön kararları. 538
- Yargıtay'ın verdiği hükümler. 541
- Yasak hakların geri verilmesi muhakemesi. 508
- Yazının adli yönden incelenmesi. 403-27
- Yer gösterme. 403-15
- Yer yönünden yetki uyuşmazlıkları. 210
- Yer yönünden yetki; Bağlantı dolayısı ile yer yönünden yetkisiz mahkemeye yetki verilmesi. 205
- Yer yönünden yetki; Muhakemenin nakli suretiyle yetkisiz mahkemeye yetki verilmesi. 203
- Yer yönünden yetki; Türk deniz veya hava nakil vasıtalarında işlenen suçlarda yetki. 202
- Yer yönünden yetki; Türkiye'de işlenen suçlarda ana kıstas. 198
- Yer yönünden yetki; Türkiye'de işlenen suçlarda istisna. 200
- Yer yönünden yetki; Türkiye'de işlenen suçlarda yedek kıstaslar. 199
- Yer yönünden yetki; Yabancı ülkede işlenen suçlarda yetki. 201
- Yer yönünden yetki; Zorunlu hallerde, yer yönünden yetkisiz mahkemelere yetki verilmesi. 204
- Yer yönünden yetkisiz hâkimin yaptığı işlemler. 209
- Yer yönünden yetkisizlik dâvası. 207
- Yer yönünden yetkisizlik kararı ve zamanı. 208
- Yetki; Adli ceza yargılaması makamları arasında genel olup olmamak bakımından yetki. 213
- Yetki; Daire bakımından yetki. 216
- Yetki; Derece, kanun yolu ve dar manada tali muhakeme bakımından yetki. 214
- Yetki; Evre ve aşama bakımından yetki. 215
- Yetki; Görev yönünden yetki uyuşmazlıkları. 220
- Yetki; Kişi yönünden yetki uyuşmazlıkları. 225
- Yetki; Kişi yönünden yetki ve yargılanacak uyuşmazlıklar arasında bağlantı. 223
- Yetki; Kişi yönünden yetkisizlik kararları ve yetkisiz hâkimin işlemleri. 224
- Yetki; Kişi yönünden yetkiyi gösteren normlar. 222
- Yetki; Madde yönünden yetki ve olay mahkemeleri kuruluşu. 188
- Yetki; Mahkemenin ceza muhakemesi olup olmaması bakımından yetki. 212

- Yetki; Millet yönünden yetki uyumsuzlukları. 187
- Yetki; Millet yönünden yetki ve ceza kanunlarının yer itibariyle uygulanması. 186
- Yetki; Olay mahkemeleri ve BAM ceza daireleri arasında yetki bölüşülmesi. 217
- Yetki; Yargıtay daireleri arasında yetki bölüşülmesi. 218
- Yetki; Yer yönünden yetkide gaye ve sistemler. 197
- Yüzleştirme. 403-14
- Zabıt kâtibi ve mahkemeye yardımcı teşkilat: Koruma kurulları. 185-1
- Zorla getirme. 382